Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica

Año III - N° 3, Lima - Perú, diciembre 2025 ISSN 2961-2853

Indexada en:

LatinREV
Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades



Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

REVISTA ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD CIVIL
REVISTA JURÍDICA
N° 3 - Diciembre 2025 - Lima - Perú.

Revista Profesional - Especializada: Nuestra Revista realiza publicaciones especializadas en la responsabilidad civil, promoviendo la reflexión entre académicos y profesionales dedicados al ejercicio práctico, tanto en la defensa como en el ejercicio como magistrados.

Director
Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo

Comité Editorial
Fredy Eloí Del Pino López

Cómite Consultivo
Dr. Leysser León Hilario (Perú) – Dra. Francesca Benatti (Italia) – Dr. Maximiliano Aramburo C. (Colombia) – Dra. Natalia Margarita Rueda Vallejo (Colombia) – Dr. Rafael Peteffi Da Silva (Brasil) – Abog. Lucero Celeste Ramírez Izaguirre (Perú) – Dr. Roger Vidal Ramos (Perú) – Dr. Esteben Pereira Fredes (Chile) – Dr. Alberto Pino-Emhart – Mg. Renzo Esteban Saavedra Velazco – Mg. Jhoel Chipana Catalán

Edición a cargo de:
© Instituto Peruano de Responsabilidad Civil
Av. Calle Los Zungaros 260, Lima - Perú
RUC: 20610875867
Celular: 989039480
E-mail: ipdrcperu@gmail.com
Website: ipdrcperu.com

100 ejemplares

Título Clave: Revista Especializada en Responsabilidad Civil
Depósito Legal Nº 2023-08332
ISSN: 2961-2853
Indexada en LatinREV de FLACSO Argentina
https://latinrev.flacso.org.ar/revistas/revista-especializada-resposabilidad-civil

Diseño y diagramación: Enrique Tello P. | e-mail: etelloediciones@gmail.com

Impreso en Noviembre de 2024 por:
Martel Acabos Gráficos E.I.R.L.
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos- Lima.
RUC: 20605426568

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra -incluido el diseño tipográfico y de portada-, sea cual fuere el medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos procesos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Año III, N.° 3
Diciembre, 2025
ISSN: 2961-2853

La responsabilidad civil del abogado litigante

José Luis Parada Gonzales*,**

Sumario

1. Introducción. 2. El abogado. 2.1. Etimología. 2.2. Concepto. 2.3. Breve revisión histórica. 2.4. Tipos de abogados. 2.5. El ejercicio de la abogacía. 3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del abogado. 3.1. Responsabilidad contractual y extracontractual. 3.2. Obligación de medios o de resultados. 4. Elementos de la Responsabilidad Civil del Abogado. 4.1. La antijuricidad. 4.2. El daño. 4.3. Nexo Causal. 4.4. El Factor de Atribución. 4.4.1. Dolo. 4.4.2. Culpa. 4.5. El cálculo del monto indemnizatorio y la pérdida de la chance. 5. Estándar de diligencia de un abogado litigante. 6. Supuestos de Responsabilidad Civil del Abogado. Violar el deber de información del cliente. 6.1.1. No informar sobre la existencia de una vía procesal para formular una pretensión o para cualquier otro acto. 6.1.2. No informar sobre la marcha de un proceso. 6.1.3. No informar al cliente sobre la inviabilidad de una demanda. 6.1.4. No entregar al cliente la documentación del proceso. 6.1.5. No comunicar en debido tiempo al cliente la necesidad de consignar o avalar ante el Juzgado el monto de la condena. 6.2. Prescripción de la acción. 6.3. Abandono del proceso. 6.4. No interposición de recursos legales o improcedencia de los mismos. 6.5. No ofrecimiento y pérdida de pruebas. 6.6. Inconductas procesales. 6.7. Medidas cautelares innecesarias o maliciosas, y sobre los bienes de terceros. 6.8. Actuaciones incorrectas de fondo

* Abogado y Maestro en Derecho Civil por la Universidad Católica de Santa María. Título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal Constitucional y Administrativo. Profesor Ordinario de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María. Socio Principal de Parada & Gamarra – Estudio Jurídico . Correo institucional: jparada@ucsm.edu.pe. Código ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0356-7606

** Parada, J. (2025). La responsabilidad civil del abogado litigante. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil. (3), 41-82.*

Resumen

El presente artículo examina la naturaleza jurídica y alcances de la responsabilidad civil del abogado litigante. Diferencia los supuestos contractuales de los extra-contractuales. Precisa el contenido de sus elementos configurativos. Asimismo, propone un estándar de diligencia aplicable al "buen abogado litigante", a fin de establecer criterios objetivos que permitan diferenciar la contingencia propia del litigio de la negligencia profesional. Finalmente, se analizan los principales supuestos reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, con el propósito de fortalecer la seguridad jurídica en la relación entre el abogado y el cliente para contribuir a la consolidación de una práctica forense responsable.

Palabras Clave: Responsabilidad Civil, abogado litigante, diligencia profesional, teoría de la pérdida de chance.

1. Introducción

La profesión legal, desde sus orígenes, se ha centrado en la defensa de derechos e intereses ante los tribunales. Sin embargo, la labor del abogado se desarrolla en un sistema jurídico complejo, donde las normas y principios jurídicos admiten diversas interpretaciones y aplicaciones. Esta característica intrínseca del Derecho genera que los resultados de un litigio a menudo dependan de factores ajenos al control del letrado.

Por consiguiente, un resultado adverso para el cliente no implica necesariamente una mala praxis profesional. Esta realidad esencial hace imperativo establecer criterios claros para diferenciar la contingencia inherente a todo proceso judicial de la efectiva negligencia profesional.

De lo anterior surgen las interrogantes centrales que guían esta investigación: ¿en qué casos la actividad profesional del abogado se considera errónea?, ¿qué actuaciones pueden ocasionar daños a los clientes?, y ¿en qué supuestos existe la obligación de resarcir el daño?

El objetivo primordial de este artículo es responder a dichas interrogantes. Para ello, se determinará la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del abogado y se analizarán sus principales supuestos. El estudio incluirá una revisión de los orígenes y el concepto de la abogacía, para finalmente descubrir el marco legal de la responsabilidad civil profesional en el contexto del ejercicio de la abogacía.

2. El abogado

2.1. Etimología

Según Cabanellas (1982), "la palabra abogado procede de la locución latina *ad-vocatus*, que significa llamado; porque los romanos acostumbraban a llamar en los asuntos difíciles, para que los auxiliasen, a personas que tenían conocimiento profundo del Derecho. También quiere decir patrono, defensor, letrado, hombre de ciencia, jurisconsulto y jurista".

2.2. Concepto

Para la Real Academia Española (2005), "Licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico".

En opinión de Cabanellas (1982), "El que con título universitario legítimo y la habilitación profesional precisa ejerce la abogacía. El licenciado o doctor en Derecho. Al decir de la Academia, el perito en Derecho positivo que se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes, también a dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan. En general, defensor de una causa".

Según el *Digesto*, "El papel del abogado es exponer ante el juez competente su deseo o la demanda de un amigo, o bien combatir la pretensión del otro".

En suma, se trata de una profesión que busca brindar asesoría jurídica a las personas que lo requieran, naturales o jurídicas, privadas o públicas, para que puedan tomar decisiones conforme a derecho, o asumir su patrocinio o defensa de sus derechos e intereses ante los tribunales administrativos o judiciales.

2.3. Breve revisión histórica

Para Tobar Gonzales (2005), "La abogacía fue en una primera época una actividad señorial cuya característica principal era la defensa de los derechos, bienes e intereses de las personas.

Los primeros antecedentes los encontramos en Sumeria, tres mil años antes de Cristo. Posteriormente, en el Código de Manú, se observa que los sabios ostentaban la facultad de ilustrar en leyes a los que requiriesen, para sostener una alegación ante autoridades y tribunales. Los hebreos, en el Antiguo Testamento, y los egipcios también recogían esta tradición. En estos primeros casos la abogacía no era aún una profesión, sino más bien una actividad social que constituía honor e influencia, pero no conllevaba remuneración. Posteriormente esta tradición pasó a Grecia y de ahí a Roma, y fue allí donde se convirtió en profesión, cuando el emperador Justiniano constituyó el primer colegio y obligó a su registro en él".

En una línea muy similar, Trigo Represas resume la historia de la profesión de la siguiente forma:

> Los orígenes más remotos de la abogacía se encuentran en una forma simple de asistencia. Entre los hebreos existían defensores caritativos que, sin ningún interés patrimonial, asumían la defensa de quienes no podían hacerlo por sí mismos. En Caldea, Babilonia, Persia y Egipto, los sabios solían hablar ante el pueblo congregando

> patrocinando sus causas. Y en Grecia, en una primera época, sus habitantes acostumbraban hacerse acompañar por amigos ante el Areópago u otros Tribunales, para que éstos con sus dotes de oratorias contribuyesen a hacer prevalecer sus derechos, sin recibir por ello retribución alguna.
>
> Empero, fue en Grecia, precisamente, donde más adelante la abogacía comenzó a tomar forma de profesión; pudiendo recordarse al respecto el hecho de que Solón quien por primera vez la reglamentó, (…) y el mismo Pericles, cuyo nombre quedó ligado al siglo más luminoso de la Grecia antigua, y a quien se ha señalado como el primer abogado profesional.
>
> Finalmente, también en Roma sucedió algo parecido. Al principio, la defensa en juicio constituía una resultante de la institución del "patronato", atento que el "patrono" se obligaba a defender a sus "clientes". Pero con el tiempo, la importancia que fue adquiriendo el derecho y la complejidad de sus instituciones, fueron determinando la necesidad de formación de técnicos especializados y jurisconsultos.
>
> Por ello es que bien se ha podido señalar, que: "en Roma la abogacía tuvo desde sus orígenes un carácter más técnico en lo que respecta al derecho. Más que la elocuencia fue la ciencia lo que distinguió al abogado; antes que el discurso y la peroración, el consejo profesional, el parecer jurídico. Roma, en efecto, legó al mundo casi todo el derecho actual". Y también la importancia atribuida en Roma a la "carrera" de "jurisconsulto", caracterizada por la existencia de una verdadera enseñanza y aprendizaje teórico que vino a sumarse a la práctica, que había sido lo único requerido por los primeros tiempos.

Tan alto llegó a ser entonces el prestigio de los 'abogados', que Justiniano los llegó a comparar con los guerreros: 'No creemos que en nuestro Imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los Abogados; porque militan los patrones que confiados en la fuerza de su gloriosa palabra, defienden la esperanza, la vida y la decencia de los que sufren. (Trigo Represas, 1987, pp. 21–23).

