

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La relación contractual entre el abogado y su cliente

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Jorge Hernán Rojas Sánchez

Madrid, 2015

Rd. 54.414

233

LA RELACION CONTRACTUAL ENTRE EL ABOGADO Y SU
CLIENTE

TESIS DOCTORAL

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
DE MADRID

DOCTORANDO: Jorge Hernán Rojas Sánchez.-

DIRECTOR : Doctor Don Leonardo Prieto Castro y Ferrán-
diz. ■
Catedrático de Derecho Procesal.-



BIBLIOTECA
DE DERECHO

i 37825884

DEDICATORIA

A MIS PADRES

A MIS HERMANOS

AGRADECIMIENTO

Agradezco sinceramente al Catedrático de Derecho Procesal Excmo. Sr. Leonardo Prieto- Castro y Ferrándiz por haber aceptado la dirección de esta tesis, por su desinteresada colaboración en la labor de búsqueda y traducción de bibliografía extranjera, así como por su constante preocupación de que este trabajo se concluyera.-

Muchas gracias Profesor.-

SUMARIO

Introducción 1

CAPITULO PRIMERO

1.- Importancia del Tema 12

2.- Diferentes Teorías Acerca de la Relación Contractual Abogado Cliente 17

A.- Teoría del Mandato 19

B.- Teoría del Arrendamiento de Servicios 44

C.- Relación Abogado Cliente como Arrendamiento de Obra 56

D.- El Abogado y la Función Pública que desempeña 63

E.- Teoría de la Relación de Servicios 70

E. 1.- La Relación de Trabajo en General. 70

E. 2.- Concepto de la Relación de Servicios.- 74

E. 3.- Nacimiento de la Relación 76

E. 4.- La Relación de Servicios y la Relación entre abogado y cliente.- 79

CAPITULO SEGUNDO

1.- La Asistencia y la Representación de la Parte en el Proceso.- 85

2.- Comparecencia en Juicio en el Sistema español actual.- 92

3.- Características del Poder del Procurador.-	96
4.- Formas de Comparecer en Juicio.-	100
5.- Análisis Comparativo y Crítico de la Dualidad o Unificación de la actividad profesional de defensa en juicio.-	101
6.- Representación y Defensa en Costa Rica.-	111

CAPITULO TERCERO

1.- Análisis de los Elementos Constitutivos de la Relación Abogado Cliente.-	117
A.- El Consentimiento.-	118
A.1.- Capacidad.-	121
A.2.- Enfermedad como Motivo de Incapacidad del Abogado.-	124
A.3.- Interdicción Civil.-	127
A.4.- El Matrimonio.-	127
A.5.- La quiebra y el Concurso Civil.-	128
A.6.- La Voluntad.-	129
2.- Objeto del Contrato en la relación Abogado Cliente.-	132
3.- La causa en la relación Contractual Abogado Cliente.-	132
4.- Los Honorarios del Abogado.-	135
A.- Reseña Histórica.-	135
B.- Diferentes Sistemas de Honorarios en las Legislaciones Positivas.-	138

C.- Quota Litis.-	142
C.1.- Naturaleza y Carácter del Pacto	145
C.2.- Modalidades del Pacto de Quota Litis.-	147
C.3.- Elementos Integrantes del Pacto de Quota Litis.-	149
C.4.- El Pacto de Quota Litis en la Legislación Costarricense.-	153
D.- Acción Procesal para demandar el pago de Honorarios.-	156
E.- Fianza de Costas.-	160
F.- Término de Prescripción de Honorarios de Abogado.-	169

CAPITULO IV

1.- Efectos de la relación Abogado Cliente.-	173
A.- El Secreto Profesional.-	179
A.1.- Forma de Hacer Confidencias y Confiar el Secreto.-	187
B.- Sanción Penal al Profesional por no Guardar el Secreto.-	188
C.- Otras Responsabilidades Penales del Abogado.-	193
2.- La Responsabilidad Civil del Profesional	201
A.- Culpa Contractual y Extracontractual	202

B.- Naturaleza Jurídica de la Culpa Profesional.	203
C.- Características de la Responsabilidad Profesional.-	205
D.- Calificación de la culpa profesional en el cumplimiento del encargo.-	209
E.- Responsabilidad Civil del Abogado.-	217
F.- La Negligencia en el Abogado.-	226
G.- Responsabilidad por error del Personal Auxiliar del Abogado.-	231
H.- Prueba del Acto Culposo del Profesional.-	232
<u>CONCLUSIONES</u>	236
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	242
Orden Cronológico de Sentencias del T. S. Citadas.	248

INTRODUCCION

En un Estado de derecho, donde la legalidad es la base de la convivencia en sociedad, donde se debe practicar siempre la frase del prócer Benito Juárez "El respeto al Derecho ajeno, es la paz" donde se debe morir por el derecho o se vive en él, la mayoría absoluta de los ciudadanos capaces desde el punto de vista procesal, un noventa por ciento de los componentes de esa sociedad, directa o indirectamente se han relacionado con un profesional del derecho, ya sea para pedirle un consejo de tino jurídico, para encargarle un estudio o para pedirle que defienda sus intereses ante los Tribunales.-

Esa multitud de personas que por uno u otro motivo visitan al abonado en solicitud de servicios, nunca o en escasas oportunidades se ha detenido a meditar sobre el tipo de relación contractual que nace entre él y el profesional en derecho, al acordar que por los honorarios que pague recibirá un servicio. Y no hablamos solamente del cliente o persona leiga en la ciencia del derecho, respecto a la cual podría aceptarse la explicación de que no tiene más que un interés momentáneo, el de obtener el servicio que está pagando; es que el profesional en derecho en algunos países como en Costa Rica, tampoco tiene la preocupación de darse cuenta que tipo de relación es la que lo une con su cliente. No es este un asunto que haya sido objeto de estudio o preocupa

ción entre los juristas costarricenses, lo que se comprueba en la ausencia de literatura jurídica al respecto y en el total desinterés por determinar cual es la posición del abogado ante sus clientes y viceversa en caso de que en el transcurso de la prestación del servicio profesional, ocurra una situación que sea necesario atribuir a alguna de las partes.

En los años que siendo estudiante o egresado de la facultad de Derecho, trabajé algún tiempo en oficinas de abogados y nunca tuve noticia de que se presentara un problema en que se tratara la relación contractual entre el abogado y su cliente, ni en mi apenas iniciada carrera judicial he tenido conocimiento de un problema de este tipo, como tampoco la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse sobre la calificación de esta relación, como si lo ha hecho el Tribunal Supremo Español y la jurisprudencia de otros países europeos; tampoco ha entrado a determinar la responsabilidad civil del abogado para efectos de indemnizar al cliente.-

Soy consciente de que un estudio sobre esta materia tiene la importancia de concientizar tanto al abogado como a su cliente de los deberes y derechos que adquieren al entablar se la relación, lo que es de suma importancia, pues en Cos

ta Rica por ignorancia o mala fe, muchos profesionales in cumplen sus obligaciones y el cliente afectado, también por su desconocimiento y por el convencimiento de que no debe pelear contra un abogado porque lo consideran algo a sí como nadar contra corriente, prefieren perder su dinero y recibir el perjuicio de un asunto que se perdió por mala dirección del profesional.-

Estos y otros muchos motivos que se viven en las socieda - des donde se permite el ejercicio libre de la abogacía, si tuación que debe mantenerse a toda costa para que no muera esta institución, con la finalidad de hacer algún aporte que sirva tanto al profesional como al lego, sin pretender de que éste será un trabajo del todo original, es que he de cidido que el tema de mi tesis para optar el título de Doctor en Derecho, sea precisamente " La Relación Contractual entre el Abogado y su cliente".-

Alguna persona puede objetar sobre este tema que no es materia de derecho procesal sino de introducción al estudio de derecho o de derecho civil. Sin embargo, una afirmación en este sentido cae por su propio peso, primero porque el abogado es el profesional que busca la parte para que como téc nico en derecho haga valer ante los tribunales en la forma

que lo exige la ley procesal sus derechos, lo que no podríí a hacer por su propia cuenta por las complicaciones que oo frece el proceso y por referirse precisamente a este es mama teria del derecho procesal. También es este tema de proceproce sal porque se refiere a costas, asunto que no es materia de otra rama del derecho.-

Dados los motivos por los que hemos escogido este tema crecre emos conveniente explicar como va a desarrollarse el estuestu dio del mismo y los puntos que se van a tratar así como dar una breve explicación de la forma en que se va a realizar la investigación.-

