

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

Trabajo final de graduación para optar por el grado de licenciatura
en Derecho

**“RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL EJERCICIO
PROFESIONAL DEL DERECHO”**

Iván Sancho Solano

A65357

2014



28 de agosto del 2014
FD-AI-658-2014

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: **Iván Sancho Solano**, carné A65357, denominado: "Responsabilidad Civil en el ejercicio Profesional del Derecho" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Federico Torrealba Navas
Presidente	MSc. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Secretaria (o)	Dr. Jorge López González
Miembro	Dr. Álvaro Mora Espinoza
Miembro	Lic. Cristian Calderón Cartín

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 23 de setiembre del 2014, a las 5:00 p.m. en la Sala de réplicas, 5to. Piso, Facultad de Derecho, Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



Ava
Cc: Expediente

San José, 27 de junio de 2014.

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

La presente es para comunicarle formalmente en mi condición de Director de Tesis, que he leído y revisado el trabajo final de investigación denominado "Responsabilidad Civil en el Ejercicio Profesional del Derecho", el cual ha sido realizado para optar por el grado de licenciatura del egresado Iván Sancho Solano, número de carné A65357.

La investigación realizada por el estudiante cumple con todos los requerimientos de forma y fondo establecidos por esta Facultad y la Universidad de Costa Rica, cumpliendo con las expectativas deseadas para un trabajo final de graduación. Asimismo, en dicho trabajo se refleja el planteamiento de un tema de interés actual en la rama del Derecho Civil y de Daños, así como para cualquier persona que ejerce o espera ejercer la profesión de Abogado.

En virtud de lo anterior, otorgo mi aprobación como Director de la tesis referenciada, por lo que muy respetuosamente solicito a esta área continuar con el procedimiento para que el estudiante pueda optar por el grado de licenciatura.

Sin más por el momento y agradeciendo su atención,



Lic. Federico Torrealba Navas
Director

San José, 19 de agosto de 2014

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras

Director

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por este medio le comunico que he leído y revisado en mi condición de Lector de Tesis, el trabajo final de investigación para optar por el grado de licenciatura del estudiante Iván Sancho Solano, número de carné A65357, denominado "Responsabilidad Civil en el Ejercicio Profesional del Derecho".

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos exigidos por esta Facultad para los trabajos de graduación, por lo tanto le otorgo la aprobación respectiva.

Agradeciéndole su atención,


Dr. Álvaro Mora Espinoza

Lector

San José, 14 de julio de 2014.


Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

La presente es para comunicarle que he leído y revisado en mi condición de Lector de Tesis, el trabajo final de investigación para optar por el grado de licenciatura, denominado **"Responsabilidad Civil en el Ejercicio Profesional del Derecho"** y realizado por el estudiante Iván Sancho Solano, número de carné A65357.

Por lo anterior, por este medio le otorgo mi aprobación, por considerar que cumple con los requisitos exigidos por esta Facultad para dichos trabajos de graduación.

Agradeciendo su atención,



Lic. Cristian Calderón Carfín
Lector

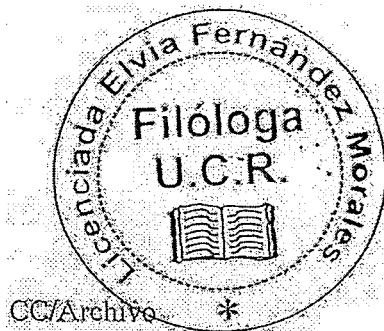
LICDA. ELVIA FERNÁNDEZ MORALES
FILÓLOGA UCR
SAN RAMÓN, ALAJUELA TEL. 2-447 1581 8-825- 3794
elviafdz@gmail.com
C.2312338 COL. LIC. Y PROP

CONSTANCIA DE REVISIÓN FILOLÓGICA DE TESIS

La suscrita, Licenciada en Filología Española, ELVIA FERNÁNDEZ MORALES, hace constar que efectuó la revisión filológica del documento denominado "RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DEL DERECHO". Este consiste en una TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO, DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA. El postulante es IVÁN SANCHO SOLANO, carné número A65357.

Al respecto, indica que luego de efectuadas las correcciones necesarias, dicho documento se encuentra listo para su presentación y disertación, pues se ajusta a las normas gramaticales y ortográficas establecidas y a la modalidad de discurso, correspondiente a su especialidad.

Dado en San Ramón, Alajuela, Costa Rica, el veintitrés de julio de dos mil catorce, a solicitud del interesado y para los efectos administrativos pertinentes.



Licda. Elvia Fernández Morales

Dedicatoria

A mi madre Vera y a mi padre Luis, por darme todo su amor y su apoyo, por entregarse para darnos a mis hermanos, hermanas y a mi, lo mejor y lo necesario para afrontar la vida, por enseñarme el valor del esfuerzo y de luchar por lograr las metas, por ellos soy lo que soy ahora y mis logros se lo debo a ellos.

A mis hermanas Andre y Gaby y a mis hermanos Paúl y Ale, por ser los mejores amigos en el transcurso de mi vida.

A vos Raquel, por ser mi gran apoyo y mi aliento, por ser mi lectora y consejera, por IR conmigo de la mano recorriendo este paseo tan lindo que es la vida, disfrutando la conquista de los sueños de cada uno como si fueran propios, sueños que seguirán emergiendo y continuaremos alcanzando.

Agradecimiento

Al Comité Asesor por dedicar parte de su tiempo a leer y darme sus recomendaciones para mejorar el presente trabajo de investigación.

Índice general

Dedicatoria.....	i
Agradecimiento	ii
Resumen	iv
Ficha bibliográfica.....	vi
Introducción.....	1
Primera Parte: Naturaleza de la Responsabilidad Civil del Abogado	9
CAPÍTULO 1: La prestación del servicio profesional del abogado.....	9
1.1. Funciones del abogado	10
1.2. Deberes deontológicos	14
1.3. Teorías contractuales del servicio de abogado.....	18
1.4. El ejercicio de la abogacía por cuenta ajena	20
1.5. El servicio del abogado: ¿una obligación de medios o de resultados?.....	23
CAPÍTULO 2: Elementos de la Responsabilidad Civil aplicados en la Abogacía	28
2.1. Factores atribución de responsabilidad subjetivos y objetivos	30
2.2. El daño indemnizable.....	37
2.3. El nexo de causalidad.....	44
Segunda Parte: El Resarcimiento de Daños Como Consecuencia del Ejercicio de la Profesión.....	46
CAPÍTULO 3: El resarcimiento de daños por Responsabilidad Civil del abogado.	46
3.1. El deber de resarcimiento por responsabilidad civil subjetiva directa.	47
3.2. El resarcimiento de daños en relación tripartita: Bufete – Abogado – Cliente.....	49
3.3. El resarcimiento de daños en la relación Estado – Abogado como funcionario público – Administrado o Interés Público.....	60
3.4. El resarcimiento de daños en las relaciones entre abogados.....	65
3.5. La pérdida de oportunidad y su consideración dentro de los daños a indemnizar. 67	
CAPÍTULO 4: Responsabilidad Civil por el ejercicio profesional del Derecho en la práctica.....	72
4.1. Medios para exigir el resarcimiento de daños.....	72
4.2. Cuantificación de los daños resarcibles	77
4.2. Casos de aplicación en Costa Rica y en el Derecho comparado.....	80
CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFÍA	102

Resumen

El presente trabajo plantea y da a conocer la responsabilidad civil en la que puede incurrir un abogado que haya incumplido los deberes exigidos en su calidad de profesional.

Es por lo anterior que la problemática de la presente investigación se establece de la siguiente manera: ¿Cómo aplicar el resarcimiento por responsabilidad civil en el ejercicio profesional del derecho?

El objetivo general es analizar la responsabilidad y el debido resarcimiento, desde el punto de vista legal, en que puede incurrir un abogado por daños ocasionados como consecuencia del ejercicio de su profesión.

Asimismo, se consideraron distintos métodos, entre ellos el intuitivo, aplicando conocimientos generales obtenidos con la experiencia en general, el discursivo contemplando el objeto desde diferentes puntos de vista, el sistemático al ordenar los conocimientos obtenidos, deductivo al utilizar conocimientos generales para la obtención de conclusiones, el comparativo y por último el deductivo, el cual parte de principios generales para llegar a tener conclusiones puntuales.

La investigación parte con el análisis de la naturaleza jurídica de la prestación de los servicios de un abogado, sea como profesional liberal, bajo la dirección organizacional en empresas privadas o dentro del Estado.

Asimismo, se pudo concluir que la *lex artis* es el marco de referencia dentro del cual un abogado promedio tiene el deber de actuar, dentro de una teoría contractual multiforme que llega a regir la relación del abogado con sus clientes o su patrono, o por el contrario bajo una relación extracontractual.

Será importante determinar de previo a la responsabilidad civil, el tipo de obligación por el cual el abogado es contratado, siendo comúnmente las de medios, es decir, donde la obligación es el actuar diligentemente, aunque no se puede descartar las obligaciones de resultados

Estando ante a una obligación de medios el afectado deberá demostrar que el abogado transgredió la *lex artis* y no actuó diligentemente. Frente a una obligación de resultados bastará que se demuestre que no se cumplió el objetivo final o el resultado no era el esperado.

Además, se valoró la responsabilidad civil del abogado desde la relación compuesta con el bufete o Administración Pública y el cliente o usuario, arrojando como parte de las conclusiones que un abogado, independientemente de la relación, debe actuar conforme a la *lex artis*, aunque para el caso de los abogados que ejercen dentro de una relación con el Estado están sujetos, además, a la normativa especial que rige la función pública.

Aquel afectado por un daño generado por un abogado que actúa por cuenta ajena podrá exigir el resarcimiento por responsabilidad civil solidaria, al bufete o al Estado si el daño es generado por un abogado en ejercicio de la función pública.

La teoría de la pérdida de oportunidad es considerada como el rubro por indemnización que más se ajusta a la responsabilidad civil del abogado, esto por parte de la doctrina y el derecho comparado, sin embargo en Costa Rica su aplicación ha conllevado un lento proceso de reconocimiento, prueba de ello es las pocas sentencias de los tribunales costarricenses que otorgan el resarcimiento por dicho rubro.

En Costa Rica la mayoría de la jurisprudencia, en cuanto a la responsabilidad civil profesional, ha sido emitida por el Tribunal de Notariado, siendo un tribunal especializado en dicha materia, sin embargo, en otros países el desarrollo jurisprudencial es más amplio.

Por último, se recomienda establecer regulaciones de forma más extensa al servicio que brindan los bufetes y los abogados en el ejercicio, con el fin de garantizar una mejor protección a los clientes.

Ficha bibliográfica

Sancho Solano, Iván. Responsabilidad civil en el ejercicio profesional del derecho. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2014. vi y 107.

Director: Lic. Federico Torrealba Navas.

Palabras claves: Responsabilidad civil. Abogado. Servicios profesionales. Obligaciones de medios y de resultados. Lex Artis. Resarcimiento de daños. Pérdida de oportunidad.

Introducción

De acuerdo con el último informe disponible del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), publicado en el año 2007, para el año 2004, Costa Rica tenía 14.332 abogados, con una tasa de 354, 24 abogados activos por cada 100.000 habitantes, lo cual es la tasa más alta de América Latina. En ese mismo año ingresaron a las Facultades de Derecho 2.345 estudiantes, lo que corresponde al 14,85% del total de estudiantes ingresados en las universidades.

Para octubre del año 2013, aproximadamente 9 años después de la recolección de los datos mencionados, la cantidad de abogados activos era de 21.013 profesionales en Derecho. En ese mismo año según el Coordinador de la Fiscalía del Colegio de Abogados, se recibieron 726 denuncias en contra de estos, de las cuales 470 se procedieron a darle traslado para el procedimiento sancionatorio (Lacayo, 2014).

A pesar del lapso tan amplio en las cifras expuestas, las mismas reflejan el gran aumento de profesionales en Derecho, así como la cantidad de denuncias que procesa el Colegio de Abogados.

Claramente la obtención de un título académico, además de ser un logro personal, es la adquisición de una obligación de actuar conforme a los lineamientos que rigen la profesión.

Precisamente, este trabajo plantea y da a conocer la responsabilidad civil en la que puede incurrir un abogado que haya incumplido los deberes exigidos en su calidad de profesional.

La misma palabra “Abogado” trae consigo la obligación de auxiliar, esto porque tiene su origen de la frase latín: *as auxilium vocatus*, es decir, “llamados para auxiliar”, lo cual posteriormente conformaría la palabra *advocatus*, que según el autor Alberto Bueres, cuando los romanos requerían el conocimiento de leyes para algún negocio, cada quien llamaba para su socorro a quienes desarrollaban el estudio del derecho (Trigo, 1991).

Incluso, el abogado llegó en ciertos momentos espaciales y territoriales, a ser comparado con los guerreros, tal y como en su momento lo expresó Justiniano:

No creemos que en nuestro Imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los Abogados; porque militan los patrones de causas que confiados en la fuerza de su gloriosa palabra, defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren (Ob. Cit. p.23).

Es así que a través de la historia, la necesidad de contar con profesionales estudiosos de las normas que rigen la sociedad es y ha sido evidente, tanto al momento de establecer relaciones y negocios jurídicos, como al momento de defender o resolver conflictos conforme a los mismos marcos normativos.

Actualmente el concepto de “Abogado” es, según la Real Academia Española aquel; “Licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico”. Es decir, por definición, es aquella persona que tiene en su haber una preparación académica universitaria, mediante la cual obtuvo los méritos suficientes por la aprobación de los

cursos de la carrera, para ser acreditado con un título que lo habilita a ejercer la *profesión* de abogado.

Es preciso señalar que los valores éticos y morales recogidas en las normas deontológicas, deben regir el ejercicio de toda profesión y con especial atención al profesional en Derecho, quien está presente en casi todas las actividades de la sociedad, es así que incluso se puede encontrar un Código de Deberes Profesionales, aprobado en el 2004 por parte del Colegio de Abogados de Costa Rica, el cual incluye el precepto; “Quienes ejercen la profesión del derecho emplearán al servicio del cliente todo su saber, celo y diligencia. Podrán consultar con otros profesionales, pero la responsabilidad en la dirección del asunto es suya.”

Las obligaciones establecidas en el Código de Deberes Profesionales, así como la responsabilidad en el ejercicio profesional del derecho, se pueden fundamentar de distintas normas jerárquicamente superiores, así como desde otros puntos de vista, los cuales serán analizados.

De igual manera, se establecerá la naturaleza jurídica que encierra la prestación de los servicios de un abogado, tanto en su condición de profesional liberal como bajo la dirección organizacional, actuando por cuenta ajena, como lo es el caso de los bufetes y empresas privadas o públicas que cuentan con abogados subcontratados o que cumplen con los presupuestos de un contrato de servicios o de trabajo, cumpliendo con horarios y directrices de un superior por una remuneración continua.

La comprensión de la naturaleza jurídica del ejercicio profesional en sus distintas modalidades permitirá continuar con el análisis del tipo de obligaciones aplicable, sean

estas de medios o de resultados, lo que ayudará a definir el régimen de responsabilidad civil para cada caso concreto.

Además, es importante conocer desde este momento el artículo 1045 del Código Civil costarricense, el cual señala que; “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño está obligado a repararlo junto con los perjuicios”, siendo esta norma base esencial de la Responsabilidad Civil Subjetiva.

Por su lado, como se verá, la doctrina se ha encargado de desarrollar la Responsabilidad Civil Objetiva, la cual no se preocupa por exigir una culpa por parte del sujeto responsable, aún y cuando este no haya tenido una conducta reprochable, su elemento esencial es entonces la consideración de una serie de factores como el riesgo creado, el incumplimiento de obligaciones de seguridad, garantía, entre otros, pero para su aplicación deberá estar basada en un precepto legal.

Desde esta última idea, se estudiará la aplicación de la Responsabilidad Civil Objetiva desde dos flancos; uno el caso de la Responsabilidad Civil del Estado por los actos de sus funcionarios, es decir, abogados institucionales o que laboren como funcionarios públicos y como segundo aspecto, de forma atrevida se fundamentará la posibilidad de utilizar como base legal necesaria, el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, con relación al abogado por cuenta ajena dentro de un bufete de abogados.

Se diseccionará la Responsabilidad Civil en sus tres elementos a saber, el factor de atribución, el daño y su nexos causal. Con lo cual además de su definición se analizará partiendo de los supuestos de la Responsabilidad del profesional en Derecho y su actividad.

¿Pero qué se logra obtener con el reclamo de la Responsabilidad Civil? La respuesta en palabras cortas es el resarcimiento integral por el daño causado. Este se puede componer, del daño emergente, lucro cesante, daño moral y con particular atención, la pérdida de oportunidad.

La teoría de la pérdida del chance o pérdida de oportunidad, considerada como la desaparición de una oportunidad seria y real de la realización de un evento favorable para un sujeto, es considerada por la doctrina y jurisprudencia extranjera como el rubro de la indemnización que mejor se adapta para ser resarcido por Responsabilidad Civil del abogado, sin embargo, en Costa Rica su aplicación por parte de los Tribunales de Justicia ha sido poco tratado e incluso en la sede Contenciosa Administrativa se puede encontrar una sola sentencia donde se reconoce.

Bajo esta teoría se encuentra distintos elementos que forman parte de sus cimientos como el componente fáctico que reviste la posibilidad de obtener un beneficio, el elemento aleatorio de dicha oportunidad, el hecho que elimina esa oportunidad y el otro componente fáctico el cual da como resultado cierto la eliminación de la oportunidad.

En efecto, la teoría de la pérdida de la oportunidad es poco conocida en el ámbito jurídico nacional, sin embargo, es importante como futuros abogados estar al tanto de las teorías que van tomando fuerza y que tienen el sustento lógico jurídico para su efectiva aplicación.

Resulta necesario y por tanto se incluye en la investigación, verificar los medios procesales más oportunos para realizar el reclamo de la Responsabilidad Civil dependiendo de cada caso, así como su cuantificación en la sede correspondiente.

El trabajo realizado y la búsqueda exhaustiva de jurisprudencia adecuada y representativa para el caso, requirió del aporte del derecho comparado en vista del poco desarrollo que se le ha dado en Costa Rica.

Bajo la perspectiva planteada, la problemática del presente trabajo y con el cual se pretende dar respuesta, se ha establecido de la siguiente manera: ¿Cómo aplicar el resarcimiento por responsabilidad civil en el ejercicio profesional del derecho?

