

**RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN
DE ABOGADO EN COLOMBIA: CARACTERIZACIÓN DE LAS
OBLIGACIONES PROFESIONALES ESPECÍFICAS Y DE SUS FORMAS DE
INCUMPLIMIENTO.**

JUAN DAVID BELTRÁN AFRICANO.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOCIO JURÍDICA.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA.
Bucaramanga.
2.020.

Tabla de contenido.

1. El Problema de investigación.....	4
1.1. Formulación del problema.	4
1.2. Objetivos.....	5
1.3. Justificación.	5
1.4. Metodología.....	6
2. La responsabilidad civil: aspectos generales relevantes para el análisis de la responsabilidad civil del abogado en el ejercicio de su profesión.....	8
2.1. Concepto y enunciación de los elementos.	8
2.2. La conducta antijurídica.....	9
2.2.1. Valoración de la conducta.	9
2.2.2. Obligaciones de medios y de resultados.....	12
2.3. El nexo de causalidad.	14
2.3.1. Las causas extrañas.....	14
2.4. El daño y su reparación.....	16
2.4.1. Clasificación del daño	17
2.5. La relación contractual entre el abogado y su cliente.....	19
2.5.1. Contrato de prestación de servicios profesionales.....	19
2.5.2. Contrato de mandato.....	20
3. Análisis de la Ley 1123 de 2007 a la luz de la teoría de la responsabilidad civil.....	23
3.1. Análisis del Libro I de la Ley 1.123 de 2.007.....	23
3.1.1. ¿Quiénes están obligados a cumplir con la <i>lex artis</i> contenida en la Ley 1123 de 2007?25	
3.2. Análisis del Libro II de la Ley 1123 de 2007.	26
3.2.1. Deber de actualizar los conocimientos inherentes a la profesión.	26
3.2.2. Debida diligencia profesional.....	28
3.2.3. Deber de información.	28
3.2.4. Deber de guardar el secreto profesional.	30
3.2.5. Deber de guarda, custodia y restitución.	30

3.2.6.	Deber de rendir cuentas al cliente.....	31
3.2.7.	Deber de seguir las instrucciones del cliente.....	32
4.	Conclusiones.	33
5.	Bibliografía.....	36

1. El Problema de investigación.

1.1. Formulación del problema.

En Colombia no existe un desarrollo legislativo ni judicial de la responsabilidad civil en la que pueden verse inmersos los abogados en el ejercicio de su profesión. De acuerdo al Consejo Superior de la Judicatura, entre 1.992 y 2.019, La Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha sancionado a más de 20.000 abogados (Oficina de Comunicaciones de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, 2.020); sin embargo, el número de fallos en los que se declara su responsabilidad civil es casi inexistente. En ese orden de ideas, resulta relevante preguntarse ¿en qué tipo de responsabilidad civil pueden incurrir los abogados en el ejercicio de su profesión en Colombia?, ¿cómo se deberían aplicar los elementos clásicos de la responsabilidad civil en las conductas dañosas derivadas del ejercicio profesional del derecho? y ¿en qué casos los abogados son responsables de pagar indemnizaciones de perjuicios por realizar conductas dañosas en el ejercicio de su profesión?

Este vacío normativo pone en riesgo a los usuarios del sistema jurídico colombiano, ya que no hay claridad sobre la forma en la que puede obtenerse una reparación o indemnización de perjuicios cuando se sufre un daño originado en la conducta culposa de un profesional del derecho. Entonces, es importante definir las obligaciones profesionales que recaen sobre los abogados, las posibles formas de incumplimiento y los daños que eventualmente estarían obligados a reparar. Estas cuestiones no han sido tratadas de forma específica en la doctrina colombiana, ya que solo existen trabajos académicos que abordan el tema de forma general y sin detenerse a analizar cada una de las obligaciones que deben cumplir los profesionales del derecho en el ejercicio de su profesión

Actualmente existe una necesidad de caracterizar las principales obligaciones que recaen en cabeza de los abogados, con el fin de lograr un mejor acercamiento a las posibilidades de incumplimiento y a las formas de reparación. Para esto, el régimen disciplinario del abogado, contenido en la Ley 1.123 de 2.007, constituye un excelente punto de partida para determinar las obligaciones derivadas de la *lex artis* de la profesión. Igualmente se hace necesario preguntarse ¿por qué los criterios utilizados por la jurisdicción disciplinaria¹ para sancionar a los abogados no han sido usados para imputarle conductas culposas a los letrados y condenarlos a indemnizar los perjuicios que causan?

Una vez definidas las principales obligaciones de los abogados, se clasificarán de acuerdo a la teoría general de las obligaciones para determinar cómo deben cumplirse y en qué casos pueden generarse incumplimientos imputables a los profesionales del derecho. Igualmente, es necesario indagarse por la forma en la que debe determinarse el daño que eventualmente estarían obligados a reparar los abogados. Todo esto con un enfoque específico, deteniéndose en cada una de las obligaciones definidas.

¹ Específicamente por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

El ejercicio de caracterizar y clasificar específicamente las principales obligaciones que recaen en cabeza de los abogados no se ha realizado, ya que simplemente existen textos académicos que abordan el problema de manera descriptiva. Por ejemplo, la mayoría de trabajos académicos coinciden en un lugar común al decir que el abogado tiene obligaciones de medio y no de resultado. Sin embargo, los abogados tienen obligaciones de diversa naturaleza, incluyendo de resultados y de medios. Este lugar común persiste porque existen pocos trabajos académicos que se hayan detenido a preguntarse por la naturaleza de las principales obligaciones que recaen en los abogados en las diferentes áreas en las que pueden desempeñar su profesión.

1.2. Objetivos.

- 1.2.1. Definir específicamente, a partir de la Ley 1.123 de 2007, las principales obligaciones que recaen en cabeza de los abogados al ejercer su profesión.
- 1.2.2. Caracterizar y clasificar las principales obligaciones profesionales de los abogados de acuerdo a la teoría general de las obligaciones y la responsabilidad civil.
- 1.2.3. Definir la naturaleza de la relación entre el abogado y los usuarios del sistema jurídico y las obligaciones que se derivan de dicha relación
- 1.2.4. Indagarse por las causas del poco desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad civil que se puede derivar del ejercicio profesional del derecho.

1.3. Justificación.

En cierta medida, es desconcertante que en Colombia aún no se haya dado un desarrollo judicial en torno a la responsabilidad civil derivada del ejercicio profesional del derecho. Sin embargo, es previsible que eventualmente los jueces y el legislador tendrán que ocuparse de este tema y que los usuarios del sistema jurídica comenzarán a reclamarle indemnizaciones a sus abogados. Entonces, este trabajo investigativo se realiza para definir de forma específica los elementos que componen la responsabilidad profesional del abogado en el ejercicio de su profesión en Colombia. Ante el vacío jurídico existente, es necesario caracterizar las particularidades que componen la responsabilidad civil que puede derivarse del ejercicio del derecho, así como detenerse a analizar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones profesionales de los abogados en sus diferentes roles.

Además, también es importante que la responsabilidad civil derivada del ejercicio del derecho comience a tener un desarrollo doctrinal más profundo dentro de la academia colombiana. Esto permitirá que se sienten las bases para un posterior desarrollo jurisprudencial y legislativo de esta materia.

1.4. Metodología

Esta monografía tendrá una estructura inductiva. Se partirá de la explicación general de los institutos de la responsabilidad civil que se deben comprender para definir y caracterizar las obligaciones profesionales de los abogados y las consecuencias civiles de su incumplimiento. Entonces, en la primera parte se definirán los tres institutos esenciales de la responsabilidad civil: la conducta, el nexo de causalidad y el daño. Se ahondará en algunos aspectos o clasificaciones de estos institutos que son relevantes para la comprensión de la responsabilidad civil profesional en la que pueden incurrir los abogados. Particularmente, se explicará sucintamente el daño por pérdida de la oportunidad y la importancia probatoria que cobra la clasificación de las obligaciones que las divide en obligaciones de medios y de resultado.

En el último numeral de la primera parte del trabajo se explica la naturaleza jurídica de la relación contractual abogado-cliente y las consecuencias en materia de responsabilidad civil derivadas del tipo contractual que regule esta relación. En esta parte ya se empezará a entrar en lo concerniente a la identificación de las obligaciones profesionales a cargo del abogado.

El numeral 3, denominado “Análisis de la Ley 1123 de 2007 a la luz de la teoría de la responsabilidad civil, constituye la sección específica en la que se identificaran y clasificaran las obligaciones principales que recaen en los profesionales del derecho. Para identificar las obligaciones recurrí a doctrinantes nacionales y extranjeros que han identificado las principales obligaciones de los abogados en sistemas jurídicos foráneos en los que la responsabilidad civil de estos profesionales es un tema desarrollado doctrinal, legal y judicialmente.

Escogí siete obligaciones o deberes profesionales de los abogados para analizar su forma de incumplimiento a la luz de los postulados generales de la responsabilidad civil. La elección de estas obligaciones responde a que en España y Estados Unidos existen múltiples condenas en responsabilidad civil a abogados por el incumplimiento de estas obligaciones. Las obligaciones escogidas fueron identificadas en la Ley 1123 de 2.007, en donde seis de ellas se encuentran expresamente consagradas en forma de deberes y faltas. Dentro del análisis hecho de cada una de las obligaciones escogidas, se puede verificar se realiza la clasificación de la mismas a la luz de los postulados generales de la responsabilidad civil explicados en la primera parte de la monografía.

La diferencia entre las consecuencias civiles y disciplinarias del incumplimiento de las obligaciones escogidas radica principalmente en que el surgimiento de la responsabilidad civil necesita de la ocurrencia de un daño, así sea solamente el daño producido por la pérdida de una oportunidad. Sin daño no surge la obligación de indemnizar, pero si hay daño es necesario valorar la conducta del abogado para determinar si incumplió los deberes profesionales que la ley le exige. Para la valoración de la conducta es posible recurrir a criterios que ya han sido usados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para determinar en qué casos se incumplen los deberes profesionales del

abogado y hay lugar a la imposición de sanciones disciplinarias. Esos mismos criterios pueden usarse para condenar a un abogado a reparar los daños y perjuicios causados por su actuar profesional negligente, por este motivo en cada una de las obligaciones escogidas se buscaron los criterios usados en la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para determinar el incumplimiento. Una vez identificados los criterios usados en casos concretos, se da paso a las conclusiones.

2. La responsabilidad civil: aspectos generales relevantes para el análisis de la responsabilidad civil del abogado en el ejercicio de su profesión.