En primer lugar pretendemos, para saber sobre lo que se va a trabajar determinar la importancia que este tema tiene y ha tenido a través de la antigüedad, haciendo un poco de historia, sin ocuparnos demasiado de esto para no salirnos del tema inminenmente procesal.-

Como el problema que ha sido más debatido tanto en doctridoctri na como en jurisprudencia ha sido la calificación que debe darse a la relación contractual entre el abogado y su clienclien te, haciendo un estudio de cada una de las figuras contraccontrac

tuales en las que pueda o al menos exista la posibilidad de enmarcar la que nos ocupa, nos adentraremos en materia de contratos desde el punto de vista civil y laboral.-

Todo esto lo creemos necesario porque es perfectamente posible que una figura contractual como la del letrado y el que llega a ser acreedor de sus servicios, de acuerdo con la legislación positiva de cada país puede ser calificado de una u otra forma, aunque el objeto y la causa siempre se an similares. Nos proponemos como fin encasillar en alguna de las figuras contractuales que tengan más relación con el punto, esa realidad social y jurídica como es la contracción que a diario se lleva a cabo entre un profesional en derecho y su cliente. Pero no queremos con esto que nos vamos a limitar a decir que la figura jurídica objeto de estudio es tal o cual contrato porque estaríamos estatizando el derecho, algo imposible con una ciencia que tiene que ir evolucionando en la misma medida que lo hace la socie-dad para no convertirse en una norma que sin estar derogada, la realidad social la hace inaplicable y se convierte en letra muerta; analizaremos cada una de las figuras para determinar cuando el contrato de clientela está mejor enmarcado en una u otra figura contractual. Creo necesario también entrar a la búsqueda de nuevas figuras que llenando los mismos fines que han tenido las conocidas ayuden a

aclarar y ampliar los elementos de la relación contractual, aprovechando para ello las enseñanzas de quienes han dedicado y dedican su vida al estudio del derecho y que en algunas oportunidades injustamente quienes les suceden en esa actividad quieren ignorar u olvidar.-

Pretendemos entonces, tomando en cuenta la teoría en general y el criterio jurisprudencial hasta hoy emitido, dar a la relación abogado cliente la calificación que más refleje la seriedad e importancia que tiene esta relación para la vida en una sociedad de derecho.-

Con el tiempo llegan a la mente del hombre que medianamente se interesa por las instituciones jurídicas que existen en el derecho comparado, una gran variedad de nuevas figuras desconocidas en otras legislaciones; puede decirse esto del sistema que existe en el derecho procesal español y de muchos otros países, de comparecer en juicio por medio de dos profesionales, abogado y procurador, quienes se dividen la función defensiva a favor del cliente. Uno se encarga de la representación ante los tribunales de la parte y el otro, el abogado, de la dirección técnica del proceso. Por la íntima relación y efectos que produce la institución del procurador como representante de la parte del juicio, con

la relación del cliente y el abogado, el segundo capítulo de este trabajo se dedicará a analizarlo, a determinar las características que ofrece el proceso cuando existe o no la defensa compartida. Para realizar un estudio del sistema de comparecencia en juicio cuando hay o no procurador, tomaremos como base dos legislaciones, la española y la costarricense para tratar de ver las ventajas y desventajas que tiene uno y otro sistema, a lo que se tratará de llegar por medio de un análisis comparativo, que se hará objetivamente, sin otro ánimo que el de la investigación y ver si es conveniente o no eliminar el procurador para unificar en el abogado la defensa del cliente ante los tribunales.-

A pesar de que la relación entre abogado y cliente, tiene algunas características especiales que pueden inducir a pensar que es un contrato sui generis, imposible de encasillar en una de las tradicionales figuras contractuales, como toda contratación exige los elementos que en cualquier relación existen como condición sine qua non para que la obligación sea válida.-

Al estudio de estos elementos se dedicará el capítulo terce

ro de la tesis, donde se dará especial importancia a los e lementos que presenten características especiales.-

Necesariamente hay que tratar en este capítulo lo relacionado con honorarios de abogado, tema que ha sido ampliamente tratado por la doctrina y la jurisprudencia, sin que se pueda dejar de lado la legislación. Se pondrá especial in terés por las polémicas que ha suscitado su validez y mora lidad o no del pacto de cuota litis y a la acción procesal que confiere la ley a los abogados para cobrar sus honorari os al cliente moroso, por medio del trámite privilegiado que tiene diferentes denominaciones en la legislación com parada así como mayor o menor amplitud.-

Aunque no en forma concreta ni con gran amplitud, la doc - trina y también algunas legislaciones como la italiana, se han ocupado de determinar los efectos que nacen como conseque ncia de relación abogado=cliente y no son los efectos que podríamos llamar normales, por los que entendemos los efectos esperados por el cliente, que consiste en la favorable solución de sus problemas, sino los efectos perjudiciales que son consecuencia de la conducta profesional con traria a las normas que establece la ética profesional, la ra l y la legislación positiva, que puede llegar incluso a

hacer responsable al abogado tanto en el ámbito civil como en el penal.

Nos proponemos, empezando por el secreto profesional, analizar cuales son las actuaciones de un profesional en derecho, mencionando necesariamente la actividad de otros profesionales liberales, que lo hacen incurrir en responsabilidad y cuando es que el cliente afectado puede recurrir a los tribunales para que sean estos los que penalmente si fuera necesario sancionen como es debido la irresponsabilidad profesional y le atribuya la responsabilidad civil correspondiente.-

Este es un problema, el de la responsabilidad del abogado, que es muy necesario desarrollar en Costa Rica, como en otros países sino se ha hecho y ampliarlo donde ya ha sido desarrollado, porque son muchos los casos en que el profesional en derecho olvidándose de su juramento y de la obligación que le impone una carrera de un fin tan noble como la abogacía, hace uso de ella para perjudicar a quien debería ayudar.-

Son muchos los casos de personas que han recibido gran perjuicio, económico y moral por la actuación no solo culposa

sino también dolosa de un abogado, y no ha hecho valer sus derechos atropellados por temor o por ignorancia. Un ejemplo de esto podemos verlo en Costa Rica, donde revisada la jurisprudencia no apareció ningún caso en donde se demandara la responsabilidad civil de un abogado lo que no creemos signifique una intachable conducta profesional.

Trataremos de poner especial cuidado en determinar cuando es que un abogado en el ejercicio de la profesión incurre en responsabilidad civil y consecuentemente, cuando el cliente puede considerarse afectado por una actuación dolosa o culposa de su abogado, analizando lo que es fundamental en todos estos casos, la prueba de tales hechos.-

Por último, como ya se dijo, sin pretender aportar algo totalmente novedoso pero si un trabajo que sirva a quien se quiera dedicar a la judicatura, al abogado litigante, al estudiante y al lego, quien es el más afectado generalmente en estos casos, con las actuaciones indebidas del abogado, terminaremos esta tesis con las conclusiones que a lo largo de la investigación logremos obtener, esperando que no sea este trabajo de investigación una meta final, que se hace con el único objeto de llenar un requisito, sino que se tome como uno más que a través de mi carrera pretendo realizar, siempre tendiendo a alcanzar resultados mejores y no-

vedosos capaces de dar un aporte a mi país, en vías de desarrollo y ser así un pionero más en la lucha por mantener el honor de la patria, el esplendor del derecho y colaborar en algo en mantener viva la misión que la sociedad encomienda al abogado, que no es la de sembrar discordias ni hostigar, sino la de sembrar, abonar, cosechar, distribuir y hacer progresar la paz, el orden y la justicia social, sin las que iremos irremediablemente hacia el desvarajuste y el caos.-

CAPITULO PRIMERO

IMPORTANCIA DEL TEMA

Siendo el derecho el conjunto de normas que rigen las relaciones de los hombres en sociedad, es indispensable que existan personas que hayan hecho del estudio de las leyes su profesión, para poder cuando sea necesario prestar el asesoramiento correspondiente a quien por cualquier circunstancia necesita recurrir a las leyes y a los Tribunales en busca de Justicia.-

Cuando un ciudadano tiene la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional a dilucidar una situación conflictiva que se le presenta o cuando sin recurrir a este tiene que buscar en las leyes las soluciones a algún problema, necesita y ha necesitado en todos los tiempos del asesoramiento de una persona versada en derecho. La vida moderna, caracterizada por la gran actividad, ha traído como consecuencia la proliferación del derecho positivo; tanto personas físicas como jurídicas, para dar mayor seguridad a sus actuaciones en busca de las metas que se proponen, se hacen asesorar por abogados que les indiquen los cauces que con menos complicaciones permitan alcanzar los mejores resultados conforme a sus intereses, por haber comprendido que es el derecho el mejor instrumento de convivencia que organiza el orden, la paz y la justicia, sustituto en las sociedades ci

vilizadas de la fuerza, de la tiranía y del despotismo.(1)

(1) Hüber Gallo Manuel. Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile 1958. Pág. 4.