Para Cabanellas (1982), "En Roma las mujeres desempeñaron la profesión de abogado hasta que les fue prohibido por edicto, siendo que solamente se les per-

mitió abogar por sí mismas. Además, que el traje de los abogados romanos era la toga blanca; y la edad mínima exigida por el *Digesto*, para ejercer la abogacía, de 17 años (Lib. III, tít. I, frag. 1,5). Concluye indicando que los nombres de los abogados autorizados para actuar en los tribunales se inscribían en una tabla, por orden correlativo de su admisión, y podían ser borrados de ella por causa justa, cuando cometían una falta" (T. I, p. 35). Esta última característica en nada difiere con el ejercicio actual de la abogacía en casi cualquier parte del globo.

2.4. Tipos de abogados

En Roma ya existía una diferenciación entre los 'abogados' o *cuasidicus*, que eran los oradores encargados de las defensas judiciales; y los 'jurisconsultos', quienes se desempeñaban propiamente como 'consultores', que eran los hombres de confianza de la familia, sin cuyo 'consejo nada se concluía ni determinaba'. Estos últimos obtenían mayor renombre cuanto más fuese el número de consultantes, ya que precisamente tales consultas evacuadas iban conformando el *iure consultus*. (Trigo Represas, 1987, p. 20).

Asimismo, a los 'oradores' o abogados se les tenía en Roma tanta estima como a los 'jurisconsultos', y se los honraba con el título de 'patrones'. Por lo que se les conoció en su comento como *patronus*, que significaba 'protector', y de cuya voz se deriva la expresión actual de letrados 'patrocinantes'. También se les conocía como 'defensores', ya que su misión siempre ha sido la de defender a quienes intervienen en procesos judiciales. E igualmente se les conocía como 'oradores', dado que era a través de la oratoria que los mismos desplegaban toda la fuerza de sus conocimientos y de su elocuencia en el juicio oral, en favor de sus clientes. (Trigo Represas, 1987, pp. 20–21).

Para Trigo Represas (1987), "el sustantivo 'abogado' es, sin embargo, muy genérico. Comprende en principio a todas las personas que, luego de haber cursado la correspondiente carrera universitaria y aprobado todas las pertinentes pruebas de evaluación, han obtenido el diploma de 'abogado' que les otorga la respectiva alta Casa de Estudios" (pp. 20–21).

Como afirma Ossorio y Gallardo (2018), "la abogacía no es una consagración académica sino una concreción profesional, debiendo distinguirse entre quienes ostentan únicamente el título de licenciado y entre quienes también lo ostentan y ejercen la profesión permanentemente, siendo que a los primeros se les

debe considerar como 'licenciados en derecho', y como 'abogados' solamente a los segundos, concluyendo enfáticamente que 'quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y pedir justicia en los Tribunales será todo lo licenciado que quiera pero abogado no'" (pp. 19–24).

En esa misma línea, Trigo Represas (1987) sostiene que "en general, cuando se alude a la palabra abogado se hace referencia a quienes ejercen libremente dicha profesión; y más concretamente al 'abogado litigante', es decir, a aquél cuya misión consiste en promover y defender los derechos y los intereses de su cliente ante los organismos del Estado dotados de potestades jurisdiccionales, como lo son, principal, aunque no exclusivamente, los tribunales" (pp. 31–32).

Por otra parte, Trigo Represas (1987) explica que "la profesión actualmente puede revestir distintas modalidades, por lo que puede decirse que existen diversas clases de abogados. Están los que se ocupan de asesorar a organismos o entes, tanto públicos, como privados. También hay abogados que intervienen en la preparación o creación de normas jurídicas generales.

En tercer término, se pueden mencionar a los abogados que son los 'aplicadores oficiales del derecho', lo que comprende tanto a los jueces como funcionarios de la administración. Y están por último los abogados académicos, es decir, los juristas, los profesores y los investigadores en derecho" (p. 21).

Estando a lo señalado, si bien es cierto la noción de clásica o tradicional de abogado está referida al asesor y al litigante, hoy en día es muy claro que existen diversos tipos de abogados, como asesores, consultores, defensores, negociadores, académicos, funcionarios públicos, entre otros, cada uno de los cuales con funciones específicas y diferenciadas de los demás. Por lo que evaluar los criterios de responsabilidad civil de cada uno sería una tarea imposible para la presente investigación. Por tanto, el presente estudio se enfoca en la naturaleza jurídica y supuestos de la responsabilidad civil del abogado litigante, con especial atención en el abogado litigante en materia civil.

2.5. El ejercicio de la abogacía

El ejercicio de la abogacía es muy amplio y variado, y depende del tipo de abogado y de la actividad legal que se desarrolla. Bustamante Alsina, utilizando como criterio la actividad extrajudicial y la práctica judicial, refiere que la primera se exterioriza en el consejo legal o asesoramiento jurídico, en la intervención directa

en la formulación jurídica de un negocio o en los arreglos y transacciones que ponen fin a cuestiones litigiosas o dudosas; mientras que la segunda, la judicial, se realiza mediante el patrocinio letrado en una causa o la defensa de un proceso o ejerciendo la representación de las partes en función de procuradores" (Mosset Iturraspe, 2006, p. 43).

En ese sentido, la labor judicial del abogado requiere, sin lugar a dudas, de conocimientos, capacidad, ingenio, ponderación, prudencia, y dedicación, ya que la actuación del abogado lo lleva a ejecutar delicados actos de preferencia, a seleccionar hechos, normas y desarrollos argumentativos. De esas preferencias y elecciones depende siempre, en alguna medida, la suerte final del litigio.

El conocimiento logrado en los hechos y de su respectivo sentido, y el dominio conceptual previo de las estructuras normativas, de las instituciones jurídicas y de las definiciones conceptuales, le permitirán seleccionar los hechos en base a los cuales constituirá el caso, preparará la prueba, desarrollará la teoría aplicable y elaborará la argumentación destinada a convencer a los jueces de la razón que asiste a su cliente en el conflicto bajo consideración" (Trigo Represas, 1987, pp. 29–31).

Ahora bien, no se puede analizar a cabalidad la actividad profesional del abogado si antes no se tienen las notas características de su instrumento de trabajo, el derecho, que es un sistema complejo compuesto por elementos diversos como son las normas jurídicas, los principios, la jurisprudencia, la dogmática jurídica, las presunciones, las ficciones, los métodos de interpretación, los métodos de integración y las reglas procesales, por ejemplo, la carga de la prueba; los cuales son a su vez componentes del razonamiento jurídico utilizado por los abogados a la hora de resolver un caso.

Complementando lo anterior, el razonamiento jurídico no trabaja en el mundo de las certezas y de demostraciones, sino en un mundo de probabilidades y de ambigüedades. El hombre de Derecho no pertenece al país de lo categórico, sino al de lo discutible, donde todo está hecho con materia controvertida" (De Trazegnies, 1994, pp. 307–308).

De Trazegnies Granda (1994), explica que "en derecho no hay verdades irrefutables, sino perspectivas, enfoques o aproximaciones. Es por ello que dos abogados pueden defender leal y honestamente dos puntos de vista contrarios. Si hubiera una verdad en Derecho, uno de los abogados tendría que ser un ignorante (no

conoce suficientemente el derecho) o un pillo (porque sabiendo que no tiene la razón, aliente esperanzas falsas en su cliente, para cobrar un honorario)" (p. 308).

Ello es así en los casos complejos, más no en la totalidad de los mismos.

Concluye nuestro autor:

> De Trazegnies Granda (1994), señala que "si no hay verdades absolutas en Derecho, si la interpretación no nos ofrece una solución única posible, si la lógica sólo nos lleva a mostrarnos un haz de eventuales aplicaciones sin poder escoger entre ellas sobre la base exclusivamente de una deducción, entonces el jurista no puede demostrar su pretensión. Cuando defiende un juicio, cuando discute con el abogado de la parte contraria, cuando negocia, su papel no es el de geómetra que apela exclusivamente a la razón y demuestra incontestablemente la verdad propia y el error del otro. El jurista tiene que persuadir, tiene que enamorar, tiene que promover la adhesión del otro a su propia posición" (pp. 310–311).

Salvo la precisión realizada en líneas anteriores, esto es, que no en todos los casos existe ambigüedad o desacuerdo, suscribimos plenamente lo señalado por el profesor Fernando de Trazegnies Granda, por la fuerza de sus razones que se constata con la realidad de la práctica jurídica.

Podemos concluir entonces que el abogado se desempeña a nivel judicial o extrajudicial. Para un adecuado ejercicio profesional se requiere cocimientos especializados y actuales, creatividad, habilidades argumentativas y diligencia profesional. En el ejercicio de la abogacía pueden coexistir válidamente dos puntos de vista antagónicos, debido a las diversas posibilidades de interpretación y aplicación de las normas jurídicas; por tanto, en determinados casos, si el cliente obtiene un resultado desfavorable, ello no siempre será imputable al actuar del letrado.

3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del abogado

Mosset Iturraspe (2006) señala que lo específico o peculiar de la responsabilidad de abogados y procuradores "tiene que ver con el 'material' que abogados y procuradores manipulan: normas, usos y costumbres, principios generales, el ordenamiento jurídico, en fin: 'ciencia blanda', 'arte de lo justo', sujeto a inter-

pretación y aplicación por hombres, donde toda anticipación es mera conjetura" (p. 42).

3.1. Responsabilidad contractual y extracontractual

Como en el caso de la responsabilidad profesional, la responsabilidad civil del abogado puede ser por incumplimiento de obligaciones (o mal llamada contractual) y extracontractual.

Estamos frente a un supuesto de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones o contractual, cuando media un vínculo preexistente entre el agente del daño y el perjudicado o víctima, el cual, generalmente, es un contrato que contiene la voluntad de las partes; mientras que en el caso de la responsabilidad extracontractual o aquilina, no media vínculo alguno entre las partes, siendo que la obligación de reparar deviene directamente de la ley, del principio de no dañar a otro, y no de la vinculación de las partes por voluntad propia.