La responsabilidad civil ha sido tema de estudio de importantes doctrinantes nacionales y extranjeros como Fernando Hinestrosa, Javier Tamayo Jaramillo o Philippe le Tourneau. Es un tema amplio y lleno de discusiones sobre infinidad de pormenores que han surgido con el extenso desarrollo que ha tenido la materia desde la época de los jurisconsultos romanos hasta nuestros días. Por la extensión y profundidad de esta materia, el marco conceptual de este trabajo solo expondrá los conceptos más elementales que conforman la responsabilidad civil, partiendo de la triada clásica de conducta antijurídica, daño y nexo causal entre los dos anteriores.

En este trabajo investigativo no se pretende ahondar en las diferentes posiciones y teorías que existen sobre los elementos de la responsabilidad civil, sino que se explicará la teoría de la responsabilidad civil a partir de los postulados más generalmente aceptados. Solamente profundizaré en aquellos temas que sean especialmente relevantes para la configuración de la responsabilidad civil profesional de los abogados, como la clasificación entre obligaciones de medios y de resultados y el daño por la pérdida de una oportunidad. Este marco conceptual pretende sentar las bases teóricas para analizar las obligaciones profesionales de los abogados a la luz de los conceptos básicos que configuran la responsabilidad civil.

2.1. Concepto y enunciación de los elementos.

En palabras de Le Tourneau (2010), el objetivo principal de la responsabilidad civil es la reparación. El profesor Tamayo Jaramillo (2007a, pág. 8) coincide con la posición del autor francés y sostiene que “la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros”. Entonces, la responsabilidad civil consiste en la obligación de indemnizar patrimonialmente los daños que se le causan a una persona que no está obligada a soportarlos.

La teoría de la responsabilidad civil se ha encargado de determinar cuándo se configura la obligación de reparar un daño y en qué forma debe ser reparado. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que existen tres elementos básicos y necesarios para el surgimiento de la responsabilidad civil: la realización de una conducta antijurídica (activa u omisiva) por parte del responsable, la existencia de un daño y que dicho daño sea atribuible al agente que realiza la conducta (Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 2007a, pág. 188).²

² Igualmente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC 13925 del 30/09/2016, señala que estos son los elementos que componen la Responsabilidad Civil.

2.2. La conducta antijurídica.

El surgimiento de la responsabilidad civil requiere que se presente un comportamiento activo u omisivo por parte de un agente, ya que el daño a reparar debe provenir de una conducta imputable al responsable (Gómez Arias & Gómez Montoya, 2010, pág. 31).

Generalmente la conducta activa u omisiva es cometida de forma personal y directa por parte del agente, como lo indica el artículo 2.341 del Código Civil. Sin embargo, el ordenamiento jurídico también incluye supuestos en los que la responsabilidad proviene del hecho de una persona que está bajo la responsabilidad de otra³, tal y como lo establece el artículo 2.347 del Código Civil. Incluso, nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de que surja la obligación de reparar los perjuicios que se generen debido al hecho una cosa o de un animal, como sucede en el caso de la ruina de edificaciones⁴ y en el de los daños causados por animales domésticos⁵ (Santos Ballesteros, Instituciones de responsabilidad civil, 1996, págs. 155-158).

Santos Ballesteros (1996, págs. 155-158) explica que la responsabilidad por el hecho de otro y la responsabilidad por el hecho de las cosas no constituyen casos excepcionales en los que no se exija la conducta como elemento constitutivo de la obligación de reparar el daño. En estos casos, lo que se tiene en cuenta es el incumplimiento de obligaciones de “elección y vigilancia” y de “guarda”; es decir, que la responsabilidad proviene de la omisión de conductas que la ley le exige a quien puede ser declarado responsable de indemnizar un daño.

2.2.1. Valoración de la conducta.

Queda claro, entonces, que no puede haber responsabilidad sin una acción u omisión realizada por un agente. Sin embargo, en muchos casos, la conducta, aunque necesaria, no es suficiente para que surja la obligación de reparar el daño que produce. El ordenamiento jurídico contempla varias situaciones en las que se requiere que la conducta que genera el daño sea valorada como culposa (Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 2007a, pág. 191).

El artículo 63 del Código Civil Colombiano define la culpa y la clasifica en culpa grave, leve y levísima. En esta norma, la culpa se define a partir de una comparación en abstracto con el comportamiento esperado (grado de diligencia) de un hombre negligente o descuidado, de un buen padre de familia o de un hombre sumamente diligente (Santos Ballesteros, 2007, págs. 204-205). Por su parte, el artículo 1.604 del Código Civil establece que el grado de culpa varía según la utilidad que el acto jurídico incumplido reporte al deudor (Ospina Fernández, 1998, pág. 99).

La culpa grave es la menos rigurosa y exige que se tenga, por lo menos, “aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”.

⁴ Artículo 2350 del Código Civil.

⁵ Artículo 2353 del Código Civil.

En el caso de la culpa leve, se exige que la conducta se adecue a la de “un buen padre de familia”; es decir, que se emplee “aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”. Al definir la culpa leve, el artículo 63 también establece que este será el grado de culpa que deba aplicarse cuando la ley se refiera a “culpa o descuido, sin otra clasificación...”.

La última especie de culpa es la más exigente de todas, la que requiere un mayor grado de diligencia en la realización de la conducta: la culpa levísima. En este caso se exige al agente actuar con “aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”.

La definición y clasificación tripartita de la culpa incorporada en el Código Civil ha suscitado infinidad de discusiones académicas en torno a las consecuencias sustanciales y probatorias que se producen al aplicar cada grado de culpa (Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 2007a, pág. 438). Sin embargo, el análisis y la crítica del sistema de culpas desborda el propósito y alcance de este trabajo. Entonces, solamente me referiré de manera general a las principales críticas que se le han hecho a la clasificación tripartita de la culpa y me detendré en aquellos aspectos que resulten relevantes para analizar la responsabilidad civil de los abogados en el ejercicio de su profesión.

Ospina Fernández (1998, pág. 101) señala que:

...nuestro Código resuelve un problema tan delicado e importante, cual es el de la determinación del grado de diligencia y cuidado en la ejecución de los actos jurídicos y de las obligaciones, mediante la aplicación de una teoría fundada en la falsa interpretación de otra legislación modelo, lo que permite comprender fácilmente que dicha teoría, por artificiosa, no satisface las necesidades prácticas, a la vez que entorpece y dificulta la labor judicial...

De acuerdo con Tamayo Jaramillo (2007a, pág. 451), la regla sobre la aplicación de los grados de culpa, consagrada en el artículo 1.604 del Código Civil, no puede usarse sistemáticamente y produce un alto grado de inseguridad jurídica. Además, este autor señala que la conducta en el incumplimiento contractual debe valorarse frente a cada una de las obligaciones y no frente a la totalidad del contrato. Entonces, lo más relevante no es establecer a cuál de las partes beneficia el contrato, sino distinguir la naturaleza de cada obligación y determinar el grado de diligencia y cuidado con el que el deudor está obligado a cumplirla (Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 2007a, págs. 439-440). Por ejemplo, para lo fines de este trabajo, es importante establecer cuáles son las obligaciones que se derivan del ejercicio profesional del derecho, qué grado de diligencia se exige en su cumplimiento y cuál es la forma de probar dicha diligencia.

En todo caso, la llamada teoría tripartita de la culpa y las discusiones doctrinales que hay en torno a ella solamente tienen relevancia en materia de responsabilidad civil contractual. La culpa en la responsabilidad civil extracontractual no se aprecia bajo la clasificación de los artículos 63 y 1.604 del Código Civil; debido a que, a la luz del artículo 2.341 del C.C., toda

culpa es reprochable cuando la conducta del agente produce un daño (Santos Ballesteros, 2007, pág. 185 y 206).

La Corte Suprema de Justicia ha encontrado formas de superar las dificultades que supone la clasificación tripartita de la culpa contenida en el Código Civil. Muchos de los fallos de esta corporación contienen postulados que ayudan a aclarar los problemas que surgen al momento de valorar una conducta y determinar el grado de diligencia ordenado por el ordenamiento jurídico cuando se produce un daño. Recientemente la Corte Suprema explicó de forma diáfana los distintos grados de diligencia exigidos por la ley en materia de responsabilidad civil:

Dependiendo del nivel de exigencia que consagra la proposición normativa para valorar el comportamiento de las personas según las reglas de adjudicación (que señalan deberes de evitación de riesgos o establecen una posición de garante o de guardián de la cosa o actividad), o los patrones de conducta (que permiten medir la prudencia en cada situación específica), habrá lugar a responsabilidad objetiva o estricta; a responsabilidad por actividades peligrosas (o por culpa presunta); a responsabilidad por culpa o infracción de deberes objetivos de diligencia y cuidado; o a responsabilidad por dolo (SC 002-2018, 2018, pág. 28).

De acuerdo a lo explicado por la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad objetiva es la más estricta de todas y no requiere de ningún tipo de valoración de la conducta, ya que “sólo se atiende a la realización de los daños”; es decir, que la obligación de indemnizar surge solamente con la ocurrencia del daño producto de la conducta, sin necesidad de que esta sea valorada de ninguna forma.

La responsabilidad producida en la realización de actividades peligrosas, que se deriva de lo establecido en el artículo 2.356 del Código Civil, se caracteriza porque la posibilidad de causar un daño es inherente a la actividad realizada. En estos casos, la valoración se limita a determinar si el agente realizó todas las conductas necesarias para evitar el peligro que es inherente a su conducta (SC 002-2018, pág. 29). En los casos de responsabilidad por actividades peligrosas la carga de la prueba se invierte, es decir que a la víctima no le corresponde probar que la conducta se realizó de manera culposa, sino que simplemente debe demostrar la existencia del daño y que este provino de una actividad peligrosa realizada por el demandado (Santos Ballesteros, Instituciones de responsabilidad civil, 1996, págs. 168-170). En este caso no hay responsabilidad objetiva, ya que el demandado puede liberarse de la responsabilidad demostrando (aunque en algunos casos sea muy difícil) que actuó con la diligencia que el ordenamiento jurídico le exigía.

La denominada responsabilidad culposa es la más extendida, debido a que en muchos casos la ley exige que la conducta sea catalogada como culposa para que pueda surgir la obligación de indemnizar un daño. Dejando a un lado las discusiones académicas, la culpa puede

definirse simplemente como la omisión de un deber (Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 2007a, pág. 192) exigido al agente en la realización de una conducta que ocasiona un daño. Dependiendo el tipo de conducta valorada, la ley le exige al agente la realización de determinados deberes. Por ejemplo, a los profesionales, particularmente a los abogados, se les exige que observen un catálogo de deberes en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales (Merlano Sierra, La responsabilidad jurídica de los abogados y administradores de justicia el Derecho colombiano, 2010, pág. 100).