Como objetivo general se busca analizar la responsabilidad y el debido resarcimiento, desde el punto de vista legal, en que puede incurrir un abogado por daños ocasionados como consecuencia del ejercicio de su profesión. Asimismo, derivado del objetivo general, se pretenden los siguientes objetivos específicos:

- i. Analizar la naturaleza contractual del servicio que presta el abogado y los bufetes frente al cliente, así como las obligaciones que se deben cumplir.
- ii. Estudiar las causas que pueden originar una eventual responsabilidad civil, tanto acciones como omisiones en cuanto a la asesoría profesional y en los procesos litigiosos en estrados judiciales.
- iii. Explicar los elementos de la responsabilidad civil que deben ser aplicados para poder determinar cuando estamos frente a casos exigibles.
- iv. Analizar la Responsabilidad Civil en el ejercicio de la profesión por cuenta ajena, tanto como funcionario público, como en ámbito privado.
- v. Desarrollar los conceptos por los cuales el abogado debe indemnizar a su cliente, entrando a conocer los daños y perjuicios, así como considerar dentro de estos el resarcimiento por la pérdida de oportunidad.

vi. Determinar los medios procesales por los que se puede exigir el resarcimiento de los daños ocasionados por la *mala praxis* del abogado.

vii. Analizar los casos en que la jurisprudencia costarricense se ha pronunciado para condenar a abogados por responsabilidad civil.

viii. Utilizar el derecho comparado para determinar que se puede aplicar en nuestro país con respecto al resarcimiento de daños por responsabilidad civil de la abogacía.

Por otra parte, la metodología empleada para la estructura y desarrollo en la investigación se enumeran y se explican a continuación:

a. Método Intuitivo: Consistió en la percepción de ideas o verdades instantánea como si ésta estuviera a la vista, es decir, la aplicación de conocimientos generales obtenidos con la experiencia en general.

b. Método Discursivo: Se trata de contemplar desde varios puntos de vista el objeto, plasmando así los conocimientos obtenidos en el transcurso de la carrera de Derecho aplicados en el objeto de la investigación.

c. Método Sistemático: Ordenar los conocimientos que se vayan a extraer, de forma coherente. La investigación contempla el análisis de información obtenida en libros, tesis de grado, revistas jurídicas, enciclopedias, bases de datos de textos, jurisprudencia e información general obtenida mediante herramientas como internet.

d. Método Deductivo: Se tomaron los principios y conocimientos generales como base para llegar a conclusiones puntuales dentro del desarrollo del tema.

e. Método Inductivo: Se consideraron conocimientos específicos para llegar a conclusiones generales.

f. Método Analógico o Comparativo: Se realizaron comparaciones entre distintos cuerpos normativos, tanto semejanzas como diferencias, para incorporar posibilidades de aplicar la responsabilidad civil.

g. Método Dialéctico: Consiste en confrontar ideas mediante la exposición de tesis, surgimiento de antítesis y su conclusión en una síntesis, de aquí la razón de la estructura del trabajo realizado.

"Dad a un hombre todas las dotes del espíritu, dadle todas las del carácter, haced que todo lo haya visto, que todo lo haya aprendido y retenido, que haya trabajado durante treinta años de vida, que sea en conjunto un literato, un crítico, un moralista, que tenga la experiencia de un viejo y la inefable memoria de un niño, y tal vez con todo esto forméis un abogado completo"
(Ciuratti).

Primera Parte: Naturaleza de la Responsabilidad Civil del Abogado

CAPÍTULO 1: La prestación del servicio profesional del abogado

La Responsabilidad Civil nace como obligación de reparación por el daño causado a la esfera jurídica de otro sujeto, sin embargo es necesario analizar y comprender cuáles son las situaciones que preceden dicho evento para valorar y determinar posteriormente los elementos de la responsabilidad que fundamenten su aplicación.

Por lo anterior, es conveniente como punto de partida, analizar el servicio proveído por un profesional en Derecho y de qué manera se configuran en la práctica las relaciones jurídicas entre el profesional y el cliente, así como las diferentes variables planteadas por la realidad actual. Lo mencionado será analizado a continuación.

1.1. Funciones del abogado

Díaz de Guijarro, desde una perspectiva de la función social del abogado, señala que “cuando un abogado defiende un interés particular, trasciende en su acción ese interés privado, para servir, en realidad al interés público” (1959: 41).

Lo anterior tiene su lógica tomando en consideración el propósito de las normas; en términos generales, la intención principal corresponde a mantener un orden social y el abogado, como estudioso de dichas normas, es el encargado de asesorar en ese campo, tal cual lo hace un arquitecto, al momento de diseñar una estructura o un doctor, al diagnosticar una enfermedad; aunque se puede decir que el accionar del profesional en Derecho incide de alguna forma más directa en la sociedad, al moverse dentro de ese orden.

Cuando una persona o empresa es asesorada correctamente, tendrá las herramientas para actuar dentro del marco normativo y por ende evitar litigios o conflictos legales innecesarios, así como también podrá solucionar de una forma más acertada aquellos que lleguen a trascender hasta las instancias administrativas y judiciales, el mismo sentido tienen las palabras de Cueto Rúa cuando dice que; “ubicar al cliente en una perspectiva adecuada, distinguiendo lo relevante de lo irrelevante, y destacando limitaciones objetivas impuestas por las normas vigentes aplicables, reduce la materia litigiosa y aun si resultara inevitable la intervención del Poder Judicial se habría logrado un esclarecimiento de la disputa facilitando su actuación” (Rúa, citado por Trigo Represas, 1996: 34-35).

Dentro del imaginario colectivo de la sociedad, es normalmente conocida la función del abogado en los procesos judiciales, es decir, en su práctica meramente litigante, dejando de lado que la participación de los abogados se puede apreciar en distintos quehaceres de la

vida cotidiana, tales como elaboraciones de contratos, registro de marcas, participación en procesos de contratación con la Administración Pública, auditorías legales de empresas para adquisiciones, obtención de permisos gubernamentales, recomendaciones fiscales y tributarias, opiniones legales sobre normativa y jurisprudencia, asesoría en procesos migratorios, recomendaciones sobre estatutos de sociedades, por mencionar algunas en el ámbito privado, pero también en la participación dentro del aparato estatal, como asesores legales, defensores públicos, procuradores, asesores de instituciones públicas y muchas otras más.

Manteniendo la misma línea de lo mencionado, Bielsa (1960) realiza una diferencia quizá poco exteriorizada actualmente, pero que vale la pena acotar, al considerar al abogado como símbolo del pleito, de la *litis*, mientras que el jurisconsulto, es el abogado que no desea litigar y fomenta en principio la paz mediante el consejo, es decir, aquel abogado que se dedica a la asesoría o consultoría legal.

Podemos afirmar entonces la existencia de una actuación judicial del abogado cuando ejerce como representante de una parte en una causa precisamente judicial, es el “encargo contencioso, de ataque o defensa, reclame judicialmente de defiéndame judicialmente, dualidad de conductas en el dinamismo, o de ataque, conteste a la demanda, o defiéndame, planteando la demanda...” (Martínez, 2000: 344); y por otro lado, una actuación extrajudicial, cuando actúa como consejero o asesor jurídico, en la formulación de un negocio jurídico, elaboración de documentos contractuales, estatutos, reglamentos, como mediador y/o árbitro de un conflicto, elaboración de recursos en sedes administrativas, entre otras (Trigo, 1987).

En ambas actuaciones la función del abogado es, sin duda alguna y al fin de cuentas, la de asesorar, es decir, la implementación del conocimiento obtenido mediante el estudio académico en concordancia con la normativa, la jurisprudencia y todas las fuentes del derecho, aplicado a cada caso en concreto, sin embargo, podemos enunciar los más generales a continuación (Sandí, 2001: 12):

a) Asesora:

Un abogado debe cumplir con la función de poder brindarle tanto a su cliente, en el ámbito privado, como a la Administración Pública cuando se desarrolla como funcionario público, el consejo debidamente razonado y preparado, no solo haciendo uso de lo aprendido durante su preparación académica, sino también aplicando las técnicas de investigación dentro del sistema jurídico para responder las consultas en apego a la realidad jurídica. Recordemos que muchas de las consultas nacen de las dudas y problemas que se presentan con respecto a la aplicación de la normativa, por lo tanto al dictaminar un asunto, será necesario que este sea fundamentado con argumentos sustanciosos y actuales para asegurar una debida asesoría.

b) Litigante:

Consiste en la representación de los intereses particulares de sus clientes cuando se es litigante privado y de los intereses del Estado cuando el abogado participa como litigante estatal, tanto en estrados judiciales como administrativos, velando para que se cumplan las normas procesales. Se dice incluso que el abogado cumple con una función social, en cuanto a que

mantiene un equilibrio con la aplicación de justicia; es decir, no solo defiende a su cliente frente a la contraparte, también lo protege de posibles abusos de las autoridades judiciales y tiene el deber de demostrar el mejor derecho de su defendido, en los casos que así apliquen.

c) Notarial:

Es la función pública ejercida en el ámbito privado por profesionales en Derecho, por medio de la cual se debe brindar una asesoría imparcial a las personas en la correcta formación y expresión legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos que realicen, de igual forma, los profesionales con esta potestad pueden dar fe de la existencia de los hechos que objetivamente le consten o que ocurren en su presencia. Si bien es cierto, la actividad notarial es una especialidad de la profesión del abogado, es necesario hacer mención de ella, dado que la mayoría de abogados en nuestro país optan por ejercerla y muchas veces estas actuaciones podrían generar responsabilidades para dicho profesional.

Como consecuencia de las funciones mencionadas, nacen los principales deberes que todo profesional en Derecho debe cumplir, tomando en cuenta no solo lo establecido por la doctrina y diversos autores, sino también bajo la tutela de los reglamentos y normas existentes.

1.2. Deberes deontológicos

La Deontología es la rama de la filosofía que estudia el origen, la naturaleza y el fin del deber, lo cual aplicado en el deber de las profesiones designa el conjunto de reglas y principios que rigen la conducta profesional de carácter no técnico, vinculadas al ejercicio de la profesión y a la pertenencia del grupo profesional (Lega, 1976).

Los deberes deontológicos del abogado, también denominados como los deberes morales del abogado, pueden variar dependiendo de su especificación o rama en el que ejercen, por ejemplo, los deberes de un procurador pueden variar con respecto a los del litigante o al del notario, aun así se puede afirmar que el principal deber será la de tener el conocimiento y la capacidad para ejercer el derecho, lo cual conlleva a “un buen conocimiento de la ley, de la jurisprudencia y de la práctica de los tribunales” (Gómez Pérez, 1991: 114).

Entre los deberes deontológicos más comunes están los siguientes:

a. Deber de obrar según ciencia y conciencia:

El profesional debe actuar con rigurosa atención a las normas técnicas, así como tener el conocimiento de todas las consecuencias derivadas de su aplicación (Lega, 1976).

b. Deber de probidad u honestidad:

Se refiere al deber de actuar escrupuloso, recto, integro, honrado y honesto, tanto en el ámbito profesional como en la vida personal pública o

privada. De igual forma, se refiere a su actuar frente al cliente, por ejemplo no cobrar de más por concepto de honorarios.

c. Deber de lealtad:

Consiste en no abandonar intempestivamente el patrocinio en los juicios en que intervenga, pudiéndose ampliar esto no solo al ámbito judicial, sino también en aquellos en que su intervención sea requerida y que el plazo de acción sea corto para defensa de los intereses de su cliente, a modo de ejemplo, cuando se amerite interponer un recurso en materia de contratación administrativa.

d. Deber de guardar el secreto profesional:

Por el grado de confianza que se debe tener al constituir una relación de abogado con cliente y en apego al artículo 41 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, el cual contemplo incluso que el deber se mantiene aún después de terminada la relación entre cliente y abogado. Actualmente y desde el punto de vista comercial, este deber es esencial para evitar generar ventajas a los competidores.

e. Deber de no inducir a error o engaño a los clientes:

Se deriva de la aplicación de sus valores éticos y morales, aunado a los conocimientos sobre la materia, en el que el abogado, al tener la experticia debe dar el consejo más certero y responsable posible.

f. Deber de diligencia y celeridad:

Este es el deber de actuar cuando es necesario y dentro del plazo para hacerlo, poniendo todo su esfuerzo y conocimiento, lo anterior en concordancia con el artículo 14 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho. De igual forma tiene la obligación de actuar sin dilatar los procesos y colaborar con la celeridad de los mismos, lo acotado en relación con el artículo 57 del precitado código.

g. Deber de actualizarse:

Por ser el Derecho una materia social, tiene como consecuencia inevitable su cambio continuo, por lo que todo abogado debe actualizar constantemente sus conocimientos para poder asesorar de la forma más adecuada¹. Este deber se extrae también del artículo 12 del Código anteriormente mencionado. Asimismo, al señalar este deber cabe preguntarse si es exigible que un abogado conozca toda la jurisprudencia, para lo cual se puede responder que si bien es cierto un conocimiento total es imposible, lo razonable sería que debe tener un conocimiento de la jurisprudencia aplicable al caso en concreto y por ende un deber de investigación, lo cual ayudará a construir los fundamentos legales necesarios para emitir criterios responsables.

¹ Couture lo expone como el primer mandamiento del abogado, al decir que; “El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado” (1990, p. 88).

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han conceptualizado el deber del abogado y en general de cualquier profesional como la *Lex Artis*, es decir, el accionar estándar que cada profesional por su conocimiento debe ejercer.

La Sentencia Primera del 8 de abril del año 2003, del Tribunal Supremo español, define la *Lex Artis* como:

“...patrón de comportamiento que en el ámbito profesional de la abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado exigibles para un correcto ejercicio de la misma, en cuanto responde a aquel nivel de conocimiento de los preceptos legales y de la jurisprudencia que los interpreta que resulta imprescindible para poder reclamar ante los Tribunales la tutela efectiva de los intereses legítimos de los ciudadanos”.

De igual manera, en nuestro país la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia 875-F-2007 de las 8:00 horas del 14 de diciembre del 2007, señala que la *Lex Artis* es; “...una actividad encuadrada en las pautas y reglas que natural y armoniosamente derivan del estado del conocimiento técnico – científico actual, integrando también normas de la deontología”.

Lo último en estricta relación con los deberes enlistados líneas arriba, las cuales se incluyen dentro de las normas que rigen la actividad y por tanto serán aplicables en la relación que sostenga un abogado con sus clientes o representados, independientemente del tipo de relación contractual o extracontractual que pueda existir.

1.3. Teorías contractuales del servicio de abogado

Comúnmente la relación entre abogados y clientes se desarrolla dentro de la suscripción de un contrato, sin embargo, se debate el tipo del mismo, habiendo distintas teorías (Trigo, 1987: 42):

a) Teoría del mandato:

Surge del poder que le otorga el cliente al abogado para actuar en juicio.

b) Locación de servicios:

Considera que es la prestación de un servicio de tipo intelectual, más o menos continuado y a cambio de una retribución. Se da más comúnmente en la asesoría corporativa, en el que las empresas por su actividad precisan de asistencia legal diariamente y en distintas ramas.

c) Locación de obra:

En este caso y a diferencia del anterior, es que el abogado pacta por un precio calculado, la ejecución de un trabajo, como por ejemplo la representación en un juicio, se discute sobre la eficacia de los resultados de un patrocinio para considerarlo como la ejecución de la obra, sin embargo, según doctrina lo que se pacta no son los resultados, sino simplemente la obra, en el ejemplo anterior, sería la representación como tal. De igual forma, podemos

ejemplificar este tipo de contrato como cuando se contratan opiniones legales, informes o auditorías legales.

d) Contrato innominado o atípico:

Es decir, que el contrato profesional del abogado no puede ser denominado con alguna de las formas mencionadas.

e) Contrato multiforme o variable:

Es la más actual e interpreta que la prestación del servicio de abogado asume los tipos mencionados, dependiendo de cada caso.

Si bien es cierto, los tipos descritos, anteriormente, son los discutidos normalmente en la doctrina, se plantea también las formas actuales de configuración de servicios que prestan los abogados, dentro de ellas la relación contractual laboral frente a un empleador, sea este el caso de los bufetes, empresas privadas o públicas que cuentan con abogados que cumplen con los presupuestos de un contrato de trabajo, cumpliendo con horarios y directrices de un superior, esto por una remuneración continua.

Además, consecuentemente hay que referirse sobre el contrato desarrollado entre un cliente y no ya un abogado o persona física, sino más bien la contratación del servicio legal a una persona jurídica, como lo sería una empresa dedicada a este tipo de servicio, la cual se encuentra compuesta por distintos abogados de diferentes ramas.

En contraposición a la relación contractual, tenemos las relaciones de naturaleza extracontractual, estas se dan por una vinculación entre el profesional del derecho y un

tercero, sin haber mediado un contrato previo, tal es el caso de los defensores públicos impuestos por el Estado para defender los intereses privados de aquellas personas que no tienen los medios y los recursos para optar por el abogado de su confianza, también otro ejemplo es el caso de los profesionales nombrados de oficio por un juez para fungir como tutor o curador especial.

Se puede entonces resumir, a pesar de la existencia de gran cantidad de textos y autores que consideran el servicio del abogado como una relación contractual, que existen situaciones en las cuales media más bien una relación extracontractual, incluyendo los casos para los que se pacta verbalmente o donde existe un asesoramiento por parte de un tercero en representación del abogado contratado, por todo lo anterior es necesario calificar la relación como flexible a la hora de encasillarla en una u otra, dependiendo del caso en concreto.

1.4. El ejercicio de la abogacía por cuenta ajena

Normalmente se habla de los abogados como profesionales liberales, pero no se puede obviar que muchos profesionales en derecho laboran para uno de los más grandes patronos; el Estado, es decir, como funcionarios públicos actuando en representación de la Administración Pública y por lo cual se puede aplicar normativa especial para determinar una responsabilidad civil.

Además, una de las realidades en el medio de los profesionales en derecho, es el aumento en la oferta de servicios legales y la especialización de los abogados en una rama

determinada, derivando como respuesta a factores económicos, que los abogados se agrupen en despachos o bufetes bajo las figuras de sociedades mercantiles, sea para actuar como socios o incluso como empleados de estas empresas sujetos a relaciones laborales, con lo cual se genera, entonces, la contratación de servicios no con un profesional independiente, sino más bien con toda una empresa o persona jurídica.

De acuerdo con lo anterior, el servicio del abogado no se limita simplemente al ejercicio liberal de la profesión y se han venido a conformar nuevas relaciones laborales, no solo entre abogados, sino en general en las profesiones tradicionalmente liberales.

Los abogados agrupados en despachos ejercen la profesión dentro de una organización, la cual se encuentran bajo la dirección de otro profesional, aunque no necesariamente este hecho sea el único determinante para configurarlo como una relación laboral común; es decir, por un lado se puede hablar del caso de abogados que trabajen por una relación de colaboración bajo contratos civiles o lo que comúnmente se llama “por servicios profesionales”, y por otro lado, los que trabajan para otros abogados, para una empresa o para el Estado, mediante un contrato individual de trabajo y bajo la subordinación de estos.

Es importante recordar lo señalado en el numeral 18 del Código de Trabajo costarricense, mismo que versa así: “Contrato individual de trabajo es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma”. Tomando en cuenta lo anterior, siempre que medien los tres

elementos esenciales de prestación personal, subordinación y remuneración, estaremos ante un contrato individual de trabajo.

Por otro lado, cuando hay ausencia de subordinación o dependencia, se puede afirmar que habrá una relación de colaboración o de servicios profesionales. Cabe aclarar, que, si bien es cierto en una relación de colaboración siempre existirá una parte fungiendo como directora o líder, esto no se puede catalogar como subordinación.