En el campo extracontractual, encontramos a todos aquellos supuestos en los que no exista un vínculo o relación previa entre el abogado y el perjudicado, como por ejemplo los daños que el abogado causa con su actuación a la parte contraria o a terceros, siendo más específicos, imaginemos que un abogado traba un embargo sobre el bien de un tercero que nada tiene que ver con la relación jurídica sustantiva, lo que le ocasiona graves daños. En ese supuesto, si se comprueba que el abogado actuó con dolo o culpa, conforme a lo exigido por el artículo 1969 del Código Civil, deberá responder por los daños y perjuicios causados al tercero. Otro caso podría ser el del abogado que aconseja y elabora un contrato simulado para "proteger" los bienes de su cliente frente a un cobro; en este supuesto habrá responsabilidad extracontractual frente al acreedor de su cliente, ya que el acto de disposición del patrimonio por él aconsejado y ejecutado perjudicará o retrasará el cobro de la acreencia.

Los daños que causa un abogado de oficio también se encuentran dentro de esta categoría.

Por otra parte, en la mayoría de casos de responsabilidad civil del abogado nos encontraremos frente a supuestos de responsabilidad contractual, pues es el cliente quien contrata a un abogado para que le absuelva una consulta, elabore un contrato, lo acompañe a una diligencia, prepare un informe legal o lo patrocine en un proceso judicial, y como contraprestación por el servicio brindado

el cliente se compromete a abonar los honorarios que se pacten con el abogado. En todos estos casos el cliente se vincula contractualmente con el abogado a través de un contrato de locación de servicios, contemplado en el artículo 1764 del Código Civil, siendo que el mismo puede ser verbal o escrito pues la ley no prevé formalidad alguna para su celebración.

Los casos de responsabilidad contractual consistirán, conforme a la regla general establecida en el artículo 1321 del Código Civil, en el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento parcial, el cumplimiento tardío o el cumplimiento defectuoso.

Ahora bien, el debate surge respecto al incumplimiento de los deberes profesionales o deontológicos, que están regulados en los distintos ordenamientos procesales, el estatuto del Colegio de Abogados al cual se encuentren afiliados y el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, pero cuya observancia no ha sido incorporada como obligación en el contrato de locación de servicios profesionales.

Es el caso del abogado que no pacta expresamente con su cliente, que deba guardar el secreto profesional; no obstante, este deber está tipificado en el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

En ese sentido, nos planteamos las siguientes interrogantes: ¿si dicho deber no está referido directamente como obligación en el texto del contrato y el abogado difunde información personal del cliente, estamos frente a un supuesto de responsabilidad extracontractual o contractual?, ¿al tratarse de la infracción deber regulado en una norma de obligatorio cumplimiento y se causa daño, conforme al artículo 1969 del C.C. nos encontramos frente a un caso de responsabilidad extracontractual?

La respuesta a estas interrogantes ha sido esbozada en el artículo "La Responsabilidad Civil de los profesionales" de Parada & Gamarra (2023), quienes, a partir de las reflexiones del profesor Gastón Fernández Cruz, sostienen que la obligación constituye una relación compleja, en la cual el deudor no sólo está compelido a ejecutar la prestación principal, sino también a observar determinados deberes de protección orientados a salvaguardar intereses y bienes del acreedor que podrían verse afectados con la ejecución de la prestación objeto de la relación obligatoria, distintos al bien materia de la prestación.

En esa misma línea, Palacios Martínez (2006) advierte que el profesional es deudor de un deber complejo que comprende deberes de protección y seguridad,

los cuales se añaden a la estructura central de la prestación principal dirigida al cumplimiento del encargo profesional. Entre estos deberes se destacan la confidencialidad y la información, ambos derivados de la cláusula general de la buena fe prevista en el artículo 1362 del Código Civil. De esta manera, coincidimos en que la inobservancia de tales deberes profesionales debe enmarcarse dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual (pp. 387-388).

Por tanto, en caso de violarse o vulnerarse los referidos deberes de protección, la responsabilidad que se originaría sería de tipo contractual. Estos deberes de protección pueden provenir de la ley o de la cláusula general de la buena fe, contenida en el artículo 1362 del Código Civil.

3.2. Obligación de medios o de resultados

Consideramos, como se ha explicado en el artículo de Parada & Gamarra (2023) sobre la responsabilidad civil de los profesionales, que resulta incorrecto clasificar las obligaciones en categorías rígidas de medios y de resultados, pues toda obligación exige, al mismo tiempo, de la puesta en práctica de determinados medios y de la obtención de un resultado. Lo esencial es advertir que quien contrata lo hace con la finalidad de satisfacer una necesidad que no puede cubrir por sí mismo y, en consecuencia, siempre espera de su deudor un resultado útil.

En esa misma línea, Fernández Cruz (1995) sostiene que si la obligación es ante todo un vehículo de cooperación humana mediante el cual un sujeto que ha experimentado una necesidad, busca satisfacerla a través de la cooperación de otro sujeto que tiene aquello que aquél no posee, resulta claro que un acreedor, para ser tal, siempre espera "algo" de su deudor. Ese "algo", no es otra cosa que el bien o utilidad que le procura el deudor por medio de la prestación, por lo que siempre existe un resultado en toda obligación (p. 60).

Coincidimos con dicha postura, por cuanto permite superar la artificiosa clasificación tradicional y comprender que, en toda obligación, lo relevante es la satisfacción efectiva del interés del acreedor a través de un resultado idóneo y útil.

Ahora bien, ¿cuál es el resultado útil?, por ejemplo, en el caso de las obligaciones que asume un abogado. Será distinto en cada tipo de servicio que se contrata. Si se contrata a un abogado para que redacte un informe legal, el resultado útil para el cliente consistirá en que éste sea entregado en la fecha oportuna, que esté sustentado en normas legales vigentes, que se haga referencia a jurisprudencia

actual, y que el razonamiento jurídico del letrado sea lógico y correcto; de versar el informe sobre un caso en el que pueden existir diversidad de criterios y soluciones, el abogado puede adoptar cualquiera de ellas, debiendo mencionar al cliente que existen otras posibles soluciones para el caso, pero que adopta una de ellas en función a su razonamiento y experiencia legal. En lo indicado consiste el resultado útil en este tipo de servicio legal, es decir que no se cumple con la obligación únicamente con la entrega del informe, sino que debe existir una evaluación de su idoneidad o utilidad para el comitente o locatario

En el caso del patrocinio de un proceso judicial, el resultado útil no consiste en la victoria del proceso judicial, pues, ello no está en las posibilidades del abogado, sino de los jueces, o sea, en manos de terceros; y a pesar que el abogado haya actuado diligentemente, a través de formular correctamente su demanda, aportar medios de prueba suficientes, realizar un excelente informe oral, entre otros; si el juez de la causa decide, por razones de derecho (entendiendo que se trata de una disciplina donde puede existir más de una respuesta correcta), o por razones extralegales (colusión con la parte contraria, por ejemplo), no darle la razón al abogado, no existirá responsabilidad en su actuar, pues a lo que se compromete el abogado en la tramitación de un proceso judicial, por su naturaleza y porque el resultado depende de un tercero, es a mejorar sus posibilidades de éxito. En ese sentido, la victoria del proceso judicial jamás podrá constituirse como el objeto de la prestación profesional, ni tampoco como el resultado útil esperado por el cliente, que no debe confundirse la expectativa del cliente, con el objeto real de la obligación; es por ello que, en este tipo de obligaciones, sólo existirá responsabilidad cuando la labor del abogado no se ajuste al estándar de diligencia debido para el patrocinio de un proceso judicial.

Ahora bien, el estándar de diligencia, tendrá como base al "buen abogado litigante", lo cual nos ayudará a determinar los supuestos de responsabilidad civil del abogado, como se desarrollará en la parte final del presente capítulo.

Por último, debemos incidir que el resultado útil que el abogado litigante aportará a su cliente, y reiteramos, está constituido por la mejora de las posibilidades de éxito en el proceso judicial, y no por la expectativa del cliente, del triunfo en el mismo –ponemos énfasis en ello, pues en la medida que los clientes y la ciudadanía entiendan ello, se evitarán conflictos profesionales y mejorará la percepción general de los abogados–. Ahora bien, este resultado útil se podrá evidenciar objetivamente de la comparación que deberá realizarse entre el es-

tándar de diligencia del "buen abogado litigante" y la actuación desplegada por el letrado en el proceso.

4. Elementos de la Responsabilidad Civil del Abogado

4.1. La antijuricidad

Tenemos que la antijuricidad es una conducta (hecho jurídico humano voluntario) que contraviene o viola el sistema jurídico entendido como un todo, o sea que la violación puede ser de una norma prohibitiva expresa, de los principios que inspiran el ordenamiento jurídico o los deberes impuestos por la voluntad de las partes en un contrato. En ese sentido, la antijuricidad no es típica, salvo en los supuestos de incumplimiento (responsabilidad civil contractual), en la que necesariamente tendrá que tratarse de un incumplimiento total, o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Trigo Represas indica que "en el caso concreto de los profesionales, la antijuricidad puede producirse, además, por violación a las específicas normas especiales referentes al ejercicio de la profesión de que se trate, que establezcan deberes (positivos) de la conducta o modos de obrar, o determinen prohibiciones (deberes negativos)" (1987, p. 133).

En ese sentido, la antijuricidad en los casos de responsabilidad civil del abogado está constituida, adicionalmente de lo pactado con el cliente en el contrato de prestación de servicios profesionales, por toda violación a las normas que regulan el ejercicio de la abogacía, las cuales, en el ordenamiento jurídico peruano, se encuentran principalmente en los ordenamientos adjetivos o procesales, en los Estatutos de los Colegios de los Abogados y en el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

4.2. El daño

El daño es la lesión a todo derecho o interés jurídicamente protegido. Puede ser: patrimonial (lucro cesante y daño emergente) y extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona).

Nuestro ordenamiento civil establece que, en caso de responsabilidad contractual se puede reparar el daño patrimonial y el daño moral; mientras que en la

responsabilidad extracontractual se puede solicitar la reparación de los daños señalados, más el daño a la persona.

Mosset Iturraspe plantea la siguiente interrogante respecto al daño ocasionado por un abogado litigante: "¿Si se hubiera hecho bien aquello que se hizo profesionalmente mal, el resultado hubiera sido otro?" (2006, p. 73). Esta es una primera consideración que se debe efectuar a fin de verificar si el daño es atribuible al abogado o no.

Ahora bien, Sierra Rodríguez afirma:

> Serra Rodríguez sostiene que, dado que la obligación del abogado consiste en llevar a cabo una actividad jurisdiccional, "el cálculo de la posibilidad de éxito o de fracaso de la pretensión ejercida por el abogado es una tarea sumamente compleja, ya que el resultado positivo o negativo del litigio puede depender de múltiples factores ajenos al incumplimiento o al cumplimiento de las obligaciones que incumben al profesional abogado, al empleo de la más exquisita diligencia, existiendo, por tanto, un margen a la discrecionalidad" (2006, citado en Mosset Iturraspe, 2006, p. 74).