2.2.2. Obligaciones de medios y de resultados.

De las críticas que Ospina Fernández y Tamayo Jaramillo le hacen a la aplicación del régimen de la culpa del artículo 1.604 del Código Civil, se puede deducir que el elemento determinante para valorar la conducta es la naturaleza de la obligación. La clasificación tradicional de las obligaciones es, en muchos casos, crucial para establecer el surgimiento de la responsabilidad civil. Por ejemplo, es necesario saber si una obligación es de género o de cuerpo cierto para determinar cuáles son los deberes del deudor.

La división de las obligaciones entre obligaciones de medios y de resultados es particularmente importante en el análisis de la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los abogados al ejercer su profesión. Además, esta clasificación es determinante para establecer la carga de la prueba.

La definición de Ospina Fernández (1998, págs. 26-27) de la obligaciones de medios es clara y se mantiene vigente:

Dícese de las obligaciones de medios cuando (sic) el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización él no garantiza. Tal es la del médico que debe cuidar de su paciente sin que tenga que responder de la curación de este, y la del abogado que se encarga de un pleito que fracasa para su cliente, pese al escrupuloso manejo del litigio por aquel.

Los ejemplos del abogado y del médico son clásicos para ilustrar las obligaciones de medios. Sin embargo, más adelante veremos que hay que analizar cada una de las obligaciones en cabeza del abogado para determinar si son de medio o de resultado.

Las obligaciones son de resultado cuando el deudor puede comprometerse a alcanzar un fin determinado, como cuando una persona se compromete a entregar una cosa de su propiedad. Debido a la trascendencia jurídica de esta clasificación, en algunas ocasiones han surgido controversias al determinar si una obligación es de medios o de resultados. La jurisprudencia ha identificado varios criterios que permiten distinguir las obligaciones de medio de las obligaciones de resultado. Identificar la presencia de un componente aleatorio o de azar en el cumplimiento de una obligación es el criterio más usado y aceptado para determinar que una obligación es de medios (SC 7110-2017, págs. 15-16). Entonces, las obligaciones serán de resultados cuando su cumplimiento depende solamente del deudor y no de algún factor

aleatorio. También serán de resultados aquellas obligaciones en las que el deudor expresamente se compromete a alcanzar un resultado concreto, en estos casos el cumplimiento corresponde a la realización de la expectativa del acreedor y no simplemente a que se hayan empleado los medios para conseguirla (SC 7110-2017, pág. 16).

Explicado el concepto de obligaciones de medios y de resultados y los criterios para diferenciarlas, entraré a explicar la importancia de esta clasificación frente a la carga probatoria de la culpa.

Existe una posición doctrinal que sostiene que en materia de incumplimiento contractual se presume siempre la culpa del deudor, y que le corresponde a este demostrar su diligencia. Esta posición tiene asidero en el inciso tercero del artículo 1.604 del Código Civil, en donde se establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo...”. Esta posición ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia en algunas ocasiones (Santos Ballesteros, 2007, págs. 202-203).

Sin embargo, la posición más popular y la más usada por la Corte Suprema de Justicia es aquella que determina la carga probatoria atendiendo a la naturaleza de la obligación; es decir, que dependiendo si la obligación es de medios o de resultados, la culpa se presumirá o deberá ser probada por el demandante. Entonces, en palabras de la Corte Suprema, “la conceptualización reviste importancia con miras a establecer las cargas probatorias, respecto de los supuestos de hecho normativos y de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento” (SC003-2018, págs. 29-30).

Cuando se trate de incumplimiento de obligaciones contractuales de medios, la culpa deberá ser probada; o sea, le corresponde al acreedor probar que el deudor no actuó con la diligencia exigida (le Tourneau, La responsabilidad civil profesional, 2006). Esta ha sido la teoría que ha usado la Corte Suprema de Justicia en una gran variedad de casos en los que se alegan incumplimientos en el marco de la relación médico paciente⁶. En estos casos la Corte ha exigido que la culpa del médico sea probada por el paciente. El médico (deudor) solo será responsable si se logra demostrar que no actuó diligentemente.

Por su parte, las obligaciones de resultados se caracterizan porque se presume la culpa del deudor en caso de incumplimiento (Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 2007a, pág. 438). En este caso, para que surja la responsabilidad civil, al acreedor le basta con probar el daño, la existencia de la obligación y que esta fue incumplida. Para desvirtuar la presunción que pesa en su contra, el deudor puede liberarse de la responsabilidad probando alguno de los eximentes de responsabilidad que se explicarán más adelante.

Antes de finalizar este aparte referente a las incidencias probatorias de la naturaleza de las obligaciones contractuales (de medios y de resultados), considero de suma importancia hacer una breve referencia a la carga dinámica de la prueba, introducida por el Código General del

⁶ El artículo 26 de la Ley 1.164 de 2007, modificado por el artículo 104 de la Ley 1.438 de 2011, establece que las obligaciones derivadas de la relación médico paciente son obligaciones de medio salvo que se pacte algo distinto.

Proceso en su artículo 167. El primer inciso de este artículo copió la disposición contenida en el artículo 177 del ya derogado Código de Procedimiento Civil: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Pero, a reglón seguido, el artículo 167 del C.G.P. introdujo una importante novedad: la carga dinámica de la prueba, en virtud de la cual el juez puede “distribuir la carga (probatoria) al decretar las pruebas”. Entonces, cuando el juez considere que una parte tiene más facilidad para aportar un elemento probatorio, podrá exigirle que lo aporte sin importar que la carga de la prueba recayera inicialmente sobre la parte contraria.

Se hace necesario, entonces, matizar las reglas de la carga probatoria a luz del principio de carga dinámica de la prueba. En cada caso concreto, el juez tiene la posibilidad de exigirle a una u otra parte que aporte los elementos necesarios para esclarecer algún punto de la controversia, valorando cuál parte cuenta con mayor facilidad probatoria. Por consiguiente, no podrá observarse únicamente a la naturaleza de la obligación para determinar la carga probatoria; ya que, en aras de esclarecer la controversia, el C.G.P. le ha dado la posibilidad al juez de cambiar la distribución tradicional de la carga probatoria.

2.3. El nexo de causalidad.

El surgimiento de la responsabilidad civil requiere de una relación de causa y efecto entre el daño sufrido por la víctima y la conducta del agente (le Tourneau, 2010, pág. 75), bien sea por acción o por omisión. El nexo de causalidad es un elemento autónomo e independiente de la responsabilidad civil, distinto del daño y del hecho o conducta antijurídica (le Tourneau, 2010, pág. 76). Por regla general, el nexo de causalidad debe ser probado por el que pretende la reparación del daño (Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 2007a, pág. 253).⁷

El régimen de responsabilidad civil colombiano establece algunos casos en los que el nexo de causalidad se presume y no debe ser probado por la víctima. Estos casos están estrechamente relacionados con las presunciones de culpa que operan en el incumplimiento de una obligación de resultados y en materia de actividades peligrosas, de responsabilidad por el hecho de una cosa o por el hecho de un tercero (le Tourneau, 2010, pág. 78). Cuando se presume el nexo de causalidad, la defensa del demandado debe estar dirigida a demostrar que opero alguna causa extraña que rompe dicho nexo de causalidad.

2.3.1. Las causas extrañas.

Una de las vías de defensa más populares en las demandas de responsabilidad civil son los llamados eximentes de responsabilidad o causales de exoneración. En estos casos, la obligación de indemnizar los daños no surge para el demandado debido a que se logra demostrar que existió una ruptura en el nexo de causalidad que debe conectar la acción

⁷ Para más información sobre la apreciación que el juez debe hacer del nexo de causalidad, consultar (Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 2007a) a partir de la página 253.

antijurídica con el daño sufrido. La Corte Suprema de Justicia explica de forma diáfana el fenómeno de la exoneración de la responsabilidad:

La interrupción del nexo o relación de causalidad entre el suceso y el resultado perjudicial derivado de aquél, excluye, por ende, la posibilidad de atribuir jurídicamente la responsabilidad resarcitoria al accionado, ya de manera integral, ora parcial, en el último evento, si converge la participación de éste, es decir, si su intervención tuvo incidencia en la producción del daño, evento en el cual, puede beneficiarse con una disminución del monto a indemnizar (SC 1230-2018, pág. 98).

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han identificado las siguientes causales de exoneración de responsabilidad: la fuerza mayor o caso fortuito “y el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima (SC 1230-2018, pág. 99)”.

2.3.1.1. Fuerza mayor o caso fortuito.

El artículo 64 del Código Civil define la fuerza mayor o caso fortuito: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”. En esta definición se identifican dos de los elementos que definen esta figura: la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

Para que se constituya un caso de fuerza mayor o caso fortuito es necesario que se presente una eventualidad imposible de resistir. Debe verificarse que la ocurrencia del suceso se escapa de la órbita de control del agente y que este no pudo desplegar ningún tipo de acción para evitar las consecuencias negativas del acontecimiento. En materia contractual, la irresistibilidad se traduce en una imposibilidad total y definitiva de ejecutar el contrato. Normalmente, la imposibilidad de resistir un acontecimiento o ejecutar un contrato constituye una causal de exoneración de la responsabilidad civil porque nadie está obligado a lo imposible; sin embargo, en un contrato, es posible que las partes distribuyan los riesgos de una forma distinta (le Tourneau, 2006, pág. 21)

La segunda característica del caso fortuito o fuerza mayor es la imprevisibilidad. La Corte Suprema de Justicia ha definido este elemento “como la irrupción súbita de un suceso imposible de eludir, a pesar de la diligencia y cuidado observados con tal fin (SC 1230-2018, 2018)”. El análisis de este elemento implica verificar que, en condiciones normales, no era posible anticipar la ocurrencia de un evento determinado que está involucrado en el surgimiento de un daño.

Hay un elemento adicional que no está mencionado explícitamente en el artículo 64 del Código Civil: la exterioridad. Este elemento es común a todas las causas extrañas que constituyen eximentes de la responsabilidad y supone que solamente un evento exterior,

ajeno e independiente del agente (deudor) puede considerarse como caso fortuito o fuerza mayor. La exterioridad implica que en ningún caso podrá exonerarse a un deudor de la obligación de indemnizar un daño cuando este sea originado por culpa suya (Tamayo Jaramillo, 2007b, págs. 55-56)⁸.