En Costa Rica no se hace una distinción expresa de lo ya explicado para el caso de los abogados, por lo que vale la pena analizar lo dispuesto en el Estatuto General de la Abogacía en España, donde se indica que la abogacía podrá desarrollarse “por cuenta propia, como titular de un despacho, o por cuenta ajena como colaborador de un despacho individual o colectivo”, asimismo, por cuenta ajena podrá realizarse bajo “régimen de especial colaboración”, como es el caso de servicios profesionales, o bien se podrá realizar bajo “régimen de derecho laboral”, es decir, mediante contrato individual de trabajo (Serra, 2008: 5).

Los sujetos y la ecuación de la responsabilidad civil por el ejercicio profesional del abogado, podrán variar dependiendo de si ejerce la profesión por cuenta propia o si lo hace por cuenta ajena, sea por una relación de colaboración con otros colegas o por medio de un contrato individual de trabajo, aunque es claro que los deberes como profesionales en derecho, estipulados en el Código de Ética, así como los derivados de la legislación, deberán ser siempre respetados, independientemente de la naturaleza contractual con base en la cual se prestan los servicios.

Por lo anterior, se deberá analizar el régimen de responsabilidad aplicable a cada caso específico, por ejemplo, el artículo 1048 del Código Civil señala la obligación de la persona que encarga a otra el cumplimiento de uno o muchos actos, a escoger una persona apta para ejecutarlos, al igual que el artículo 91 de la Ley General de Administración Pública, donde se señala la obligación del Estado por ese mismo concepto. En otras palabras, el Estado y los bufetes u oficinas de abogados están obligados aunque estén constituidas como personas jurídicas o no, a garantizar que las personas por medio de las cuales se brinda un servicio determinado tengan los conocimientos técnicos y científicos para las labores que se les encomienda.

Por otro lado, al hablar de servicios en la rama comercial, surge válidamente la interrogante de si alcanza la aplicación del régimen de responsabilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley N° 7472, denominada Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, el cual señala el deber de una empresa que brinda servicios (como sucede con los bufetes que brindan servicios legales) de responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, sin embargo, la respuesta a la interrogante será analizada más adelante.

1.5. El servicio del abogado: ¿una obligación de medios o de resultados?

Partiendo de la base más profunda del Derecho Patrimonial, se ha hecho diferencia entre el Derecho de cosas y el Derecho de obligaciones; éste último es el que se encarga de la regulación de las relaciones jurídicas surgidas entre las personas, desde el tráfico de bienes y servicios hasta la causación de daños que deben ser resarcidos.

De lo anterior y por la gran variedad de negocios jurídicos que se pueden realizar entre las personas, muchos autores han dado distintas clasificaciones a las obligaciones y así sus respectivas subclases.

Si bien es cierto estas clasificaciones no son necesariamente excluyentes entre sí, nos interesa, analizar la clasificación de las obligaciones por el contenido de la prestación, sea de resultado o de medios, la cual tuvo su origen en el Derecho Romano. Más tarde y de forma más puntual, Demogue, en el año 1925, fue quien logró generar la relevancia de su discusión en razón de su aplicación en la prueba de la culpa para las relaciones contractuales y extracontractuales.

En las obligaciones de resultado, también denominadas por Mazeaud como determinadas, el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia o resultado, mientras que, en las obligaciones de medios, el deudor sólo compromete una actividad diligente, en el que se espera un resultado pero no se puede asegurar, por ello Mazeaud las llama como obligaciones de diligencia (Mazeaud, citado por Alterini, Ameal y López, 2010: 580).

Lo trascendente de esta clasificación, dentro del ámbito de la Responsabilidad Civil, es que dependiendo de cómo se catalogue una determinada obligación, así permitirá designar a cuál sujeto corresponde la carga de la prueba. Así las cosas, desde el punto de vista de Demogue, en una obligación de resultados la culpa se presume, precisamente al no cumplirse el resultado, mientras que, en las obligaciones de medios, el acreedor deberá demostrar que efectivamente el deudor no actuó diligentemente y por tanto la consecuencia de un daño. En palabras de Baudrit, “(...), si lo prometido en el contrato fue la actividad y

diligencia del deudor, el acreedor debe demostrar que no las tuvo, para que se considere que incumplió; mientras que si lo prometido fue un producto o resultado final, la ausencia de él supone la culpa del deudor” (Baudrit, 1990, p. 98)

Vale la pena acotar que lo mencionado es uno de los factores por los cuales actualmente existe la tendencia de una unificación entre la responsabilidad civil de tipo contractual y la extracontractual o aquiliana, al afirmar como lo hace Torrealba (2011), que la responsabilidad de tipo contractual se puede clasificar bajo una tesitura de tipo aquiliana, al existir una responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de obligaciones de medios y, por otro lado, una responsabilidad objetiva por incumplimiento de obligaciones de resultados.

Al realizar un análisis para relacionar el servicio que brindan las profesiones como la abogacía, su respectiva clasificación dentro del Derecho de Obligaciones y sus consecuencias desde el punto de vista de la Responsabilidad Civil, no se encuentra una mejor que la propuesta íntegramente por Demogue, aunque como mencionamos se pueda catalogar en muchas otras.

Teniendo claro los conceptos de obligaciones de medios y de resultado, así como la importancia de esta clasificación dentro de la materia de Responsabilidad Civil, y por ende de la presente investigación, es deber analizar ahora la prestación del servicio profesional del abogado y su correspondiente clasificación.

Como hemos visto por medio de las teorías contractuales y los ejemplos dados, no es factible clasificar toda la actividad de los abogados o de los despachos de abogados en

un solo tipo, por lo cual también habrá que analizar cada caso en concreto para determinar la obligación adquirida.

Por ejemplo, el caso más conocido es el del abogado litigante que representa a su cliente en un proceso judicial y donde se puede afirmar la existencia de una relación contractual, para lo cual este no puede garantizar un resultado debido ya que depende en gran medida la decisión de un juez; sin embargo, el litigante sí tiene deber de garantizar actuar diligente y oportunamente, por lo tanto, se estaría ante una obligación de medios y no de resultado. Por lo anterior, se comparte lo dicho por Martínez, cuando señala que:

...mal abogado será aquél que en su actuación extrajudicial, promete al cliente el éxito de la gestión, o el de la reclamación judicial, porque, no se debe comprometer nunca el abogado en el encargo que recibe a asegurar el éxito de la gestión, lo que sería quimérico; ¿por qué? porque el fruto de ésta, depende no sólo de sus dotes de persuasión, sino de la resistencia de su contradictor, y sobre todo, de esa conocida entelequia inescrutable del “aleas” judicial; es conocido el viejo refrán jurídico de los viejos letrados, que afirman que para ganar un pleito, se deben cumplir tres requisitos, 1º) tener razón, 2º) saber pedirla y 3º) que los jueces de la den (Martínez, 2000: 344).

Por el contrario, la contratación del abogado para realizar una auditoría legal o llamado “*due diligence*”, por medio del cual se verifica el estado de una empresa desde la perspectiva legal para considerarlo en la toma de decisión de compra. El abogado entrega un informe final con sus observaciones y recomendaciones, siendo así una relación

contractual por locación de servicio, es decir, sí hay una obligación de resultado, el cual es precisamente el informe.

El mejor ejemplo de una obligación de resultados se da en la relación del notario con el cliente, de hecho muy recientemente el Consejo Superior Notarial, en Sesión Ordinaria número 2014-002-004, del 29 del enero del 2014 en los considerandos para emitir los lineamientos y principios deontológicos que rigen a los notarios, destacó expresamente que: “Desde el punto de vista del Derecho de las Obligaciones: el notariado público constituye una obligación profesional de resultados y no de medios.”

Queda claro entonces, que no se puede delimitar las actuaciones de los abogados en una sola clasificación, ya sea de medios o de resultado, por lo que a cada caso en concreto se le deberá realizar el análisis para determinar posteriormente a quien corresponde la comprobación de la culpa.

En el siguiente capítulo se analizará precisamente la culpa como elemento que compone la Responsabilidad Civil, así como los otros elementos que forman parte de esta teoría.

CAPÍTULO 2: Elementos de la Responsabilidad Civil aplicados en la Abogacía

El concepto de “responsabilidad” normalmente es comprendido por la sociedad como el cargo o las obligaciones que tiene una persona con respecto a un asunto determinado, es decir, se conoce por su sentido amplio, en el cual esa persona tiene la obligación de actuar sin dañar injustamente el derecho ajeno, pero que si ese derecho es violentado, entonces tiene el deber de satisfacer su reparación.

Sin embargo, en el ámbito que se desarrolla la presente investigación, debe ser entendido en su sentido estricto, tal y como lo señala Alterini: “En el sentido estricto de la palabra responsabilidad se circunscribe a la reparación; no incluye la etapa de la conducta debida, sino tan sólo la que hace pie en el incumplimiento y deriva en sanción” (1987: 27).

Aunado a lo anterior, se dice entonces que responsabilidad civil es la obligación de reparar por medio de una indemnización, un perjuicio sufrido por otras personas (Planiol, M., 1932: 5), donde la génesis de dicho perjuicio y los elementos de la responsabilidad deben ser analizados para ser debidamente atribuido o por el contrario, probar como defensa el estar eximido de culpa.

Por su parte, Pérez dice que usar el término responsabilidad como sinónimo de “obligación” puede confundir la imputación con la situación jurídica que se imputa, siendo lo correcto que la obligación es la situación jurídica derivada de la atribución de responsabilidad a un sujeto. Por lo tanto, dicho autor prefiere limitar la definición a la situación por la cual se realiza la atribución de un efecto jurídico “de necesidad” de resarcir (1994).

Distintos autores, como Trigo, han señalado que son cuatro los elementos de la Responsabilidad Civil: i) La antijuricidad; ii) El daño causado; iii) La relación de causalidad o nexo causal; y iv) El factor de atribución (Trigo, 1996: 52). Sin embargo, es importante traer a colación la tendencia actual de autores italianos y españoles, los cuales “niegan que en la responsabilidad por daños exista un momento de antijuricidad, pues imaginan que basta con la presencia de un daño y unos criterios de imputación injustos” (Bueres, 2010: 47).

Para ampliar lo mencionado es necesario aclarar que antijuricidad es sinónimo de ilicitud y éste a su vez significa “contrario a la ley”, tal y como lo señala Bustamante: “el acto ilícito consiste en una infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulta responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio” (Bustamante, 1990: 85), aun así, el mismo autor considera que el término incluye, no solo los casos de violación directa a la ley, sino también los casos de infracción a las obligaciones que por voluntad fueron impuestas por las partes en un contrato. En contraposición Rivero afirma, de manera simplificada, que en la responsabilidad civil se admite la figura de responsabilidad por hecho lícito, siendo entonces la antijuricidad un elemento no indispensable para la responsabilidad civil (2001).

Es claro que la posición de Bustamante, que además es compartida por autores como Bueres, amplían el término de antijuricidad, sin embargo, al fin de cuentas y compartiendo lo señalado por Rivero, no es esencial.

Se verá a continuación los elementos de la responsabilidad civil anteriormente enumerados, con excepción de la discutida antijuricidad.

2.1. Factores atribución de responsabilidad subjetivos y objetivos

El factor de atribución o criterio de imputación se entiende como “el motivo o fundamento por el cual un sujeto debe responder ante el incumplimiento de una obligación que provocó un daño a otro” (Infante, 1999: 192).

Estos factores se pueden dividir en dos subgrupos, por un lado los subjetivos, los cuales se basan en el juicio de reproche en contra de un sujeto que debió haber actuado bajo un patrón de conducta y no lo hizo, es decir, el juicio de culpa en sentido amplio, el cual incluye el comportamiento imprudente, negligente y la falta al deber de cuidado hasta la conducta dolosa. Por otro lado el subgrupo de factores objetivos, donde no interesa el reproche o la culpa y más bien “se fundamenta sobre estructuras axiológicas, como la justicia distributiva y la eficiencia económica” (Torrealba, 2011: 57).

Visto de otro modo y consecuentemente con lo ya expuesto, la responsabilidad civil originada por obligaciones de medios tendrá como factor de atribución los de tipo subjetivo, mientras que en las obligaciones de resultado los factores serán de tipo objetivo.

Ahora bien, corresponde analizar cuáles factores de atribución pueden ser aplicados en la responsabilidad civil por la actividad del abogado, en algunos casos pudiendo configurarse más de uno. De seguido los de tipo subjetivo:

a) Incumplimiento de obligaciones de medios y culpa profesional:

Tal y como se analizó en el capítulo anterior, el profesional en Derecho como persona preparada académicamente en el campo de las leyes,

tiene el deber de actuar bajo los estándares exigidos mediante la ética profesional y las distintas normas escritas, es decir, se le podrá achacar responsabilidad, si actúa negligente o imprudentemente, incumpliendo con la denominada *lex artis*.

Dicho de otra manera, la culpa puede surgir por una acción u omisión por parte del profesional en Derecho la cual rompe el marco de actuación comúnmente exigible y se fundamenta en el artículo 1045 del Código Civil costarricense.

Bueres señala que se puede presentar bajo tres facetas distintas, una cuando el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el daño, lo cual es igual a “negligencia”, otra cuando obra precipitadamente o hace lo que no debe, sin prever las consecuencias, es decir, “imprudencia”, y por último, enfatizando a los profesionales, como “impericia”, con desconocimiento de reglas y métodos pertinentes, los cuales debe poseer en razón de su profesión (1996). Por la misma línea Mosset señala que la culpa es una falta o como un defecto de la conducta o intelecto, es una desatención, un descuido, la carencia de conocimientos científicos necesarios (1985).

Este factor lo podemos denominar o entrelazar, para el caso del abogado, con la “culpa profesional”, que no es otra cosa que la culpa en la que puede incurrir un profesional en el ejercicio de su quehacer específico (Mosset, 1985).

Resulta rescatable señalar lo que indica el artículo 902 del Código Civil argentino: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”. Aunque en nuestra normativa no hay un precepto que indique algo similar, lo cierto es que a la hora de valorar el reproche se deberá tomar en cuenta que normalmente cuanto más alto sea el nivel académico de un profesional, más amplio los límites de la *lex artis* y por ende mayor la posibilidad de exigencia de responsabilidad.

Pero, ¿cómo se mide la *lex artis*? Para contestar la pregunta existen dos teorías: i) Amplia, también denominada corporativa y que sostiene la presunción de diligencia del profesional, es decir, por la garantía de sus conocimientos se presume que actúa correctamente bajo un baremo de normalidad; y ii) Estricta, siendo una posición más severa, ya que al abogado por su especial pericia, se le debe exigir máxima diligencia, por tanto, responderá con un mínimo de culpabilidad (Martínez, 2000). De escoger una de las anteriores, sería la primera, adicionando que ese baremo ha de realizarse tomando en cuenta los conocimientos profesionales que un abogado promedio debe tener, en palabras de Monterroso, “debe valorarse la conducta enjuiciada atendiendo al baremo general del profesional, es decir, atendiendo la conducta que habría observado un letrado en ejercicio medio en una situación pareja con similares conocimientos y aptitudes” (2005: 9).

b) Dolo por parte del abogado

El dolo es parte de un comportamiento realizado por el sujeto de forma consciente y voluntaria, lo que origina un daño que ha de ser indemnizado, es el incumplimiento a sabiendas o porque no se quiere cumplir (Mosset, 1985). También se puede decir que “dolo es toda maquinación o fraude, para engañar a otra persona logrando que manifieste su voluntad de realizar un negocio jurídico que no hubiera hecho, o hubiese hecho distinto, de no existir el dolo” (Pérez, 1994).

Un ejemplo sería el abogado que aconseja y plantea una demanda civil con base en hechos y pruebas que no son suficientes, con tal de obtener un pago de honorarios, afectando al cliente e incluso al tercero demandado, de igual forma cuando existe la posibilidad de conciliar o resolver el problema por los medios contemplados en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, pudiendo ser menor el costo por honorarios en virtud de una solución más rápida.

c) Culpa in eligendo e in vigilando:

Se refiere al incumplimiento al deber del deudor de vigilar y elegir correctamente a la persona a la cual se le encomienda un determinado trabajo para el acreedor de la obligación principal.

En el Código Civil costarricense se puede fundamentar dicho precepto en el artículo 1048:

El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia; y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones...

Asimismo, el artículo 91 de la Ley General de Administración Pública expresamente señala la obligación del delegante de vigilar a su delegado.

Este tipo de culpa es considerado por la doctrina dentro de la responsabilidad subjetiva indirecta por hecho culpable ajeno, aunque finalmente se puede atribuir la responsabilidad directa por parte del deudor principal, precisamente al incumplir con el deber de elegir o vigilar a la persona encomendada y participante material del daño.

El ejemplo más común en el caso de los abogados, es la contratación de asistentes legales e incluso de abogados por parte del profesional principal o el despacho de abogados, para el cumplimiento de funciones como la preparación y presentación de escritos ante juzgados, lo cual además de una responsabilidad civil directa por parte del sujeto generador del daño, puede generar la corresponsabilidad.

Se debe advertir sobre la delgada diferencia que se hace sobre este tipo de factor de atribución con respecto a la compleja responsabilidad objetiva indirecta por el hecho culpable ajeno, el cual se verá más adelante.

Bajo esta tesitura, se puede decir que el empleador del profesional puede librarse de responsabilidad si “destruye la presunción de culpa in eligendo o in vigilando que pesa sobre él, demostrando que empleó la diligencia media que exigía las circunstancias del caso” (Serra, 2008: 23).

Explicados los principales factores de atribuciones subjetivas aplicables en la responsabilidad civil por el ejercicio de la abogacía, se pasa ahora a analizar los principales factores de tipo objetivo:

a) Incumplimiento de obligaciones de resultado

Tal y como se mencionó en el capítulo anterior, en las obligaciones de resultado el deudor se obliga al cumplimiento u obtención de un resultado determinado. Por lo tanto, este factor de atribución resulta cuando dicha obligación no se cumple, es decir, “la responsabilidad del deudor no se valora con arreglo a criterios de diligencia o pericia exigibles (v.gr., la diligencia de *buen padre de familia* u otro estándar deóntico), sino mediante la comparación objetiva entre el estado de cosas a la fecha de la exigibilidad de la obligación y el contenido de la obligación (Torrealba, 2011: 258)”.

Ejemplificando lo anterior, sucede cuando un notario se obliga a la inscripción del traspaso de un vehículo y este no lo realiza o se realiza el traspaso pero con errores que deben ser corregidos por el mismo notario.

b) El hecho culpable ajeno

Es el factor que compone la responsabilidad objetiva indirecta, de forma muy similar a la culpa in eligendo e in vigilando, este factor aplica en los casos en que una persona que no participó directamente en la generación del daño, debe responder por ellos.

Para la aplicación de este factor será necesario la configuración de otros elementos o presupuestos, compartiendo lo mencionado por Torrealba:

- i) La existencia de un vínculo entre el responsable y el empleado que llegue a tipificarse en uno de los supuestos legales de responsabilidad objetiva; ii) La culpa del abogado por cuenta ajena en función de su labor; iii) El daño indemnizable; y iv) Una relación causal entre la culpa del colaborador y el daño (2011: 475).

