

## **Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado**

**Pedro Pablo Vergara Varas**

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Se había dicho que la evolución de la responsabilidad civil en la legislación era muy lenta. Esto ha cambiado radicalmente en los últimos años. Decimos esto porque cada vez se vuelve más común la interposición de demandas, deducidas por la víctima de un daño que estima tener derecho de reclamar de otro la reparación de los perjuicios sufridos. Lo hemos visto en casos de simples hechos de la naturaleza, en que las víctimas de ésta reclaman al que tienen más cerca, siempre que sea solvente, la reparación de los perjuicios ocasionados.

Ahora es el ejercicio profesional liberal el que ha empezado a verse afectado por esta misma tendencia. Con excepción de los médicos, a quienes ya hace tiempo que se les ha hecho efectiva judicialmente su responsabilidad profesional, los demás profesionales no se habían visto expuestos al juzgamiento de su comportamiento ni a las consecuencias pecuniarias de sus actos. En el ejercicio de la medicina, además, se da la agravante de que la reparación de los perjuicios se ha reclamado en sede penal, lo cual ha dado origen a una jurisprudencia contradictoria que está muy lejos de sentar los principios básicos sobre la materia.

A propósito de ello es que comentaremos, en lo que sigue, dos fallos, pronunciados por la Excm. Corte Suprema, respecto de demandas en que se reclama la responsabilidad profesional del abogado. Estos fallos fueron objeto de una clase impartida en el posgrado de nuestra Universidad, por el académico don Ángel Cruchaga Gandarillas, quien ha tenido la amabilidad de ponerlos a nuestra disposición.

Desde luego queremos dejar sentado un principio fundamental. Por regla general, no es posible hablar siquiera de responsabilidad profesional del abogado cuando su labor consiste en una defensa judicial, ya que: a) cuando se trata de un juicio siempre se alude a la defensa de un aleas y en ello, por definición, no se puede asegurar ningún resultado; b) la decisión final, por otra parte,

depende de la interpretación que del derecho hace el juez, quien, puede prescindir de lo aseverado por los abogados. Por consiguiente, en la mayor parte de los casos, el abogado y su actividad no es causa de un supuesto daño que deba repararse.

Pasamos entonces a comentar los dos fallos referidos:

***Sentencia de mayoría de 11 de abril de 2007, pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema, con el voto de los Ministros Sergio Muñoz G., Margarita Herreros M., Juan Araya E. y el abogado integrante Hernán Alvarez y el voto disidente del Ministro Jorge Rodríguez A.*** (Autos Rol N° 716-2003 del Segundo Juzgado Civil de La Serena. Recurso N° 3.291-2005. Resolución 8.485)

### **A. Problema planteado**

El problema planteado se sintetiza en el considerando tercero, y consistió en la reparación de los perjuicios derivados de la contratación de un abogado, por parte de una persona demandada en una causa seguida con una Compañía de Seguros. Habiéndose perdido el juicio en primera instancia y rechazada una acción reconvenzional, se dedujo apelación en tiempo y forma. Pero el indicado profesional no compareció en segunda instancia, lo cual provocó que el recurso fuera declarado desierto y la sentencia adversa quedara ejecutoriada. En estas circunstancias la afectada demandó al abogado, reclamando, entre otros perjuicios, una elevada suma por concepto de daño moral.

La cuestión resuelta en sede de casación dice relación con la procedencia del daño moral proveniente de un incumplimiento –se dice que debidamente acreditado– de carácter contractual. El recurrente afirmaba que el abogado demandado “ocasionó un fuerte impacto en la tranquilidad y bienestar espiritual de su cliente y ello se tradujo y tuvo como consecuencia que se trabaran embargos en sus bienes, lo cual la obligó a suscribir un avenimiento para sustituir los dineros que se suponían legítimamente adquiridos”. Por su parte el profesional demandado afirmaba que, en materia contractual, no era procedente la reparación de un supuesto daño moral, toda vez que el artículo 1556 del Código Civil limita dichos perjuicios, única y exclusivamente, al daño emergente y el lucro cesante.

La sentencia de reemplazo dictada por la Excmá Corte Suprema resuelve que, “siendo pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que tratándose de perjuicios morales, toca a los jueces regular prudencialmente su monto,” se revoca la sentencia de primera instancia “y se condena al demandado a pagar a la actora a título de indemnización de perjuicios por daño moral”, una suma de dinero.