La creación de las grandes empresas con miras a obtener resultados no solo en el país de constitución, sino también en el extranjero, hace indispensable la búsqueda del abogado asesor permanente para empresas privadas y también para el Estado, que es el que vigila desde el punto de vista legal la buena marcha de la institución en lo que se refiere a las relaciones jurídicas, previendo los problemas, evitándolos y recurriendo a los tribunales solo cuando sea extríctamente necesario.

Aunque es relativamente reciente la constante creación de derecho positivo a que se ha hecho referencia, fenómeno este que está provocando una mayor necesidad de abogados especializados, sobre todo en países como Estados Unidos de Norte América, donde por el procedimiento que ahí existe los abogados no trabajan solos sino asociados. La función de abogacía es muy antigua y se puede decir que precedió a los títulos, porque en todos los tiempos ha existido hombres extraordinarios con conocimientos de derecho y gran sentido de la equidad, quienes con su consejo prestaron asistencia a los menos entendidos en la materia, ya fuera aconsejándolos en determinadas situaciones o socorriendo ante los Tribunales a sus parientes primero y después a quienes solicitaron su ayuda.-

Fue así como los judíos tuvieron sabios que emplearon en forma semejante al abogado de hoy, porque resolvían los problemas de derecho; en Caldea, Babilonia y Egipto quienes estaban dedicados a labores de abogacía eran los sabios y filósofos; los Griegos que sobresalieron como oradores fueron los primeros en usar la locución al servicio del de recho, - (2) llegando a considerar que la palabra servía pa

(2) Pericles fue el primero que usó la elocución al servicio del derecho, además hicieron este mismo uso, Ipócrates, Hipérides, Esquimes, Demóstenes y Solón.-

ra hacer triunfar la justicia. Roma desde la dominación de Rómulo necesitó de una recta justicia y eligió para formar parte del Senado individuos de los más expertos de los Paters y los Patronos que tenían como oficio la defensa de sus clientes, labor en la que tenían que poner todo su empeño. (3) De la necesidad de la asistencia en materia fo -

(3) Carrero Rodríguez R. La Institución de la Abogacía. Editorial Tipográfica Vargas. Caracas 1920, págs. 6 a 8.-

rense hay plena conciencia tanto por parte de personas físicas o jurídicas quienes al tener cualquier problema en la materia recurren al abogado, y también de parte del Es tado que conciente de que con la actuación de personas téc nicas en la ciencia del Derecho se facilita la función ju ris dic cional y se obtienen mejores resultados, ha creado instituciones encargadas de asistir en la defensa a los ciu

dadanos que por sus condiciones económicas no pueden contar con el auxilio de un profesional en derecho en lo penal y ha obligado a las partes en materia civil a que sean dirigidas por abogados cuando van a plantear determinados asuntos ante los tribunales. (4) La necesidad del asesora -

(4) El artículo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que la comparecencia en juicio debe ser por medio de procurador con poder declarado bastante por un letrado. El Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica dispone que para que sea admitido un escrito por los Tribunales es necesario que la firma del peticionario vaya autenticada por la de un abogado. El Código de Procedura Civile Italiano dice: La parte puede hacerse asistir por uno o más abogados y también por un consultor técnico, en los casos y con los modos establecidos en el presente código. En materia Penal la Ley de enjuiciamiento criminal española, en el título V del libro primero regula el derecho de defensa y el beneficio de pobreza en los juicios criminales; en Costa Rica los defensores públicos abogados a sueldo de la Corte son los encargados de la defensa en materia penal de las personas de escasos recursos económicos. Con relación a la necesidad de defensa en juicio, ante un problema que se presentó en Las Palmas de Gran Canaria con una parte que sin ser pobre no encontraba letrado que lo dirigiera, fue hecha la consulta al Consejo General de Abogacía de Madrid. Se encargó del estudio del caso al profesor Nicolás González Deleito, quien siguiendo la tesis exouesta por el catedrático de Derecho Procesal, profesor don Leonardo Prieto Castro, concluyó que el Colegio de Abogados, en estos casos debe nombrar de oficio a un letrado que asesore a la parte en juicio, por la aplicación analógica de los artículos 118 y 121 de la Ley de Enjuiciamiento criminal en relación con los artículos 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta recomendación se convirtió en Ley posteriormente.-

miento jurídico está plenamente respaldado por Redenti al

decir que las partes no pueden estar en juicio sin el minis
terio de un defensor. "El procedimiento -- dice el trata -
dista -- es largo, complicado, con fórmulas, términos, nuli
dades, inadmisibilidades, preclusiones, extensiones, y el
Juez no puede decidir ultra petita para ayudar a la parte
que no sabe conducirse en el juicio, además de que la car-
ga de la prueba corresponde a las partes. Por eso es que en
interés a la misma justicia es necesario que las partes lla
guen al proceso asistidas del defensor. (5)

(5) Redenti, Enrico. Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurí
cas Europa América. Trad. de Santiago Sentis Melendo Buenos
Aires 1957 Pág. 174.-

El profesional en derecho dentro de la institución de la a
bogacía es el que traduce al lenguaje de la dialéctica jurí
dica una relación elemental dentro del marco de la sociedad,
que conlleva la protección del fuerte al débil para evitar
fenómenos sociales como contiendas bélicas o luchas económi
cas; esto se hace desde el punto de vista del derecho con
figuras que aunque son netamente jurídicas, tienen origen
social, el que se ha olvidado por la importancia que adquie
ren al llegar al campo jurídico. (6)

(6) Guasp. J. Revista de Derecho Procesal 1947 Vol. 111 pág.
391.

Claro está que al recurrir una persona ante un profesional
en derecho para que lo asesore, se entabla una relación con

tractual entre ellos, relación esta que por sus especiales características ha sido objeto de controversias en cuanto a su calificación, lo que es de gran importancia para la determinación de la situación en que se encuentran el abogado en cuanto a la forma en que debe prestar sus servicios y el cliente para saber que es lo que puede exigir de su a bogado, así como también qué es lo que debe aportar para el buen cumplimiento del encargo y dado el caso determinar que responsabilidades pueden imputarse al letrado que por algún motivo no haya cumplido con sus obligaciones a la hora de dirigir un juicio o evacuar una consulta, ya sea actuando ante los tribunales o fuera de ellos.-

Habiendo determinado brevemente la importancia del tema que se va a tratar en este trabajo, encaminaremos el presente estudio en primer lugar a encasillar la relación contractual entre el abogado y su cliente dentro de alguna o algunas de las figuras contractuales conocidas, no solo conforme a la doctrina sino también al tenor de la legislación comparada.-

2.- Diferentes Teorías Acerca de la Relación Contractual Abogado Cliente.-

No puede cuestionarse la naturaleza contractual de la relación que nace cuando el abogado llega con su cliente al a

acuerdo de defender judicialmente sus intereses o de asesorarlo en cualquier otro asunto extrajudicial, relación de la que nacen responsabilidades en caso de incumplimiento, que tiene especiales características por las partes que participan y por los servicios que se contratan.-

La doctrina, la jurisprudencia y el derecho positivo, se han ocupado del tema de la relación contractual abogado - cliente, no habiendo sido única la conclusión a que han llegado en la clasificación; muchos autores han tratado el tema, considerando que es un mandato, otros que es un arrendamiento (7) miento de servicios, un contrato de obra o un contrato

(7) Consideran esta relación contractual como mandato, Pothier, Tropolong, Bernburg; como arrendamiento de servicios lo consideran Laurent, Baudry Lacantinery y Wal, Santos Briz, Duvergier, Manresa, Castán, Alcalá Zamora, Guasp, Valverde, Bonet, La Plaza; como un contrato de empresa lo consideran Kipp y Wolf, Carnelutti, Planiol y Ribert; como un contrato de Derecho Público lo consideran Appleton y Lavandera; como una relación especial de servicios el Profesor Prieto Castro y como un contrato innomindado Garsonet y Greson.

innomindado.-

La clasificación de esta relación, que variará de acuerdo con las facultades y deberes que tenga un abogado cuando está ejerciendo su función a favor del cliente, toma mayor importancia a la hora de tratar de determinar la responsabilidad que como profesional le corresponde en el momento en

que se le atribuya culpabilidad por el resultado de su trabajo, situación que es similar a la de los médicos farmacéuticos y demás profesionales que ejercen profesiones liberales. En este trabajo se tratará por separado cada una de las figuras para llegar así, hasta donde sea posible a determinar cual es la verdadera naturaleza contractual de la relación.-