En el próximo capítulo se planteará el análisis del factor de atribución por hecho ajeno, bajo el imaginario en que laboran los abogados del Estado y aquellos que trabajan en un despacho de estos, así como los que contratan mediante una relación laboral o por servicios profesionales a otros abogados, donde es claro que a pesar de brindar el servicio en alguna de las condiciones mencionadas, el profesional tiene el deber de cumplir con la *lex artis*.

Este factor de atribución se fundamenta en “la simple pertenencia a la organización económica del empresario, que al ofrecer un “servicio jurídico”

a sus clientes asume un riesgo que entra dentro de su ámbito de control, además de beneficiarse de la actividad desarrollada por el abogado” (Zelaya, 1995: 295 y ss.; Yzquierdo, 2001: 268; Salvador Coderch y Gómez Ligüerre, 2002: 14, citados por Serra, 2008: 18), por lo que poco importaría si el despacho de abogados o el principal, logra probar que actuó diligentemente al momento de elegir o vigilar a su encomendado, descartando así la culpa subjetiva.

2.2. El daño indemnizable

El daño se puede definir como el menoscabo o la lesión de un interés jurídico tutelado, generado por la acción u omisión de otra persona. Es además, desde el punto de vista lógico “(...) el primer elemento de la responsabilidad civil, ya que sin él no puede siquiera pensarse en la pretensión resarcitoria: sin perjuicio no hay responsabilidad civil por ausencia de “interés”, que es la base de todas las acciones” (Lalou; Le Tourneau; Josserand, Brun, citados por Trigo, 1996: 55), y precisamente la noción de daño estará siempre unida a la de damnificado, es decir, se debe entender como “daño a” y no simplemente como puro daño (Zanoni, 1982: 6).

Alterini define el daño en dos sentidos, uno amplio donde daño es toda lesión a un derecho subjetivo y otro estricto, cuando se lesionan ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, que generan una sanción patrimonial, lo cual es lo relevante para la reparación civil (1987: 123).

Para Torrealba este elemento tiene un componente fáctico que implica una modificación desfavorable en la realidad actual o potencial del damnificado, pudiendo ser una modificación del estado de las cosas previo al hecho dañoso o también la interrupción de un proceso evolutivo favorable y por otro lado, tiene un componente normativo definidor de lo que se debe considerar daño indemnizable y el cual es determinado a su vez por la ley, la jurisprudencia y la doctrina (2011: 60-61).

Muy importante a la hora de determinar el daño será realizar el ejercicio de “comparar el estado que tiene el patrimonio actual del damnificado con el patrimonio que tendría, si se suprime mental o hipotéticamente el evento dañoso, esto es lo que Rivero denomina la “hipótesis de la diferencia” (2001: 82).

Entonces, el daño lesiona un bien o interés, sea personal, patrimonial o incluso moral, sobre el cual una persona o damnificado tenía un interés, sin embargo, ese daño debe reunir tres requisitos, según lo ha determinado la doctrina:

a. Daño a un interés propio

Mazeaud-Tunc dicen que “sólo puede reclamar reparación del daño aquel que lo haya sufrido” (citado por Zanoni, 1982: 22), sin embargo, este requisito se debe enfocar no necesariamente en la persona, sino más bien en ese interés que se ha menoscabado, esto porque pueden existir damnificados directos o indirectos o que el daño perjudique a terceros.

Asimismo, la Constitución Política costarricense en su artículo 41, señala “que todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”, por lo que no

necesariamente la víctima directa del daño sería el único afectado, también todo aquel con un interés afectado.

b. Certeza

Este requisito se traduce como efectividad del daño, es decir, el daño ha de ser real y efectivo, no algo conjetural o hipotético, como dice Acuña la certeza equivale a existencia (citado por Zanoni, 1987: 24).

Zanoni también señala que “como quehacer fáctico el daño adquiere certidumbre tanto cuando es actual como cuando es futuro” (Zanoni, 1987: 25), es decir, el hecho generador puede tener la consecuencia dañosa inmediatamente o incluso a futuro, siempre y cuando haya certeza.

Por lo anterior, Mosset también concuerda en que “la certidumbre del daño, en suma, constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta, también al futuro, una consecuencia necesaria” (Mosset, 1971: 147-148).

c. Subsistencia

Para que un daño sea indemnizable debe ser subsistente, el mismo no puede haber sido objeto de una indemnización previa, es decir, si el deudor reparó el perjuicio el daño será insubsistente, distinto sería el caso si el mismo acreedor reparó el daño, ya que el perjuicio subsiste por el quantum de la reparación (Zanoni, 1987: 30 y 31). Torrealba denomina lo anterior como el principio indemnizatorio, que consiste en la oposición al

enriquecimiento sin causa por parte del damnificado, mediante un cobro doble de la indemnización (2011: 65).

En virtud del artículo 41 de la Constitución Política costarricense, se coinciden con Rivero en cuanto a que no se puede establecer un sistema de *números clausus* para determinar cuáles son los intereses jurídicamente relevantes, más bien debe operar un sistema de *números apertus*, porque de lo contrario se podría incurrir en una denegación de justicia (2001: 96). Dicho lo anterior, corresponde analizar el daño en que normalmente podría incurrir un abogado con el ejercicio de su profesión, siendo este muy particular por los servicios que normalmente presta:

i. Daño Patrimonial

Es la lesión o menoscabo que afecta el interés relativo a los bienes de un damnificado, es decir, sobre aquellos bienes que conforman su esfera jurídica (Zanoni, 1987: 34). Si se está en presencia de obligaciones de resultado, normalmente el daño patrimonial será más sencillo de cuantificar, así como el posible daño moral en el que se pueda incurrir, caso contrario sería una deficiente asesoría o una mala representación en un litigio, donde el éxito de los resultados no depende solamente del profesional en Derecho, sino también de otras circunstancias ajenas al mismo. Por lo anterior, se deben introducir criterios de probabilidad para que la indemnización tenga relación con el grado de probabilidad de éxito del negocio jurídico o de la

pretensión, eso sí, sin perder de vista la delgada línea que separa un daño hipotético no reparable y un daño cierto indemnizable.

Cabe aclarar que en Costa Rica normalmente se utiliza el término compuesto de “daños y perjuicios”, el cual “designa la indemnización pecuniaria que el deudor está obligado a satisfacer al acreedor” (Brenes, 2010: 99), el daño en este caso es la pérdida sufrida y el perjuicio la ganancia que se deja de obtener.

Entre los tipos de daño patrimonial que se podrían observar en un caso de responsabilidad civil por el ejercicio de la abogacía están:

a. Daño emergente: Es aquella disminución del patrimonio del damnificado como consecuencia del hecho dañoso. Torrealba distingue tres posibilidades cronológicas: cuando coinciden el evento y el daño; cuando se da el hecho y el daño se manifiesta posteriormente, tal es el caso de los gastos médicos o auto reparación que cubre el damnificado; y cuando ocurre a la inversa, es decir, donde se realiza el gasto previo al evento dañoso, llamados costos hundidos (2011: 598). Las dos últimas posibilidades serían las que se podrían presentar más fácilmente en el ejercicio de la abogacía, por ejemplo el mal consejo legal que deriva en una demanda, y para la última posibilidad cuando se paga el adelanto de honorarios para la elaboración de un contrato y el abogado no lo realiza.

b. Lucro cesante: Es la privación o frustración del enriquecimiento patrimonial de la víctima por causa del evento dañoso. La posibilidad de obtener el beneficio económico alcanza el nivel de certeza, por lo que se indemniza el daño de privar al damnificado de la obtención del lucro al cual tenía derecho y era titular. Así entonces, “lo importantes es puntualizar que deberá existir un título que dé derecho a obtener cierta ganancia y que ésta se deje de percibir debido a la conducta imputable al abogado” (Rodríguez, 2007: 147).

c. Pérdida de oportunidad: Es la pérdida o frustración de una expectativa o probabilidad de ganancia futura (Zanoni, 1982: 48). A diferencia del lucro cesante que indemniza la no obtención de beneficios económicos a los cuales el titular tiene derecho, la pérdida de oportunidad busca la reparación de la probabilidad de la obtención del beneficio. En este punto es necesario aclarar que el requisito de certeza se basa precisamente en la certidumbre de la probabilidad. Es importante señalar sobre el daño por pérdida de oportunidad, que la mayoría de autores lo consideran aplicable para la responsabilidad del abogado, en tanto las decisiones judiciales están sujetas a distintos factores como lo sería la decisión de un juez, en virtud de ello, se maneja que el éxito en un caso judicial es una probabilidad o una oportunidad, igual análisis se puede hacer para los casos de la frustración de un negocio jurídico como consecuencia

de una asesoría deficiente. Sobre este punto en específico, por su importancia para el tema de la presente investigación, se desarrollará con amplitud más adelante.

ii. Daño a la Persona y a la Moral:

Se define como el “menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso” (Zanoni, 1982: 231), son todas las pérdidas que afectan a la persona pero no a su patrimonio (Rivero, 2001: 103). En la normativa nacional también se encuentra reconocido por medio del artículo 41 de la Constitución Política al señalar el deber de reparación por daños sobre “intereses morales” e incluso la jurisprudencia ha llegado a indemnizar no solo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas por este concepto. Al igual que el daño patrimonial, el daño moral es *numerus apertus*, por tal motivo se puede pensar en una variada posibilidad de daños de este tipo entre los que se pueden comentar:

a. Daño al honor y a la buena reputación: Como resultados de una mala representación legal, se puede agregar el daño al honor y a la buena reputación que el cliente de un abogado podría llegar a padecer. Según Zanoni, hay un aspecto subjetivo que es el sentimiento de la propia dignidad moral (honor) y otro aspecto objetivo, el cual es la valoración que los demás hacen de nuestras cualidades morales, es decir, éste es el valor social (buena

reputación). En la persona jurídica, bajo este criterio podría afectar la reputación e imagen empresarial.

b. Daño a la intimidad: Derivado del incumplimiento a la obligación del secreto profesional y al derecho a la privacidad de una persona. En el campo comercial podría originar una ventaja a un competidor con respecto a un negocio o una transacción.

c. Daño al derecho de tutela judicial: Es uno de los daños en los que más coincide la jurisprudencia española, en tanto se ve afectado el derecho de la persona de que un juez o tribunal resuelva sobre caso, demanda o disputa judicial. Por ejemplo, por la omisión del abogado de presentar un recurso de apelación, independientemente del juicio de probabilidad de éxito que se puede hacer, lo cierto es que el derecho al acceso a esa resolución judicial es lo que se puede traducir en un daño.

2.3. El nexo de causalidad

Esta condición de la responsabilidad civil es la que determina la existencia de la relación entre el factor de atribución y el daño indemnizable.

Torrealba distingue un plano fáctico donde se constata la correlación de dos fenómenos fácticos y que corresponde a los expertos en la materia determinar

objetivamente las circunstancias que provocaron el daño, este es el plano descriptivo. Posteriormente se pasa al plano valorativo en el que se determina si al aspecto fáctico es posible atribuirle la generación del daño, esta valoración le compete precisamente al juez. (2011: 101). Lo anterior es, en palabras de Mosset, la causalidad física o material, considerada como el fundamento u origen de algo y por otro lado, la causalidad jurídica, definido como “el ajuste o corrección bajo el prisma de la justicia, del nexo de causalidad material” (1985: 247).

Existen varias teorías para explicar la causalidad, doctrinaria y jurisprudencialmente en la rama civil se ha decidido por la teoría de causalidad adecuada, con la cual se concuerda aplica para el tema de la presente investigación. Precisamente, esta consiste “en determinar cuáles factores, dentro de la multiplicidad de supuestos que pudieron concurrir a generar un hecho específico son directa o indirectamente causa eficiente y adecuada del mal irrogado” (Sentencia número 769-F-S1-2008 de las 9:40 horas del 13 de noviembre de 2008, citada por Torrealba, 2011: 507).

De lo anterior se desprende que simplemente el incumplimiento de la *lex artis* y la generación de un daño, no será resarcible si no existe un nexo causal entre ambos hechos, a los cuales jurídicamente se les pueda considerar un daño resarcible y por ende exigir la reparación.

Estudiados los elementos de la Responsabilidad Civil, en el siguiente capítulo se analizará el resultado de la ecuación, el cual es la más importante desde la perspectiva del afectado, es decir, el resarcimiento.

Segunda Parte: El Resarcimiento de Daños Como Consecuencia del

Ejercicio de la Profesión

CAPÍTULO 3: El resarcimiento de daños por Responsabilidad Civil del abogado.

Desde la noción de “justicia”, el objetivo principal de la Responsabilidad Civil es la reparación o resarcimiento por un daño sufrido. Según se define el concepto mismo, resarcimiento es la indemnización de daños y perjuicios (Cabanellas, 1993). A su vez, la palabra indemnización “corresponde a la amplia noción de resarcimiento, entendido como remedio subrogatorio, de carácter pecuniario, del interés lesionado, (...) consiste en dejar indemne al perjudicado por reintegrarle pecuniariamente su interés lesionado...” (De Cupis, citado por Zanoni, 1982: 182).

En el sentido del Derecho de Obligaciones, reparación abarca el deber del deudor de cumplir una prestación cuya causa es la violación a un derecho subjetivo y que se establece a favor de quien tiene la legitimación para reclamarla (Alterini, 1987).

Por lo anterior, resarcimiento es entonces, la obligación de reponer el *status quo ante*, la reposición de lo mal habido y la indemnización en dinero (ibíd.), lo cual en tesis de principio deberá ser congruente al daño sufrido.

Asimismo, la finalidad del resarcimiento, dice Rivero:

“(…), no puede ser otro que el de compensar (*Ausgleich*), a la víctima ni más ni menos que todos los daños por ella realmente experimentados, a fin de ser colocada de nuevo en el estado en que se encontraba antes de que se verificara el evento dañoso” (1999: 105).

Incluyendo a esto último, para el caso de los daños morales, la indemnización deberá cumplir no solo con una finalidad de compensación, sino también, debe satisfacer realmente el daño que haya sufrido la víctima.

Los parámetros del deber del resarcimiento, tal y como lo hemos definido, de aquel abogado que se convierta en un deudor de una obligación de este tipo son los que serán analizados en el presente capítulo, para lo cual considerará las situaciones más comunes actualmente en que ejerce un abogado.

3.1. El deber de resarcimiento por responsabilidad civil subjetiva directa.

De acuerdo con lo analizado en el capítulo segundo de la presente investigación, el abogado podrá incurrir en responsabilidad civil subjetiva directa en aquellas obligaciones de medios y cuando se configure la culpa profesional como primer elemento, aunado claro está, de los elementos de daño y su respectiva relación de causalidad.

La culpa profesional como transgresión a la *lex artis*, pone de relieve el hecho de que no se debe responsabilizar al abogado por el fracaso mismo del resultado, sea de una acción judicial o un negocio jurídico, ya que como hemos mencionado, dicho resultado conlleva una serie de variables ajenas al profesional; sin embargo, sí se podría achacar

responsabilidad precisamente por la acción u omisión configurables dentro de la culpa. En tal sentido se requiere entonces probar concretamente los actos u omisiones que suponen el incumplimiento defectuoso por parte del abogado, no pudiendo presumirse la culpabilidad por el no haber obtenido éxito en una acción judicial, por ejemplo.

Partiendo de la noción dual de la culpa, es decir la contractual y extracontractual, en el primer caso se tiene como requisito el incumplimiento de, al menos, una de las obligaciones estipuladas en el contrato, pudiendo adicionar en un segundo plano la valoración de la culpa profesional o, visto de otro modo, de las obligaciones contractuales se sumarían otras obligaciones que, por la naturaleza del servicio profesional prestado, arrastra el abogado por un “deber de” incluido en los lineamientos éticos y morales, así como legales.

Ahora bien, sobre la carga de la prueba, la misma corresponde al actor, siendo este el cliente o la persona que adquiere su condición de acreedor por derivación de la responsabilidad civil. Esta carga, para los casos de responsabilidad subjetiva directa en general, dice Torrealba, “pueden llegar a ser sumamente pesadas para el actor cuando entran en juego conocimientos técnicos especializados” (2011: 452).

La doctrina coincide en cuanto a la responsabilidad civil del abogado, que no opera la inversión de la carga de la prueba a favor del actor, esto bajo la idea de que la naturaleza de la obligación sea de medios, aunque podría presentarse una excepción, cuando por una omisión no actúa en cumplimiento de sus obligaciones como abogado, siendo el mejor ejemplo cuando no se presenta a una audiencia o no presenta un recurso en tiempo (Monterroso, 2005).

Como medios de defensa, el abogado puede negar la concurrencia de los presupuestos o elementos de la responsabilidad, utilizando cualquier prueba que sirva para el efecto, en otras palabras, podría demostrar que:

a) El daño que se reclama no fue causado por su conducta negligente, por tanto no habría una relación de causalidad, siendo que los daños fueron causados más bien por un suceso extraño, inevitable e imprevisible o por fuerza mayor, por la conducta de la víctima o de un tercero.

b) A pesar de una conducta negligente, no han habido daños y por ende la inexistencia de una responsabilidad civil. A pesar de lo acotado, sí podría considerarse el no pago del servicio en razón de un incumplimiento contractual.

c) No incurrió en culpa, negligencia o impericia, debido a una conducta ajustada bajo los parámetros de diligencia mínimos exigibles, equivalentes al de un buen profesional, en virtud de la *lex artis*.

3.2. El resarcimiento de daños en relación tripartita: Bufete – Abogado – Cliente

Una práctica común en Costa Rica y muchos países, tanto a nivel empresarial como personal, es la contratación de los servicios legales a bufetes o despachos de abogados en los que se posibilita obtener asesoría especializada en las distintas ramas del Derecho de

forma centralizada. En tal sentido, el cliente suscribe normalmente un contrato de servicios con una sociedad proveedora de servicios legales, la cual se encarga por medio de un conjunto de personas, entre asistentes y abogados, empleados o subcontratados, a cumplir con las obligaciones adquiridas frente al cliente.

De acuerdo con el contexto descrito, surge el interés de conocer cómo opera la reparación de los daños producidos por aquellos sujetos ajenos al contrato principal, es decir, donde el hecho dañoso, tal y como se mencionó en el capítulo anterior, es producido por un tercero el cual no es el contratista principal.

Como se dijo líneas atrás, el abogado por sí solo tiene el deber de cumplir en todo momento con la *lex artis* que lo rige en su condición de profesional en leyes, por cuanto una violación a este régimen de actuación podría ocasionar daños al cliente que ha contratado los servicios de un despacho, independientemente de si es bajo una relación común laboral o de servicios profesionales. En ese sentido, se puede afirmar que hay una responsabilidad civil extracontractual en vista de la inexistencia de la relación directa entre el encargado de prestar el servicio por cuenta del despacho y el cliente, aunque primero se puede determinar la existencia de una responsabilidad civil contractual del deudor de la prestación inicial, el cual es el despacho de abogados en su condición de parte contractual.