## B. Las razones del fallo de la Excma. Corte Suprema

El fallo comienza por reconocer que hasta época relativamente reciente, *“tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinaron, prácticamente sin excepciones, por estimar que la indemnización de perjuicios por daño moral, tratándose de la responsabilidad contractual, resultaba improcedente”*. Sin embargo, se afirma que este *“criterio de marco rígido se ha ido batiendo en retirada y una reinterpretación de las normas que regulan la materia ha permitido que tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia reciente afirmen que la indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual no sólo comprende o abarca rubros de daño emergente y lucro cesante y que la ley no prohíbe que la indemnización del daño moral pueda invocarse fuera del ámbito de los delitos y cuasidelitos”*.

Los razonamientos que aduce el fallo que comentamos pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. El artículo 1556 del Código Civil comprende los llamados “daño emergente” y el “lucro cesante”, pero de manera alguna impide (prohíbe dice el fallo) que la reparación se extienda al daño moral. Por ende, no puede estimarse que esta disposición sea un escollo para hacer lugar a una demanda que reclama un perjuicio extrapatrimonial.
2. La doctrina jurídica contemporánea, unánimemente, se inclina por reconocer la procedencia de la indemnización por daño moral en materia contractual (la sentencia cita a varios autores que tratan sobre esta cuestión).
3. La “voz daño” que emplea el artículo 1556 del Código Civil no se encuentra definida en la ley. Por consiguiente, corresponde darle el significado que le asigna el Diccionario de la Real Academia Española. Dicho significado es el siguiente: “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia”. La sentencia deduce de ello que la ley se refiere a “toda privación de bienes materiales e inmateriales o morales”.

Conviene observar que en la sentencia de reemplazo pronunciada como consecuencia de la anulación de la sentencia recurrida, se señala textualmente que *“tratándose de perjuicios morales, toca a los jueces regular prudencialmente su monto”*, razón por la cual se fija discrecionalmente la cantidad que debe pagar el abogado a su cliente. Desde luego afirmamos que disentimos de tal parecer; todo daño debe ser probado en su monto, y los tribunales no están investidos (salvo casos muy excepcionales) de facultades discrecionales.

## C. Comentario

Comencemos por lamentar que este fallo de nuestro más alto tribunal no haya analizado la verdadera naturaleza del “daño moral”, cuestión que se ha prestado en la doctrina para variadas interpretaciones. Así, por vía de ejemplo, se ha sostenido que se trata del “precio del dolor” (*pretium doloris*); que su naturaleza está dada por la violación de un derecho “personalísimo” o de la “personalidad”; que consiste en la lesión de un interés de carácter extrapatrimonial que es presupuesto de un derecho”; que se trata de una reparación “satisfactiva”, destinada a atenuar el perjuicio sufrido mediante beneficios de otra índole; que se trata de la infracción de un derecho subjetivo que penetra en la intimidad de la persona, etcétera.

¿Qué naturaleza asigna la Corte Suprema a este tipo de daño indemnizable? Hasta este momento no existe respuesta certera. Tampoco se aboca el fallo a un hecho relevante que ha sido planteado por la doctrina: la posibilidad de reparar una lesión extrapatrimonial con una indemnización patrimonial. En efecto, si la indemnización tiene por objeto restaurar el orden establecido por el derecho, no resulta posible alcanzar este objetivo “pagando aquello que no tiene precio” o “compensando lo que no tiene compensación”. Mucho menos trata la jurisprudencia sobre la tasación o determinación del daño moral, ya que, como dice Mosset Iturraspe, no existe un “dolorómetro” que permita medirlo con objetividad. Como puede constatarse la indemnización del daño moral ofrece escollos imposibles de removerse razonablemente.

Otro tanto podríamos sostener en relación a lo que estimamos la única razón jurídica concluyente para admitir, en ciertos casos, la indemnización del daño moral en el ámbito contractual. Tal como lo reconocen algunos autores franceses, existen obligaciones civiles de contenido moral. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de depósito y se confía al depositario el cuidado y custodia de artículos, cartas y fotos familiares que se quieren conservar. El incumplimiento –culpable o doloso– del depositario no puede inducirnos a una reparación derivada del daño emergente y del lucro cesante (puesto que no lo hay o es ínfimo). No cabe duda, entonces, que en este y otros supuestos semejantes, el contenido de la obligación hace procedente la reparación del daño moral, con todos los inconvenientes señalados. Tampoco nuestra Corte Suprema se ha hecho cargo de esta realidad.