Albanés Membrillo destaca que varios factores pueden influir en un resultado adverso, como "la ocultación de datos por parte del cliente, el error judicial o la inexistencia de razón o de derecho en el cliente", y resalta que "se podría fácilmente incurrir en responsabilidad no porque no prospere la acción ejercitada sino porque no se haya informado correctamente al justiciable las posibilidades que prospere dicha acción" (2006, citado en Mosset Iturraspe, 2006, p. 74).

Consideramos correcto lo señalado por los autores citados, pues para poder establecer si la actuación del abogado causó o no el daño, además de su negligencia se deben considerar los aspectos ajenos al dominio del abogado litigante, como son la información y pruebas suministradas por el cliente, los argumentos y pruebas de la parte contraria, y la actuación por parte del juez, que en muchos casos puede incurrir en error.

A su vez, la actuación profesional puede ocasionar todos los tipos de daños reconocidos por nuestra normatividad, daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante), como extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona).

4.3. Nexo causal

El nexo causal o relación de causalidad es un elemento fáctico, relación causa-efecto, entre el actuar antijurídico del agente y el daño que sufrió la víctima. Debe estar presente tanto en los casos de responsabilidad extracontractual, en lo que se ha adoptado la teoría de la causa adecuada; como en la responsabilidad contractual, en lo que el daño debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación por parte del deudor.

En ese sentido, cuando un abogado se vincule contractualmente con un cliente, el nexo causal estará constituido por la causa inmediata y directa que origine el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación contraída; por ejemplo si se contrata a un abogado para asistir a una audiencia, y éste no concurre, ocasionando al cliente pérdida de tiempo y dinero al cliente, es claro que el daño causado al cliente es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del abogado. En materia extracontractual, el nexo causal obedece a la teoría de la causa adecuada.

Ahora bien, sobre el tema Parellada acota:

> Parellada señala que la complejidad aumenta en los casos de responsabilidad profesional, dado que "el factum sindicado como dañoso es un hecho técnico o científico, cuyo dominio pertenece al profesional y no al cliente (…) el abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presenta o defiende, conoce las opiniones doctrinales y tendencias jurisprudenciales. (…) El cliente del profesional es –normalmente– un ignorante del campo científico o técnico en que se mueve su contratante" (1987, citado en Trigo Represas, 1987, p. 136).

Coincidimos con Parellada, en el sentido que, por la propia naturaleza de la actividad profesional del abogado, el cliente se encuentra en una situación de desventaja para poder determinar si la actuación de su abogado fue la que le ocasionó el daño o no, en razón a que en un proceso judicial también interviene la parte contraria y el Juez, y la disciplina jurídica en muchas ocasiones admite diversas interpretaciones, por lo que ante un resultado adverso es difícil poder

determinar finalmente quien causó el daño. Lo que complica el establecimiento del nexo causal en los procesos de responsabilidad civil.

4.4. El Factor de atribución

4.4.1. Dolo

En nuestro caso, existirá dolo cuando la actuación profesional del abogado esté encaminada deliberadamente a causar daño a su cliente o un tercero.

Puede presentarse un supuesto de dolo, por ejemplo, cuando la parte contraria convence al abogado de su adversario para que no presente un recurso el recurso de apelación dentro del plazo, a cambio de una suma de dinero. Esta inacción dolosa del abogado, no presentar la apelación, perjudicará gravemente los derechos e intereses de su cliente.

En el caso de terceros, se puede presentar cuando un abogado, a sabiendas, traba una medida cautelar sobre los bienes de un tercero que no tiene relación alguna con el proceso judicial, a fin de asegurar la pretensión de su patrocinado. Otro supuesto, como se refirió anteriormente, es aconsejar y ejecutar un contrato simulado para beneficiar a su cliente y perjudicar o dificultar el cobro de la deuda de su acreedor.

Para que se configure el factor de atribución dolo, el abogado debe estar completamente consciente del daño que se va a ocasionar y direccionar su voluntad y actuar legal, a fin de perpetrar el referido daño.

4.4.2. Culpa

La culpa, en resumen, es negligencia (ausencia de diligencia), imprudencia (obrar precipitadamente sin prever las consecuencias del actuar irreflexivo) o impericia (desconocimiento de las reglas y métodos de una determinada ciencia).

La culpa puede clasificarse en culpa leve y culpa inexcusable.

La culpa leve es la omisión de la diligencia propia de un "buen padre familia". Si extrapolamos dicho concepto, tenemos que en un abogado incurre en culpa leve cuando su actuar no se ajusta al de un "buen abogado".

Ahora bien, respecto a la culpa inexcusable, siguiendo los conceptos de la responsabilidad en general, la culpa inexcusable está referida únicamente a la

diligencia propia de la absoluta mayoría de hombres, o al desconocimiento de los principios o pautas básicas de una actividad o disciplina. Es decir, si comete un error grave o grosero.

Nuevamente, si se traslada este concepto a nuestra materia, tendríamos que el abogado incurre en culpa inexcusable cuando su actuar no se ajusta al de la absoluta mayoría de los abogados, o si en su ejercicio profesional desconoce los fundamentos o principios básicos de la ciencia jurídica o de la especialidad en la que se desempeña. Por ejemplo, dejar de apelar en el plazo establecido por ley o presentar una demanda luego de transcurrido el plazo de caducidad o prescripción.

Ahora bien, según la interpretación restrictiva del artículo 1762 referida en "La Responsabilidad Civil de los Profesionales" (Parada & Gamarra, 2023), los abogados, en casos simples y casos de dificultad media, responden por los daños causados a sus clientes a título de culpa leve, culpa inexcusable y dolo. No obstante, en los casos de especial dificultad sólo responden por los daños causados a título de dolo o culpa inexcusable.

A criterio nuestro, sin pretender que se trate de un listado *numerus clausus*, creemos que en la labor del abogado litigante nos encontramos ante asuntos de especial dificultad cuando:

a) Ante un mismo hecho existen diversas calificaciones jurídicas.

b) Las normas jurídicas tienen sentidos interpretativos contrarios o diversos.

c) Existen varios criterios jurisprudenciales, sin que se haya establecido un precedente vinculante.

d) Se evidencian casos de vacío o deficiencia de la ley.

e) Nos encontramos frente situaciones de hecho complejas o de difícil probanza.

f) Se formulan varias pretensiones complejas en una misma demanda.

g) La defensa de la parte contraria contrapone argumentos fácticos y/o jurídicos sólidos.

Por tanto, ante estos supuestos, conforme al artículo 1762 del C.C. el abogado sólo responderá por dolo o culpa inexcusable, y no por culpa leve. Por ejem-

plo, ¿cuándo nos encontramos frente a culpa inexcusable (desconocimiento de principios básicos) en los casos que la ley admita interpretaciones diversas? Consideramos, que ello será así si el abogado realiza una interpretación *contra legem* o si el sentido que le atribuye al texto de la ley no se sustenta en un método de interpretación jurídica. En cambio, si el letrado sustenta con argumentos sólidos el método de interpretación elegido y el sentido que le da a la norma es lógico y conforme a los principios del orden jurídico, no responderá si su demanda es desestimada por un juez que no comparta su criterio jurídico.

A su vez, se debe tener presente que, conforme al artículo 1330 del Código Civil, el cliente perjudicado deberá acreditar el dolo o la culpa inexcusable; ello es lo contrario a lo que sucede cuando se trata de culpa leve, pues, según el artículo 1332 del Código Civil, la culpa leve se presume y se produce un supuesto de inversión de la carga de la prueba.

4.5. El cálculo del monto indemnizatorio y la pérdida de la chance

Por otra parte, surge el problema del cálculo del monto indemnizatorio, el cual es planteado correctamente por Colombo:

> Colombo explica que, aunque la frustración de un negocio jurídico por un asesoramiento deficiente o la pérdida de un juicio por errores imputables al abogado constituyen un daño cierto, "la indemnización, sin embargo, no puede consistir en el importe de la operación no concretada o en la suma reclamada en la demanda desestimada, por ser éstos resultados que de todas maneras dependían igualmente de otras circunstancias ajenas al profesional, y ya no se sabe y no se podrá conocer nunca si en otras condiciones el negocio se hubiera concluido, o si la sentencia judicial habría sido o no desfavorable" (1987, citado en Trigo Represas, 1987, p. 175).

Estando ante esta disyuntiva, el autor Trigo Represas propone acertadamente como alternativa para el cálculo del monto indemnizatorio la teoría de la pérdida de chance:

> Siendo ello así, el resarcimiento en tales casos ha de consistir más bien la pérdida de una "chance" o posibilidad de éxito en las gestiones, cuyo mayor o menor grado de probabilidades habrá de depender,

> en cada caso, de sus especiales circunstancias fácticas, ya que la "*chance" es sustantiva en sí misma, y la mera probabilidad de obtener una ganancia o ventaja lleva de por sí implícito un valor indiscutible*. Cazeaux precisamente menciona como ejemplo clásico de pérdida de un "chance", el caso del abogado o procurador que dejan perimir un juicio, o no interponen los recursos pertinentes contra una sentencia adversa, agregando sin duda el resultado del pleito es siempre incierto, pero en la concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes, "*hay indiscutiblemente una consecuencia actual y cierta, y es que a raíz del acto imputable se ha perdido una "chance", oportunidad o probabilidad,* por la que debe reconocerse el derecho a exigir reparación.
>
> Trigo Represas explica que el resarcimiento por la pérdida de una "chance" o posibilidad de éxito no es un daño hipotético, sino que posee un valor sustantivo, y que la indemnización debe basarse en un balance razonado de probabilidades, pues "la mera probabilidad de obtener una ganancia o ventaja lleva de por sí implícito un valor indiscutible" (1987, p. 176).

Coincidimos con el autor que la pérdida de chance se deberá verificar del grado de probabilidades y del caso concreto. En la actuación del abogado, por ejemplo, debemos precisar en cuanto al grado de probabilidades en la actuación del abogado, que éstas son mayores si se realizan todas las defensas, que si ello no ocurre. O, si nos encontramos frente a un caso en el que la sentencia de primera instancia y la de segunda son desfavorables para el cliente, y el abogado no interpone recurso de casación y deja consentir la sentencia de vista, si bien su negligencia es grave, consideraos que la pérdida de la chance podría ser menor, pues el número de casos que la Corte Suprema acoge favorablemente son muy pocos.