En un primer análisis se estaría entonces ante una responsabilidad civil contractual, por lo cual bastaría que el acreedor pruebe el incumplimiento de una o todas las obligaciones pactadas por parte del deudor principal o contractual, sin importar la participación o no del tercero y con fundamento en el artículo 702 del Código Civil costarricense, que en lo que interesa dice:

El deudor que falte al cumplimiento de su obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito (Código Civil)

Asimismo, Tamayo ha manifestado que:

... el comportamiento del tercero no hace presumir la culpa del deudor, lo que significa que el fallador no tiene que averiguar para nada cuál fue el real comportamiento de este último. La culpa del tercero compromete automáticamente al deudor, es decir, es su propia culpa (la del deudor) jurídicamente hablando (Tamayo, 2007: 660).

El acreedor no deberá demostrar la culpa del abogado que trabaja por cuenta ajena, bastará entonces con demostrar el incumplimiento contractual, que siendo una obligación contractual de resultados, se valorará a fin de cuentas bajo una tesitura aquiliana, restando importancia al elemento de culpabilidad. No así para los casos en que la obligación sea de medios, para lo cual el demandante sí deberá prestarse a demostrar la culpa del abogado por cuenta ajena, aunque establecida esa culpa, el deudor principal tendrá siempre la obligación de responder, lo afirmado es compartido por Serra:

...para hacer responsable al empleador bastará al actor probar que la prestación, ejecutada por su dependiente (el abogado), se ha cumplido defectuosamente. Por ello, si la obligación asumida por el deudor (el despacho) es de medios y no de resultado, deberá probar la negligencia o impericia del abogado en la ejecución de la prestación; mientras que si el

deudor ha comprometido la consecución de un resultado (p. ej., elaboración de un dictamen) al cliente le bastará con alegar que dicho resultado no se obtuvo, no siendo necesario la demostración de que el abogado actuó negligentemente. La actuación del dependiente o auxiliar que interviene a iniciativa del empleador no es un hecho exonerador de responsabilidad del principal. El deudor, que en su condición de profesional asume la obligación frente al acreedor, responderá de todos los riesgos normales u ordinarios que puedan derivarse de la ejecución (o ejecución defectuosa) de la prestación por parte del abogado dependiente.” (Serra, 2008: 24-25).

A pesar de lo anterior, nada impediría que el acreedor fundamente su reclamo con base en una responsabilidad civil extracontractual en contra del tercero.

Considerando lo anterior, se puede alterar el caso hipotético y analizarlo en las situaciones en que no exista una relación contractual preestablecida. Desde esta perspectiva, cabrían las siguientes posibilidades de responsabilidad civil extracontractual:

a) Responsabilidad subjetiva indirecta o por hecho culpable ajeno:

El acreedor puede reclamar al bufete o empleador, por este concepto con base en el artículo 1048, párrafo tercero del Código Civil, debiendo probar para tal caso lo siguiente:

- i. La existencia de un vínculo jurídico o de hecho entre el bufete y el abogado por cuenta ajena, ya sea que se demuestre la relación de un contrato laboral regular o también la relación de una subcontratación por parte del bufete de los servicios del tercero, ejemplo de esto último, cuando

el bufete subcontrata la opinión de un especialista en una materia del Derecho para emitir una opinión legal.

- ii. El hecho culpable del abogado por cuenta ajena.
- iii. La culpa *in eligendo* del despacho de abogados.
- iv. Un daño indemnizable generado por el abogado por cuenta ajena.
- v. Las relaciones causales entre el actuar del abogado por cuenta ajena y el daño indemnizable, así como la relación de la culpa *in eligendo* del bufete y el daño.

Como ya se hizo ver, el medio de defensa en este caso por parte del bufete será demostrar que se puede eximir de la culpa *in eligendo*, comprobando que actuó diligentemente e hizo todo lo necesario para elegir correctamente a la persona encomendada, siendo que corroboró sus atestados, títulos académicos, colegiatura vigente y sin sanciones, entre otras cosas.

b) Responsabilidad objetiva indirecta por el hecho culpable ajeno

Bajo este tipo de responsabilidad se considera que el deudor otorga una garantía personal de origen legal a favor del acreedor o afectado, pudiendo accionar contra el causante del daño, que en este caso podría ser el abogado por cuenta ajena, en contra del garante que sería el bufete, como responsable indirecto o incluso contra ambos.

Una forma de analizar la figura es comparar y realizar la analogía entre abogado – bufete y doctor – hospital, donde el segundo caso según diversos autores

como Zelaya, “el acto médico ha dejado de ser un acto individual y personal realizado por el “médico de cabecera” o “médico de familia” (1997: 13) y se ha convertido en una actividad o servicio prestado por, a través y al interior de instituciones...”, lo cual sucede actualmente con el accionar del abogado que actúa dentro de una organización empresarial como lo es un despacho de abogados.

El mismo autor citado contempla en lo que interesa, dos teorías para justificar la responsabilidad civil objetiva indirecta por el hecho culpable del hospital, una de las cuales es la responsabilidad vicaria en concordancia con lo mencionado como definición; y la otra teoría es la responsabilidad por riesgo de empresa, la cual considera que el hospital al ser una empresa de servicios es el sujeto que se encuentra en la mejor posición para prevenir un daño, asimismo se basa en la teoría del riesgo creado la cual sostiene que una empresa tiene el deber de responder por los daños ocasionados en virtud de los beneficios obtenidos por su actividad (Zelaya, 1997).

Ambas teorías pueden en consecuencia, ser aplicadas para determinar la responsabilidad civil objetiva que tienen los bufetes de abogados por el daño causado por sus abogados, independientemente del tipo de relación contractual.

Abandonando la analogía, es necesario tomar en cuenta que, para la aplicación de la responsabilidad civil objetiva por hecho culpable ajeno, se deberá probar la existencia del vínculo jurídico entre el responsable principal y el que actúa por cuenta ajena, ajustándolo a los supuestos establecidos legalmente, es aquí donde

se hace interesante y necesario verificar si es posible ajustarlo a la normativa costarricense.

En el caso de España, el artículo 27 del Estatuto General de la Abogacía, indica que no se pierde la condición de abogado que ejerce como titular de su propio despacho individual cuando el abogado tenga en su bufete pasantes o colaboradores, incluso sin tener una relación laboral, es decir, el abogado titular responderá profesionalmente ante su cliente por las gestiones o actuaciones de sus colaboradores, eso sí, sin el perjuicio de repetir frente a los mismos si procede (Monterroso, 2005: 7).

Si bien es cierto en Costa Rica no hay una norma expresa, como en España, se puede hacer una valoración atrevida de lo mencionado en el artículo 35 de la Ley N° 7472 de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que establece un régimen de responsabilidad objetiva al comerciante si el consumidor resulta perjudicado en razón del servicio.

El problema en este caso recae en sostener que la citada ley es aplicable para el caso de los bufetes de abogados, en tanto el fundamento normativo y jurisprudencial es que al ser la abogacía una profesión liberal, no se puede catalogar como una relación de consumo y por tanto escaparía de la aplicación del artículo 35 y de la Ley N° 7472 en general, sin embargo, la crítica se enfoca en que los despachos que trabajan bajo figuras societarias mercantiles, precisamente por su naturaleza y por la oferta de servicios que pueden generar, les debería alcanzar la aplicación de dicha ley o por otro lado, el Colegio de Abogados debería estar

expresamente facultado para ejercer el mismo control fiscalizador que ejerce sobre el abogado, para el caso de las sociedades dedicadas a los servicios legales.

Para explicar mejor lo afirmado, es necesario entonces determinar primero si se puede fundamentar la sujeción a la Ley N°7472 por parte de los bufetes. La ley define en su artículo 2° los siguientes conceptos que nos interesan:

Agente económico

En el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero.

Consumidor

Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. (...).

Comerciante o proveedor

Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal.

(...). (Ley N°7472, Art. 2)

De las definiciones podemos extraer que un bufete de abogados que opera bajo la figura de una sociedad mercantil, es un agente económico y proveedor que ofrece o presta servicios en el área legal y por otro lado, el cliente se puede delimitar dentro de lo que es un consumidor, al ser destinatario final de servicios.

Lo anterior es insuficiente si la relación bufete – abogado no se enmarca dentro de una relación de consumo, es decir, donde el objeto de la relación sea la potencial adquisición, disfrute o utilización de un bien o servicio por parte del consumidor o en este caso el cliente.

De seguido conviene responder si un bufete de abogados o en este caso una sociedad mercantil puede ejercer una actividad catalogada como profesión liberal, en cuyo caso se descartaría su relación de consumo, sin embargo, los tribunales costarricenses han reiterado que cuando una sociedad mercantil es quien ofrece los servicios, no se puede hablar entonces del ejercicio de una profesión liberal, en tal sentido la Sentencia 11923 emitida por la Sala Constitucional, a las 2:48 p.m. del 22 de agosto del año 2007 indicó lo siguiente:

Resulta evidente que el ejercicio de una profesión liberal puede realizarse de forma individual cuando un profesional decide ofrecer sus servicios especializados a la colectividad de forma enteramente personal o bien de modo grupal, cuando varios profesionales optan por hacerlo conjuntamente para mejorar los servicios prestados o bien para compartir gastos comunes en el despliegue de su giro

profesional. Es evidente que, en sendos supuestos, los profesionales lo que pretenden es obtener una remuneración para asegurarse su subsistencia y una vida digna. Distinto resulta cuando un grupo de profesionales deciden crear una organización colectiva del Derecho Mercantil para prestar sus servicios profesionales, puesto que, en tal caso, además del ánimo de subsistencia, existe un fin lucrativo o de obtener un margen considerable de rentas y utilidades, con lo cual deja de existir el ejercicio liberal de una profesión, en sentido estricto, y se está ante el despliegue de un giro o tráfico empresarial o mercantil... (Sentencia 1923, 2007) .

En el mismo sentido, para fundamentar que la naturaleza de una sociedad es comercial y con fines de lucro, al constituirse bajo personas jurídicas regidas por el Código de Comercio, la Sala Constitucional también ha dicho:

Los accionistas de Lex Counsel Limitada escogieron unirse mediante una figura **mercantil** que por su naturaleza aspira al lucro económico, y ahora no pueden venir los señores abogados que son integrantes de esta **sociedad**, a sostener una tesis jurídicamente deslucida, menos aún pretendiendo ignorar el contenido de los artículos 5 y 17 del Código de Comercio, que disponen que **todas las sociedades son comerciantes y, en especial, que la sociedad de responsabilidad limitada es naturaleza mercantil, independientemente de su finalidad.**” (El resaltado es del original) (Sala Constitucional).

A pesar de lo anterior, la Dirección de Apoyo al Consumidor, al realizar la consulta sobre el alcance de la Ley N°7472 para los bufetes constituidos como sociedades para brindar servicios legales, sostuvieron que estos servicios, independientemente de si se dan por parte del profesional liberal o por medio de sociedad mercantil, la Ley N° 7472 no les alcanza, aunque su fundamentación para el segundo supuesto fue nulo.

Según lo argüido y aunque la Ley N° 7472 no hace diferencia entre servicios profesionales o comerciales, se puede fundamentar para el caso de los bufetes de abogados bajo sociedades mercantiles, la sujeción a la citada ley y por tanto la aplicación del artículo 35 de dicho cuerpo normativo, en cuanto a que los representantes legales de los establecimientos mercantiles son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares.

Precisamente, el tercer párrafo del artículo mencionado sería la base para determinar el factor de atribución necesario para considerar la responsabilidad civil objetiva, siendo en el contexto que se desarrolla el presente trabajo el de la teoría de la garantía personal o también denominada responsabilidad vicaria y cuya finalidad es ampliar las posibilidades de que el afectado obtenga el resarcimiento debido (Torrealba, 2011: 258).

Por último, es importante señalar que en ambos tipos de responsabilidad objetiva se puede aplicar la responsabilidad solidaria como obligación por parte de quienes han participado en el hecho dañoso, sea al bufete o al abogado dependiente, esto en virtud del artículo 1046 del Código Civil el cual dice que: “La obligación de reparar los daños y

perjuicios ocasionados con un delito o cuasi-delito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasi-delito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos”. Siendo así entonces, cualquiera de los deudores tiene la obligación de resarcir los daños, pero sin descartar las opciones de regreso que tenga quien pagó la deuda en contra de los demás codeudores.

3.3. El resarcimiento de daños en la relación Estado – Abogado como funcionario público – Administrado o Interés Público

Si bien es cierto en esta relación se varían los sujetos de la ecuación, se debe mantener incólume la obligación del abogado que actúa como funcionario público de actuar conforme a las normas deontológicas que rigen la profesión; es decir, que la particularidad de ejercer la profesión bajo una relación laboral con el Estado o contractual por servicios profesionales, no elimina su condición de profesional, prueba de ello es la obligación de pertenecer siempre inscrito ante el colegio respectivo.

En este caso se adicionan distintos aspectos, entre ellos el fundamento legal para exigir la responsabilidad del abogado, ya sea por un administrado claramente identificado como afectado por un daño particular o el daño al interés público², el cual debe ser

² También conocido como interés general, este concepto es considerado por la doctrina como un “concepto jurídico indeterminado” y además uno de los pilares fundamentales del Derecho Administrativo. Aún siendo un concepto indeterminado interesa delimitar como es entendido en la presente investigación, para lo cual se comparte la definición de Escola al señalar que es “el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos” (1989: 249 y 250).

defendido por el mismo Estado, siendo aplicable la normativa especial que rige a la Administración Pública.

Como ya se mencionó, es obligación del abogado actuar bajo los deberes deontológicos generales de la profesión e incluso dichos deberes se pueden encontrar expresos en diferentes normas aplicables a todo funcionario público, como es el caso del artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley N°8422), el cual dispone lo siguiente:

Artículo 3°—Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.

Es necesario dejar claramente entendido que tanto los abogados-funcionarios públicos como aquellos que ejercen funciones catalogadas como públicas dentro de una relación de servicios profesionales con la Administración pueden generar una obligación de resarcir por la producción de daños, esto es compartido por Jinesta:

...respecto de otras personas físicas que no son funcionarios, en sentido estricto, pero que ejercitan funciones públicas integradas en la organización tales como los empleados de empresas públicas o servicios económicos de un ente público encargados de gestiones sometidas al Derecho común (artículo 111, párrafo 3º, LGAP), trabajadores de la Administración Pública –vinculados por una relación laboral y no estatutaria-, interinos, trabajadores esporádicos o los que prestan servicios profesionales (artículo 112, párrafo 2º, LGAP). En tales hipótesis habría que entender que, eventualmente, puede estar implicada la responsabilidad administrativa, si las labores están vinculadas, aunque sea de forma indirecta, con la gestión pública de la administración respectiva (prestación de un servicio público, ejercicio de una competencia pública, etc.). De modo que, por el solo hecho que la relación entre el ente público y el trabajador, obrero o empleado que no participa de la gestión pública se rija por el Derecho Laboral o Mercantil (artículo 112, párrafo 2º, LGAP), no es motivo suficiente para excluir la responsabilidad administrativa (2005: 77).

Teniendo claro lo anterior se plantean y se analizan los siguientes enfoques con sus particularidades:

a. Responsabilidad civil subjetiva del funcionario público

El artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública dispone la responsabilidad subjetiva, directa y personal del funcionario

público, eso sí actúa con dolo o culpa grave³ mientras desempeña sus funciones o con ocasión del mismo, esto frente al Administrado.

Sin embargo, el abogado, como funcionario público, deberá responder a la Administración por los daños y perjuicios que ocasione por dolo o culpa grave cuando ésta tenga que responder por un daño generado al administrado, considerado así como una acción de regreso según fue manifestado en la Sentencia N°00096 del 12 de octubre del 2010, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V; “Si la Administración responde por daños frente al administrado, causados por el servidor, debe incoar una acción de regreso, para recuperar lo pagado, ...”. Lo anterior en virtud del artículo 203 de la Ley General de la Administración Pública.

Aquí conviene destacar la importancia del concepto antes acotado de interés público, ya que la responsabilidad subjetiva directa del abogado se podrá fundamentar en dos vías; una frente a la Administración, en virtud de la generación de una afectación directa al interés público general y la segunda precisamente con ocasión del daño reflejo por la responsabilidad objetiva y solidaria de la Administración.

Ambas vías se pueden considerar como una afectación al interés público como consecuencia del menoscabo económico que la Administración puede sufrir, sea de forma directa o indirecta al responder solidariamente resarcando el daño del tercero administrado.

³ La definición de culpa grave según se puede encontrar en los incisos 2 y 3 del citado artículo 199, siendo estos cuando emita actos manifiestamente ilegales u obediere este tipo de actos.

b. Responsabilidad objetiva indirecta por el hecho del funcionario público

Bajo el mismo principio del régimen de responsabilidad vicaria y la base de la teoría de la garantía de la víctima, la normativa costarricense por medio del artículo 191 de la Ley General de la Administración Pública ha servido de fundamento para otorgar la responsabilidad civil del Estado por el accionar de sus funcionarios públicos, en concordancia con lo anterior la Sentencia N° 00097 del 11 de octubre del 2011, emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV dijo que:

...Así las cosas, tenemos que la Administración Pública responde por su conducta lícita y normal, cuando dicta un acto administrativo formal sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico u omite dictarlo, o bien mediante una actuación material o hecho permitido y normal.
(Sentencia N° 00097, 2011)

No cabe duda entonces sobre el régimen de responsabilidad aplicable a favor del administrado, al instituirse mediante el artículo 191, como lo menciona Torrealba:

...una regla de responsabilidad objetiva del Estado por las faltas dañosas incurridas por sus servidores, no sólo en el ejercicio de sus funciones, sino también fuera de la prestación

del servicio público, cuando se valgan de las oportunidades o medios que le provea su cargo (2010: 210).

Así las cosas, se puede afirmar entonces que el daño producido por el abogado dentro de su función pública, si bien es cierto podrá afectar a un sujeto determinado, también generará una afectación al interés público, sea por un daño directo a la Administración o por la responsabilidad solidaria de esta al responder frente al administrado.

3.4. El resarcimiento de daños en las relaciones entre abogados

Luego de analizadas las anteriores conformaciones de sujetos que se pueden presentar como parte de una responsabilidad civil, vale la pena referirse ahora a los eventuales daños ocasionados entre los abogados dentro de sus relaciones u organizaciones para actuar y ejercer su actividad.

Como fue explicado, en la responsabilidad por el ejercicio profesional por cuenta ajena se permite al sujeto al cual le fue exigido la reparación, ejercer una acción de regreso contra el profesional que ha generado el daño. Sin embargo, teniendo claro lo anterior, es de interés considerar la posibilidad de generación de un daño indemnizable dentro de la relación entre dos o más abogados que se han asociado para ejercer su actividad.

En Costa Rica es común que las empresas dedicadas a brindar servicios legales se conformen como sociedades mercantiles, ya sea mediante sociedades anónimas o las sociedades de responsabilidad limitada, cada una con sus particularidades, así como con sus ventajas y desventajas para los socios que las conforman. Además, también es la práctica conformar lo que se denomina como sociedades parasociales, las cuales son sociedades

civiles creadas normalmente por profesionales liberales que no tienen los formalismos que legalmente se establecen para las sociedades mercantiles y las cuales están amparadas en el artículo 1226 del Código Civil costarricense bajo la figura de sociedades civiles (Torrealba, artículo inédito).