La situación sancionada en la sentencia (deserción de un recurso de apelación) representa para la víctima la pérdida de una chance, dado que no es posible establecer si el recurso declarado desierto habría sido acogido o rechazado. En consecuencia, lo que debe repararse es la mera posibilidad de haber tenido éxito o la oportunidad de lograrlo. Pero la deserción no es –al parecer– la cau-

sa del sufrimiento que se atribuye al cliente del abogado, sino la pérdida del juicio, el cual, en todo caso, es un aleas, vale decir, una contingencia incierta de ganar o perder. Si la Corte Suprema estimó que debía repararse la privación de una chance, debió fundar en ella la reparación y no en el sufrimiento que provocó al demandado el embargo de bienes derivado de la pérdida del juicio encomendado al letrado, porque ello es una consecuencia necesaria de la situación procesal que se sigue de la cosa juzgada.

Tampoco nos parece concluyente la afirmación en el sentido de que el artículo 1556 del Código Civil no “prohíbe” incorporar a la indemnización el daño moral. Tal como lo demuestra el Ministro Jorge Rodríguez Ariztía en su voto disidente, el concepto “daño emergente”, que atraviesa todo el Código Civil, consiste en el menoscabo que efectivamente experimenta el patrimonio de una persona como consecuencia del incumplimiento. Esta conclusión se ve claramente reforzada por el sentido que cabe asignar al “lucro cesante”, en tanto utilidad, ganancia o provecho que se habría producido conforme al orden y desarrollo normal de las cosas, definición perfectamente coherente con la coexistencia del “daño emergente”. La disposición comentada –artículo 1556 del Código Civil– reglamenta todo aquello que compone la reparación indemnizatoria, de lo cual se sigue que no puede el intérprete incorporar un daño que, al no estar contemplado expresamente en ella, está excluido.

Desde otro punto de vista, el perjuicio que deriva de la pérdida de una chance no constituye daño moral. Se trata de reparar una opción o posibilidad, cuestión que nos aproxima al problema relativo a la “certidumbre” del daño. Esto era lo que debió analizar el fallo y en lo que debió fundarse la indemnización de perjuicios. No creemos posible elaborar el concepto de daño moral sobre la base de la falta de información del cliente que es sorprendido por un embargo, derivado de la pérdida del juicio que fue confiado a un abogado. El daño causalmente relacionado con la “sorpresa” y la “falta de información” no queda comprendido en el incumplimiento de la relación profesional en lo que concierne a la pérdida de una chance.

Finalmente, se comete el error de estimar que es procedente la regulación “prudencial” del monto del daño moral sujeto a indemnización. En otros términos, como lo han manifestado numerosas sentencias, se trata de fijar discrecionalmente el *quantum* de la indemnización, sin sujeción a prueba preestablecida. Es cierto que, atendida la naturaleza del daño, no es posible exigir una prueba estricta y circunstanciada, pero ello no autoriza a los jueces para fijar la reparación a su arbitrio. La prueba del daño moral exige acreditar el efecto que el incumplimiento ha provocado en la calidad de vida de la víctima, la forma en que éste ha operado en su carácter, en su capacidad laboral, en sus hábitos y rutinas, en sus relaciones sociales, etcétera. Lo que no puede ocurrir es dar por

establecida la existencia del daño mediante una mera deducción sin base en hechos reales y probados. No obstante la opinión unánime de la doctrina en este orden de cosas, la jurisprudencia sigue ejerciéndose con el mismo padrón. Creemos que debe remediarse este error que contribuye poderosamente a debilitar la seguridad jurídica.

En síntesis, no compartimos los fundamentos de esta decisión. No excluimos, en casos muy calificados, la indemnización del daño moral en materia contractual, pero lo limitamos al incumplimiento de obligaciones con contenido o impregnadas de sentido moral (lesión de los sentimientos, de las emociones, de los afectos, de la intimidad de las personas, fundamentalmente de alguno de los atributos de la personalidad), en los cuales efectivamente se provoque un perjuicio extrapatrimonial que deba repararse. Extender este tipo de reparaciones puede incidir en el aumento de la litigiosidad, lo cual es siempre perjudicial para las relaciones sociales.

***Sentencia de 27 de octubre de 2008, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Haroldo Brito y el abogado integrante Arnaldo Gorziglia*** (Autos Recurso Rol N°1.021-2007 de la Corte Suprema. Resolución N°30.708).