2.3.1.2. Hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

En aquellos casos en los que el daño sufrido por el demandante sea causado exclusiva o determinadamente por el hecho de un tercero, “este hecho absorberá la integridad de la causalidad” y el agente o acreedor será exonerado de su responsabilidad. El hecho de un tercero debe cumplir con las mismas características de imprevisibilidad e irresistibilidad que son necesarias para la constitución del caso fortuito o la fuerza mayor. Es importante anotar que no basta con que el hecho de un tercero concorra con la conducta culposa del agente en el origen del daño indemnizable, ya que en estos casos operará la solidaridad consagrada en el artículo 2.344 del Código Civil y el demandado no quedará exonerado de su responsabilidad (le Tourneau, 2010, pág. 94).

El hecho de la víctima es el último de los casos que tradicionalmente se han identificado como causales de exoneración de la responsabilidad civil. Es importante distinguir entre el daño que proviene exclusivamente de un hecho causado por la víctima y aquel que solamente se puede imputar a la víctima de manera parcial; en este caso, será necesario determinar si la víctima realizó una conducta culposa o si participó en un daño originado en el desarrollo de las llamadas actividades peligrosas (Tamayo Jaramillo, 2007b, págs. 59-72).

Cuando el daño se haya originado exclusivamente por un hecho de la víctima, el demandado se exonerará completamente de las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil. En aquellos casos en los que en la producción del daño concurren la conducta del demandado y de la víctima, podrá reducirse la obligación indemnizatoria del demandado si logra acreditarse que la conducta de la víctima se realizó de manera culposa (le Tourneau, 2010, págs. 95-97). Igualmente, la obligación del demandado se reducirá cuando la víctima esté ejecutando alguna actividad peligrosa y no logre demostrar que no tuvo incidencia en la concreción del daño sufrido (Tamayo Jaramillo, 2007b, pág. 66).

2.4. El daño y su reparación.

El último gran elemento que compone la triada de la responsabilidad civil es el daño, este es indispensable para que surja la obligación indemnizatoria en cabeza del demandado. Por regla general, el demandado tiene dos cargas probatorias: debe probar la existencia del daño y su cuantía (Tamayo Jaramillo, 2007b, págs. 808-801).

La doctrina distingue entre daño y perjuicio. El primero es la lesión que sufren los intereses de la víctima y el segundo es el conjunto de consecuencias producidas por el daño, es decir

⁸ Existen múltiples teorías y discusiones sobre el concepto y la aplicación de la irresistibilidad, la imprevisibilidad y la exterioridad. Para ampliar esta información remitirse a (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007b) a partir de la página 19.

su “efecto o continuación” (le Tourneau, 2010, pág. 59). Sin embargo, en muchas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia utilizan los términos daño y perjuicio sin distinguirlos rigurosamente. Entonces, para los efectos de este trabajo, daño y perjuicio se referirán a todo lo que el demandante está obligado a indemnizarle al demandado.

La indemnización (o reparación de daños y perjuicios) se rige por una máxima bastante conocida por los abogados: “debe repararse todo el daño, pero nada más que el daño”. Este aforismo incorpora el principio de reparación integral del daño (Tamayo Jaramillo, 2007b, pág. 542) y hace referencia a que, en nuestro ordenamiento jurídico, no está permitido reparar daños distintos a los realmente sufridos y probados por la víctima. La indemnización de perjuicios no es un mecanismo para enriquecer a la víctima sino para repararla, ya que pretende devolverla a la situación en la que se encontraba antes de sufrir el daño.

2.4.1. Clasificación del daño

Resulta pertinente abordar la clasificación del daño, con el objetivo de lograr identificar qué es lo que debe repararse en aquellos casos en que los abogados falten a sus deberes profesionales y deban asumir obligaciones derivadas de la responsabilidad civil. En materia civil se ha clasificado el daño en dos grandes categorías: daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

2.4.1.1. Daños patrimoniales.

El profesor Juan Carlos Henao define el daño como “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (Henao Pérez, 1.998). Esta definición, a mi parecer, no es aplicable al daño en su totalidad, sino solamente a la especie de daño que la doctrina y la jurisprudencia han denominado daño patrimonial. Esta clase de daño se caracteriza porque los intereses de la víctima que se ven afectados son de carácter económico (SC 16690, 2.016) y pueden cuantificarse de manera objetiva. A su vez, el daño patrimonial se divide en dos grandes especies que el demandado está obligado a indemnizar: el daño emergente y el lucro cesante.

De acuerdo al artículo 614 del Código Civil, el daño emergente es “la pérdida o perjuicio” que ocasiona el hecho dañoso. Para Tamayo Jaramillo, el daño emergente corresponde a lo que sale o saldrá del patrimonio de la víctima (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007b, pág. 474). Por su parte, el lucro cesante es todo aquello que se dejó de percibir y no entró al patrimonio a causa del hecho dañoso.

2.4.1.2. Daños extrapatrimoniales.

Existe otra gran categoría de daños que se caracteriza porque los intereses vulnerados no son de carácter patrimonial. El daño extramatrimonial se refiere a la afectación de bienes intangibles. Estos intereses de los individuos también están amparados por el ordenamiento jurídico y deben ser reparados integralmente en caso de verse afectados. Entonces, no es

necesario que haya una afectación del patrimonio para que surja la obligación de indemnizar perjuicios (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007b, pág. 484).

Existen múltiples discusiones doctrinales y jurisprudenciales sobre las clases de daños extrapatrimoniales, su forma de cuantificarse y la finalidad que tiene la indemnización de perjuicios en estos casos (resarcitoria o condenatoria). Sin embargo, estos aspectos desbordan el objeto de este trabajo.

Por su parte, existe una especie de daños que son relevantes para aproximarnos a la responsabilidad civil de los abogados: el daño producido por la pérdida de una oportunidad.

2.4.1.3. Daño por la pérdida de una oportunidad.

Uno de las características principales del daño es que debe ser cierto, es decir que la víctima debe sufrir una afectación real en alguno de los bienes que el ordenamiento jurídico le protege. Sin embargo, la certidumbre del daño no constituye una regla absoluta y radical al momento de evaluar si existe un daño que debe ser indemnizado (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007b, pág. 336).

Uno de los matices que existe al momento de evaluar si el daño es cierto es la indemnización que surge de la pérdida de una oportunidad. Este daño se caracteriza porque la víctima pierde la posibilidad de recibir un beneficio, aunque no existe seguridad de que se recibirá el beneficio esperado (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007b, pág. 357).

En el caso del daño por pérdida de la oportunidad, la víctima todavía no es titular de un derecho sino que tiene una mera expectativa de serlo (Gherssi, 2013, pág. 516); sin embargo, la afectación de esta posibilidad debe ser reparada. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en una providencia de 2016 (2003-00261-01, 2016), estableció algunos requisitos que deben cumplirse para que se constituya el daño por la pérdida de la oportunidad. En primer lugar, se debe tener certeza sobre la existencia de la oportunidad que se pierde. En segundo lugar, debe existir una imposibilidad definitiva de obtener el beneficio que se esperaba por la oportunidad perdida. Y, por último:

“la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir, debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento del hecho dañino, en una situación fáctica y jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba”

El problema no está en determinar la existencia del daño sino en cuantificarlo (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007b, págs. 357 - 358). La jurisprudencia y la doctrina concuerdan en que el daño será cuantificado por el juez dependiendo de la probabilidad que tenía la víctima de obtener el beneficio esperado. Entonces, la

indemnización aumentará o disminuirá dependiendo del mayor o menor grado de la oportunidad de la víctima.

2.5. La relación contractual entre el abogado y su cliente.

En Colombia no existe una regulación específica de la relación contractual del abogado y su cliente (Merlano Sierra, 2010, pág. 103); aunque, es un hecho que esta relación es de tipo contractual en la medida en que es un acuerdo de voluntades o una disposición de intereses patrimoniales que implica el surgimiento de obligaciones para los contratantes (Hinestrosa Forero, 2019). Por esto, en la doctrina se discute cuál es el tipo de contrato que los abogados deberían suscribir con sus clientes. Así mismo, en la práctica se puede observar que los abogados y sus clientes suscriben por lo menos dos tipos de contratos distintos, que se confunden con facilidad y son difíciles de distinguir porque se usan con la misma finalidad.

La Ley 1123 de 2.007 es un buen punto de partida para aproximarse a la naturaleza del contrato que rige la relación del abogado y su cliente. En el numeral 8 del artículo 28 de esta ley se establece como deber profesional del abogado “acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago”. Sin embargo, en otras disposiciones de esa misma ley se hace referencia al contrato de prestación de servicios, como sucede en el último inciso del artículo 19. Entonces, en esta ley no se establece expresamente la naturaleza del contrato, pero sí se estipula que la relación entre abogado y cliente es contractual y que el letrado tiene la obligación de establecer con claridad los términos de dicho contrato.

Entre las diferentes posiciones doctrinales que existen al respecto, la discusión más fuerte se presenta entre aquellos que sostienen que la relación entre cliente y abogado es regulada por un mandato y aquellos que consideran que el contrato que rige este vínculo es el de prestación de servicios profesionales. Determinar el tipo de contrato puede ser importante para establecer el grado de responsabilidad de las partes obligadas a la realización de una prestación determinada (Hinestrosa Forero, 2019); sin embargo, como se comentó en relación a la gradación de la culpa, es más importante analizar cada obligación incumplida que obsesionarse con la tipología contractual (Merlano Sierra, 2010, pág. 106). Entonces, explicaré brevemente la naturaleza de cada uno de estos dos contratos y las razones por las que son usados para regular la relación abogado-cliente. Igualmente analizaré las implicaciones que ambas formas contractuales tienen en el surgimiento de la responsabilidad civil en cabeza del profesional del derecho.

2.5.1. Contrato de prestación de servicios profesionales.

El contrato de prestación de servicios profesionales es un contrato atípico, debido a que no se encuentra expresamente regulado en la legislación colombiana. Este contrato se caracteriza porque una persona se obliga a pagarle a otra por la realización autónoma e independiente de un servicio o actividad que requiere conocimientos técnicos o profesionales específicos. La Corte Constitucional en la sentencia C 154 de 1.997 estableció que:

“a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales”.

Entonces, el contratista tiene a su cargo una gestión de índole material u obligación de hacer que deberá realizar de acuerdo a lo pactado con el contratante, aunque conservando siempre la autonomía e independencia en la ejecución del encargo u objeto del contrato. Un sector de la doctrina (especialmente autores internacionales) señalan que la relación entre el abogado y su cliente encaja en las características del contrato de prestación de servicios profesionales, debido a que el abogado se obliga a prestar sus servicios de forma independiente a cambio de una remuneración (Tobón Franco, 2008, pág. 317).