Asimismo, las sociedades mercantiles formalmente establecidas pueden contener acuerdos asociativos parasociales, estableciendo no solo limitaciones en cuanto a la incorporación de socios o sus categorías, sino también que se establecen cláusulas que en principio colaboran con regular los derechos y obligaciones a las cuales están sujetos los socios que aceptaron dichas disposiciones.

¿Pero qué sucede entonces en los casos donde se rompen esas relaciones societarias? Sin duda alguna la existencia de dichos acuerdos ayudarán a determinar las consecuencias para quien no honre el acuerdo parasocial, es decir, se podría derivar en una responsabilidad civil de índole contractual y subjetivo.

Uno de los aspectos importantes considerados por Torrealba (artículo inédito) y el cual se puede utilizar a modo de ejemplo, es el caso de las cláusulas que atañan o regulan la propiedad sobre la clientela, “activo” que en muchos casos un socio nuevo aporta y recibe por dicha cartera un pago porcentual continuo, siendo una especie de comisión, así como se puede pactar un valor determinado por el pago del derecho a la clientela⁴. En un eventual

⁴Según Lecifiena (2001: 92) “La clientela no es un bien que forme parte del patrimonio como garantía común de los acreedores, «no es un “elemento” de un fondo o de un despacho, es el efecto de la coordinación de los factores de producción, efecto que se trata de producir, mantener y ampliar; es una realidad sociológica formada por una masa en movimiento cuyos componentes individuales se renuevan pero cuya continuidad global se explica abstractamente por la estabilidad o por el aumento en el número de asuntos. Pero su estabilidad de hecho no la convierte en objeto de derecho; es evidente que una clientela vinculada a la persona no está en el comercio, pues los dos polos del *intuitus personae*, el arte del práctico y la confianza del cliente son rigurosamente incedibles; el profesional no puede prometer a sus clientes el arte de su sucesor como tampoco puede garantizar su confianza»”

rompimiento de las relaciones entre abogados socios, se deberá determinar previo estudio del contrato parasocial las obligaciones y derechos pactados con respecto al punto específico de la clientela.

3.5. La pérdida de oportunidad y su consideración dentro de los daños a indemnizar

La determinación del daño como consecuencia de actuaciones profesionales, en particular la del abogado, ha estado sujeto a discusión en cuanto a definir el alcance del resarcimiento, de tal forma que se distinguen dos tendencias, una donde se considera la obligación de un resarcimiento igual a la pretensión exigida en una demanda o el monto del negocio jurídico perdido y la segunda, una reparación equivalente a las probabilidades de éxito, es decir, igual a la pérdida de oportunidad.

Desde ya este autor se decanta por la segunda tendencia, en tanto la primera se puede refutar por no cumplir el daño con los elementos de certeza e interés propio, al ser normalmente un hecho futuro con cierta probabilidad de que no se llegue a obtener, es decir, el daño efectivo e indemnizable sería sobre dicha posibilidad, no definida, de obtener éxito en una demanda o en un negocio jurídico particular y no por sobre la pretensión o el negocio mismo.

Así las cosas, la pérdida de oportunidad, también llamada pérdida del chance, es un daño cierto e indemnizable que consiste en la frustración de una oportunidad seria y real de obtener una ganancia, un beneficio o por el contrario, evitar una pérdida, dicha probabilidad

no es una mera expectativa o ilusión y lo que se lesiona es precisamente la probabilidad u oportunidad de ventaja existente (Batalla, 2010).

A diferencia del rubro por lucro cesante, el cual indemniza la obtención de lucros a los cuales el damnificado tenía ya derecho al momento de efectuarse el daño, la pérdida de oportunidad indemniza esa alta expectativa o probabilidad que el sujeto tenía para obtener beneficios a futuro.

Por tanto se reconoce que este daño está compuesto por un elemento certeza, el cual de no haberse efectuado el evento dañoso, el afectado habría mantenido la esperanza de obtener la ganancia en el futuro o evitar la pérdida patrimonial; y por otro lado un elemento de incertidumbre, en cuanto a que si de haberse mantenido la esperanza, la ganancia en realidad se habría obtenido o la pérdida se hubiera evitado; en otras palabras, si existe más bien una certidumbre razonable de la imposibilidad del resultado, no podrá dar lugar a la indemnización, por lo que se deberá demostrar que el perjudicado estaba en una situación fáctica o jurídica idónea para la obtención del resultado exitoso (Yagüez, 2008).

Como se mencionó en el capítulo anterior, muchos autores consideran la pérdida de oportunidad como uno de los daños en que más se incurre por parte del profesional en Derecho, esto principalmente por la incertidumbre de conocer de antemano sobre la decisión de un juez con respecto a un caso específico, en el mismo sentido Batalla indicó en cuanto a la teoría de la pérdida del chance que “Es sabido en doctrina y en jurisprudencia de los países con amplio desarrollo de la pérdida del chance, que la mala praxis de los profesionales del Derecho constituyen uno de los ejemplos clásicos de la teoría” (2010: 90).

Aún así, tal daño también se puede apreciar en aquellas frustraciones en la oportunidad de obtener éxitos en negocios jurídicos por una acción atribuible a una mala praxis del abogado.

En concordancia con lo anterior Trigo señala que:

... la frustración de un negocio jurídico debida a un deficiente asesoramiento atribuible a aquél, o la pérdida de un juicio por omisiones o errores que le sean imputables, configuran un daño cierto; la indemnización, sin embargo, no puede consistir en el importe de la operación no concretada o en el de la suma reclamada en la demanda desestimada, por ser éstos resultados que de todas maneras dependían igualmente de otras circunstancias ajenas al profesional, y ya no se sabe y no se podrá conocer nunca si en otras condiciones el negocio se hubiera o no concluido, o si la sentencia judicial habría sido o no desfavorable (1996: 175).

Pero, ¿cómo se califica el daño ocasionado por la pérdida de oportunidad?, la respuesta es que la doctrina y la jurisprudencia extranjera no define un criterio, al contrario, se pueden encontrar diversas posturas, las cuales se enumeran a continuación:

a) Pérdida de oportunidad como daño moral sin vincular la pretensión:

No se toma en cuenta la pretensión o el monto del negocio jurídico que se pierde por la mala praxis del abogado, sino más bien se realiza la valoración partiendo del daño moral ocasionado por la privación del derecho a acceder, ya sea a la justicia o a la obtención del éxito del negocio jurídico. Su valoración y fijación del quantum indemnizatorio es subjetivo.

b) Pérdida de oportunidad como daño moral vinculando relativamente la pretensión: Se fija el monto a indemnizar ponderando la probabilidad del éxito de la pretensión y el total del monto obtenido, con lo que se obtiene una base para determinar los eventuales daños.

c) Pérdida de oportunidad como daño moral equivalente a la pretensión: No se valora la probabilidad, más bien supone una indemnización igual a lo pretendido en virtud de que el daño ocasionado ha coartado el derecho al éxito.

d) Pérdida de oportunidad como daño material vinculada a la probabilidad de éxito de la pretensión: Se debe probar que la pretensión o el éxito del negocio se hubiera obtenido de haber actuado diligentemente el abogado, indemnizando así el monto que se pudo haber obtenido.

Siguiendo a Torrealba (2011) en concordancia con el autor Víctor Pérez, nuestra doctrina opta por un concepto amplio del rubro indemnizatorio en discusión, dentro del cual se considera tanto el daño patrimonial o material, como el daño moral, vinculado a la probabilidad del éxito del negocio jurídico.

Por lo anterior y a modo de ejemplo, cuando un abogado no presenta un recurso en tiempo y forma, el juez podría considerar dicha negligencia como un daño moral, en tanto se está privando al afectado del derecho de recurrir y obtener una resolución favorable con la cual se concluya su inocencia; pero, además, podría adicionar el daño material al haber tenido el afectado una alta probabilidad de obtener un resultado positivo en el caso judicial y con ello un beneficio económico.

En el próximo capítulo se verá de una forma más práctica la teoría analizada y aplicada tanto en Costa Rica como en otros países que presentan mayor desarrollo del tema investigado.

CAPÍTULO 4: Responsabilidad Civil por el ejercicio profesional del Derecho en la práctica

Estudiada la figura de la Responsabilidad Civil, desde la perspectiva del servicio que brinda el abogado, es de interés abarcar las posibles vías para exigir el resarcimiento y la respectiva cuantificación de los daños que se lleguen a generar como efecto de la mala praxis del profesional.

El conocer la teoría sirve de base para plantear el reclamo, sin embargo, tal conocimiento no sería de utilidad sin saber los medios que la legislación costarricense permite para obtener el debido resarcimiento, con todo y sus particularidades, aunque no se puede negar u omitir valerse del Derecho comparado para incorporar razonamientos jurídicos que ayuden a fundamentar una pretensión.

4.1. Medios para exigir el resarcimiento de daños

En Costa Rica el legislador delegó la función fiscalizadora del cumplimiento de los deberes de los abogados en el Colegio Profesional de Abogados, lo cual ha sido señalado en muchas ocasiones por parte de la Sala Constitucional:

...III.-

Los Colegios Profesionales poseen fines públicos que han sido otorgados por el Estado, para cuyo cumplimiento éste dota a las corporaciones de funciones de regulación y de policía, funciones que normalmente pertenecen

y son ejercidas por el mismo Estado. Dentro de las funciones administrativas desempeñadas por los citados Colegios están las de fiscalización y control respecto del correcto y eficiente ejercicio profesional, ... (Sentencia N° 1994-0789).

De igual forma, el Colegio, por medio de su Ley Orgánica, así como por su Reglamento Interior, regula el procedimiento por el cual un tercero puede denunciar y solicitar las sanciones disciplinarias correspondientes.

Sin embargo, hay aquí un alto definitivo para considerar la vía administrativa del Colegio de Abogados para buscar el resarcimiento de daños por Responsabilidad Civil y es que precisamente la competencia del Colegio abarca hasta la interposición de las sanciones en contra de sus agremiados, como consecuencia del incumplimiento de deberes y los daños que puedan generar a su cliente, afirmación compartida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI:

... En este sentido, sin duda, las sanciones disciplinarias se constituyen en la consecuencia ante el incumplimiento de los deberes impuestos y el potencial daño o perjuicio a los intereses de su representado. Por eso el abogado debe ajustarse a los principios de lealtad, probidad y buena fe en el ejercicio de la defensa de los intereses de los clientes. Solo de esta forma cumple con el importante papel social que se le ha encomendado. En este sentido, deben los Colegios Profesionales regular el régimen disciplinario sancionatorio a aplicar en caso de incumplimiento de los deberes dichos. ... (Sentencia N° 2009-01897).

Por lo anterior, obtener el resarcimiento por los daños ocasionados por un abogado en el ejercicio de sus funciones, interponiendo la denuncia ante la Secretaría del Colegio de Abogados de Costa Rica, no servirá más que para sancionar disciplinariamente a este, mediante la suspensión temporal de ejercer la profesión.

Asimismo, en capítulos anteriores se mencionó la posibilidad del alcance de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, el cual cuenta con su procedimiento administrativo sancionatorio, esto para los casos de los bufetes que brindan servicios mediante la figura de una sociedad mercantil, sin embargo, el artículo 53 de la citada ley expresamente señala que la Comisión de Apoyo al Consumidor no posee la competencia para resolver sobre el resarcimiento de daños y perjuicios, por lo tanto nuevamente sería una vía inútil para los efectos de reclamar el resarcimiento.

Aclarado por un lado el alcance de la competencia del Colegio de Abogados y de la Comisión de Apoyo al Consumidor por otro, las vías para llevar a cabo la reclamación por responsabilidad civil del abogado que ejerce en el ámbito privado sería la penal en aquellos casos en que se pueda demostrar como factor de atribución el dolo por parte del profesional y en las demás situaciones, incluyendo donde media una persona jurídica, se deberá realizar por medio de un proceso ordinario civil.

Para aquellos administrados que sufran el daño por un abogado dentro de la función pública, además de la vía penal cuando exista dolo, la vía por normativa especial que cobija al sector público sería la contenciosa administrativa, lo mencionado en virtud del artículo 49 de la Constitución Política costarricense, el cual señala el establecimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa con el objeto de garantizar la legalidad de la

función administrativa del Estado, así como lo establecido en el Código Procesal Contencioso Administrativo, específicamente lo considerado en el inciso b del artículo 2, el cual señala que la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa y Civil de Hacienda conocerá las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y sus funcionarios.

Por otra parte, tal y como se ha hecho referencia sobre la responsabilidad del notario, ahora corresponde hacer mención sobre las particularidades de exigir el resarcimiento por el incumplimiento de las obligaciones del notario.

El Código de Notariado contempla en el artículo 169 la creación de la jurisdicción especializada en materia notarial, el cual conoce sobre los procesos disciplinarios de los notarios pero además, establece por medio del artículo 15 la responsabilidad expresa del notario por el incumplimiento de sus obligaciones y deberes profesionales. Más importante aún, el artículo 151 otorga la competencia a los juzgados y tribunales notariales para conocer dentro del proceso disciplinario sobre pretensiones que incluyan una acción civil, reclamando el resarcimiento de daños y perjuicios, en ese mismo sentido la Sentencia N° 329 del año 2007 emitido por el Juzgado de Notarial señaló que:

..., importante es saber que a través de este proceso, se permite el conocimiento de este tipo de pretensión (resarcitoria), el cual busca a través de un mismo proceso, resarcirse de montos que se hayan erogado de más, o bien que vengán a solventar la existencia de un elemento discordante dentro de la realidad, en la cual se haya visto un menoscabo, y que el mismo pueda ser valorado pecuniariamente. Todo ello va a depender dentro de la teoría de

la reparación del daño (daños y perjuicios), de la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta ejecutada y el daño previsto; con ello se entiende que se debe demostrar la circunstancia para establecer el presupuesto del pago (Sentencia N° 329, 2007).

A pesar de lo anterior, se advierte que el artículo 151 del Código de Notariado indica claramente la facultad del Juzgado Notarial de conocer sobre daños y perjuicios dentro del proceso disciplinario, es decir, no se puede acudir a esta vía si la pretensión es solo la reparación del daño sufrido, siendo así, se deberá acudir a la vía ordinaria civil. Lo anterior en concordancia con la Sentencia N° 00666 del 15 de octubre del 2003 de la Sala Primera, la cual en lo que interesa señala:

(...). En este caso, el reclamo se limita al pago de daños y perjuicios. Lo cual otorga la competencia a la sede civil, de conformidad con el artículo 16 del Código Notarial, que establece: “La indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la actuación del notario público a los otorgantes, partes o terceros, será cubierta una vez que lo establezca una resolución judicial firme, dictada en jurisdicción común o la vía disciplinaria. (...) (Sentencia N° 00666, 2003) .

De lo anterior se desprende que en eventuales casos donde medie el dolo por parte del profesional en Derecho, la vía corresponderá entonces a la penal, mientras que en los demás corresponderá acudir a la jurisdicción correspondiente; si es bajo el servicio privado, corresponde a la vía civil ordinaria; si es dentro de una relación con un funcionario público,

corresponderá el contencioso administrativo y, finalmente, para los reclamos en contra de notarios, se podrá acudir a los juzgados notariales respectivos.

4.2. Cuantificación de los daños resarcibles

Como ya se ha mencionado, del artículo 41 de la Constitución Política costarricense se fundamenta el objetivo principal de la responsabilidad civil, siendo esta la reparación o indemnización del daño sufrido, siendo consecuente la aplicación del principio de reparación integral del daño, cuyo propósito es tratar de colocar nuevamente al afectado en la misma posición que estaba antes de la afectación.

Así entonces el cliente afectado, primero que todo deberá probar el daño y con ello su cuantificación, esto para los casos de daños patrimoniales, lo mismo es considerado por la Sala Primera de la Corte, por medio de la Sentencia 2011-00711:

Se trata de un perjuicio de índole **patrimonial**, que para ser concedido, requiere, prueba útil que acredite su existencia y cuantía. Solo es indemnizable, el **daño** material y el perjuicio que se llegue a probar. No basta, por lo tanto con alegarlo o protestarlo. Debe acreditarse fehacientemente. El actor debió no solo reclamar sino también demostrar, con elementos de juicio idóneos, los perjuicios que se le habían realmente ocasionado con la conducta administrativa del Instituto. No pueden estos inferirse simplemente de la falta de indemnización por parte del INS, porque, no se sabe con exactitud, por ejemplo, desde un punto de vista comercial, si las ventas del producto bajaron (Sentencia 2011-00711).

Son muchos los autores que coinciden sobre la dificultad de determinar el daño indemnizable en los casos de la responsabilidad civil estudiada, ello en virtud de que normalmente el servicio del abogado se realiza de previo al negocio jurídico o a la resolución de un juez cuando se está ante un litigio,; es decir, la debida diligencia del abogado no garantiza el éxito posterior al depender de distintas circunstancias adicionales y ajenas al control del profesional, por lo tanto conlleva un factor de incerteza o una probabilidad del éxito, en ese sentido Reglero Campos ha manifestado que:

La determinación del daño concreto sufrido por el cliente como consecuencia de la negligencia o de la impericia del Abogado o Procurador abocaría a la necesidad de llevar a cabo un juicio dentro del juicio, pronunciándose, a modo de conjetura, sobre cuál habría sido el resultado del conflicto de no haber mediado una actividad profesional negligente. (Campos, 2007: 41).

Aun así, lo mencionado no alcanza para esclarecer la forma de cuantificar el rubro por pérdida de oportunidad, por lo que es necesario analizar la metodología considerada por Torrealba (2011) para determinar la justipreciación⁵, siendo la primera etapa calcular el perjuicio total sufrido por el afectado; y como segunda etapa, calcular y descontar el riesgo de la no realización de la oportunidad.

Siendo la anterior metodología de aplicación general, se debe incluir para el caso específico del presente trabajo, la teoría denominada por Reglero como “juicio dentro del juicio” o también llamada “juicio de prosperabilidad”, la cual consiste en un análisis:

⁵ Torrealba denomina Justipreciación del daño como aquella valoración de los daños mediante variables y parámetros objetivos de mercado, tomando en cuenta que no es posible prescindir totalmente de criterios subjetivos, estimaciones, presunciones y juicios de valor (2011).

... en el campo de las probabilidades y de las posibilidades, que por tanto no escapará a cierto grado de especulación e incertidumbre, pero con criterios de razonabilidad, de estadística, 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, ...(Torrealba, 2011).

O como bien lo menciona Tamayo: "... el juez deberá fallar ex aequo et bono, después de analizar las posibilidades que había de éxito dentro del proceso perdido; para saber, en esa forma, si este se hubiera ganado de no haber existido la negligencia del abogado" (1986: 37).

En palabras sencillas, el "juicio dentro del juicio" es realizar el análisis de cómo se hubiera resuelto el caso judicial específico.