Aunque el desarrollo detallado de la pérdida de la chance queda fuera del alcance de esta investigación, cabe señalar que esta teoría ha sido adoptada tanto por la jurisprudencia extranjera como por la Corte Suprema del Perú, como lo demuestra su pronunciamiento en el único caso encontrado sobre responsabilidad civil del abogado (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011).

Procedemos a detallar los principales hechos del caso y fundamentos de la Corte Suprema.

Se trata de un proceso de obligación de dar suma de dinero que la Empresa Nacional Pesquera Sociedad Anónima en Liquidación – Pesca Perú, interpuso en contra del abogado de iniciales G.C.D.M., a efecto que éste último cumpla con pagar a la empresa la suma de S/ 105,000.00 más los intereses devengados y que devenguen. La demandante sustenta su pretensión señalando que con fecha 01 de Agosto del 2000 suscribió con el abogado un contrato de locación de servicios para que el referido profesional patrocine los procesos judiciales laborales y civiles de la empresa, siendo que en una de sus cláusulas se pactó que el letrado asumiría la responsabilidad por la no interposición o interposición extemporánea de recursos de impugnación, y en caso de no hacerlo debería cubrir todo el costo que pudiera originar a la empresa. Dentro del referido contrato se le encomendó al abogado el patrocinio del proceso laboral interpuesto por el trabajador de iniciales M.F.O. en contra de la empresa Pesca Perú.

Es el caso que, el letrado dejó consentir la sentencia de primera instancia que declaraba fundada la demanda del referido proceso judicial, ordenando a Pesca Perú el pago de la suma de S/ 105,000.00 a favor del señor M.F.O. La empresa señaló que el abogado actuó con negligencia, notándose un manejo deficiente por parte del profesional en la tramitación del proceso, causándole perjuicio económico.

El abogado al contestar la demanda señala que el proceso judicial le fue encargado cuando éste ya se encontraba en despacho para sentencia, y que el domicilio procesal fue fijado en el despacho de otro abogado, y no en el de la empresa, por lo que no pudo tener conocimiento de la sentencia, siendo que era responsabilidad del abogado anterior, devolver la cédula de notificación.

La sentencia de primera instancia declaró fundada la demanda en todos sus extremos, señalando que el letrado habría vulnerado el artículo 25 del Código de Ética de los Colegios de Abogados y lo pactado en el contrato, lo cual por mandato de los artículos 1361 y 1362 era de obligatorio cumplimiento, configurándose así el supuesto previsto en el artículo 1321 del Código Civil, resultando exigible la obligación de responder por los daños y perjuicios.

La parte vencida (el abogado de iniciales G.C.D.M.) apeló la sentencia, siendo que la Sentencia de Vista confirmó la sentencia, basándose en que el abogado actuó en forma negligente, pues no realizo la oportuna variación de domicilio procesal, ni realizó actuación alguna para solucionar la situación de que no le llegaban las

notificaciones, por lo que no brindó un patrocinio eficiente del proceso. A su vez señala la Sala que, si bien es cierto que el abogado anterior no cumplió con devolver las notificaciones, ello no exonera de responsabilidad al demandado, toda vez que está acreditado su actuar con culpa inexcusable.

El abogado interpuso recurso de casación, siendo que la Corte Suprema al expedir la sentencia Casatoria Nº 2632-2011-LIMA, señala que, en términos doctrinarios, en la denominada responsabilidad civil del abogado, la "teoría de la pérdida de chance" o también conocida como "la doctrina de la pérdida de oportunidad", ha resultado ser una herramienta de gran utilidad, para delimitar de manera óptima los daños que se originan en aquella chance u oportunidad frustrada como consecuencia de la falta de diligencia o comportamiento negligente de un letrado en el ejercicio profesional.

Continúa la Sala Suprema señalando que, la teoría de la pérdida de chance o de oportunidad, alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona que se encontraba en situación de poder conseguir un provecho o una ganancia o de evitar una pérdida, se ha visto impedida de ello por el hecho o conducta de otro sujeto, generando por consiguiente la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, pero al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o posibilidad de ventaja patrimonial.

Ahora bien, citando a Osterling Parodi, la Sala Suprema refirió que la indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir sino que lo resarcible resulta ser la chance misma, la que debe ser apreciada según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido, esto es, que el daño indemnizable será la valoración razonable efectuada por el órgano jurisdiccional, de la privación de la esperanza del afectado. La pérdida de chance deberá ser cierta por causa del hecho del tercero, por lo que resultará necesario acreditar que existía tal oportunidad.

En el caso concreto, corresponde que el Juez de grado inferior realice el examen pertinente de autos, conforme a la doctrina de la pérdida de chance, por lo que corresponde declarar fundado el recurso de casación, y en consecuencia nula la sentencia de vista e insubsistente la sentencia de primera instancia, ordenando que el Juez A Quo emita un nuevo pronunciamiento.

Respecto a la resolución materia de análisis, sobre el tema de fondo, o sea, sobre la adopción de la doctrina de la pérdida chance como criterio para calcular el monto indemnizatorio en casos de responsabilidad civil del abogado, estamos completamente de acuerdo, en razón a que la victoria del proceso judicial no está en manos del abogado, sino de un tercero que es el Juez, y por tanto no se pude tener certeza del resultado, a menos que éste se haya producido efectivamente.

Finamente, sobre lo decidido por el *a quo* y el *ad quem*, no consideramos justo que se obligue se traslade la totalidad del monto de una pretensión al abogado, cuando éste no formó parte de la relación jurídico sustantiva materia del proceso judicial en el cual el abogado intervino. Por tanto, consideramos justo que se realice una ponderación entre el grado de probabilidad de victoria en el proceso judicial, en razón a la privación cierta de dicha probabilidad a causa de mala praxis del letrado.

5. Estándar de diligencia de un abogado litigante

Para Mosset Iturraspe (2006), la aceptación del encargo del abogado implica cumplir con varios requisitos fundamentales:

a) Evaluar desde su perspectiva profesional, como un "buen abogado medio", la viabilidad jurídica de la pretensión.

b) Exponer ante el juez todos los hechos proporcionados por el cliente sin omisiones ni distorsiones, ya que sustentan la pretensión.

c) Asegurar que la pretensión esté respaldada por el ordenamiento jurídico a través de alguna de sus fuentes.

d) Actuar con prudencia, diligencia, celo y dedicación en el ejercicio profesional. Revisar con detalle todos los elementos probatorios disponibles para el caso.

Lo señalado por nuestro autor es correcto, pero es insuficiente para poder establecer el estándar de diligencia de un "buen abogado litigante".

Un buen abogado litigante debe conocer la normatividad sustantiva, los precedentes vinculantes de su especialidad, y las principales líneas jurisprudenciales de los tribunales, para poder encausar correctamente la pretensión de su cliente.

Un buen abogado litigante debe conocer a profundidad la normatividad procesal, es decir, las reglas referidas a los plazos procesales, a la competencia del juez, a la acumulación de pretensiones, a los requisitos de admisibilidad y procedibilidad de la demanda, de los medios probatorios, de los medios impugnatorios, entre otras reglas de las principales instituciones procesales). Además, debe desempeñarse eficazmente en la práctica forense y debe dominar las técnicas de litigación oral (alegato de apertura, interrogatorio, contrainterrogatorio, objeciones, alegato de clausura).

Finalmente, un buen abogado litigante no puede preciarse de serlo si no conoce y aplica la teoría general del derecho y la teoría de la argumentación jurídica.

Antes de entablar una acción judicial, el abogado está obligado a informar a su cliente los pormenores del derecho que le asiste (pretensión o pretensiones a entablarse, plazos de prescripción o caducidad, etc.) en términos que puedan ser comprendidos por éste, las posibilidades de éxito o la contingencia del proceso judicial, la duración estimada del mismo –conforme a los cánones realidad jurídica en la que se promueve la causa, que en la mayoría de casos es muy diferente a establecida legalmente–, el monto de sus honorarios, la posibilidad de trabarse medidas cautelares, y toda aquella información que resulte relevante para que el cliente no vea defraudadas sus expectativas. Estos datos deberán constar de preferencia en el contrato de honorarios profesionales que se suscriba.

Ahora bien, sobre la actuación del abogado dentro del proceso judicial, para determinar las actuaciones procesales a las que un buen abogado litigante está obligado.

El proceso judicial en materia civil está compuesto por cinco etapas: postulatoria, probatoria, decisoria, impugnatoria y de ejecución (ésta última sólo en algunos casos).

En la etapa postulatoria, el abogado tiene el deber de elaborar una demanda que conduzca a la satisfacción de las pretensiones o intereses de su cliente, siendo que los hechos que se narren en la misma deben guardar estricta relación con los elementos constitutivos de la pretensión o pretensiones que se formulen; la demanda debe cumplir con los requisitos establecidos legalmente a fin que no sea declarada inadmisible o improcedente.

A su vez, el abogado de la parte demandada tiene la obligación de formular las defensas de forma y de fondo que se configuren en el caso concreto, siguiendo las

pautas establecidas por ley procesal, para que sus defensas no sean desestimadas. El abogado de la parte demandante tiene la obligación de ofrecer los medios probatorios conducentes a acreditar su pretensión, y la del abogado de la parte demandada debe ofrecer prueba suficiente para desvirtuarlos.

En la audiencia preliminar, los abogados deberán sustentar oralmente su teoría del caso, de forma convincente, sin prescindir de alguno de sus elementos (fáctico, jurídico y probatorio), y utilizando las técnicas de la litigación oral.

En la etapa probatoria, los abogados deben realizar todos los actos tendientes a que la prueba ofrecida se actúe de la forma más beneficiosa a los intereses de su cliente. Por ejemplo, en el caso de una declaración testimonial, el abogado debe interrogar y contrainterrogar eficazmente. El abogado debe asistir a todas las audiencias. Asimismo, debe solicitar el uso de la palabra para informar oralmente, y presentar por escrito sus alegatos finales.

En la etapa impugnatoria, el abogado que ha sido vencido deberá formular el recurso que la ley establezca dentro del plazo legal, cumpliendo con los requisitos de admisibilidad y procedencia. El abogado de la parte contraria deberá absolver el recurso formulado. Asimismo, consideramos que deben informar oralmente en la vista de la causa, pues de no hacerlo se pierde la oportunidad de ejercitar el derecho de defensa, y de lograr convencer a través de la oratoria.