#### **A. Problema planteado**

El caso que suscitó este juicio es semejante, pero con algunas particularidades. El considerando sexto de la sentencia establece los hechos de la causa, señalando que un trabajador fue despedido con fecha 31 de enero de 2003. Frente a esta decisión, el afectado concurrió a la Corporación de Asistencia Judicial para interponer demanda ante el Tribunal del Trabajo. Para estos efectos confirió patrocinio a un abogado del Servicio y poder a un postulante del mismo. El demandado, por su parte, alegó que el plazo para demandar estaba vencido, ya que el propio trabajador reconoció que la relación laboral había terminado el día 31 de enero de 2003. A fojas 36 de los autos se declaró "abandonado el procedimiento", resolución notificada por cédula a los apoderados de las partes, la cual no fue recurrida.

El trabajador dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra de la Corporación y del abogado patrocinante, excluyendo al postulante al que se había conferido poder, sin acreditarse, tampoco, "que hubiere sido objeto de una medida disciplinaria en conformidad al Reglamento de práctica profesional del postulante al título de abogado, a pesar del reclamo formulado en su contra, en la instancia pertinente, por el demandado de autos", según reza la sentencia.

Agrega el fallo que no está acreditado el daño moral demandado o aflicción psicológica que habría provocado al actor el supuesto maltrato recibido por parte del postulante durante la atención en la Corporación de Asistencia Judicial.

En síntesis, la demanda intentada en contra del señalado servicio (Corporación de Asistencia Judicial) y de uno de sus abogados se funda en la mala atención profesional y en el hecho de que se haya declarado abandonado el procedimiento, impidiendo la tramitación íntegra del juicio.

## **B. Razones que invoca el fallo de la Excma. Corte Suprema**

Las razones esgrimidas por la Corte Suprema en su sentencia pueden sintetizarse en la siguiente forma:

- a) Los sentenciadores del fondo, a juicio del Tribunal Supremo, resolvieron correctamente que “la expectativa de obtener por parte del demandante en los autos laborales en que fue patrocinado por la Corporación de Asistencia Judicial, atendida la excepción opuesta, y por tratarse, en esencia, de un evento incierto de la litis, no permite afirmar la realidad, efectividad y certidumbre del daño, lo que llevó en definitiva a rechazar la demanda”. (Considerando séptimo). Lo anterior, por lo tanto, excluye la infracción que se denunciaba de los artículos 1698 y 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil.
- b) Frente a la alegación en el sentido de que el artículo 2320 del Código Civil, contendría una presunción de culpa respecto de la responsabilidad del empleador por la conducta de sus dependientes (interpretación sostenida en el recurso, pero que la Corte Suprema no admite compartir), se afirma que dicha presunción a favor del actor “no lo exime de su obligación de acreditar la existencia y monto de los daños demandados, lo que, tal como se estableció en la sentencia recurrida, no ha ocurrido en la especie”.
- c) En cuanto a la referencia que la sentencia recurrida hace a lo prevenido en el artículo 552 del Código Civil, conforme al cual “los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante, la Corte Suprema estima que ella “no ha tenido influencia alguna en lo dispositivo del fallo, desde que el tribunal ad quem motivó el rechazo de la pretensión de la actora en la falta de daño cierto y efectivo, presupuesto indispensable de la responsabilidad demandada” (Considerando decimoquinto).

## C. Comentario

Este fallo sigue la correcta doctrina consistente en que el daño moral, al igual que cualquiera otra especie de daño, debe ser probado en el juicio como requisito esencial de la responsabilidad que se persigue tanto en su existencia como en su monto. No cabe presumirlo ni apreciarlo prudencialmente.

Asimismo, se analiza de modo preciso que las resultas de un juicio corresponden a un evento incierto, un aleas, y por lo tanto, no es procedente que el cliente le reproche al abogado el no haber obtenido un determinado resultado.

La referencia al artículo 552 del Código Civil proviene de la circunstancia que tal norma es uno de los fundamentos del recurso y está citada en el fallo del ad quem pero, correctamente, el fallo señala que esa norma es improcedente atendida la materia discutida en autos, esto es, entendemos que la Corte Suprema determina que esa disposición no atribuye específicamente responsabilidad y por lo tanto no cabía invocarla en este caso.