A modo de ejemplo y utilizando ambas teorías expuestas, para cuantificar la pérdida de oportunidad dentro de la responsabilidad civil por la negligencia del abogado dentro de un proceso judicial, la primera etapa, según la metodología considerada por Torrealba, sería la pretensión total de la demanda, posteriormente habría que valorar la posible resolución que hubiese dictado el juez (de haber actuado el abogado conforme a la *lex artis*), con lo que se obtendría la probabilidad y riesgo que requiere la segunda etapa y con ello descontar del total para obtener el resultado del quantum indemnizatorio.

El cuadro fáctico tomado como ejemplo no descarta desde luego que la indemnización por el rubro de pérdida de oportunidad pueda ser incorporado en un caso donde el servicio del abogado no es de litigante, es decir, se puede pensar en cualquier otra

situación en la cual el daño generado es la pérdida de oportunidad de éxito de un negocio determinado.

En cuanto a los daños no patrimoniales y morales, el damnificado deberá de igual forma probarlo para que este le sea reconocido y reparado; sin embargo, para la determinación del monto, la jurisprudencia se encarga de crear competencia al juez para que lo realice discrecionalmente, claramente delimitado por los principios de la sana crítica.

De lo anterior Torrealba menciona que: “En materia de daños no patrimoniales, como indemnizaciones por daño moral, la determinación del *quantum debetur* queda librada al buen juicio y la discrecionalidad de jueces y árbitros” (2011), lo cual es comprensible en tanto se supondría casi imposible un método objetivo de cuantificación para este rubro.

Se deja claro entonces, que tanto los daños patrimoniales y no patrimoniales deberán ser demostrados para que el juez conceda el resarcimiento de dichos daños, asimismo, el concepto indemnizable por pérdida del chance, el cual parece ser el daño que mejor aplica para los casos de responsabilidad civil del abogado, muestra complicaciones para su cuantificación en vista del componente de incerteza sobre el éxito del negocio jurídico perdido o del resultado favorable de un proceso.

4.2. Casos de aplicación en Costa Rica y en el Derecho comparado

En Costa Rica los procesos judiciales para atribuir responsabilidad civil por la mala praxis del profesional en Derecho, tanto en sede civil como penal o contencioso-administrativo, son muy escasos, a diferencia de países como Argentina o España, donde se ha desarrollado con mayor intensidad.

La anterior afirmación es comprobable después de una búsqueda exhaustiva dentro de las sentencias y resoluciones emitidas por los Tribunales costarricenses, aunque del material encontrado se puede extraer que el factor no es la poca frecuencia de hechos dañosos por parte de abogados, sino más bien la existencia de un desconocimiento de las vías legales por las cuales exigir el resarcimiento de daños, esto porque en muchos de los casos se pretende atribuir la mala praxis dentro del mismo proceso en el cual el abogado representa a la posible parte afectada o incluso dentro de los mismos incidentes de cobro de honorarios entablados por los abogados litigantes⁶.

Distinto es lo que se puede encontrar para el caso de los notarios, donde la creación de un tribunal especial como lo es el Tribunal de Notariado ha colaborado con la emisión de un gran número de sentencias condenatorias por daños y perjuicios dentro del proceso disciplinario.

Con el panorama expuesto en cuanto a la jurisprudencia costarricense se refiere, se extrae y se analiza la siguiente sentencia:

Sentencia N° 209 del 27 de julio del 2004, emitido por el Tribunal de

Notariado:

La demanda inicia cuando el señor Vargas Mora denunció al notario Carvajal Ramírez por haber autorizado escritura, por medio de la cual los señores Solano Rodríguez y Rojas Rodríguez se constituyeron deudores de un crédito que se garantizó con una hipoteca sobre una finca afectada con limitaciones

⁶ Como referencia algunas de las Sentencias: N° 556 de la Sala II, del 06 de julio del 2011, N° 1456 del Tribunal de Familia, del 21 de octubre del 2010, N° 446 del Tribunal Agrario, del 21 de junio de 194, N° 266 de la Sala I, del 03 de abril del 2002, N° 851 de la Sala I del 10 de noviembre del 2005.

del Banco Hipotecario para la Vivienda. Luego de la falta de pago por parte de los deudores, el acreedor presentó el proceso de cobro judicial, pensando en que su crédito estaba protegido y garantizado; sin embargo la limitación impidió ejecutar dicha garantía, aspecto que omitió el notario al momento de constituir la hipoteca.

El Tribunal resuelve en lo que interesa:

“VII.- PRETENSIÓN RESARCITORIA: En el presente caso, ciertamente el notario incurrió en faltas graves en el ejercicio de la función notarial, como son las antes señaladas. El denunciante pide la suma de un millón y medio de colones por concepto de daño material porque no podrá cobrarse a los deudores el capital, más perjuicios: los intereses corrientes y moratorios y los intereses futuros. La juzgadora de instancia, indica que puede responsabilizarse al notario por el incumplimiento de sus deberes funcionales, y por no contar el demandante con una garantía real que garantizara la obligación en su favor, pero no por el incumplimiento de pago por parte de los deudores. **La responsabilidad civil emanada del incumplimiento de deberes funcionales, como en el caso del notario, emana del artículo 1045 del Código Civil** que establece que: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.”. La doctrina ha sostenido que, para poder establecer responsabilidad civil emanada del ejercicio profesional del notariado, se “requiere: A) Que exista una violación, por acción u

omisión del deber oficial que incumbe al Notario hacia un tercero. B) Que haya culpa, negligencia o ignorancia inexcusable, C) Que se cause un daño que debe probarse (Enneccerus, vol. 1, pág. 663) (Enneccerus, II, págs. 666 y siguientes, Ruggiero, Inst. Fischer, Los daños civiles y su reparación)” (Véase DERECHO NOTARIAL con algunos formularios de ALBERTO DE VELASCO. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941, pág. 65). En el presente caso se ha demostrado plenamente que existió una violación de sus deberes por parte del notario, cuya culpa o negligencia es inexcusable, que existe un nexo causal entre la falta cometida y el daño reclamado, sea que la pérdida del derecho real de hipoteca, se le puede imputar al notario, pues *“la doctrina uniforme de los escritores señala que, para que un daño deba repararse jurídicamente, es preciso que haya sido causado por el responsable, con su acción u omisión.”* (Idem. pág. 62 nota 98 al pie de Orgaz, El daño resarcible pág. 53), debe pues quedar demostrado en *“la acción civil resarcitoria, ... si la persona a quien el accionante indica como responsable ha sido autor o causante del daño”*. (ABDELNOUR GRANADOS, ROSA, La Responsabilidad Civil Derivada del Hecho Punible, Editorial Juricentro, 1984, pág. 62 nota 99 al pie de Velez Mariconde, Acción resarcitoria pág. 51), pues *“para que el damnificado tenga derecho a la reparación del daño privado que se le ha causado, éste debe haber sido “causado”, u “ocasionado” por el delito, incluso cuando “resultare” de él una relación de causa a efecto –señalan los Mazeaud- entre el delito y el daño”*. (Idem. pág. 62) **Las omisiones funcionales notariales dieron lugar a causar un daño demostrado, al usuario del**

servicio, por lo que surge el derecho de ser resarcido y la obligación de resarcir del notario el daño causado. En el presente caso, es irrelevante, que el demandante iniciara un juicio ejecutivo, renunciando al privilegio hipotecario, y que este se archivara por no haber cumplido con la prevención que se le hizo, pues la responsabilidad civil del notario no es una responsabilidad subsidiaria, en la que el actor deba demostrar que el principal obligado no honró la obligación. Luego, de conformidad con el artículo 317 del Código Procesal Civil, incisos 1 y 2, el demandante que alegue un daño, debe probarlo y demostrar que es cierto, lo que se dio en el presente caso, pues está demostrado que el actor civil perdió el derecho real de garantía que se le otorgaba en el documento que omitió inscribir el notario demandado civil. **No se trata de si el documento notarial elaborado por el denunciado tiene o no validez, si tiene o no efectos jurídicos, sino de si la acción u omisión del notario ocasionó un daño, y si éste se deriva causalmente de su función notarial, si existe conexidad con el notario, por lo que surge indiscutiblemente su obligación de resarcir el mismo.** El daño causado por el notario en este caso, lo fue el monto del crédito por el que se estableció el derecho real, sea la suma de un millón quinientos mil colones, el que deberá pagar el denunciado, monto sobre el que ha de reconocerse intereses al tipo convenido en el crédito garantizado del 4 % mensual, pues este es un perjuicio derivado de la omisión de inscripción imputable al notario. El actor civil liquidó los intereses correspondientes del 5 de mayo de 1997 al 4 de octubre de 1999 en la suma de ¢1.740.000, por lo que existiendo un plazo de dos años, cuatro

meses y veintinueve días, al 4 % mensual sobre un millón quinientos mil colones se reduce dicho monto a UN MILLÓN SETECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL COLONES (¢1.738.000,00) más intereses futuros a partir del 5 de octubre de 1999 hasta el efectivo pago a liquidar en ejecución de sentencia. Asimismo, existiendo condenatoria en daños y perjuicios, debe también condenarse al denunciado al pago de ambas costas de la pretensión resarcitoria.

(...)"

(La negrita no es del original).

Es claro que el daño deriva de una omisión por parte del notario en su deber de asesorar adecuadamente a las partes, deber que además debe estar presente en la función notarial como en la del abogado, por tanto se puede agregar que su actuación no se dio dentro de los límites de la *lex artis*, generando un daño resarcible, que para este caso particular el juez consideró equivalente al capital adeudado al acreedor.

Vemos también reflejado, como se ha mencionado anteriormente, que la obligación del notario es de resultados, en ese sentido el cálculo del justiprecio en cierto modo es más sencillo de determinar, situación que no siempre será así, principalmente en el caso de definir el justiprecio dentro de un proceso donde la obligación es de medios.

Ahora bien, la jurisprudencia extranjera ha sido más productiva en cuanto a sentencias aplicadas en el tema central aquí estudiado, por lo tanto se considera importante revisar brevemente jurisprudencia relevante:

1. Argentina:

Sentencia N° 31413 del 1 de febrero del 2009 de la Cuarta Cámara Civil de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, Primera Circunscripción

En el presente caso el señor Raúl Vicente Alvarado plantea demanda de daños y perjuicios en contra de su exabogado, el Dr. Pablo Romero, por responsabilidad civil contractual derivada de la falta o negligencia del profesional al no dar impulso procesal a la causa N° 159.409 que concluye por caducidad de instancia.

La sentencia es relevante por cuanto se realiza el análisis del “juicio dentro del juicio”, así como la concesión de la indemnización en el rubro de la pérdida del chance.

Lo importante para el presente trabajo se transcribe a continuación:

“(…)

A fs. 183 el Juzgador, al considerar la pérdida de chance, **procede a evaluar los elementos que llevan a su cuantificación**, y en dicha tarea **destaca el hecho de que los demandados en los autos N° 159.409 no contestaron la demanda**, quedando sólo la versión del actor para efectuar el juicio de probabilidad. Señala también, compulsando la documentación acompañada a la causa, **la**

forma en que se produce el accidente (choque de atrás), lo que hace presumir una razonable probabilidad de éxito en el juicio iniciado, lo cual se niega por el ahora demandado.

En cuanto a las probabilidades de cobro de la condena que se hubiera dictado, señala no se ha acreditado las circunstancias invocadas por el demandado respecto a que la Cía. de Seguros Omega S.A. estuviera en quiebra o liquidación judicial, tampoco que el inmueble propiedad del demandado José Lázaro Gil y transferido por éste fuese el único de su propiedad, no acreditándose tampoco la insolvencia o carencia de bienes registrables del otro demandado Mariano Víctor Gil Rivero.

Valorando estos elementos y **en la tarea de justipreciar el rubro en trato, resulta procedente remitirse a las consideraciones ya volcadas por este Cuerpo (...).** Allí, al considerar el tema del resarcimiento en casos donde el proceso encargado al profesional termina en la perención de instancia, se dijo que **si el proceso concluye en la perención de instancia causada por la desatención del abogado de la actora, el resarcimiento ha de consistir en la pérdida de la chance en sí misma, la cual importa la frustración de una probabilidad, en la que conviven elementos de certeza e incertidumbre.** Entre ambos debe moverse la apreciación judicial con el objeto de establecer el grado de probabilidad fáctica que existía a favor del damnificado para obtener un beneficio o evitar pérdidas si no hubiera mediado el hecho (C. Nac. Civ., sala M,

23/08/2002, Riera, Sergio v. Valenzuela, Juan C. - JA 2003 II s. ntesis).”

“Dice Cristian R. Pettis, en “El presupuesto del daño en la mala praxis de abogados y procuradores” (ver LL 2001-D, p.g. 943) **que en la cuantificación de la chance juegan otros factores complementarios ajenos a la persona del reclamante, entre los que cabe destacar las reales posibilidades que contaba de cobrar las sumas que resulten de la condena.”**

“Dado que la "chance" no ostenta el mismo grado de certidumbre que el de un efectivo lucro cesante, el alcance de la indemnización a acordar por tal concepto es problemático (por serlo la realización de la chance misma) y, al igual que en el caso del daño moral, entronca bastante con el prudente arbitrio judicial. No caben aquí razonamientos estrictamente matemáticos o actuariales, ya que lo resarcible es la pérdida de una posibilidad u oportunidad futura, que el curso de los acontecimientos al troncharla, hace imposible saber si la esperanza se habría tornado en realidad”...

“Lo expuesto es sin perjuicio de utilizar a título aproximativo, algún cálculo como si se tratara de lucro cesante y, luego sobre esa base, aplicar algún porcentaje de reducción, más o menos amplio, según el grado de probabilidad que tenía la chance frustrada” (Zabala de González, Matilde "Daños a las personas. Pérdida de la vida humana", T2B, p.g. 27) (C. Civ. Neuquén, sala 2», 23/02/1995,

Baggio Alberto v. Fuentes Julio J. y otros, Daños y Perjuicios”, NQ Q0001431).”

“No es sino lo que tiene dicho este Tribunal en su anterior integración: “Reconocida la existencia de la chance en favor de la víctima, corresponde evaluar la indemnización por la pérdida sufrida (daño actual, no hipotético) recordando que la meritación económica de ésta es por su misma naturaleza, algo problemático, dado que la "chance" no ostenta el mismo grado de certidumbre que el de un efectivo lucro cesante, y frente a la dificultad de su determinación, la misma queda sujeta al prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, valorando cada caso en forma particular”

(L.S. 161:178).”

Aplicando estos conceptos a la situación de autos, **se tiene en cuenta lo dicho en la sentencia respecto a la forma en que se produce el choque por el que reclama el actor en el juicio perimido, que sin duda aporta una razonable probabilidad de haber podido progresar la acción.**

Se contempla también el estado del trámite del expediente cuando se produce la caducidad, y el hecho de estar prescripto por la fecha del accidente y la firmeza de la caducidad de instancia el crédito del actor.

Por último, **se valora el hecho de no haber demostrado en forma acabada el demandado la falta de posibilidad de poder cobrar el actor**, lo que eventualmente pudiera haber resultado de una

sentencia favorable. En base a estos hechos, se estima justo en la especie elevar a \$12.000 el monto acordado en la sentencia por pérdida de chance, que implica un poco menos del 30% del monto reclamado en el juicio concluido por caducidad, porcentaje que se entiende adecuado en la apreciación de progreso de la chance, conforme a las circunstancias que presenta el caso ya mencionadas.

(...).”

(El resaltado no es del original).

Lo manifestado en la sentencia expuesta es un ejemplo práctico de la valoración que debe realizar un juez al momento de la evaluación del rubro por pérdida del chance, en este caso se realiza para la justipreciación el juicio dentro del juicio, tomando en consideración las probabilidades de éxito en el proceso donde se actuó con mala praxis por parte del abogado. Además, el análisis no se queda solamente en el posible resultado del juicio, sino que se valoran las posibilidades que hubiese podido tener el acreedor de obtener verdaderamente el pago por los daños sufridos en ese proceso.

2. España:

Sentencia N° 683/1999, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona de 03 de mayo del 2000:

La demanda que origina la sentencia tiene como preámbulo la relación entre un grupo de trabajadores que contratan la asesoría de un despacho de abogados en el

cual sus titulares se identifican como don Miguel y don Alonso, esto en razón de un despido colectivo de la empresa en la que laboraban el grupo de clientes.

En el proceso de conciliación entre los empleados y la compañía, no acuden los abogados titulares, sino más bien el hijo de don Miguel quien era licenciado graduado pero no colegiado, en un periodo de práctica, llamado dentro de la narración de hechos como don Pedro.

En el momento de pactar la conciliación entre empleados y patronos, don Pedro, como parte de una asesoría defectuosa, aprueba dicha conciliación sin tener garantías para el pago de las indemnizaciones laborales, hecho que posteriormente afectaría directamente a los empleados despedidos, al no poder la empresa hacer frente a los pagos establecidos en la conciliación. Aunado a la falta de pago por parte de la compañía, los empleados no pudieron exigir al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) el pago de indemnizaciones, al existir previamente la conciliación y ser esto una limitación dentro de la normativa laboral española.

Teniendo clara la breve reseña base de la sentencia, se puede analizar en lo que interesa, lo resuelto por el Tribunal:

“(…)

Establecida la relación contractual de prestación de servicios, la responsabilidad profesional de los Sres. Alonso y Miguel se derivaba de las siguientes consideraciones. En primer término, debe establecerse que, de

conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada al respecto de la responsabilidad civil de Abogados (cfr. SSTS de 7-2-2000, 14-5-99, 3-10-1998, 25-6-1998, 25-3-1998 y 28-1-1998, entre otras muchas), se exige la previa existencia de una relación jurídica, en virtud de la cual se prestan los servicios, normalmente incardinable en el contrato de prestación de servicios (art. 1544 CC), aun cuando no se descarta que en ocasiones -vgr la emisión de un dictamen- pueda conceptuarse como un contrato de obra (arts. 1588 a 1603 CC), **incumbiendo al Abogado la prestación de los referidos servicios a cambio de un precio, constituyendo deberes propios del Letrado el desempeño del servicio conforme a la diligencia propia de los cánones de la Abogacía, esto es, no se está aquí ante la diligencia abstracta del padre de familia (art. 1104 CC), sino ante la diligencia concreta o propia del arte u oficio que se desempeña, y estando asimismo sujeto al deber de fidelidad para con el cliente. Añádase además, que la prueba de que la prestación de servicios se ha cumplido defectuosamente es carga probatoria del actor, por lo que su falta de prueba no puede sino perjudicarlo.»**

Si trasladamos las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa es dable concluir la existencia de una relación contractual de prestación de servicios, **por lo razonado con antelación, así como la acreditación por la parte actora de que no se ha procedido con la diligencia propia en el desempeño de la función que incumbía al referido bufete. En efecto, el referido bufete debía por las consideraciones realizadas en el anterior fundamento de derecho albergar serias dudas sobre la solvencia de la**

empresa, la diligencia exigible al Letrado impedía pactar en conciliación unas indemnizaciones, toda vez que si la empresa, como sucedió devenía insolvente, el FOGASA, al no existir resolución judicial o administrativa, no abonaría el porcentaje correspondiente de las indemnizaciones a los trabajadores, con lo que se les privaría de la tutela judicial efectiva, frustrando su legítimo derecho a percibir las indemnizaciones de las que resultaban acreedores. Y entiende esta Sala que la referida actitud es negligente, por cuanto el Letrado, debe colocarse y partir de la situación más desfavorable a sus clientes (cfr. STS 3-10-1998), como es la de la posible insolvencia, y, en consecuencia, no permitir el pacto de las referidas indemnizaciones en conciliación.