En la etapa de ejecución, el abogado deberá realizar todos los actos procesales conducentes a que se haga efectivo el derecho declarado por el juez, por ejemplo, en el caso de un proceso de obligación de dar suma de dinero, que cuenta con un embargo en forma de inscripción, el abogado deberá solicitar el pago de la suma de dinero, bajo apercibimiento de ejecución forzada, deberá solicitar que el juzgado nombre peritos, nombre martillero, se realicen las publicaciones, etc.

Durante todo el proceso, el abogado deberá velar por que éste se desarrolle en el menor número de actos procesales a través de la concentración u acumulación de pedidos, no formulará pedidos dilatorios, deberá rebatir las alegaciones que la parte contraria formule, deberá impugnar las resoluciones de trámite que le sean adversas, velará por que el proceso no caiga en abandono, deberá cumplir con los mandatos del juez, etc.

El estándar desarrollado en el presente punto, deberá aplicarse tanto para casos de culpa leve como de culpa inexcusable.

6. Supuestos de responsabilidad civil del abogado

Los supuestos de responsabilidad civil del abogado litigante, se desprenden directamente de la contravención al estándar de diligencia de un buen abogado litigante. En ese sentido, sin constituir supuestos *numerus clausus*, tenemos lo siguientes:

a) No brindar al cliente información adecuada y suficiente sobre el proceso judicial, incidiendo especialmente en la contingencia del mismo.

b) No interrumpir la prescripción de la acción.

c) No solicitar medidas cautelares, o solicitar medidas innecesarias, maliciosas o sobre bienes de terceros.

d) No fundamentar la demanda de acuerdo a los elementos constitutivos de la pretensión que se demanda, o dejar de lado hechos conducentes.

e) No fundamentar jurídicamente la demanda u otros pedidos, o fundamentarlos con desconocimiento de la doctrina predominante, precedentes vinculantes y de las principales líneas jurisprudenciales de su materia.

f) No deducir los medios de defensa que la ley franquea, ni rebatir las alegaciones de la parte contraria.

g) No ofrecer medios de prueba idóneos para acreditar la pretensión, o para desvirtuarla, de ser el caso.

h) Perder o destruir medios de prueba del cliente.

i) Permitir que el proceso caiga en abandono.

j) No asistir a las audiencias, o no pedir su reprogramación.

k) No desplegar una actuación eficiente en la etapa probatoria.

l) No informar oralmente y no presentar alegatos escritos.

m) No interponer recursos legales dentro del plazo, o interponerlos sin tener en cuenta los requisitos legales.

n) Formular pedidos o presentar escritos sin respetar los requisitos de admisibilidad y procedencia.

o) Presentar pedidos dilatorios.

p) No mantenerse informado sobre el estado y las resoluciones del proceso

A continuación, desarrollaremos los supuestos de responsabilidad civil del abogado, más desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia extranjera, sobre todo la argentina y la española, de acuerdo, principalmente, a los estudios elaborados por los profesores Félix Trigo Represas y Ricardo De Ángel Yagüez.

6.1. Violar el deber de información del cliente

Según el artículo 27 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, el abogado tiene la obligación de mantener informado al cliente de todo asunto importante que surja en el desarrollo del patrocinio. En la misma disposición, se establece que incurre en responsabilidad el abogado que oculta o retrasa indebidamente información al cliente o le hace falsas o incompletas representaciones del estado de las gestiones encomendada.

Ricardo de Ángel Yagüez (2012) identifica varios supuestos en los que se podría configurar la violación al deber de informar al cliente, entre los cuales destacan la omisión de comunicar aspectos relevantes del proceso, la falta de claridad sobre riesgos y alternativas, y la insuficiente explicación sobre las probabilidades de éxito o fracaso en el caso.

6.1.1. No informar sobre la existencia de una vía procesal para formular una pretensión o para cualquier otro acto

Sobre este supuesto, nuestro autor hace alusión al caso de una pareja de esposos que perdió a su hijo en una piscina Municipal, siendo que el proceso penal fue sobreseído, y el abogado no informó a sus clientes que se podría recurrir a la vía civil. Al respecto, el Tribunal Supremo Español en Sentencia de fecha 14 de Mayo de 1999 señaló:

> Pues bien, aun cuando no constase que el citado letrado hubiese asumido una obligación genérica de defender los intereses del matrimonio actor en toda clase de procedimientos al haber sido designado en un apoderamiento 'apud acta' en punto a la defensa en las concretas diligencias penales en que decidieron personarse, no cabe duda alguna de que en la carta que les dirigió en la fecha 6

> de febrero, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecía la pena recurrir el auto de sobreseimiento de las referidas actuaciones penales, en cuanto que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes y a tenor de las diligencias correspondientes al buen padre de familia que impone el artículo 1.104 del CC, tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarle con detalle el alcance y significado de tales posibilidades, proceder el así indicado que, indudablemente, se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la abogacía rectamente entendidas, y sin que sea factible exculpar el proceder enjuiciado por las circunstancias de que los clientes no hubiesen solicitado al señor letrado les informase acerca de otras posibilidades de satisfacer sus pretensiones y de que en una entrevista celebrada en fecha muy posterior, en junio de 1993, les indicase aquél 'que quedaba la acción civil', pues esas circunstancias carecen de relevancia respecto a desvirtuar la omisión inicial en que incurrió en la carta de referencia.

Consideramos que lo señalado por el Tribunal Supremo Español debe evaluarse en cada caso concreto, pues si el abogado que asumió la defensa en el proceso penal, tiene como única especialidad el derecho penal, el nivel de diligencia que se le exige al letrado, comunicar los plazos de prescripción o caducidad en otra vía, no correspondería a su especialidad. Afirmar lo contrario, implicaría sostener que todos los abogados, sin importar su especialidad, tienen la obligación de conocer todos los plazos y otras implicancias de un caso, independientemente de la materia por la que se le consulta.

6.1.2. No informar sobre la marcha de un proceso

Si bien el letrado es el encargo de séquito del proceso, existen ciertas decisiones que necesariamente deben ser comunicadas al cliente, a fin de que este conozca sobre su séquito y pueda decidir sobre el destino del mismo. El abogado debe informar respecto al contenidos de los autos relevantes del proceso, por ejemplo, el que admite a trámite la demanda, el de saneamiento procesal y probatorio, el

que señala fecha para audiencia, ya que todos ellos tienen que ver con el avance del proceso y es de interés del cliente conocer cómo marcha su causa; a su vez, debe comunicar aquéllos que pongan fin al proceso como el que declara fundada una excepción extintiva o el que declara el abandono; así como las sentencias y todas aquellas resoluciones que tengan relevancia respecto al resultado final o impongan el cumplimiento de un mandato.

6.1.3. No informar al cliente sobre la inviabilidad de una demanda

Al respecto, De Ángel Yagüez (2012) cita la Sentencia de la Audiencia de Barcelona, de fecha 6 de septiembre de 2002, que atribuye al abogado una actuación negligente al haber interpuesto una demanda con conocimiento de que estaba destinada al fracaso, sin informar a sus clientes sobre la falta de viabilidad del caso ni sobre las posibles consecuencias, lo cual derivó en la imposición de las costas procesales a los mismos.

6.1.4. No entregar al cliente la documentación del proceso

Al respecto, señalamos que este deber está taxativamente regulado en el artículo 47 del Código de los Colegios de Abogados del Perú, que señala que los documentos que fueron entregados al abogado estarán a disposición del cliente, al culminar el patrocinio.

6.1.5. No comunicar en debido tiempo al cliente la necesidad de consignar o avalar ante el Juzgado el monto de la condena

En este sentido, la Audiencia Provincial de Islas Baleares, en su sentencia del 14 de mayo de 2001, responsabilizó al abogado por no haber comunicado a su cliente la necesidad de consignar ante el Juzgado el monto establecido en la sentencia, aunque señaló que "no quedó acreditado que el abogado no hiciese esa comunicación en tiempo oportuno" (De Ángel Yagüez, 2012, p. 223).

6.2. Prescripción de la acción

En derecho existen plazos para poder reclamar en la vía judicial un derecho o un interés jurídicamente protegido. En ese sentido, nuestro sistema legal contempla plazos de prescripción y de caducidad. Por los primeros se pierde la acción pero no el derecho, siendo que esta figura sólo puede ser invocada por la parte contra-

ria; mientras que en el caso de la caducidad el tiempo hace que tanto el derecho como la acción se extingan, pudiendo el Juez de oficio declarar la caducidad del derecho, y por tanto la conclusión del proceso.

Asimismo, debe tenerse muy presente que casi todas las acciones tienen plazos de prescripción o caducidad, y sólo por excepción nuestro ordenamiento contempla acciones imprescriptibles, como el caso de la reivindicación de propiedad.

Estando a lo anterior, cuando una persona contrata un abogado para interponer una acción judicial, espera que éste interponga la demanda antes que su derecho prescriba o caduque.

Con relación a ello, Trigo Represas sostiene que:

> "Si la prescripción extintiva y la consecuente pérdida del derecho de su titular se produjesen por la inacción o demora del abogado a quien se le encomendara, con tiempo, la promoción de un juicio u otras medidas judiciales aptas a la finalidad interruptiva; sin duda el mismo habrá de resultar civilmente responsable frente a su cliente" (Trigo Represas, 1987, p. 187).

En sintonía con lo anterior, el Tribunal Supremo Español, en su sentencia de fecha 16 de diciembre de 1996, estableció que:

"Se demandó al abogado por haber dejado transcurrir el plazo de un año sin efectuar el requerimiento que habría interrumpido la prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual" (De Ángel Yagüez, 2012, p. 223).

En una sentencia que declara infundada una demanda en contra de un abogado, el mismo Tribunal señala:

> En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 26 de febrero de 2007 (RJ 2115), se expone que el Juzgado desestimó la demanda presentada por una clienta contra su abogado, quien era acusado de negligencia por haber dejado prescribir la acción de responsabilidad extracontractual. El Juzgado fundamentó su decisión en que la prescripción debía aplicarse, ya que el daño psíquico alegado por la actora se había consolidado "al menos en mayo de 1995", mientras que la demanda se presentó el 12 de enero de 1998. La Audiencia confirmó esta sentencia, al considerar que no existía responsabilidad

> civil del abogado cuando el error derivaba de información incorrecta proporcionada por el cliente, en este caso, la afirmación falsa sobre la prolongación en el tiempo de su curación (De Ángel Yagüez, 2012, p. 224).

Concordamos con la ejecutoria transcrita, pues, si la prescripción o caducidad de la acción se produce debido a que el cliente suministra al abogado datos falsos o inexactos sobre los hechos, no hay responsabilidad del abogado.