## Conclusiones

1. Salta a la vista que, habiendo un criterio común en ambos fallos (la improcedencia de establecer responsabilidad por los resultados de un juicio), haya sin embargo entre ellos algunas contradicciones, lo cual impide fijar un criterio común del tribunal de casación sobre esta materia.

Desde luego, la situación que motiva el reproche a la actividad profesional es del todo semejante. En un caso la responsabilidad deriva del hecho de haberse declarado la "deserción de un recurso de apelación" y, en el otro, por haberse declarado "abandonado el procedimiento", al no cumplirse la carga procesal que pesa sobre el demandante.

2. Sin embargo, en el primer caso (deserción) se admite la responsabilidad y en el segundo (abandono del procedimiento) se la rechaza. En ambos, lo que sucede es la pérdida de una chance (posibilidad de obtener un beneficio), pero la Corte Suprema no lo reconoce ni lo analiza desde ese punto de vista. No se resuelve así de modo directo (aunque creemos que ello se trasunta del fallo) la posibilidad de reclamar indemnización, no por un beneficio directo, sino por la simple posibilidad de obtenerlo cuando dicha posibilidad se frustra por el incumplimiento contractual. Desde luego, creemos que, al menos en Chile, no cabe indemnizar la chance, porque ello es una cuestión de meras probabilidades, sin certeza alguna. El principio jurídico en Chile, en materia de reparación de daños, es el de indemnizar los que se hayan causado efectivamente.



3. En el otro, el fallo que se analiza exige como presupuesto indispensable de la indemnización “un daño cierto y efectivo”, lo cual parece correcto. Este daño no se presentaría cuando la chance es remota (como sucede atendida la excepción que el demandado en el juicio laboral hizo valer en el proceso). Sin embargo, en el primer fallo esta cuestión no se representa, puesto que se limita a acoger una demanda apreciando discrecionalmente los daños que se han causado, quedando pendiente de señalarse cuál es la razón por la que deba repararse el daño que deriva de la “deserción del recurso” y no el daño que se deriva del “abandono del procedimiento”.
4. Por último, mientras en una sentencia se afirma categóricamente que el demandante debe acreditar la existencia y monto de los daños demandados (incluido el daño moral), la otra sentencia afirma que éstos se regulan prudencialmente por el tribunal, como quedó señalado.
5. Creemos entonces que se ha incurrido en contradicción en dos fallos de diversas salas de nuestra Corte Suprema, y en materia sustancial. Mientras una sala afirma que el daño moral debe acreditarse (lo que compartimos), otra sala resuelve exactamente lo contrario al fijar prudencialmente la indemnización. Adicionalmente, este último fallo podría servir de base para estimar que se admite la indemnización de la chance (como un daño cierto y real) en circunstancias que es evidente que ello no cabe en nuestra legislación y que, además, es un principio que fluye del propio fallo. Sin embargo, al resolver de modo “discrecional”, termina contrariando el mecanismo sobre la responsabilidad que se determina en nuestra ley.

La responsabilidad profesional, atendido el grado de desarrollo de nuestro sistema judicial, se irá incrementando con el correr del tiempo, haciéndose extensiva a todas las profesiones. Es efectivo que este tipo de responsabilidad ha afectado especialmente a las profesiones de la salud, lo que resulta explicable por la naturaleza de estos servicios y por la sensibilidad que estas dolencias provoca en los usuarios. Pero sería ilusorio sostener que la misma reacción no alcanzará a otras profesiones. Visualizamos con claridad, como ya ocurre en otras partes del mundo, que al disminuir los costos de la litigación, fundamentalmente por el aumento de abogados en ejercicio de la profesión, se hará atractivo reclamar indemnizaciones. Y sin dudas, serán los propios abogados, por definición, llamados a administrar derechos ajenos, los próximos que deberán enfrentar esta nefasta tendencia.

6. De lo señalado se desprende que nuestros tribunales de justicia, y especialmente nuestra Corte Suprema, deberán en el futuro buscar los mecanismos por establecer una jurisprudencia uniforme y constante para definir, con la mayor precisión posible, los requisitos que deben asignarse a la responsa-

bilidad profesional y de qué modo, si procede, este tipo de responsabilidad difiere de las normas y reglas generales que rigen la materia.

Da la impresión, al menos en los casos que comentamos aquí, que se ha optado por atender más bien a razones de equidad y prudencia, papel que no corresponde a la Corte Suprema, encargada de uniformar la interpretación de la ley, lo cual constituye un aporte irremplazable a la seguridad jurídica.