“De ahí que la actitud devenga negligente y por tanto se incida en la infracción de lo dispuesto en el artículo 1101 y 1104 del código civil y en la de los artículos 9, 53 y 54 del RD 2090/ 1982 de 24 de julio, del Estatuto General de la Abogacía . En efecto, la responsabilidad del titular del bufete, Sr. Miguel se deriva de la asunción de la actuación del Sr. Pedro Antonio, que según se afirma realizaba las prácticas en el despacho, toda vez que no se le instruyó acerca de la complejidad de la situación y de las consecuencias que podían seguirse para los trabajadores si se pactaban unas indemnizaciones en conciliación, sin garantías, máxime cuando, como se ha dicho, existían serias dudas, de la situación de insolvencia de la empresa. De ahí que en cuanto empleado y dependiente del bufete la actuación negligente del mismo deba imputarse al Sr.

Pedro Antonio, sin que pueda ahora, en aras de la congruencia establecerse ningún razonamiento respecto de la responsabilidad del Sr. Pedro Antonio, toda vez que absuelto en la instancia, no se ha recurrido este extremo, por lo que su absolución deviene cosa juzgada material. En segundo lugar, la responsabilidad del otro Letrado integrante del bufete, Sr. Alonso, se desprende de la existencia de la previa relación de servicios entre los trabajadores y el despacho y del hecho que era él el Letrado que dirigía y defendía los intereses de los trabajadores, como se constata de la prueba documental que obra en autos. Por ende, si bien accedía a firmar y supervisar toda la actuación del Sr. Pedro Antonio, interlocutor del bufete con los trabajadores, a él como Letrado en ejercicio y dedicado a la defensa de los intereses laborales de los trabajadores le incumbía asimismo evitar que la actuación del Sr. Pedro Antonio pudiera generarles algún tipo de daño o perjuicio, como de hecho acaeció, toda vez que se omitió la diligencia debida a no advertir al mismo de las perniciosas consecuencias que la aceptación de unas indemnizaciones en conciliación podían acarrear si la empresa devenía insolvente.

(...)"

(Lo resaltado no es del original).

La sentencia mostrada se escoge por distintas particularidades, entre ellas el hecho de que el daño se origina en la falta al deber de diligencia en el asesoramiento en una conciliación, por el aspecto técnico de tomar en cuenta si la obligación de la contraparte se puede garantizar o no, lo cual en caso en referencia es el punto

medular para generar posteriormente el daño al grupo de empleados. Como segundo aspecto, el daño base de la reclamación fue generado por un licenciado en Derecho pero no colegiado, quien se encontraba en su periodo de práctica, por lo tanto se condena al pago de daños y perjuicios a los socios del bufete.

Aunque no se menciona expresamente en la sentencia, el tipo de responsabilidad es subjetiva indirecta por el hecho culpable ajeno, por tanto la conclusión del Tribunal de atribuir la responsabilidad al titular del bufete y el abogado colegiado encargado de la atención a los clientes afectados.

CONCLUSIONES

Es evidente y manifiesta la importancia de la profesión del abogado por su constante participación dentro de la dinámica de la sociedad, por lo tanto debe existir un interés general de que en el ejercicio de tal profesión sus actores cumplan a cabalidad y a conciencia con sus deberes deontológicos y por supuesto contractuales.

El buen accionar de los abogados permite desarrollar su función de asesor y conocedor de la materia, cumpliendo con su aporte en mantener un equilibrio social.

Además de los deberes deontológicos, el concepto de *lex artis* como marco de referencia dentro del cual un abogado promedio tiene el deber de actuar, permite a todos los profesionales en Derecho y a sus clientes o usuarios, según sea el caso, establecer los lineamientos mínimos para exigir y comprender los alcances de las obligaciones adquiridas en la relación del servicio. Este accionar estándar es, en cierto modo, determinado de forma subjetiva, por lo tanto, dentro de un proceso judicial habrá que echar mano de la prueba pericial para determinarla.

Como se ha visto, doctrinariamente hablando, se han propuesto diferentes teorías contractuales aplicables en el servicio realizado por el abogado; sin embargo, se ha concluido que actualmente no se puede optar en definitiva por uno u otro, siendo para cada caso específico un contrato distinto, es decir, un abogado podrá pactar contractualmente bajo una locación de servicios o bajo un contrato de obra, siendo así se opta entonces por una teoría contractual multiforme.

Además, no se puede descartar la aparición de relaciones de tipo extracontractual, como lo es el caso de los abogados designados de oficio dentro de la Administración Pública o aquellos abogados que actúan por cuenta ajena; es muy común hoy en día el profesional en Derecho que labora para un bufete de abogados, por una relación de colaboración o por medio de un contrato individual de trabajo

Dentro del análisis para establecer la responsabilidad civil, se deberá tener muy claro el tipo de obligación por el cual el abogado es contratado, y es comúnmente las de medios; es decir, donde la obligación es el actuar diligentemente, poniendo en práctica todo su conocimiento y esfuerzo para brindar el servicio, mientras que en las obligaciones de resultado lo importante será la entrega de un trabajo u objeto concreto. La definición del tipo de obligación ayudará a determinar el régimen de responsabilidad civil aplicable, así como la carga de la prueba en un eventual proceso.

De esta forma, los factores de atribución en la responsabilidad civil del abogado podrán ser de tipo subjetivo, como lo son por incumplimiento de obligaciones de medios, la culpa profesional y la culpa *in vigilando*, además, de tipo objetivo como lo sería el hecho culpable ajeno.

Asimismo, la normativa y la jurisprudencia costarricense coinciden en cuanto a que el daño puede ser patrimonial o moral, siendo números *apertus* y no limitativo los rubros a indemnizar, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de un daño indemnizable, los cuales son interés propio, certeza y subsistencia.

Se estudió además, lo que se debe entender por resarcimiento, siendo esto la obligación de reponer el *status quo ante*, la reposición de lo mal habido y la indemnización en dinero.

Por otro lado, queda claramente explicado que, en la responsabilidad civil del abogado, no opera la inversión de la carga de la prueba, bajo el entendido de una obligación de medios; es decir, se podría exceptuar cuando por una omisión no actúa en cumplimiento de sus obligaciones como abogado.

Se valoró la responsabilidad civil del abogado desde la relación compuesta con el bufete o Administración Pública y el cliente o usuario, arrojando como conclusiones que un abogado independientemente de la relación debe actuar conforme a la *lex artis*; sin embargo, el acreedor no deberá demostrar la culpa del abogado que trabaja por cuenta ajena, por cuanto bastará demostrar el incumplimiento contractual, al ser una obligación contractual de resultados. Además, se analizará a fin de cuentas bajo una tesitura aquiliana, sin importar la culpabilidad y los casos en que la obligación sea de medios, para lo cual el demandante sí deberá prestarse a demostrar la culpa del abogado por cuenta ajena, aunque establecida esa culpa, el deudor principal tendrá siempre la obligación de responder.

Cabe agregar con respecto a la relación de abogado y Administración Pública, que el daño generado podrá ser a un sujeto determinado, sin embargo, el interés público en la mayoría de situaciones será también afectado, sea por el daño directo o con ocasión de la responsabilidad civil objetiva y solidaria de responder. Para tales casos el Estado estará obligado a exigir la correspondiente reparación.

Para aplicar la responsabilidad civil objetiva, se debe basar en un precepto legal, por lo tanto se hace la aseveración de lo mencionado en el artículo 35 de la Ley N° 7472 de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que establece un régimen de responsabilidad objetiva al comerciante si el consumidor resulta perjudicado en razón del servicio.

El reconocimiento del alcance de la Ley N° 7472 a las sociedades anónimas que se dedican a los servicios legales, permitiría a los clientes de estas compañías obtener una vía más, aunque sea administrativa para solicitar la reparación de eventuales daños.

Por otro lado, la teoría de la pérdida de oportunidad es sin duda el rubro por indemnización que más se ajusta a la responsabilidad civil del abogado, sin embargo, su cálculo tiene sus complicaciones y por otro lado en Costa Rica su aplicación ha conllevado un lento proceso de reconocimiento.

Se lograron distinguir también dos tendencias a nivel de derecho comparado en cuanto al resarcimiento por la pérdida de oportunidad, una donde se considera la obligación de un resarcimiento igual a la pretensión exigida en una demanda o el monto del negocio jurídico perdido y la segunda, una reparación equivalente a las probabilidades de éxito, considerando la segunda como la más adecuada.

Claramente se explicó que, aunque el Colegio de Abogados es el encargado de velar por el correcto accionar de los abogados, su competencia no alcanza para condenar por daños y perjuicios, siendo lo adecuado demandar por la vía ordinaria para los casos privados y el Contencioso Administrativo, para el caso de los funcionarios públicos.

Además, en el caso particular de los notarios, sí se contempla la posibilidad de solicitar el relamo por la vía del Tribunal de Notariado, siempre y cuando dentro de la pretensión se indique la solicitud de sanción disciplinaria y el resarcimiento de daños y perjuicios, de lo contrario, si se solicita solamente el resarcimiento, la misma no prosperará.

En Costa Rica el desarrollo jurisprudencial ha sido prácticamente el emitido por el Tribunal de Notariado; este es un tribunal especializado en dicha materia, sin embargo en otros países como Argentina y España es fácil encontrar resoluciones que ilustren el tema, así como las diferentes variables en que se puede catalogar el régimen de responsabilidad civil.

Con respecto a lo mencionado anteriormente, de la revisión de sentencias costarricenses, se puede interpretar como un desconocimiento de los ciudadanos para interponer por la vía correspondiente la responsabilidad civil, esto en vista de la insistencia dentro de incidentes de cobros de honorarios para intentar dar a conocer los incumplimientos de los abogados como justificación para no pagar sus honorarios, sin obtener mayor logro y más bien, se les señala a los incidentados su obligación de iniciar el proceso ordinario en la vía correspondiente.

Como parte de las recomendaciones, se debería regular de forma más extensa el servicio que brindan los bufetes de abogados, con el fin de garantizar una mejor protección a los clientes como contraparte más débil, según se considera en la materia del Consumidor. Esta regulación debe iniciar incluso, desde el establecimiento expreso de las responsabilidades de un bufete de abogados en el Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos hasta adicionar de forma expresa en la Ley N° 7472 el alcance de la normativa para

estas sociedades o aun mejor, regular de una forma moderna las sociedades profesionales para que estas sean las organizaciones societarias que permitan ser el medio, por el cual los bufetes realicen su actividad, considerando dentro de lo planteado la fiscalización del Colegio de Abogados a estas sociedades.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R. (2010). **Derecho de Obligaciones**. 4ª ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Alterini, A. (1987). **Responsabilidad Civil**. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Baudrit Carrillo, D. (1990). **Teoría General del Contrato**. 2ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Bielsa, R. (1960). **La abogacía**. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Brenes Córdoba, A. (2010). **Tratado de las obligaciones**. 8ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Bueres, A. (2010). **Responsabilidad civil de los médicos**. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Bustamante Alcina, J. (1990). **Análisis económico de la responsabilidad civil**. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Cabanellas, G. (1993). **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina.
- Couture, E. (1990). **Los mandamientos del abogado**. 11ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Díaz de Guíjarro, E. (1959). **Abogados y jueces**. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Escola, H. (1989). **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Desalma.
- García Garnica, M. (2010). **Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica**. Pamplona, España: Editorial Arazandi, SA.
- Gómez Pérez, R. (1991). **Deontología Jurídica**. Colección Jurídica. Pamplona: España: Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
- Jinesta Lobo, E. (2005). **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II. Responsabilidad Administrativa. 1ª ed. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

- Lega, C. (1976). **Deontología de la profesión de Abogado**. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Mosset, J. (1985). **Responsabilidad Civil del Médico**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Mosset, J. (1971). **Responsabilidad por daños**. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Pérez, V. (1994). **Derecho Privado**. 3ª ed. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL.
- Pérez, M., Martínez, L., Alpa, G., Medina, M., Cabanillas, A., Moreno, J.,... Ramón, M. (2000). **Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio**. Madrid, España: Editorial DYKINSON, S.L.
- Rivero Sánchez, J. (2001). **Responsabilidad Civil**. Tomo II. 2ª ed. San José, Costa Rica: Ediciones Jurídicas ARETÉ.
- Rivero Sánchez, J. (1999). **Curso de derecho privado I: responsabilidad civil**. 1ª ed. San José, Costa Rica: Ediciones Jurídicas ARETÉ.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). **Tratado de Responsabilidad Civil**. Tomo I. 2ª ed. Colombia: Legis Editores, S.A.
- Tamayo Jaramillo, J. (1986). **De la Responsabilidad Civil**. Tomo II. Bogotá. Colombia: Editorial Temis, S.A.
- Trigo Represas, F. (1996). **Responsabilidad civil del abogado**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Trigo Represas, F. (1987). **Responsabilidad civil de los profesionales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Torrealba Navas, F. (2011). **Responsabilidad Civil**. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Torrealba Navas, F. **La Empresa de Servicios Legales**. Artículo inédito.
- Zanoni, E. (1982). **El daño en la responsabilidad civil**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Tesis de Grado:

- Batalla Robles, R. (2010). **La Teoría de la Pérdida del Chance o de Oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica**. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

- Canale Sancho, D. (2007). **La Responsabilidad del Notario a la Luz de la Jurisprudencia**. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.
- Zamproгна Matiello, F. (2012). **Responsabilidad civil del abogado conforme a la naturaleza de la prestación y de la relación jurídica. Una perspectiva comparada**. Tesis para optar por el grado de Doctorado. Universidad de Granada, España.

Revistas:

- Álvarez Pérez, A. (2011). **La responsabilidad civil del abogado y su aseguramiento**. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Recuperado de <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/AndresOrionAlvarezPerez.pdf>
- Blasco Peliécer, A. y Serra Rodríguez, A. (2012). **El trabajo profesional de los abogados. Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31012.pdf>
- García Piñeiro, N. (2009). **Del abogado autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena: la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos profesionales**. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. N°83. P. 151-178.
- González López, R. **Responsabilidad civil en el ejercicio de la abogacía**. Revista Xurídica Galega. Recuperado de <http://www.rexurga.es/pdf/col057.pdf>
- Infante. H. (1999). **El factor de atribución en la responsabilidad civil contractual por hecho ajeno**. Revista de Derecho y Humanidades. N°7. p. 191.
- Leciñena Ibarra, A. (2001). **La sociedad civil profesional entre abogados en el Derecho francés: La situación jurídica del abogado socio**. Anales de Derecho. N°19. p. 83-103.
- Monterroso Casado, E. (2005). **La Responsabilidad Civil del Abogado: criterios, supuestos y efectos**. SABERES. Vol. 3.
- Moreo Ariza, J. (2007). **La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado**. InDret. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/414_es_1.pdf
- Planiol, M. (1932). **Estudios sobre la responsabilidad civil. Estudio I: del fundamento de la responsabilidad**. Revista crítica de jurisprudencia. P. 5.
- Reglero Campos, F. (2007). **La responsabilidad civil del abogado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**. Anuario da Faculade de Dereito da Universidade da Coruña. P. 785-813.

Rodríguez Salto, P. (2007). **El daño resarcible en la responsabilidad del abogado.** Lecciones y Ensayos. N° 83. p. 133-170.

Sandí Baltodano, G. (2001). Revista Iustitia Notarial y Registral. Año 1, N° 3.

Serra Rodríguez, A. (2008). **El régimen de responsabilidad civil derivada del ejercicio de la abogacía por cuenta ajena.** InDret. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/570_es.pdf

Yágüez, R. (2008). **La responsabilidad civil del abogado.** InDret. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf

Leyes y Reglamentos:

Costa Rica. Constitución Política del 07 de noviembre de 1949.

Costa Rica. Código Civil, Ley N° 30 del 19 de abril de 1885.

Costa Rica. Código de Comercio, Ley N° 3284 del 30 de abril de 1964.

Costa Rica. Código Notarial, Ley N° 7764 del 17 de abril de 1998.

Costa Rica. Ley General de Administración Pública, Ley N° 6227 del 30 de mayo de 1978.

Costa Rica. Ley para la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 7472 del 19 de enero de 1995.

Colegio de Abogados de Costa Rica. Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho. 10 de diciembre del 2004.

Argentina. Código Civil, Ley N° 340 del 25 de septiembre de 1869.

España. Estatuto General de la Abogacía. Real Decreto 658/2001 del 22 de junio del 2001.

Sentencias:

Argentina. Sentencia N° 31413 del 1 de febrero del 2009 de la Cuarta Cámara Civil de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, Primera Circunscripción.

Costa Rica. Sentencias N° 556 de la Sala II, del 06 de julio del 2011.

Costa Rica. Sentencia N° 1456 del Tribunal de Familia, del 21 de octubre del 2010.

Costa Rica. Sentencia N° 446 del Tribunal Agrario, del 21 de junio de 194.

Costa Rica. Sentencia N° 851 de la Sala Primera del 10 de noviembre.

Costa Rica. Sentencia N° 209 del Tribunal de Notariado del 27 de julio 2004.

Costa Rica. Sentencia N° 875-F-2007 de las 8:00 horas del 14 de diciembre del 2007.

Costa Rica. Sentencia N° 11923 del 22 de agosto del año 2007 de la Sala Constitucional.

Costa Rica. Sentencia N° 00096 del 12 de octubre del 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V.

Costa Rica. Sentencia N° 00097 del 11 de octubre del 2011 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV.

Costa Rica. Sentencia N° 0789 del 08 de febrero de 1994 de la Sala Constitucional.

Costa Rica. Sentencia N° 01897 del 08 de septiembre del 2009 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI.

Costa Rica. Sentencia N° 329 del año 2007 del Juzgado Notarial.

Costa Rica. Sentencia N° 00666 del 15 de octubre del 2003 de la Sala Primera.

Costa Rica. Sentencia N° 00711 del 2011 de la Sala Primera.

Costa Rica. Sentencias: N° 556 del 06 de julio del 2011 de la Sala Segunda.

Costa Rica. Sentencia N° 1456 del 21 de octubre del 2010 del Tribunal de Familia.

Costa Rica. Sentencia N° 446 del 21 de junio de 1994 del Tribunal Agrario.

Costa Rica. Sentencia N° 266 del 03 de abril del 2001 de la Sala Primera.

Costa Rica. Sentencia N° 851 del 10 de noviembre del 2005 de la Sala Primera.

España. Sentencia del 8 de abril del año 2003. Del Tribunal Supremo.

España. Sentencia N° 683/1999, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona de
03 de mayo del 2000.