Es necesario advertir que la relación abogado cliente, tiene un doble carácter, moral y jurídico, donde una de las partes tiene una confianza ilimitada y de ahí la necesidad, en este caso mayor del abogado, de definir cual es la relación con su patrocinado para que cuando sea necesario establecer la responsabilidad de tipo profesional, pueda darse la explicación de por qué actuó de una manera y no de otra, independientemente de que la responsabilidad sea solo moral o también jurídica.-

A.- Teoría del Mandato.-

Antes de entrar a analizar si la relación abogado cliente puede definirse como una relación contractual de mandato, tema este que ha sido objeto de estudio desde la antigüedad por los romanos, es conveniente recordar la definición de mandato y sus características de acuerdo con las legislaciones positivas y la doctrina. Mientras que la actividad personal se desarrolle dentro del círculo estrecho un indi

viduo se basta a si mismo, pero al salirse de ese círculo se hace necesaria la cooperación de otros, para que a un individuo otro le realice lo que debiera hacer por sí, a apropiándose de sus resultados. Aquí es donde surge la instución del Mandato.-

Domat, (8) dice que " las ausencias como las indisposicio-
nes y otros varios impedimentos hacen con frecuencia que

(8) Domat. " Les Lois Civiles dans leurs Ordre Natural" I
París pág. 106, citado en Nucius Scaevola. Código Civil To
mo XXVI. I Continuado por Francisco Bonet Ramón. Ed. Reus
Madrid 1919.-

que no pueda ocuparse el hombre de sus negocios y en estos
casos el que no puede obrar, elige a una persona a la que
da poder de hacer lo que él mismo si estuviera presente".
El mandato como lo dice Bonet en la obra antes citada, se
origina en un cambio de deberes y servicios por el cual se
corrige la desigualdad de inteligencia, de aptitud y de
fuerza que la naturaleza ha establecido entre los hombres.
Su origen se encuentra en la amistad, la afección y el de
seo de prestar a otro un servicio que se quería para sí, y
que no se le pone otro precio que el placer de prestarlo.-

El mandato o procuración es un acto por el cual una perso-
na confiere a otra poder para hacer algo con destino al man
dante y a su nombre.(9)

(9) Artículo 1984 del Código Civil Francés.-

Es característica del contrato de mandato que el mandatario también, llamado apoderado, actúe siempre como representante o sea a, nombre del mandante, aunque no es una característica esencial, porque nada impide que el mandatario actúe en nombre propio sin aclarar su condición. La doctrina y la jurisprudencia tenían una concepción unitaria y no se concebía el mandato sin representación, el mandatario no obraba pues, solo por cuenta del mandante sino también a su nombre. Esta idea ha cambiado y actualmente mandato y representación son instituciones distintas; el mandato es la base en que se sustenta el poder dado por el mandante al mandatario para la realización del encargo y agota su esfera de actuación en las relaciones íntimas entre mandante y mandatario.- La representación por el contrario atribuye al apoderado el poder de emitir una declaración de voluntad frente a terceros y vale como si hubiese sido dada por el poderdante.(10) Tiene el contrato de mandato otra característica que es de mucho interés para el estudio que se pre

(10) Este tema lo desarrolla ampliamente Díez Picazo en "Instituciones de Derecho Civil" Volumen I, Edit. Tecnos. Madrid 1974, pág. 539.-

tende realizar, la gratuidad, aunque muchas legislaciones han cambiado de criterio y consideran el mandato como remunerado.-

En el derecho romano se llegó a la conclusión de que la relación abogado cliente era un contrato de mandato, entre otras cosas porque se hacía la diferenciación entre el ejercicio de los trabajos manuales y los intelectuales, repugnando que los últimos fueran objeto de arrendamiento. Más bien el trabajo intelectual se consideraba gratuito, no susceptible de remuneración por el desinterés y el altruismo de quienes con el abogado ejercían profesiones liberales.

También consideraba la doctrina romana que el abogado representaba a su cliente en la labor que le encomendaba. Estos conceptos de gratuidad y representación fueron recogidos por la doctrina francesa, (11) y también la jurisprudencia del

(11) Pothier. Traité du Contrat de Mandat. Nº 23. Para explicar la relación de mandante y mandatario, entre el abogado y su cliente pone el siguiente ejemplo: " Yo busco un abogado célebre para rogarle que se encargue de la defensa de mi causa, respondiéndome que sí. Yo le doy las gracias y le digo que como una débil muestra de mi reconocimiento, le regalaré el Thesaurus de Méerman, que falta en su biblioteca aceptando de grado mi presente. El contrato que media entre nosotros no deja de ser un mandato, porque yo lo que le prometo no es el precio de la defensa de mi causa de la que está encargado. La promesa que le hago de este Thesaurus, que acepta es una convención que, aun celebrada al mismo tiempo que el contrato de mandato, sin embargo no forma parte de él, le es extraña".

siglo XIX con la sentencia del 4 de marzo de 1889. D. 90.2.
281.-

Otros autores se fundamentaron en el criterio de que las funciones de un orden elevado, que se dirigen a fines morales del hombre con fines generosos como las ocupaciones de eclesiásticos, maestros de ciencia o arte, médicos, abogados y en general las profesiones liberales, no tienen como fin el lucro sino móviles generosos y desinteresados, perteneciendo tales servicios al mandato. (12)

(12) Troplong. Du mandat Nos 183 a 122; Durnburg, Diritto della Obligazioni. Citados por Fco. Bonet en Revista de Diritto Privato. XXII págs. 293 y sigs.

La razón histórica de considerar el trabajo de las personas que ejercen profesiones liberales como gratuitas, ha perdido toda importancia entre otras cosas porque esas profesiones son las que sirven de sustento a quienes las ejercen, constituyendo la mayor de las veces su única forma de vida; no se encuentra en ninguna legislación positiva actualmente ley que tenga el mismo sentido de la Ley Cincia, (13) en cuanto

(13) Al tenor de la Ley Cincia, estaba prohibido para los abogados percibir honorarios por el ejercicio de su profesión, pero en la práctica lo que se hizo fue considerar la retribución que pagaba el cliente como un reconocimiento no fundado en el mandato sino en una "percecutio" extraordinaria.-

a la prohibición para los abogados de cobrar honorarios.-

Por el contrario los ordenamientos que regulan el proceso

y la actividad profesional ante los tribunales de los abogados y los respectivos estatutos de la abogacía, fijan los honorarios que puede devengar el profesional en derecho. (14)

(14) El artículo 36 sec. 2º del Estatuto General de la Abogacía de España de 28 de junio de 1946, reconoce los honorarios que devengan los abogados, los que son garantizados por el procurador conforme lo dispone el artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También regula los honorarios de abogado el estatuto de la Abogacía de Bolivia, Arts. 34, 35 y 36 de la Ley de 8 de diciembre de 1941.- El artículo 1040 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, regula lo referente a honorarios de abogado en materia civil y el artículo 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los defensores públicos son funcionarios de la Corte Suprema de Justicia encargados de defender en las causas penales a los procesados que por cualquier motivo no puedan contratar los servicios de un profesional.-

En cuanto al otro fundamento que se basaba la doctrina romana y la francesa del siglo XIX, la representación, para considerar como un mandato el contrato entre abogado y cliente, empezó a ser atacada por autores como Cujas, (15)

(15) Obs. Lib, II Cap. 28 coment in lib. III Respons. Papin ad Leg 7, citados por Bonet en Revista de Derecho Privado XXII págs. 383 y sigs.-

y más recientemente por otros muchos, ataque que fundamentaron en la diferencia entre mandato y representación. Si bien es cierto que el código civil español no establece rigurosamente la diferencia entre las ideas del mandato y representación la jurisprudencia posterior a la publicación

del cuerpo legal, fijó la naturaleza jurídica del mandato en la representación; (16) posteriormente se puede obser -

(16) Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1902, que declaró que el mandatario asume en los actos que realiza la personalidad del mandante, pudiendo en su virtud ser demandado en la representación de éste. En igual sentido se pronunciaron las sentencias de 1 de julio de 1924 y 1 de julio de 1927.-

var cierto cambio en el sentido de distinguir cuando el contrato de mandato es fuente de obligaciones y cuando tienen por objeto exclusivo la representación, casos en que aparecían confundidas y que conforme al artículo 1709 del Código Civil se resalta más la que constituye al mandato en fuente de obligación. Los primeros atisbos en este cambio pueden verse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, primero no muy claramente pero sí posteriormente, (17) conside

(17) Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1905 y más clara la de 8 de octubre de 1927 que estableció " Si bien la representación es un requisito muy estimable en el contrato de mandato en virtud del cual se extiende la personalidad humana, no es indispensable en los efectos contra terceros como lo pregonan el artículo 1717, que permite al mandatario actuar en nombre propio en cuyo caso este es el responsable en los efectos contra terceros."

rando que la representación no es esencial en el contrato de mandato ni característica del mismo.