Fernando Hiestrosa señala que las clasificaciones de los contratos deben tenerse en cuenta en la medida que afectan las obligaciones derivadas de dichos contratos, “agravando o mermando” la responsabilidad de las partes (Hiestrosa Forero, 2019). Entonces, determinar si la relación cliente-abogado debe ser regulada a través del contrato de prestación de servicios, solo es relevante si esta forma contractual particular afecta el grado de responsabilidad en el que puede incurrir el profesional del derecho al realizar el encargo de su cliente.

No existe una norma específica que regule el grado de responsabilidad que asumen las partes contratantes en el contrato de prestación de servicios. Por su carácter atípico, esta forma contractual se regula por las normas generales de los contratos y las obligaciones; por las normas aplicables de los contratos de arrendamiento de obra y de servicios inmateriales⁹, y por las disposiciones aplicables al mandato¹⁰ (Merlano Sierra, 2010, pág. 104). Entonces, después de analizar las normas aplicables se puede corroborar y adherir la posición de Merlano Sierra y Tobón Franco, quienes concluyen que el abogado es responsable hasta la culpa leve, debido a que el artículo 1.604 del Código Civil establece que este es el grado de culpa que asume el deudor en aquellos contratos que reportan beneficios a ambas partes. Además, los citados autores también arriban a esta conclusión después de verificar que el artículo 2.155 del Código Civil establece que “el mandatario responde hasta de la culpa leve”.

2.5.2. Contrato de mandato.

De acuerdo con la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional, es posible concluir que la posición más ampliamente aceptada es que el régimen legal del mandato es el más adecuado para regular la relación contractual que surge entre el abogado y su cliente. (Tobón Franco, 2008, pág. 315). Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de marzo 30 de 1.993¹¹ al aplicar el artículo 2.144 del Código Civil que extiende las reglas del mandato a “los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida

⁹Del artículo 2.053 al 2.069 del Código Civil.

¹⁰ El artículo 2.069 del Código Civil remite a las normas del mandato, específicamente al artículo 2.144 que dispone que “los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

¹¹ Magistrado Ponente Alberto Ospina Botero

la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros...”, como es el caso de los profesionales del derecho. Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura también ha sostenido¹² “que la relación abogado-cliente se desarrolla al interior de un contrato de mandato civil” (Tobón Franco, 2008, pág. 316).

El contrato de mandato está definido en el artículo 2.142 del Código Civil como aquel “contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”. Este es el caso del cliente que le confía a un abogado su representación en un proceso judicial o la realización de cualquier negocio jurídico, siendo aquel (el mandante) sobre el que recaerían los efectos de la gestión encomendada al abogado.

Tobón Franco señala que el mandato es un contrato *intuitu personae* y que esta característica puede observarse en la relación abogado-cliente, debido a que el encargo o negocio se le confía al abogado teniendo en cuenta sus particulares calidades profesionales. Así mismo, esta autora señala que el mandato puede terminarse por la simple voluntad de alguna de las partes, bien sea por renuncia del mandatario o porque el mandante revoque el mandato. Esta característica también se observa en la relación abogado-cliente, ya que el cliente tiene la posibilidad de revocar en cualquier momento el poder que le concedió a su abogado y este, a su vez, tiene la posibilidad de renunciar al poder que le fue conferido por su cliente.

Respecto a la responsabilidad que le cabe al mandatario, en nuestro caso el abogado, ya se mencionó que el artículo 2.155 del Código Civil establece que debe responder hasta por la culpa leve. Sin embargo, este mismo artículo establece que “esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado”, y el siguiente inciso nos indica que la responsabilidad será menos estricta en los casos en que el mandatario haya repudiado el encargo pero de alguna forma se haya visto forzado a aceptarlo. Este artículo, como vimos, se aplica al mandato y, por remisión del artículo 2.069, al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y al de prestación de servicios. Entonces, a pesar de las discusiones doctrinales, se puede concluir que, tanto en el marco del contrato de prestación de servicios como en el del mandato, el abogado tendrá que responder hasta la culpa leve.

El artículo 63 del Código Civil define la culpa leve como “la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”; es decir, que existe culpa leve cuando no se emplea el cuidado o diligencia que emplearía un buen padre de familia. Sin embargo, para establecer la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los abogados, no es suficiente con determinar que “el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo”. A pesar de que la culpa leve está definida en la ley, a los abogados (y a los profesionales en general) no se les puede exigir simplemente la diligencia de un hombre promedio o de un buen padre de familia, sino que su estándar de comportamiento debe ser el de un profesional promedio (Tobón Franco, 2008, pág. 331).

¹² Consejo Superior de la judicatura. Sentencia 213 de febrero 14/02, M.P.: Jorge Alonso Flechas Díaz.

Aunque el mandato parece ser la forma contractual que mejor regula la relación cliente-abogado, la normatividad aplicable a este contrato no es suficiente para determinar el grado de diligencia que se le exige a los abogados en el ejercicio de su profesión. Como ha quedado demostrado a través de la voluminosa jurisprudencia sobre responsabilidad civil de los médicos, la medida de la diligencia de los profesionales es el cumplimiento de la *lex artis* de su profesión (Merlano Sierra, 2010, pág. 107). La *lex artis* está compuesta por todas las obligaciones implícitas al ejercicio de una profesión, a las cuales los profesionales están obligados así no se mencionen explícitamente en el contrato que suscriben con sus clientes. En el caso de los abogados, las obligaciones que componen su *lex artis* están contenidas, en su inmensa mayoría, en el Código Disciplinario del abogado (Tobón Franco, 2008, pág. 325) promulgado a través de la Ley 1.123 de 2.007 y que se analizará a continuación.

3. Análisis de la Ley 1123 de 2007 a la luz de la teoría de la responsabilidad civil.

El propósito de este análisis es identificar aquellos casos en los que se puede configurar responsabilidad civil del abogado, bien sea por violación de alguno de los deberes consagrados en la Ley 1.123 de 2.007 o por la comisión de alguna de las faltas tipificadas en este Código Disciplinario. Este análisis solo abarcará los dos primeros Libros de la Ley 1.123, debido a que allí están con tenidas las disposiciones relacionadas con la *lex artis* de los abogados. Sobre el primer Libro haré un comentario breve que me permitirá establecer algunas diferencias importantes entre la responsabilidad civil y la responsabilidad disciplinaria.

El análisis del segundo Libro será más profundo y pretende aplicar los conceptos de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes consagrados en la Ley 1.123. Igualmente, analizaré las consecuencias que pueden producirse en el contexto de la responsabilidad civil cuando un abogado incurra en alguna de las faltas disciplinarias. El Título III del Libro II no será abordado, ya que se refiere a temas que únicamente tienen relación con la responsabilidad disciplinaria.

La Ley 1.123 de 2.007 contiene la mayoría de los deberes que conforman la *lex artis* que los abogados están obligados a cumplir en el ejercicio de su profesión (Tobón Franco, 2008, pág. 325). En este orden de ideas, es importante realizar el análisis de esta norma a la luz de la responsabilidad civil para que las sanciones que se le aplican a los abogados trasciendan el plano disciplinario y se logre la reparación integral de los perjuicios que puedan llegar a causarle a sus clientes o a terceros.

3.1. Análisis del Libro I de la Ley 1.123 de 2.007.

El Libro primero de la Ley 1.123 de 2.007 contempla los aspectos más generales de la responsabilidad disciplinaria: los principios rectores, la definición de falta disciplinaria, el ámbito de aplicación, los sujetos disciplinables y otros elementos propios y necesarios para el ejercicio de la acción disciplinaria.

Los principios rectores del Código Disciplinario del Abogado están estrechamente relacionados con los principios que rigen la responsabilidad penal (Merlano Sierra, 2010, pág. 111). No debe confundirse el contenido de estos principios, ni su aplicación, con instituciones propias de la responsabilidad civil. La mayoría de los principios rectores contenidos en la Ley 1.123 de 2.007 se aplican exclusivamente a la responsabilidad disciplinaria; sin embargo, comentaré algunos para marcar ciertas diferencias relevantes frente a la responsabilidad civil.

La actuación disciplinaria se rige por el principio de legalidad (**artículo 3**), en virtud del cual los abogados solo serán investigados y sancionados por la comisión de conductas establecidos como faltas en la ley vigente al momento de la comisión. Este principio no se

aplica en responsabilidad civil, ya que el surgimiento de la obligación de indemnizar los perjuicios no depende de la comisión de alguna conducta que esté descrita típicamente en la ley vigente, sino de la verificación de los tres elementos descritos en la primera parte de este trabajo: la conducta antijurídica, el daño y el nexo de causalidad entre estos dos. Entonces, resulta importante resaltar que las situaciones en las que surge la responsabilidad civil no están taxativamente enunciadas o catalogadas en la ley, debido a que basta con la verificación de los tres elementos de la responsabilidad civil para que aquel que cause un daño esté obligado a indemnizarlo.

El artículo 4 del Código Disciplinario consagra el principio de antijuridicidad, en virtud del cual se exige que, para ser valorada como falta, la conducta del abogado sea contraria a algunos de los deberes exigidos en el Código Disciplinario. En materia de responsabilidad civil, la mera antijuridicidad es irrelevante, ya que la sola falta al deber no hace que el abogado incurra en este tipo de responsabilidad. La falta al deber solo es trascendente cuando esta conducta produce un daño antijurídico y surge la obligación de indemnizarlo; de lo contrario, en ausencia de daño, no se completará el juicio de responsabilidad civil y es irrelevante si el abogado actuó incumpliendo sus deberes.

El principio rector de culpabilidad (**artículo 5**) erradica “toda forma de responsabilidad objetiva” en materia disciplinaria y establece que solo “podrán imponerse sanciones por faltas cometidas con culpabilidad”. De la simple lectura de este artículo, pueden identificarse las marcadas diferencias que hay entre la valoración de la conducta en materia de responsabilidad civil y de responsabilidad disciplinaria. Por su parte, la valoración de la conducta en la investigación disciplinaria es restrictiva en aras de proteger los derechos del abogado investigado. En cambio, como se explicó en el apartado correspondiente a la valoración de la conducta en la responsabilidad civil, el ordenamiento jurídico contempla diversos escenarios en los que varía la valoración de la conducta y el título o grado de imputación necesarios para el surgimiento de la obligación de indemnizar perjuicios. En responsabilidad civil existe un pequeño número de casos en los que la conducta se valora objetivamente, también hay otros en los que se exige que el demandante prueba la culpabilidad del demandado y otros en los que esta se presume. En materia de responsabilidad civil profesional, generalmente es necesario que la conducta que genera el daño sea culposa; es decir, que exista un incumplimiento de los deberes y obligaciones que componen la *lex artis* del profesional.