6.3. Abandono del proceso

Nuestro Código Procesal Civil en el artículo IV del Título Preliminar, establece que el proceso se promueve sólo a instancia de parte. A su vez, el artículo 346º contempla la figura del abandono, por la cual cuando un proceso que permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, caerá en abandono.

Por tanto, si se contrata a un abogado para el patrocinio de una causa, y éste incumple con impulsarlo, y por tanto dicho proceso cae en abandono, es claro que existe responsabilidad por parte del abogado.

En relación con este tema, Trigo Represas señala que, dado que el abandono procesal en sí no afecta el derecho sustancial del titular, éste siempre está en condiciones de intentar nuevamente, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción. Por ello, en tales casos, la indemnización que se imponga al abogado no debería superar el importe de las costas devengadas y, en ocasiones, los intereses, puesto que la "chance" del cliente se mantiene y puede hacerse valer en un nuevo proceso. En cambio, si ya no es posible iniciar la pretensión, la cuantía de la responsabilidad del abogado deberá determinarse conforme a las probabilidades de éxito ("chance") de la acción extinguida (Trigo Represas, 1987, pp. 189–190).

Coincidimos plenamente con lo señalado por nuestro autor, ya que, si bien es cierto que cuando un proceso cae en abandono, existe responsabilidad del abogado, debemos distinguir los casos en que se puede volver a demandar, de aquéllos en los que esto ya no será posible. En los primeros, la indemnización se restringirá a los gastos del séquito de la primera causa; mientras que, para los segundos, la indemnización deberá estar sustentada en la pérdida de chance del cliente.

6.4. No interposición de recursos legales o improcedencia de los mismos

Nuestra constitución en su artículo 139º inciso 6, establece como principios y derechos de la función jurisdiccional, la pluralidad de instancias, que es una garantía contra el error o arbitrariedad judicial.

Ahora bien, para hacer uso de este derecho, cada ordenamiento procesal regula requisitos de forma y fondo, un ejemplo de los primeros es el plazo, y en caso de los segundos, el agravio. En caso de presentarse el recurso fuera del plazo legal establecido, éste será rechazado de plano, la misma suerte correrá aquel recurso que no cumpla con los requisitos de fondo o de procedencia. El abogado al interponer un recurso legal debe redactar el mismo cumpliendo con los referidos requisitos para asegurar la procedencia de su recurso.

En relación con este asunto, Trigo Represas sostiene que, desde la perspectiva de la parte litigante, la interposición de un recurso constituye esencialmente una facultad o derecho, pudiendo optar por ejercerlo o renunciar a él, ya sea de manera expresa o tácita. Sin embargo, para el abogado apoderado, la presentación del recurso representa un deber, salvo que reciba instrucciones en contrario, debidamente formalizadas por escrito por parte del cliente. Esto se debe a que la omisión de interponer el recurso en el plazo correspondiente implica la imposibilidad de su presentación posterior, debido a la preclusión o clausura de la etapa procesal respectiva, lo que conlleva a que la resolución recurrible hasta ese momento adquiera carácter definitivo y, en consecuencia, a la pérdida irremediable del derecho reclamado en el proceso concluido con sentencia firme desfavorable (Trigo Represas, 1987, p. 192).

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de fecha 19 de diciembre de 2003, resolvió sobre una demanda contra un abogado por no haber interpuesto recurso de suplicación. En esta decisión, la Audiencia revocó la sentencia previa del Juzgado y absolvió al profesional, al considerar que éste había realizado las gestiones razonables para comunicarse con la actora y así poder tomar una decisión informada respecto a la interposición o no de dicho recurso (De Ángel Yagüez, 2012, p. 225).

En este supuesto de responsabilidad se debe tener presente el alcance del mandato encomendado al letrado, pues si el abogado no se comprometió a elaborar el recurso de apelación y su encargo culminaba con la expedición de la sentencia, su deber se limita a informar oportunamente al cliente, y no está obligado y por

ende no es responsable por no recurrir la sentencia. Lo contrario sucederá si el cliente pactó con abogado el patrocinio del proceso en todas sus instancias.

6.5. No ofrecimiento y pérdida de pruebas

Según el artículo 190º del Código Procesal Civil, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuren su pretensión, siendo que, según el artículo 200º del mismo cuerpo legal, si no se prueban los hechos la demanda será declarada infundada.

Si bien es cierto que el cliente es quien relata los hechos y aporta la prueba, el abogado es quien encausa jurídicamente dichos hechos para formular una pretensión, y en base a los elementos constitutivos de ésta última, debe sugerir y ofrecer, dentro del marco legal claro está, los medios de prueba que sean idóneos para acreditar la pretensión de su cliente, siempre que éstos tengan existencia o puedan ser conseguidos por la parte o solicitados por el juez dentro del proceso. En ese sentido, si el abogado no sugiere ni ofrece prueba que está al alcance de la parte, incurre en responsabilidad.

Ahora bien, respecto al segundo supuesto, el artículo 47º del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú estable que el abogado es responsable por el deterioro o destrucción de los documentos el cliente.

De dicho deber se extrae claramente que el abogado es enteramente responsable por la pérdida de pruebas o documentos que la parte le entrega para que sean ofrecidos en el proceso judicial.

En ese sentido se expresa la Audiencia de Saragoza, en la sentencia de fecha 16 de abril de 1993; "El abogado perdió documentos acreditativos del crédito de su cliente y, se supone que, por eso, no entabló la demanda encomendada"[1]. Con la cual concordamos plenamente.

6.6. Inconductas procesales

Consideramos que este supuesto causa perjuicio a la parte contraria y no al cliente, por lo que se trataría de un caso de responsabilidad civil extracontractual.

1 De Ángel Yagüez, R. (2012). La responsabilidad civil del abogado. En La responsabilidad civil (p. 237). Lima: Motivensa.

Al respecto, existe regulación en el Código Procesal Civil y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece expresamente que los abogados son responsables civilmente por los perjuicios que causen sus actuaciones temerarias. Procedemos a transcribir.

> Código Procesal Civil:
>
> Artículo 110°. - Responsabilidad patrimonial de las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados. - Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.
>
> Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.
>
> Artículo 111°.- Responsabilidad de los Abogados.- Además de lo dispuesto en el Artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.
>
> Artículo 112°.- Temeridad o mala fe.- Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:
>
> 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
> 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
> 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
> 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
> 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; y
> 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso;
> 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación

Esta última norma del Código Procesal Civil, que establece los supuestos de temeridad o mala fe, es un primer acercamiento de nuestro ordenamiento jurídico para regular los supuestos de responsabilidad civil extracontractual del abogado.

Una regulación similar se observa en el artículo 292° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala:

> Artículo 292°.- Sanción disciplinaria a abogados.- Los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses.
>
> Las resoluciones que impongan sanción de multa superior a dos (02) Unidades de Referencia Procesal o de suspensión, son apelables en efecto suspensivo, formándose el cuaderno respectivo. Las demás sanciones son apelables sin efecto suspensivo.
>
> Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo.

Por otra parte, según legislación comparada, en específico, el Código Civil y Comercial de la Nación y la Provincia de Buenos Aires, establece que, en caso de actuaciones maliciosas o temerarias, el importe de la multa será a favor de la otra parte. Al respecto, Trigo Represas agrega que "dicha sanción con función resarcitoria, en rigor, no es más que una forma de responsabilidad procesal por daños con indemnización tarifada; variante a su vez de la responsabilidad civil extracontractual ex culpa o dolo, derivada de actos procesales de parte intrínsecamente ilegítimos e injustos, de los que sigue en relación causal adecuada un daño resarcible, el que consiste acá en el hecho de que la dilación o los actos retardatorios o maliciosos habrían tornado más onerosa la posición del adversario" (1987, p. 197).

Incidiendo en el tema, nuestro autor, apoyándose en otros doctrinarios, acertadamente señala:

> Fassi sostuvo al respecto, que la malicia "requiere dolo, es malicioso el que litiga convenciendo de su falta de derecho, sea por pura perversidad, o persiguiendo un fin determinado"; en tanto que la temeridad se conforma con la culpa grave, y significa un proceder "inconsiderado, imprudente, arrojado a los peligros sin medir sus consecuencias, carente de fundamento, razón o motivo".
>
> No obstante, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, siguiendo los lineamientos expuestos por Morello, ha asignado a estas expresiones el sentido de "parcelar dos grandes sectores, momentos y actos de las partes y de los profesionales en todo proceso". La "temeridad" se presenta en la misma demanda y consiste en la conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar conforme a una mínima pauta de razonabilidad, configurándose, por tanto, frente a la conciencia de la propia sinrazón. En cambio, a la malicia se le ha reservado otro tramo del proceso, el que se manifiesta durante el desarrollo del trámite, y se exterioriza a través de la formulación de peticiones particulares exclusivamente destinadas a obstruir el normal desarrollo del proceso o a retardar el pronunciamiento de la decisión final (Trigo Represas, 1987, pp. 202–203).

En el ordenamiento jurídico peruano es el artículo 112 de nuestro Código Procesal Civil, que transcribimos al inicio de nuestro apartado, el que regula la temeridad y la mala fe, considerándolos como sinónimos, cuando en realidad, conforme a la doctrina, son conceptos distintos que se presentan en distintas etapas del proceso.

6.7. Medidas cautelares innecesarias o maliciosas, y sobre los bienes de terceros

Este supuesto también se trata de un caso de responsabilidad extracontractual, pues el daño no lo padece el cliente sino la parte contraria o un tercero.

Al tratarse de un hecho que se produce comúnmente en la práctica, está regulado en nuestro Código Procesal Civil:

> Artículo 621°.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.- Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y

> costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.
>
> La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.
>
> La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

Consideramos que la redacción del artículo no es la más óptima, pues, si bien la sumilla de la norma hace referencia a las medidas cautelares "innecesarias o maliciosas", el cuerpo del artículo no hace distingo alguno, únicamente señala el supuesto de la demanda declarada infundada; ello a todas luces es incorrecto, pues, consideramos que si la medida cautelar trabada al inicio del proceso cumplió con el requisito de la verosimilitud, y el demandante tenía buenas razones para litigar, no se tiene porque indemnizar al demandado.

Opinión contraria nos merece el hecho que la norma expresamente le otorga la potestad al perjudicado de solicitar la indemnización de daños y perjuicios correspondiente en el mismo proceso, lo cual consideramos acertado.

Ahora, si bien este artículo no señala expresamente que el abogado es responsable solidario con su cliente por los daños causados por medidas cautelares innecesarias o maliciosas, consideramos que, si se comprueba que el abogado actuó con dolo o culpa inexcusable, será responsable también frente a la parte contraria.