Parece que fue Ihering quien estableció y observó que la re

presentación y el mandato si bien eran conexos, constituían dos lados bien distintos de la misma relación, el primero el lado externo y el segundo el interno; ambos totalmente independientes. Su coexistencia es simplemente causal y como es posible un mandato sin representación (representación indirecta, mandatario a quien se ha encargado un acto meramente material) así es posible una representación sin mandato (tutor, negotiorum gestor que obran como representantes directos)

De la misma forma que consideró Laband el poder sin representación, otros muchos autores han desarrollado el tema concretándolo a la relación abogado cliente. Brugil, (18)

(18) Brugil B. Instituciones de Derecho Civil. Editorial U nión Tipográfica Hispanoamericana 1946. Pág. 330 y sig.

nos habla del mandato y dice que es un contrato por el cual una persona se obliga gratuitamente o por compensación a realizar un negocio por cuenta de otra persona (mandante) de la cual recibió el encargo. En cuanto a la representación de parte en juicio considera que necesitan un mandato especial.

Colan y Capitant después de considerar por qué los romanos consideraban la relación abogado cliente como un mandato, nos dice que en la actualidad no hay duda de que las relaciones médicos y abogados (19) con sus clientes no consti-

tuyen mandato; no sucede lo mismo con el Procurador quien

(19) La situación del médico empieza a ser un poco diferente a la del abogado, de acuerdo con la nueva corriente en la mayoría de los países tendientes a estatizar la medicina, pero siempre quedarán clínicas privadas donde podrán ejercer la profesión libremente.

sí es un mandatario que representa a los clientes ante los Tribunales.(20)

(20) Colan y Capitant. Curso elemental de Derecho Civil tomo IV. Tercera edición. Ed. Reus 1955 pág. 483 y sig.

La doctrina italiana desarrollada por Carnelutti, habla del defensor activo quien sustituye a la parte en el juicio y comúnmente se le llama Procurador. Considera este autor inexacta la definición del representante de la parte, porque el juicio relevante para los actos no es el suyo sino el de la parte misma. El defensor lo que hace es cooperar, dando forma a las declaraciones de la parte quien no tiene experiencia ni conocimientos de derecho. Tiene el defensor en este caso el papel del Nuncius, figura que se encuadra en la del mediador, situación en la que se coloca al abogado no solo para acortar la distancia entre la parte y el Juez sino también entre las partes. Carnelutti denomina la función ejercida por el defensor como patrocinio.(21)

✓ (21) Carnelutti F. Instituciones del Proceso Civil. Traducción a la quinta edición italiana por Santiago Sentis Me-

lendo. Volumen 1, Ediciones Jurídicas Europa- América 1959 págs. 187 y sigs.

Giovanni Leone (22) sobre el mismo tema en materia proce-

(22) Leone G. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo 1. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1963. Págs. 568 y 569.

sal penal dice que el defensor participa en el proceso para la integración técnica de la participación de las partes privadas; que aunque se rehusa admitir la representación en el proceso penal, existen casos en que esta representación está expresamente consentida e impuesta como en la recusación del Juez que regula el artículo 65 del Código Procesal Penal italiano; la representación del imputado de tenido que rehuse a asistir al debate que dispone el artículo 427; la representación del imputado libre que se aleja de la audiencia regulada esta situación por el artículo 428; la representación del imputado alejado por orden de quien ejerce el poder de policía de la audiencia conforme al artículo 192; juicio de Casación en el que la parte privada está del todo excluida, instituyéndose la relación pro cesal en dicha fase solo en orden al defensor; además hay un caso que es mucho más amplio, regulado por el artículo 125 segundo, que es el derecho del imputado de hacerse re presentar en juicio por el defensor mediante mandato especial, cuando se trate de juicio por delito castigado única mente con pena pecuniaria.-

De La Plaza, considera que la doctrina española estudia conjuntamente a los procuradores y abogados siendo consecuencia de esto que no se puedan marcar las diferen - cias esenciales de las dos figuras procesales.-

El Profesor Prieto Castro (23) trata el tema diciendo que

(23) Prieto Castro Leonardo. Derecho Procesal Civil.

la representación del cliente dentro del proceso, la de aconsejarlo y defenderlo está en manos de dos personas diferentes, procurador y abogado en España, Avocat et avoué en el sistema francés y procuratore y avvocato del sistema Italiano, siendo diferente el del Protectorado de Marruecos, donde no existe la Institución del procurador sino que las funciones están unificadas.-

La ley de enjuiciamiento civil española, al exigir que la parte comparezca en juicio representado por medio de un procurador con poder declarado bastante por un letrado elimina la posibilidad de que entre el abogado y el cliente se establezca una relación de mandato, porque esa relación es con el procurador, quedando para el letrado no la representación sino solamente la dirección técnica del proceso; entre el procurador y el cliente se da una representación formal y al abogado queda la capacidad de postulación únicamente para la defensa. Sin embargo, hay casos donde no se exi-

ge el procurador para comparecer ante los tribunales y el letrado puede ejercitar las dos funciones, representación y defensa, como en el caso de la jurisdicción militar cuando se permite el letrado civil y en la justicia Municipal de primera instancia.-

En estos casos si se diera el poder al letrado, se estaría ante un contrato de mandato entre abogado y cliente. La ley de enjuiciamiento civil establece cuando es que no se necesita procurador para comparecer en juicio.- (24)

(24) Artículo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice: No obstante lo dispuesto en el artículo anterior podrán los interesados comparecer por sí mismos, pero no valiéndose de otra persona que no sea procurador habilitado en los pueblos donde no lo haya? 1º En los actos de conciliación. 2º En los juicios verbales y de desahucio, competencia de la Justicia Municipal. 3º En los juicios universales cuando se limite la comparecencia a la presentación de los títulos de crédito o derechos o para concurrir a juntas. 4º En los incidentes de pobreza, alimentos provisionales, embargos preventivos y diligencias urgentes que sean preliminares al juicio. 5º En los actos de jurisdicción voluntaria.

La ley que reformó la justicia Municipal, (25) dispone que

(25) Ley de 19 de julio de 1944, reglas 1ª y 2ª apartado C base 10.

las partes pueden comparecer por si aunque puede conferir poder al abogado o al procurador de la parte, poder que se otorgará ante Notario o Apud Acta y no necesita "bastanteo".

(26)

(26) La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1892 y la de 12 de julio de 1905 establecieron que el "bastante" no era necesario en los casos de excepción del artículo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.-

En relación con la jurisprudencia hay algunas sentencias de vieja fecha que dieron el carácter de mandato a la relación abogado cliente, (27) pero en los últimos diez años, el

(27) La sentencia de 30 de octubre de 1922 atribuyó el carácter de mandato al caso de un abogado en cuanto al derecho de cobrar sus honorarios por sus trabajos profesionales ejecutados en el cargo de vocal de una comisión liquidadora de una quiebra. Las sentencias que consideran la relación entre abogado y cliente como una prestación de servicios entre otras tenemos: la de 7 de junio de 1958; 2 de junio de 1950; 21 de noviembre de 1970; todas del Tribunal Supremo.-

critério es uniforme en cuanto considera esta relación como prestación de servicios. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo no se han referido solamente a la relación abogado cliente, sino que también a la de otros profesionales como el médico, que ejercen profesiones liberales.-

En la legislación comparada, hay muchas que tienen unificadas en el abogado las funciones de representación y defensa.