A pesar de que el surgimiento de la responsabilidad civil del abogado está estrechamente relacionado con los deberes incluidos en la Ley 1.123 de 2.007, es necesario distinguir las instituciones que pertenecen a la responsabilidad disciplinaria de aquellas que hacen parte del ámbito de la responsabilidad civil. Se debe tener en cuenta que cada tipo de responsabilidad es autónomo y supone la verificación de elementos distintos para su aparición.

El surgimiento de una clase de responsabilidad es independiente del de la otra, aunque hay casos en los que la misma conducta del abogado puede hacerlo incurrir en varios tipos de responsabilidad y acarrearle múltiples sanciones. La competencia de los entes encargados de

sancionar a los abogados no es excluyente; ya que, si el objeto que se juzga y la sanción son distintos, no se viola la prohibición constitucional de ser juzgado dos veces por el mismo hecho (C 899, 2011).¹³ Este mismo razonamiento puede aplicarse a la competencia del juez civil, quien podrá determinar la responsabilidad civil y el monto de la indemnización sin importar que la conducta también haya sido juzgada y castigada disciplinariamente.

3.1.1. ¿Quiénes están obligados a cumplir con la *lex artis* contenida en la Ley 1123 de 2007?

De acuerdo a su artículo 18, la Ley 1.123 de 2.007 es aplicable cuando se cometan faltas disciplinarias en Colombia o en el extranjero, siempre y cuando “la gestión profesional se hubiere encomendado en Colombia”.

El artículo 19, por su parte, establece quiénes son los sujetos disciplinables. Esta disposición es útil para determinar la responsabilidad civil porque servirá como un criterio para determinar a quiénes se les exige el cumplimiento de las obligaciones y deberes que componen la *lex artis* de los abogados. En principio, la *lex artis* se le exige a todo abogado que ejerza su profesión; sin embargo, el artículo 19 también incluye a los abogados que tengan licencia provisional y a aquellos que estén suspendidos o excluidos del ejercicio profesional.

El Código Disciplinario del abogado también se aplica a los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con el ejercicio del derecho; sin embargo, en este caso la obligación de reparar el daño causado se configura con algunas particularidades. Cuando la conducta dañosa proviene de un funcionario público, que debía cumplir la *lex artis* exigida a los abogados, quien está llamado a responder es el Estado (la nación o alguna entidad descentralizada). Igualmente, también cambia la jurisdicción a la que le corresponde conocer de la acción indemnizatoria, ya que en este caso la competencia no la tendrá la jurisdicción ordinaria (especialidad civil) sino la contencioso administrativa. (Merlano Sierra, 2010, págs. 110-111)

Igualmente son responsables de cumplir con la *lex artis*, contenida en la Ley 1123 de 2007, los abogados que “en representación de una firma o asociación de abogados suscriban contratos de prestación de servicios profesionales”¹⁴. En este caso se presenta una particularidad: el surgimiento de responsabilidad solidaria entre el abogado y la firma; es decir, que tanto la firma como el abogado serían responsables de indemnizar los perjuicios causados. (Tobón Franco, 2008, págs. 139-141)

¹³ La Corte Constitucional, en sentencia C 899 de 2011, estableció que puede concurrir la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Seccional o Superior de la Judicatura en la imposición de sanciones a un abogado por una misma conducta.

¹⁴ Artículo 19 de la Ley 1123 de 2007.

3.2.Análisis del Libro II de la Ley 1123 de 2007.

Los Títulos del Libro II de la Ley 1.123 que analizaré contienen los deberes que el abogado tiene que cumplir en el ejercicio de su profesión y las faltas en las que puede incurrir cuando los incumple. Las faltas son la materialización del incumplimiento de los deberes en conductas concretas; sin embargo, como lo señalé anteriormente, la responsabilidad civil no nace únicamente con la comisión de alguna de las faltas catalogadas en la Ley 1.123 de 2.007. Por una parte, las conductas que constituyen responsabilidad civil no son taxativas y, por la otra parte, la responsabilidad requiere siempre la existencia de un daño y no exclusivamente la comisión de una falta o la omisión de un deber.

El artículo 28 de la Ley 1.123 de 2.007 enumera los deberes profesionales del abogado. Los primeros deberes que figuran en este artículo están relacionados con obligaciones que son transversales a todo nuestro ordenamiento jurídico; por ejemplo, observar la Constitución y la Ley o defender y promocionar los Derechos Humanos (**numerales 1, 2 y 3**). Hay otros deberes que están contruidos con conceptos bastante abstractos como “dignidad y decoro de la profesión” (**numeral 5**). Este tipo de deberes le son exigibles al abogado en el ejercicio de su profesión y su omisión, en teoría, podría originar responsabilidad civil. Sin embargo, por su abstracción, este tipo de deberes son difíciles de encuadrar dentro de los elementos de la responsabilidad civil y resulta complicado establecer un nexo de causalidad entre su omisión y la producción de un daño indemnizable.

Entonces, analizaré aquellos deberes y faltas que resulten más relevantes en la constitución de la responsabilidad civil en cabeza de los profesionales del derecho y haré algunos comentarios sobre la relación entre la omisión de estos deberes y las instituciones de la responsabilidad civil que expuse en la primera parte de este trabajo investigativo. Además del análisis de la Ley 1.123 a la luz de los institutos de la responsabilidad civil, identificaré algunos de los criterios que han sido utilizados en la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para determinar cuándo se falta a los deberes profesionales del abogado. Estos criterios serán de gran utilidad al momento de imputar la conducta que puede originar la obligación de indemnizar un perjuicio causado por un profesional del derecho en el ejercicio de su profesión.

3.2.1. Deber de actualizar los conocimientos inherentes a la profesión.

Para ejercer el derecho se necesita, además de tener el título de abogado y la tarjeta profesional, poseer ciertas competencias profesionales para atender los asuntos que le sean encomendados. Estas competencias profesionales constituyen la *lex artis* de los abogados, que Tobón Franco define como el conocimiento de la normatividad vigente que se necesita para atender de forma diligente y cuidadosa los asuntos que les son encomendados (2008, pág. 329). Por este motivo, el literal i) del artículo 34 de la Ley 1.1123 consagra como falta de lealtad del abogado con el cliente: “aceptar cualquier encargo profesional para el cual no

se encuentre capacitado”. Igualmente, el numeral 4 del artículo 28 de la Ley 1.123 establece que es deber del abogado “actualizar los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión”.

Obviamente, no es humanamente posible que los abogados conozcan todas las normas vigentes, ni siquiera todas las de su especialidad (Tobón Franco, 2008, pág. 329). Por este motivo, en países como España, donde hay un mayor desarrollo de la responsabilidad civil de los abogados, se han encontrado criterios para determinar qué normas debe conocer el abogado para no violar la *lex artis* de la profesión. Por ejemplo, los jueces españoles han proferido sentencia contra abogados por el desconocimiento de la jurisprudencia aplicable a un caso y han desarrollado criterios que les permiten resolver si el abogado tenía la obligación de conocer determinado precedente judicial¹⁵ (Tobón Franco, 2008, págs. 326-327).

Entonces, cuando se origine un daño imputable a la falta de preparación o la desactualización de conocimientos del abogado, este tendrá la obligación de repararlo. De acuerdo al literal i) del artículo 34 de la Ley 1.123, al abogado le son exigibles todos los conocimientos necesarios para asumir con diligencia y cuidado los negocios o gestiones que acepte. Sin embargo, factores como el contenido del contrato con el cliente pueden hacer más gravoso y exigente este deber. Igualmente, el hecho de anunciarse como especialista en determinada materia también puede llevar a que al abogado se le exija un mayor grado de conocimiento específico; sobre todo, si este es un factor determinante para que el cliente lo contrate.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, uno de los criterios más importantes para determinar la omisión al deber de actualizar los conocimientos inherentes a la profesión es la aceptación del encargo o negocio por parte del abogado. Al aceptar un encargo o negocio, el abogado se hace responsable de poseer los conocimientos necesarios para realizarlo. Por lo tanto, es inaceptable para el alto tribunal disciplinario que un abogado justifique sus falencias técnicas en la especial dificultad que pueden tener ciertos trámites como la interposición de un recurso de revisión o de casación. Entonces, el abogado que no cuenta con los conocimientos para asumir determinado negocio no debe aceptarlo; de lo contrario, le serán exigibles todos los conocimientos necesarios para realizar la gestión aceptada sin importar lo difícil o complicada que esta sea (2.010-04298-01, 2014).

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha determinado que se presenta omisión del deber de actualizar los conocimientos inherentes a la profesión cuando se presentan acciones o recursos que no cumplen con los requisitos o parámetros técnicos mínimos y son rechazados por este motivo. También se incumple con este deber cuando al cliente se le plantean alternativas que son inviables o imposibles jurídicamente. (2.010-04298-01, 2014, pág. 4).

Estos criterios pueden usarse para imputarle a un profesional del derecho una conducta que le genere la obligación de reparar los perjuicios que produce. Entonces, a un abogado se le

¹⁵ Los jueces españoles han determinado que la jurisprudencia debe ser consolidada; es decir, reiterada y no simplemente una decisión aislada. Igualmente, la jurisprudencia debe ser decisiva y determinante para el caso concreto.

podrá reprochar su incumplimiento del deber profesional de actualizar sus conocimientos profesionales cuando acepte encargos o negocios para los que no está capacitado, cuando interponga acciones o recursos sin el lleno de los requisitos técnicos exigidos y cuando plantee a su cliente alternativas o mecanismos que sean inviables o jurídicamente imposibles. Estas conductas, sumadas a la producción de un daño, dan lugar al surgimiento de la obligación indemnizatoria en cabeza del profesional del derecho.

3.2.2. Debida diligencia profesional.

A lo largo de este trabajo he mencionado que, contrario a lo que descuidadamente se repite, los abogados no solamente tienen obligaciones de medios, sino que también existen múltiples obligaciones de resultados que recaen en estos profesionales. Las obligaciones de resultados más comunes son las relacionadas con el cumplimiento de plazos y términos en el ejercicio del litigio o de cualquier encargo que se les haya confiado (Tobón Franco, 2008, págs. 323-324). Por esta razón, el artículo 37 de la Ley 1.123 consagra las faltas a la debida diligencia profesional, que son las violaciones al deber consagrado en el numeral 10 del artículo 28 de la misma ley.