Por otra parte, encontramos también regulación específica respecto al supuesto de la medida cautelar trabada sobre el bien de un tercero, siendo que nuestro Código Procesal Civil en su artículo 624 señala:

> Artículo 624°. - Responsabilidad por afectación de bien de tercero. - Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con una medida pertenece a persona distinta del demandado, el Juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiese formalizado. El peticionante pagará las costas y costos del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contra cautela a favor del propietario.

> Si se acredita la mala fe del peticionante, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal al que hubiere lugar.

A diferencia del caso de la medida cautelar "innecesaria o maliciosa" no se hace referencia a la posibilidad de solicitar los daños y perjuicios, pero sí se habilita a cobrar la contracautela. No entendemos por qué el legislador asignó consecuencias distintas, pero podríamos interpretar que el perjudicado sólo puede obtener la contracautela, lo cual limitaría seriamente su derecho si la contracautela consiste por ejemplo en la caución juratoria, o si los daños ocasionados exceden el valor de la garantía real.

Asimismo, consideramos que, al igual que en el supuesto anterior, de comprobarse que el abogado que peticionó la medida actuó con dolo o culpa inexcusable, debe responder solidariamente con su cliente, conforme a la regla de la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1983 del Código Civil que refiere que, si son varios los responsables del daño, éstos responderán solidariamente.

6.8. Actuaciones incorrectas de fondo

Si bien en el campo de la ciencia jurídica se acepta la coexistencia de posturas jurídicas antagónicas, y que una u otra puede prevalecer dependiendo del caso en concreto. Es falso que no existan certezas o que basta que la materia sea opinable para exonerar al letrado de incurrir en error.

El artículo 28 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú establece que el abogado debe mantenerse actualizado en el conocimiento del derecho, principalmente en el área de su especialidad, a través de una formación continua.

Por tanto, en primer lugar, un abogado no podrá invocar normas derogadas; en segundo lugar, debe conocer los precedentes vinculantes o plenos casatorios de su especialidad; y en caso que sobre el tema no exista jurisprudencia vinculante, el abogado está en la obligación de conocer las principales líneas jurisprudenciales o las que tienen mayor acogida en los tribunales donde litiga.

El jurista argentino Mosset Iturraspe precisa sobre el tema:

> "En el saber jurídico hay criterios "ganados" o conquistados", que tienen consenso u adhesión mayoritaria. Y son la mayoría.

> Criterios en la interpretación de los "principios generales" o de las "normas válvulas" o de los textos legales, que han encontrado amplio apoyo en la doctrina judicial y en la autoral.
>
> Desconocerlos, ignorarlos, actuar como si no existieran, es incurrir en responsabilidad." (2010).

Ahora bien, lo señalado anteriormente quiere decir que ¿un abogado no puede patrocinar una causa tentando interpretaciones novedosas o propias? La respuesta es no, al respecto nuestro autor señala:

> El abogado pueda promover demandas o contestarlas sosteniendo tesis heterodoxas, criterios novedosos o anticuados, o bien pautas propias, nacidas de su imaginación o de su manera de comprender el Derecho. Pero tales actuaciones requieren, de manera inexorable, la información al cliente y su expresa conformidad.
>
> Es lo anormal en la actuación abogadil lo que escapa a lo común y ordinario, y de allí que debe contar con "una autorización" previa del "dueño del asunto".
>
> Debe presumirse que el abogado que ejerce la profesión conoce el Derecho; está al tanto de las evoluciones de la doctrina autoral y de la judicial, informado de "plenarios" y de fallos de los más acreditados Tribunales de la República, en el área de su actuación.
>
> Y si asume el riesgo de "apartarse de la doctrina imperante o mayoritaria" si lo decide por sí y ante sí, y luego el fracaso culmina su actuación, la responsabilidad, obviamente es suya" (2006, p.84)

Estamos de acuerdo con lo señalado por nuestro autor, pues, consideramos que velar los intereses y el patrimonio del cliente, está por encima de la capacidad innovativa y de la demostración de las destrezas legales del abogado.

Ahora bien, nuestro mismo autor cita un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Paraná, que señala:

> Mosset Iturraspe (2010) señala que: "A estos efectos, y en relación con la responsabilidad, debe considerarse que en el ejercicio profesional del Derecho no siempre existen soluciones claras y únicas; la jurisprudencia y la doctrina suelen ofrecer, en ocasiones, diversas

> respuestas a un mismo problema. Por ello, cuando la vía escogida por el abogado sea opinable o discutible, descartamos la existencia de culpa o negligencia desde esta perspectiva. Por el contrario, la negligencia se configura cuando se desconocen los principios básicos de la ciencia jurídica, se actúa con precipitación y falta de prudencia, se aconseja una solución o se inicia un proceso sin una evaluación previa de las posibles consecuencias o del estado actual de la jurisprudencia y doctrina, o cuando se emplean recursos manifiestamente inadecuados para los fines perseguidos por la parte patrocinada" (p. 346–347).

En cuanto a la impericia del abogado, Mosset Iturraspe (2006) señala que:

> "El error científico del abogado, que constituye impericia, lo hace responsable únicamente cuando la opción jurídica a seguir es ampliamente mayoritaria, ya sea por una norma legal que la determina, por una jurisprudencia firme o por la doctrina. No existe error cuando se presentan varias posibilidades, ya sea por la doctrina, la jurisprudencia o la existencia de un vacío normativo. De lo contrario, se generaría un peligroso escudo protector para los abogados desinformados, desconocedores de la evolución o los cambios, abandonados o detenidos en su saber" (p. 52).

Ahora bien, aportando a lo señalado anteriormente, consideramos que, en el supuesto que el caso sometido a su análisis pueda calificarse jurídicamente de distintas formas, por ejemplo, para el caso de la venta de bien ajeno, algunos jueces consideran que se trata de un supuesto de nulidad y otros de ineficacia del acto jurídico; siendo que, el abogado debe tener conocimiento de ello, y debe proponer ambas pretensiones en la demanda, para aumentar las probabilidades de éxito de su cliente, ello debido a que nuestra normatividad procesal, artículo 87 del Código Procesal Civil, contempla la posibilidad de acumular pretensiones contrarias entre sí de manera subordinada. En caso que el abogado no proponga ambas pretensiones, consideramos que incurrirá en responsabilidad.

Para finalizar este punto, trataremos el caso de los errores del abogado, desde la perspectiva del principio de *iura novit curia*, que comúnmente es entendido en el sentido que el abogado es quien proporciona los hechos, y el juez es quien conoce el derecho aplicable a dichos hechos.

En relación con la selección de hechos, Mosset Iturraspe (2006) explica que:

> "El cliente narra los hechos al abogado que él considera están relacionados con el derecho que le asiste, ante ello el abogado debe realizar una labor de selección considerando aquellos que están relacionados con el supuesto normativo, es decir, los hechos jurídicamente calificados o hechos del caso que guardan relación con el supuesto normativo; para luego ofrecer la prueba respectiva que acredite la ocurrencia de los mismos en el plano fáctico" (pp. 56–57).

En ese sentido, Mosset Iturraspe (2006) señala que: "Si el juez se encuentra vinculado por los materiales fácticos, no es dable afirmar que tiene absoluta libertad para elegir los materiales jurídicos; la exposición de los hechos condiciona la elección del derecho" (p. 58).

Por tanto, no es tan cierto que abogado no participe o influya en la elección del derecho o de la norma aplicable al caso concreto, como erróneamente algunos afirman sobre el principio del *iura novit curia*.

Ahora bien, Mosset Iturraspe (2006) indica que la ignorancia del derecho por las partes puede ocasionar: "que los hechos contados y la petición no tengan base ni sostén jurídico alguno; que se pida aquello que en derecho no corresponde, o bien; que se omita solicitar lo que procede pedir en derecho" (p. 61).

A su vez, nuestro autor pone como ejemplo, la doctrina sobre los nuevos daños a la persona humana, siendo que el abogado que se quedó con los conocimientos de su paso por las aulas, no reclamará este tipo de daño.

Asimismo, Mosset Iturraspe (2006) señala que el conocimiento o desconocimiento del derecho se manifiesta en:

a) el planteo judicial, con o sin base jurídica;
b) el relato de los hechos, que pueden ser "jurídicos" o "intrascendentes";
c) el ofrecimiento de la prueba, suficiente o insuficiente.

Dicho de otra manera, en cada "etapa" o decisión el abogado tiene los ojos puestos en hechos y derecho, como aspectos inseparables que se sostienen mutuamente (pp. 61–62).

En ese sentido, es claro que el desconocimiento del derecho puede generar graves problemas respecto al planteamiento fáctico y probatorio. Lo cual puede conllevar que el caso sea desestimado, generándose así responsabilidad.

Referencias bibliográficas

Cabanellas, Guillermo. (1982). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I, Décimo Quinta Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Cabanellas, Guillermo. (1982). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VII, Decimo Quinta Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

De Trazegnies, Fernando. (1996). *La responsabilidad profesional no existe. En: Responsabilidad Civil, Derecho de Daños*, Volumen 5. Lima: Editora Jurídica Grijley.

De Trazegnies, Fernando. (1994). "Discurso del Doctor Fernando de Trazegnies: Setenta y Cinco Años de la Facultad de Derecho. En: Derecho PUCP". Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 48.

Fernández, Gastón. (1995). "Responsabilidad Civil Médica. En: Diálogo con la Jurisprudencia.

Mosset, Jorge. (2006). *Responsabilidad de los Abogados y Procuradores. En: Responsabilidad Civil, Derecho de Daños*, Volumen 5. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Mosset, Jorge. (2010). *Dificultades de la ciencia jurídica para concluir en la responsabilidad de quienes ejerces profesiones vinculadas a ella. En: La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI*, Tomo II. Lima: IDEMSA.

Ossorio y Gallardo, Ángel. (2018). *El Alma de la Toga*. Argentina: Ediciones Olejnik.

Ossorio, Manuel. (1973). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.* Primera Edición Electrónica.

Parada Gonzales, J. L. & Gamarra Vivanco, L. P. (2023). *La Responsabilidad Civil de los Profesionales. En Gaceta Civil & Procesal Civil* (Tomo 115, pp. 223–246). Gaceta Jurídica S.A.

Real Academia Española. (2005). *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo XVI, Vigésima Segunda Edición. Madrid: Espasa.

Trigo, Félix. (1987). *Responsabilidad Civil de los Profesionales*, Primera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Trigo, Felix A. (1996). Responsabilidad Civil del Abogado, Primera Reimpresión. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.