El Código Civil Alemán, (28) como cuerpo jurídico de gran abstracción y elasticidad, nada casuístico, con normas que

(28) Código Civil Alemán (BGB) Traducción de Carlos Melón Infante. Editorial Bosch. Barcelona 1955.-

por esas características permiten ser aplicadas a diferentes situaciones habla del contrato de prestación de servicios, como figura donde se incluyen cualquier clase de servicios, pero realmente deja esta contratación para los servicios que podríamos llamar menores, no incluyendo los servicios profesionales para los que considera más adecuada la figura del mandato. Con relación al abogado, las funciones de representación y asistencia legal están unificadas y como ya se dijo, aunque el artículo 611 del código civil incluye cualquier tipo de servicios en el contrato de arrendamiento, el artículo 675, hace la diferenciación cuando se trata de contrato de servicios o de obra que toman por objeto una gestión de negocios y cuando esa gestión la realizan personas que se han ofrecido públicamente, como es el caso de los abogados; las normas que regulan esta relación conforme lo dispone el artículo 663 del Cuerpo de leyes civiles alemán, son las que se refieren al mandato.-

En estos casos el mandatario conforme a la legislación alemana, (29) está autorizado a separarse de las indicaciones

(29) Se transcriben a continuación los artículos citados del

código civil Alemán. Artículo 663. Quien está designado pú**ú**blicamente o se ha ofrecido públicamente para la gestión de ciertos negocios, está obligado a notificar inmediata - mente al mandante para la gestión de ciertos negocios. Artículo 675. A un contrato de servicios o a un contrato de obra que tenga por objeto una gestión de negocios se aplican oportunamente las disposiciones de los párrafos 663, 665 a 672 a 674 y, si corresponde al obligado el derecho de de**de**nunciar con observación de un plazo de denuncia, también las disposiciones del artículo 671 párrafo 2º.-

mandante, cuando considero que de acuerdo con las circunstancias aprobaría la separación. Mucha importancia tiene el artículo 665 del cuerpo de leyes citado con la actividad del abogado, quien por estar ejerciendo una actividad pura**u**mente técnica y profesional, tiene que tomar medidas que no estaban contempladas en el poder, necesarias para la bue**ue**na marcha del juicio.-

Al hablar de representación y de poder, el Código Civil Ale**le**mán, lo que hace en su título V, establece los alcances de la representación y como en caso de verse afectado el con**on**trato por vicios de la voluntad o conocimiento y desconoci**ci**miento de algunas circunstancias, que consideramos puede ser otro vicio de voluntad, la persona del representado no tiene ningún papel en la determinación de la validez de la obligación, porque está representado por el apoderado quien será el tomado en cuenta para esclarecer si existen o no e**e**sos vicios. (30)

(30) Artículo 166 del Código Civil Alemán. Siempre que los efectos jurídicos de una declaración de voluntad resulten afectados por vicios de la voluntad o por el conocimiento o deber de conocimiento de ciertas circunstancias, no se

toma en consideración la persona del representado, sino la del reoresentante.-Si en el caso de un poder de representación otorgado por negocio jurídico (poder), el reoresentante ha procedido según determinadas instrucciones del poderdante, este no puede alegar el desconocimiento del representante en relación a aquellas circunstancias que él mismo conocía. Lo mismo vale de las circunstancias que el poderdante debió conocer, en tanto que el deber de conocimiento se equipare al conocimiento.-

También el párrafo segundo del artículo citado, elimina la posibilidad de que el poderdante quiera disminuir el poder una vez que lo ha dado o que no quiera responsabilizarse de los actos que cuando celebró el negocio jurídico debió conocer que sucederían, haciendo la salvedad de que el deber de conocimiento se equipare al conocimiento . En este sentido parece haber relación de ese artículo con el 665 ya comentado, cuando autoriza al mandatario a separarse de las indicaciones del mandato según las circunstancias.-

Creemos que también puede aplicarse a la relación de mandato entre abogado y cliente, esta facultad o derecho, pues tendría que responder el cliente de las actuaciones del abogado en un juicio aunque no hayan sido estipuladas, pero que por la naturaleza técnica de la profesión debe saber que tendrá que ejecutar.-

Pocas son las legislaciones que regulan expresamente la relación contractual entre abogado cliente, habiendo provoca

do estos pronunciamientos jurisprudenciales; el código de obligaciones suizo que será tratado más adelante regula las relaciones entre el profesional y el cliente como arrendamiento de servicios pero supletoriamente aplica las disposiciones del mandatario por lo dispuesto en el artículo 394.-

En Hispanoamérica, muchas legislaciones establecen que la relación (31) entre el abogado y cliente que defienden en

(31) Entre otras legislaciones la de Ecuador, Bolivia, Venezuela, Panamá, Nicaragua y Costa Rica.-

juicio, constituye la figura contractual del mandato por que no existe la institución del procurador y al estar unificada la función de representación y defensa, el abogado actúa como apoderado de su cliente, poder que se otorga como escritura pública o apud acta ante el tribunal que conoce del asunto.-

En las repúblicas de Ecuador y Colombia, la regulación de esta figura contractual es muy similar, estableciendo que entre la persona que ofrece sus servicios profesionales incluyendo el abogado, y el cliente, se establece una relación de mandato. (32)

(32) El artículo 2144 del Código Civil de la República de Ecuador dispone: Los servicios de las profesiones y carre

ras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato. Disposición igual tiene el código Colombiano en su artículo 2144.-

Estas legislaciones regulan en forma separada la prestación de servicios que podrían llamarse menores y los que presta un profesional.-

En Méjico se hace la diferenciación entre los servicios que prestan los domésticos, los servicios por jornal, destajo, precio alzado, de los que prestan los profesionales. Los primeros están contemplados bajo la denominación de contrato de obra; en cambio los servicios profesionales se sujetarán a las disposiciones relativas al mandato.- (33)

(33) En lo que interesa el Código Civil mejicano establece? Art. 2406. Los contratos que se celebren en el ejercicio de una profesión científica, se sujetarán a las disposiciones relativas al mandato.-

La legislación chilena, contiene una disposición con respecto a las profesiones que requieren largos estudios, igual a la que contienen la legislación colombiana y venezolana aplicando a estas relaciones las disposiciones del mandato.(34)

(34) Artículo 2006 del Código Civil Chileno: Los servicios de profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a

los que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto a tercero, se sujetarán a las reglas del mandato.-

En Costa Rica cuando se trata de prestar asistencia a un cliente en juicio ante los tribunales, el cliente otorga al abogado poder, denominado por la ley civil, poder judicial. (35) Por medio de éste, de amplias facultades, el

(35) Artículo 1289 del C. Civil de Costa Rica.-

mandatario puede apersonarse en juicio como actor o demandado, seguir el juicio en sus diversas instancias, comprometer en árbitro, interponer recursos, transigir, reconocer documentos, cancelar y otorgar escrituras, renunciar trámites, recusar funcionarios judiciales, absolver posiciones y hacer todo lo que la parte haría para terminar el negocio. Por ser este poder de tan amplias facultades, cuando en Costa Rica se llama a confesión ante una oficina judicial a una persona, en el escrito inicial se hace la advertencia que debe comparecer personalmente y no por medio de apoderado para evitar así la no comparecencia de quien se quiere absuelva las posiciones. El Poder Judicial cuando se otorga para que representen a la parte en juicio debe darse a un abogado o a un procurador o bachiller en leyes, títulos estos últimos que otorgaba la universidad en tiempos pasados no ejerciendo ya quienes lo han adquirido. No

debe confundirse este procurador de que habla la ley costa
rricense con el procurador que aquí en España es represen-
tante en juicio. Con respecto a la amplitud del poder con-
tiene el Código Civil una disposición, (36) donde dispone

(36) Artículo 1256 del Código Civil. El poder judicial pa-
ra determinado acto jurídico judicial o extrajudicial, so-
lo faculta al mandatario para el acto o actos especifica -
dos en el mandato sin que pueda extenderse ni aun a aque -
llos actos que pudieran considerarse como consecuencia na-
tural de los que el apoderado esté encargado de ejecutar.-

que si se otorga un poder judicial especial para determinado
acto judicial y también extrajudicial, solo da facultad
al mandatario para que actúe en actos o el acto especificado
en el poder, no pudiendo extenderse, ni aun a aquellos
actos que puedan considerarse como consecuencia natural de
los que está encargado, teniendo respecto a los actos pa-
ra que esté autorizado las facultades que conforme a la dede
nominación del poder pueda ejercer. (37)

(37) En Costa Rica hay varias clases de poder con diferen-
tes facultades. El poder que otorga más facultades es el
generalísimo, que da las de disposición; luego sigue el ge
neral, por medio del cual se pueden ejercer funciones admini
nistrativas, incluídas aquí las de entablar acciones ten -
dientes a interrumpir la prescripción en acciones poseso -
rias, exigir judicialmente el pago de créditos, vender frutu
os. Además existe el poder especial que como su nombre lo
indica es para un determinado acto, como para entablar una
acción penal a nombre de otro, y el poder judicial, que
puede tener las características de general, caso en el que
se referirá a todos los negocios o juicios del poderdante.
o especial cuando se especifica que es para uno o determi-
nados negocios judiciales.-