Una vez el abogado ha aceptado un encargo o negocio, está obligado a ser sumamente cuidadoso y diligente para cumplir su gestión. De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que se refiere al artículo 37 de la Ley 1.123, los abogados están obligados a llevar a cabo oportunamente todos los actos procesales que sean necesarios para cumplir con la gestión encomendada (2.015-0030401, 2.018). Entonces, el típico caso de vencimiento de términos es el ejemplo más claro de la omisión de la debida diligencia profesional.

De la misma manera, la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha establecido que se falta a la debida diligencia profesional cuando no se lleva a cabo alguna de las gestiones que el abogado se compromete a realizar en el contrato de prestación de servicios profesionales (2.010-04298-01, 2014).

3.2.3. Deber de información.

El numeral 18 del artículo 28 de la Ley 1.123 de 2.007 consagra el deber de información de los abogados. De acuerdo con Crespo Mora, en España existe un amplio número de fallos de responsabilidad civil contra los abogados por el incumplimiento de este deber (2006, pág. 267). El deber de información es transversal a toda la relación entre el abogado y su cliente, ya que requiere que el abogado informe sobre ciertos asuntos en cada una de las etapas procesales (Crespo Mora, 2006, pág. 267).

El artículo 28 de la Ley 1.123 de 2.007, en su numeral 18, establece situaciones concretas en las que el abogado tiene que informar a su cliente. Cuando el cliente consulta al abogado, este está en la obligación de informarle sobre las posibilidades reales de éxito del asunto que se le presenta y no puede generar falsas expectativas, magnificar las dificultades ni asegurar resultados favorables. Una vez el cliente le encarga la gestión, el abogado está en la obligación de informarle sobre sus relaciones de parentesco o amistad con la contraparte y

de cualquier interés que afecte su independencia y pueda motivar la interrupción de la relación profesional. Finalmente, cuando el abogado ya se encuentra trabajando en el asunto encomendado, tiene la obligación de informarle a su cliente constantemente sobre la evolución del caso y sobre la posibilidad de recurrir a mecanismos alternos de solución de conflictos.

Las faltas disciplinarias relacionadas con el incumplimiento de este deber sirven como ejemplo de algunas situaciones en las que se podría generar un daño indemnizable. El artículo 34 de la Ley 1.123 de 2.011 consagra tres faltas de lealtad con el cliente relacionadas con el incumplimiento del deber de informar. El literal a) de este artículo establece como falta del abogado “no expresar su franca y completa opinión acerca del asunto consultado y encomendado”. Esta falta puede cometerse frente a cualquier gestión o proceso encomendado y cuando se pide un concepto u opinión profesional, caso en el cual este deber de información constituiría la obligación principal del contrato suscrito con el cliente (Crespo Mora, 2006, pág. 268) . La obligación de dar una opinión profesional sincera es de resultado; sin embargo, existe dificultad probatoria para demostrar cuál es la opinión “franca y completa” del abogado.

Por su parte el literal c) del artículo 34 establece que habrá falta de lealtad con el cliente cuando el abogado oculte o calle “hechos, implicaciones jurídicas o situaciones inherentes a la gestión encomendada o alterarle la información correcta, con ánimo de desviar la libre decisión sobre el manejo del asunto”. En este caso, el ánimo con el que se oculte la información es irrelevante para el surgimiento de la responsabilidad civil. Solamente es necesario verificar que se incumplió con el deber y que esto produjo un daño.

El artículo 37 de la Ley 1.123, en su numeral 2, establece que es una falta a la debida diligencia profesional “omitir o retardar la rendición escrita de informes de la gestión en los términos pactados en el mandato o cuando le sean solicitados por el cliente, y en todo caso al concluir la gestión profesional”. Aquí encontramos claramente una obligación de resultado en cabeza de los abogados: rendir informes escritos al finalizar la gestión o cuando el cliente los solicite. El incumplimiento de esta obligación puede dar lugar al surgimiento de la responsabilidad civil.

Otro ejemplo del deber de informar es el contenido en el numeral 13 del artículo 78 del Código General del Proceso¹⁶ que le exige al abogado informarle a su cliente oportunamente “sobre el alcance y consecuencias del juramento estimatorio, la demanda de reconvención y la vinculación de otros sujetos procesales”. Esta disposición está estrechamente relacionada con las faltas contenidas en los literales a), c) y h) del artículo 34 de la Ley 1.123 del 2.007.

Existen múltiples casos de fallos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por omisión o incumplimiento del deber de información. Uno de los casos más comunes es el del abogado que, con el fin de lucrarse, le oculta información a su cliente que podría influir en su decisión de contratarlo. Es decir, aquel caso

¹⁶ Ley 1564 de 2012.

en el que el abogado no le suministra información a su cliente previendo que si lo hiciera este podría no contratarlo (2.011-04298-01-01, 2.013). En este tipo de casos, uno de los criterios más importantes que usa el tribunal disciplinario es que el ocultamiento de información sea relevante y determinante en las decisiones tomadas por el cliente. Igualmente, el juicio de reproche se hace más estricto en la medida que la información sea más evidente y obvia para el abogado que no la suministra a su cliente.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria también ha impuesto sanciones disciplinarias en casos en los que el abogado no le informa a su cliente el resultado de la gestión. Por ejemplo, cuando un abogado le oculta a su cliente el sentido de un fallo o el rechazo de una demanda y el cliente se entera por una fuente distinta a su abogado (2.013-06678, 2.017).

En estos casos, estamos nuevamente frente a una conducta imputable al abogado que, de llegar a ser dañosa, lo haría responsable de indemnizar los perjuicios que produjo con la omisión de sus deberes profesionales. Es importante tener en cuenta que el deber de información es transversal a toda la relación entre el cliente y el abogado y no se limita simplemente a la información que puede influir en las decisiones del cliente. Entonces, de originarse un daño, son varias las situaciones en las que se podría imputar un incumplimiento del deber de información por parte del abogado y, así, originarse en él la obligación de reparar los perjuicios que su conducta omisiva ocasione.

3.2.4. Deber de guardar el secreto profesional.

El deber de guardar el secreto profesional es señalado por la doctrina como un deber inherente al ejercicio profesional del derecho y ha sido ampliamente desarrollado en otras jurisdicciones como la española. En la Ley 1.123 este deber se encuentra consagrado en el numeral 9 del artículo 28. Por su parte, el literal f) del artículo 34 establece como falta de lealtad con el cliente “revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel...”. Este deber le impone al abogado una obligación de resultado: guardar y no revelar la información entregada por el cliente sin su autorización escrita.

En caso de probarse una falta a este deber y un daño derivado de la misma, se constituiría responsabilidad civil y el abogado solo podría evitar una condena demostrando alguno de los eximentes de responsabilidad. Sin embargo, existen discusiones doctrinales respecto al momento en el que surge este deber debido a que hay situaciones en las que clientes potenciales le confían información a un abogado que finalmente no terminará representando sus intereses. Entonces, los doctrinantes discuten si surge el deber de guardar el secreto profesional así no haya surgido la relación contractual entre el abogado y el cliente (Tobón Franco, 2008, pág. 320).

3.2.5. Deber de guarda, custodia y restitución.

Es frecuente que los clientes le entreguen la guarda y/o custodia de ciertos bienes o documentos a su abogado cuando le encargan una gestión. Un ejemplo simple y habitual es el del cliente que le entrega a su abogado un pagaré para que este lo cobre judicialmente. Si

el abogado por descuido pierde o destruye el pagaré, estará obligado a responder por el derecho que contenía dicho título valor. El artículo 35 de la ley 1.123 de 2.007, que se refiere a las faltas a la honradez del abogado, consagra en su numeral 4 una falta relacionada con el incumplimiento de este deber. En este caso también nos encontramos frente obligaciones de resultado: guardar, custodiar, entregar o restituir determinados bienes o documentos.

En otras jurisdicciones como la española existen condenas en responsabilidad civil por incumplimiento de este deber (Crespo Mora, 2006, pág. 271). Crespo Mora señala que este deber no se agota simplemente en la guarda, custodia y restitución de los bienes o documentos que se le entregan al abogado, sino que también comprende la obligación que tiene el abogado de aportar estos documentos en el momento oportuno del proceso o cuando lo requiera la gestión que le fue encomendada (2006, pág. 272).

En Colombia, los fallos por la omisión del deber de guarda, custodia y restitución no trascienden la esfera disciplinaria. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha sido contundente al sancionar a abogados que retienen dinero u otro tipo de bienes que deben restituir o entregar a sus clientes. En estos casos, el tribunal disciplinario ha sostenido que la entrega o devolución de los bienes debe hacerse de manera inmediata y cualquier tardanza injustificada se considera como una violación a este deber, máxime cuando se puede determinar que el abogado retiene los bienes sabiendo que no son de su propiedad y que está obligado a restituirlos (2.009-01507/8726-17, 2.015). Igualmente, la jurisdicción disciplinaria ha determinado que la posterior devolución del dinero o los bienes retenidos no exime al abogado de la responsabilidad disciplinaria, ya que el deber profesional preceptúa que la entrega se haga a la menor brevedad posible (2.014-00050, 2.016).

En materia de responsabilidad civil, como ya hemos visto, no basta simplemente con la imputación de la conducta culposa, sino que debe haberse ocasionado un daño reparable. Entonces, los criterios utilizados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria para determinar la omisión del deber de guarda, custodia y restitución son un punto de partida para, sumado a la existencia de un daño, determinar el surgimiento de la obligación de reparar perjuicios en cabeza del profesional del derecho. Entonces, lo fundamental no será simplemente la retención o entrega tardía de los bienes que deben entregarse al cliente, sino que deberá verificarse el daño que esta conducta produce, debido a que *“solo se repara el daño y nada más que el daño”*.

3.2.6. Deber de rendir cuentas al cliente.

Este deber está estrechamente relacionada con el deber de información, sin embargo tiene ciertas particularidades que ameritan ser analizadas de manera independiente. El numeral 5 del artículo 35 de la Ley 1.123 de 2.007 establece como falta a la honradez del abogado “No rendir, a la menor brevedad posible, a quien corresponda, las cuentas o informes de la gestión o manejo de los bienes cuya guarda, disposición o administración le hayan sido confiados por virtud del mandato, o con ocasión del mismo”.

Como vimos en el aparte dedicado al deber de información, una de las obligaciones profesionales de los abogados es mantener a sus clientes permanentemente al tanto del

desarrollo de las gestiones encomendadas. Sin embargo, el numeral 5 del artículo 35 de la Ley 1.123 también obliga a los abogados a rendir cuentas en todo momento de los bienes que maneje o administre en virtud del encargo hecho por el cliente. Para la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, esta obligación se traduce en que el abogado debe informarle a su cliente, pormenorizadamente, la destinación que le dé a los dineros o bienes que el cliente le haya entregado para la realización de la gestión encomendada (2.011-01124, 2.017). Nuevamente, los criterios usados por la jurisdicción disciplinaria sirven como punto de partida para el juicio de responsabilidad civil que necesita, para completarse, la existencia de un daño causado por la conducta culposa u omisiva del letrado.

3.2.7. Deber de seguir las instrucciones del cliente.

A pesar de que en la Ley 1.123 de 2.007 no hay una referencia a este deber, la doctrina señala que en otras jurisdicciones se han producido condenas por su omisión. El abogado debe seguir las instrucciones de su cliente y será responsable en caso de contrariarlas y producir un daño. Sin embargo, no está obligado a seguir las instrucciones que estén relacionadas con su independencia técnica. Es decir, que un cliente puede decidir si continúa o no con el proceso y el abogado deberá obedecerlo, pero no puede intervenir en asuntos técnicos como la estrategia jurídica que el abogado utilizará para encaminar la gestión que le encargó.

4. Conclusiones.

- A. La responsabilidad civil de los abogados en el ejercicio de su profesión se configura a partir de los elementos clásicos que componen cualquier clase de responsabilidad civil: el daño, la conducta antijurídica y el nexo de causalidad entre ambos. Como se vio, todo daño que sea probado debe ser indemnizado por quien lo causa y no existe ningún motivo para que los abogados se libren de esta obligación. No existen restricciones sobre los daños que son indemnizables, más allá de la exigencia de que se prueben como ciertos; entonces, no es posible hacer un listado de todos los daños que los abogados están obligados a indemnizar, ya que esto depende de lo que logre probarse.

Para que la conducta (activa u omisiva) generadora del daño le sea imputable al abogado es necesario demostrar que esta se realizó con culpa. A pesar de las confusas clasificaciones legales y de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales, la definición más simple de la culpa nos indica que es la omisión del deber de diligencia que se le exige a determinado sujeto. En el caso de los profesionales, la diligencia exigida es el cumplimiento de las obligaciones que componen la *lex artis* de su correspondiente profesión. Entonces, cuando los abogados incumplan sus deberes profesionales serán culpables de la conducta imputada y tendrán que reparar todos los daños que se deriven de su actuar profesional negligente.

El nexo de causalidad no tiene ninguna particularidad en el caso de la responsabilidad civil que puede surgir del ejercicio del derecho. Al igual que en cualquier clase de responsabilidad civil, es necesario que exista una conexión real entre la conducta culposa y el daño originado. Los abogados, cuando estén enfrentados a un juicio por responsabilidad civil, podrán defenderse recurriendo a los eximentes de responsabilidad que surgen al desvirtuar el nexo de causalidad entre la conducta culposa y el daño.

- B. Después de analizar las posiciones de los pocos autores que han escrito sobre la responsabilidad de los abogados en Colombia, es posible concluir que la forma contractual más adecuada para regular la relación cliente-abogado es el contrato de mandato. Del análisis de las normas del mandato se deduce que el mandatario, en este caso el abogado, debe responder hasta por la culpa leve. Sin embargo, la culpa leve no es la medida adecuada para la diligencia exigida a los profesionales, sino que el estándar de conducta debe ser el de un profesional promedio y la conducta debe juzgarse a la luz del cumplimiento de la *lex artis* de la profesión para determinar si es culposa o no. Debido al casi nulo desarrollo de la responsabilidad civil de los abogados en Colombia, no existen normas específicas ni jurisprudencia que indiquen los criterios para determinar el grado de diligencia exigido a los abogados y no es suficiente con la

aplicación de las normas que regulan el contrato de mandato y las obligaciones y contratos en general.

- C. La *lex artis* de los abogados está contenida en el Código Disciplinario del abogado, Ley 1.123 de 2.007. Allí se encuentran las obligaciones y deberes específicos que los abogados están obligados a cumplir al desempeñar su profesión en cualquier roll. Los deberes específicos que se identificaron y analizaron de la Ley 1.123 son el deber de información, el deber de actualizar los conocimientos inherentes a la profesión, la debida diligencia, el deber de cuidado, guarda y restitución, el deber de guardar el secreto profesional y el deber de rendirle cuentas al cliente. La mayor parte de estos deberes se traducen en obligaciones de resultado para el abogado (presentar recursos a tiempo, rendir cuentas, informar...).

A partir del análisis de algunos fallos de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se logró establecer que el alto tribunal disciplinario ha identificado y creado los criterios necesarios para determinar cuándo se presenta un incumplimiento de los deberes profesionales del abogado. Estos criterios pueden ser usados por los jueces civiles para determinar la culpa del abogado y condenarlo a pagar perjuicios; sin embargo, estos criterios no han trascendido el ámbito disciplinario y no fue posible encontrar sentencias de responsabilidad civil en las que se recurra a ellos para determinar si un abogado actuó negligentemente y está obligado indemnizar los perjuicios causados.

- D. Se logró comprobar que en Colombia no existe un desarrollo legal ni jurisprudencial de la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los abogados en el ejercicio de su profesión. Igualmente, a partir del análisis de algunos fallos de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se pudo establecer que en Colombia se presentan un gran número de casos de incumplimiento de la *lex artis* por parte de los abogados y que en muchos casos esto les produce daños antijurídicos¹⁷ a sus clientes. Entonces, se puede concluir que los usuarios del sistema jurídico colombiano están expuestos a sufrir vulneraciones de sus derechos patrimoniales debido a que no existen herramientas efectivas para lograr ser reparados cuando se sufre un daño producido por el actuar negligente de un profesional del derecho.

Se logró comprobar la existencia de daños derivados del actuar negligente de los abogados. Así mismo, se identificaron las obligaciones que componen la *lex artis* de los letrados y se identificaron los criterios desarrollados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para determinar su incumplimiento. A pesar de que se verificó la existencia de los elementos necesarios para que se configure

¹⁷ En varios de los casos analizados los clientes tuvieron que pagar las costas procesales por errores de su abogado. Este es tan solo un ejemplo de los múltiples casos en los que el actuar negligente de los abogados les genera daños a sus clientes.

la responsabilidad civil de los abogados, no se pudo determinar por qué las condenas contra los abogados no trascienden el ámbito de la responsabilidad disciplinaria y por qué son casi inexistentes los fallos civiles en los que se condene a profesionales del derecho a indemnizar los perjuicios que les causan a sus clientes o a terceros con su actuar negligente.

De acuerdo a Crespo Mora, en España la responsabilidad civil de los abogados tardó en desarrollarse debido a que había un desconocimiento generalizado por parte de los usuarios del sistema jurídicos sobre la posibilidad de solicitar indemnizaciones a sus abogados. Es posible que esta también sea una de las causas por las que la materia no se ha desarrollado en Colombia. Entonces, se hace necesario que los diferentes actores jurídicos (la jurisdicción, las asociaciones de abogados, los doctrinantes y las universidades) impulsen el desarrollo de la responsabilidad civil de los abogados, con el fin de garantizar los derechos de los usuarios del sistema jurídico que actualmente se encuentran desprotegidos debido al poco desarrollo que tiene esta materia en nuestro país.

5. Bibliografía

- 2.009-01507/8726-17, 2.009-01507/8726-17 (Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria 26 de Marzo de 2.015).
- 2.010-04298-01, 2.010-04298-01 (Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria 03 de 07 de 2014).
- 2.011-01124, 2.011-01124 (Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria 22 de Junio de 2.017).
- 2.011-04298-01-01, 2.011-04298-01-01 (Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria 02 de Mayo de 2.013).
- 2.013-06678, 2.013-06678 (Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria 23 de Marzo de 2.017).
- 2.014-00050, 2.014-00050 (Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria 03 de Febrero de 2.016).
- 2.015-0030401, 2.015-0030401 (Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria 08 de Enero de 2.018).
- 2003-00261-01, Sentencia 630012331000200300261 (38267) (Sección Tercera del Consejo de Estado 31 de Mayo de 2016).
- C 899, C 899 (Corte Constitucional de Colombia 30 de 11 de 2011).
- Crespo Mora, M. C. (julio de 2006). La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: perspectiva jurisprudencial. *Revista de Derecho*(25), 257-285.
- Gherzi, C. A. (2013). *Teoría general de la reparación de daños*. Bogotá: Astrea.
- Gómez Arias, E., & Gómez Montoya, M. (2010). LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS EN LITIGIOS Y ASESORÍAS. Obtenido de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12034/Estefan%C3%ADa_G%C3%B3mezArias_Marcela_G%C3%B3mezMontoya_2010.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Henao Pérez, J. C. (1.998). *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (Junio de 2019). Notas sobre la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones. (U. E. Colombia, Ed.) *Revista de Derecho Privado*. Recuperado el 28 de Enero de 2.020, de uexternado: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5787/7620#info>

- le Tourneau, P. (2006). *La responsabilidad civil profesional*. (J. Tamayo Jaramillo, Trad.) Bogotá: Legis.
- le Tourneau, P. (2010). *La responsabilidad civil*. Colombia: Legis.
- Merlano Sierra, J. E. (2010). La responsabilidad jurídica de los abogados y administradores de justicia el Derecho colombiano. *Revista de Derecho*(33), 96-120.
- Merlano Sierra, J. E. (2010). La responsabilidad jurídica de los abogados y administradores de justicia el Derecho colombiano. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*(33), 96-120.
- Oficina de Comunicaciones de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. (2.020). *RAMA JUDICIAL*. Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co/web/sala-disciplinaria/estadisticas>
- Ospina Fernández, G. (1998). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Santos Ballesteros, J. (1996). *Instituciones de responsabilidad civil* (Vol. I). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Santos Ballesteros, J. (2007). *Instituciones de responsabilidad civil* (Vol. II). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- SC 002-2018 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 12 de Enero de 2018).
- SC 1230-2018 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 25 de Abril de 2018).
- SC 16690, SC 16690 (Corte Suprema de Justicia 17 de Noviembre de 2.016).
- SC 7110-2017 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 24 de Mayo de 2017).
- SC003-2018 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 12 de 01 de 2018).
- Tamayo Jaramillo, J. (2007a). *Tratado de responsabilidad civil* (Vol. I). Colombia: Legis.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007b). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. II). Colombia: Legis.
- Tobón Franco, N. (2008). *Marketing Jurídico*. Universidad del Rosario.