La doctrina ha tratado el problema de la extensión del poder que en un juicio se da al procurador cuando existe o al abogado en el otro caso. La problemática se presenta porque el cliente no puede dar instrucciones al abogado o procurador para que actúe en el juicio; sin embargo el poder para juicios es de extensión fija, pero las restricciones no pueden ir en perjuicio de las atribuciones que otorga la Ley procesal, como sería la prohibición de articular defensas o interponer recursos, prohibiciones que por ir contra la ley creemos se tendrían por no puestas.-

Todo esto trae como consecuencia que si un abogado actúa fuera de las atribuciones que le da el poder dentro del juicio, tiene que reponder en persona, pues lo que podemos llamar solidaridad del cliente se quiebra en este caso, (38)

(38) Sobre este tema puede consultarse a Salmerón Comellas: Consideraciones sobre " el mandato Ad litem", Revista de Derecho Procesal, Volumen 2, 1962, págs. 13 y sigs.

a no ser que se otorgue el poder que faltaba haciendo suyos los actos, siempre que se le conceda al poder la ficción de que obre con carácter retroactivo, porque una ratificación no surtiría efectos cuando se actúa sin poder ya que esta es integradora del contrato y no es adecuada para confirmar un acto anulable.-

En cuanto a la remuneración del mandato, la legislación cos

tarricense no ofrece ningún problema en cuanto a cobrar honorarios, ya que se considera retribuido por regla general siendo gratuito por excepción cuando así se pacta. (39)

(39) Artículo 1258 del Código Civil. El mandato no se presume gratuito, lo será si así se ha estipulado.

A través del análisis de las normas legales que rigen el mandato en Costa Rica, vemos que no ofrece ninguna duda de que cuando una persona contrata con el abogado para que le defienda en juicio ante los tribunales, se configura el contrato de mandato.-

Además de las disposiciones del Código Civil en lo que se refiera a prestación de servicios, el código de trabajo, (40) al definir lo que es el trabajador, establece que es

(40) Artículo 4º del Código de Trabajo establece: Trabajador es toda persona física que presta a otra sus servicios materiales intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.-

la persona física que presta sus servicios materiales intelectuales o de ambos géneros, pero no es adecuada la figura del contrato de Trabajo para enmarcar a la relación contractual del abogado con su cliente, en especial porque no se puede dar en estos casos, salvo raras excepciones la subordi

nación, elemento esencial de esta contratación laboral. Sin embargo puede darse el caso de un abogado quien dedique toda su actividad a una persona física o jurídica trabajando en una situación no igual, pero muy similar a la que tendrá a el trabajador que preste sus servicios mediante el contrato de trabajo. Posteriormente nos ocuparemos de este tema, con más detalle.-

Ningún otro código de derecho sustantivo trata en Costa Rica la relación entre el abogado y su cliente; el Código de procedimientos civiles regula la forma en que debe otorgarse el poder, estableciendo que sea en escritura pública o apud acta, diligencia que será autorizada por el Juez y el secretario. (41)

(41) El artículo 1053 del Código de Procedimientos civiles de Costa Rica dice: la constitución del mandato especial para un juicio podrá hacerse apud acta. La diligencia la autorizará el Juez y su secretario y será firmada además por el otorgante, salvo que no supiere escribir o estuviere impedido lo que se asentará. Si la persona que quiere dar poder especial para un juicio se encontrare fuera de la jurisdicción del Juez o Tribunal que conoce del asunto, podrá conferir dicho mandato en la clase de papel sellado que se tramita el juicio y con el timbre de ley, ante cualquier Juez o Alcalde el cual dirigirá a costa del interesado, un despacho telegráfico al Juez o Tribunal a quo, indicado con precisión el nombre y la naturaleza del juicio y el nombre y apellidos del poderdante y del mandatario. A continuación remitirá el Juez o Tribunal a quo, acta del poder para que sea agregada a los autos. Si en el lugar donde se encontrara no hubiere Juzgado o Alcaldía, el poder podrá otorgarse ante el Jefe Político o agente Principal de Policía, debiendo estos funcionarios dar fe de la autenticidad de la firma del poderdante, de que ha firmado a

a su ruego otra persona en el caso de que no sepa o no pueda firmar. También podrá dar fe de esa autenticidad o ruego un Notario Público, sin necesidad de poner razón en su protocolo. El poder será otorgado en el papel correspondiente al negocio con el timbre de Ley y aun podrá extenderse en papel simple y sin timbres, pero en este caso no surtirá efectos en juicio mientras no hayan sido satisfechos los impuestos fiscales respectivos. La administración de rentas pondrá a la venta fórmulas impresas en papel sellado de los distintos valores usados en los negocios judiciales. Cuando el poderdante se encontrare en el extranjero, podrá conferir poder especial ante un cónsul o Ministro Diplomático de Costa Rica, siguiendo un procedimiento semejante al indicado en el párrafo segundo. El poder especial otorgado en un prejuicio de posiciones servirá también para establecer la respectiva demanda ejecutiva u ordinaria.-

También la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece quienes pueden representar en juicio a las partes. (42)

(42) El artículo 140 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice: Salvo los casos exceptuados por la Ley, solo los abogados, bachilleres en leyes y procuradores judiciales podrán representar en juicio civil o criminal a las partes ante Superiores, Juzgados y Alcaldías de la república.

El Código de Procedimientos Penales, (43) establece que en

(43) Artículo 86 del Código de Procedimientos Penales. En las causas por hechos punibles reprimidos solo con días multa o inhabilitación, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial. El tribunal no obstante podría requerir la comparecencia personal.-

en los delitos castigados solamente con días multa, el im-

putado puede hacerse representar por un mandatario con poder especial, que asume el cargo de defensor, siendo este caso de representación voluntaria, pues el imputado no tendrá que estar en el juicio, a no ser que el Tribunal lo haga comparecer para conocerlo por ejemplo. (44)

(44) Sobre este tema puede preguntarse a G. Leoné en la obra citada en nota veintidós.

Refiriéndose en concreto al poder para representar en juicio " ad litem" Pothier lo define como un contrato por el cual el que ha intentado o quiere intentar una demanda judicial contra otro o a aquel contra el que se ha intentado, confía la prosecución de la demanda o su defensa contra el que la ha intentado, a un procurador de los Tribunales, que se encarga de ella. Según el tratadista francés el poder no es gratuito y no encierra un oficio de amistad pues el procurador o el abogado en su caso recibe y tiene derecho a recibir de su cliente una remuneración por la prosecución del juicio o negocio.-

Vemos entonces que en los países donde la institución del procurador no existe como representante de las partes en juicio y el abogado es el que representa y defiende, se le confieren una gran cantidad de facultades y aunque la Ley permite al menos en el caso de Costa Rica, limitar las fa-

cultades en el poder, en la práctica el mandato se otorga para un solo juicio pero sin ninguna restricción, la mayoría de las veces porque el poderdante no sabe los alcances del contrato de mandato que está celebrando y porque el No tario ni la persona ante quien se otorga el poder apud acta ante el Tribunal, dan las explicaciones necesarias.-

Vistos los casos en que la relación contractual abogado cliente constituye una relación de mandato, pasaremos a analizar los casos o legislaciones donde constituye un arrendamiento de servicios.-

B.- Teoría del Arrendamiento de Servicios.-

Así como hay doctrina y legislación que considera la relación entre abogado y cliente como un contrato de mandato, hay también doctrinas, legislación y jurisprudencia que la consideran como un arrendamiento de servicios.-

Se fundamenta esta corriente en la consideración de que no debe hacerse distinción entre los trabajos manuales y los intelectuales, pudiendo ser los últimos objeto del contrato de arrendamiento, destinado antes solo a regular la pres tación de servicios materiales llamados también trabajos menores.-

Hay legislaciones laborales que igual que las civiles, incluyen como objeto del contrato de trabajo cualquier tipo de servicios. (45)

(45) Artículo 4º del Código de Trabajo de Costa Rica. Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo expreso o implícito, verbal o escrito individual o colectivo.-

En cuanto a la denominación contrato de trabajo, Planiol (46) la critica diciendo que carece de sentido y la cambia

(46) Planiol. Traite Elementaire. T II. Nº 1826 y 1841.-

por arrendamiento de trabajo. No está de acuerdo en que haya trabajos más o menos dignos, pudiendo constituirse con los servicios prestados por profesionales liberales, con contratos civiles igual que los trabajos manuales.-

Son muchos los autores que han criticado la calificación social basada en el tipo de trabajo a realizar.- (47)

(47) Laurent. Principes de Droit Civil Francaise. T. XXVIII Nº 337.-

El contrato de arrendamiento de servicios consiste en que una parte (arrendadora) se obliga a prestar a otra parte

(arrendatario) determinados servicios mediante retribución o precio. Castán, (48) lo define como aquel por virtud del

(48) Castán. Derecho Civil Español T. III pág. 429.

cual una de las partes se compromete, respecto de la otra, a realizar en servicio de ella una actividad o trabajo durante un tiempo determinado sin fijación de plazo, a cambio de una remuneración proporcional al tiempo o a la cantidad de trabajo producido.-

Este contrato lo definen los códigos para regular las relaciones de trabajo en general como es el doméstico; por ejemplo el código civil Alemán, al hablar del contrato de servicios (deinstvertrag) en el artículo 611 estipula "pueden ser objeto del contrato de servicios, servicios de cualquier clase". Sin embargo debe recordarse que la relación abogado cliente está regulada por las normas del mandato como se vió al tratar esta figura. Debido a la amplitud que ofrece el contrato de servicios, muchos autores, (48) consideran que la actividad del abogado como la del

(48) Entre ellos Bonet Ramón, Castan Planiol.-

médico a defender el primero a su cliente ante los tribunales constituye un arrendamiento de servicios.-

El Código Civil de España, (49) define el contrato de ser

(49) Artículo 1544 del Código Civil de España. En el arrendamiento de obras o de servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.-

vicios en una forma imprecisa. Se caracteriza en su esencia por la promesa que hace una parte de prestar su actividad profesional o el trabajo mismo y la otra promete una remuneración de cualquier clase, la cual puede ser convenida tácitamente cuando por la prestación de los servicios solo es de esperar como contraprestación una retribución. Cuando se trate de arrendar servicios profesionales no puede conocerse inicialmente cual sea la cuantía de los honorarios que se van a cobrar, los que dependen del trabajo realizado y del tiempo que dure la asistencia profesional.-

Debido a que el código civil al definir el contrato de arrendamiento de servicios no es muy claro, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado muchas veces, siendo su criterio que tanto la prestación de servicios médicos como de abogados, constituyen un contrato de arrendamiento de servicios. (50)

(50) Sentencias número 2139 de 7 de junio de 1958: Los servicios de las personas que ejerzan profesiones liberales no constituyen más que una modalidad siquiera lo sea muy elevada y destacada del que la tradición jurídica y nuestro

código Civil vienen llamando contrato de arrendamiento de servicios. El Contrato de prestación o arrendamiento de s servicios es molde amplísimo que cobija sin género de dudas, los servicios superiores y muy calificados de quienes ejercen las llamadas profesiones liberales. El contrato de arrendamiento de servicios puede tener por objeto trabajo de cualquier naturaleza sean corporales o intelectuales de un orden más o menos elevado, tanto los de arquitecto, médico, abogado y otras profesiones, como las domésticas o materiales, habiendo sido regulado en algunas legislaciones extranjeras con toda precisión como trabajo autónomo en las profesiones liberales y como subordinado el doméstico. Pueden consultarse además las sentencias Nº 2070 de 2 junio de 1960; 24 de enero de 1961, 23 de octubre de 1961 y 21 de noviembre de 1970. También la sentencia del 22 de enero de 1930 consideró que si a un abogado se le encarga la investigación de un título mobiliario se configura un Arrendamiento de Servicio.-

Sin embargo sentencias de vieja fecha llegaron a considerar que el ejercicio de las profesiones liberales daban origen al contrato de mandato y alguna consideró que tal relación contractual era un contrato de obra.-

Hay legislaciones que como apunta la sentencia del Tribunal Supremo transcrita, regulan en forma específica las actividades profesionales con el nombre de trabajo autónomo, entre las que podemos citar la italiana y el código de obligaciones suizo que regula la prestación de un servicio u obra sin el vínculo de la subordinación.- (51)

(51) Arts. 348 del Código de obligaciones suizo y 2229 del código civil italiano, regulan las profesiones intelectua-

les en cuanto a la forma de prestar los servicios.-

La legislación civil italiana al regular específicamente la actividad de las profesiones intelectuales dentro del título de trabajo autónomo, elimina el vínculo de la subordinación, estableciendo la necesidad de que quien ejecuta el trabajo esté inscrito en el respectivo colegio o Registro Profesional y tiene que ejecutar la obra personalmente.- En cuanto al abogado y al procurador dispone el artículo 2223 in fine del Código Civil, que no pueden confiar su labor a otra persona bajo pena de nulidad y de daño; parece bien regulada esta situación pues elimina la posibilidad de que tanto el procurador como el abogado deleguen sus funciones en otras personas, porque serían responsables del daño en caso de producirse. El Código Civil italiano regula por separado el trabajo que se ejecuta bajo subordinación y el que necesita un margen de libertad para poderlo ejercer, encontrándose dentro de este último el ejercicio de las profesiones liberales y concretamente la del abogado.-

La legislación argentina no tiene mención expresa en lo que se refiere a los servicios profesionales, sin embargo se considera que se rigen por las disposiciones del arrenda

miento de servicios. (52)

(52) Con referencia a los servicios profesionales interesa citar el artículo 1657 del Código Civil argentino que dice: La locación de servicios es un contrato consensual...tiene lugar cuando una de las partes se obliga a prestar un servicio y la otra por ese servicio a pagarle un precio en dinero. Y el artículo 1661 que dice:El que hiciere algún servicio o prestare algún trabajo a otro, puede demandar el precio aunque ningún precio se hubiere ajustado siempre que tal servicio o trabajo fuere de su profesión o modo de vivir. En tal caso se entiende que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros.

Como la legislación argentina no establece nada concreto con respecto al abogado, ha sido la jurisprudencia la que ha venido a determinar que la relación entre abogado cliente es un arrendamiento de servicios, pero si existe poder o procura es un mandato, donde no es esencial la gratuidad.

(53)

(53) Fernández Serrano a. La Abogacía en España y en el Mundo. Librería Internacional de Derecho. Madrid 1955. Pág.445.

En Costa Rica el arrendamiento de servicios está regulado por el Código de Trabajo, (54) que derogó el Código Civil

(54) Veáse nota 40 anterior.-

en todo lo relativo a esta contratación. Hace alusión al servicio intelectual cuando define lo que es trabajador, pero cuando define el contrato de trabajo, (55) habla de

(55) Artículo 18 del Código de Trabajo de Costa Rica: Contrato Individual de trabajo, sea cual fuere la denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de esta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe.-

que una persona presta a otra sus servicios o si compromete a ejecutarle una obra, estableciendo que debe realizar el trabajo bajo la dependencia permanente, bajo la dirección del que recibe el servicio (patrono) y por una remuneración de cualquier clase o forma.-

Conforme fue expuesto al hablar de la doctrina del contrato de mandato, consideramos que en Costa Rica, las relaciones contractuales entre abogado y cliente cuando de defensa o asistencia ante los tribunales se trata, están reguladas por este contrato, pero en otras actividades del abogado, se pueden dar otras figuras contractuales. Si el abogado trabaja para una empresa todo el tiempo laborable dedicado a consultas propias de su profesión, esta situación encaja perfectamente dentro del arrendamiento de servicios o arrendamiento de trabajo, pues existe subordinación ha -

cia la empresa patronal, aunque tenga amplias libertades el abogado contratado de decidir cual debe ser su actuación en lo que se refiere a su actividad profesional, cosa lógica por ser la persona técnica en conocimientos de derecho. Este es un contrato de tracto sucesivo, con todas las características del arrendamiento de servicios pero con excepciones como es la no subordinación en cuanto a la prestación del servicio profesional.-

La legislación brasileña, (56) no tiene sistemas legales

(56) El artículo 3º del Código Civil Brasileiro define lo que es trabajador: la persona física que presta servicios de naturaleza no eventual a un empleador, bajo dependencia de este y mediante salario.-

específicos para la actividad del abogado, incluyéndolos dentro de la denominación genérica de trabajadores, con lo que los coloca al mismo nivel del trabajador que realiza trabajos manuales.-

Resulta hoy día normal que un trabajador intelectual trabaje en forma autónoma y también trabaje en forma subordinada o solamente en forma subordinada con una empresa.-

Cuando un abogado presta esta clase de servicios tenemos el contrato de servicio autónomo. En este tipo de relación laboral no hay que tomar en cuenta la dependencia económi-

ca y en cuanto a la subordinación aunque el trabajador goce de libertad técnica, es necesario que esté sujeto a las normas administrativas de la empresa y sujeto también a las órdenes que le sean dadas para que realice tal o cual trabajo, guardando siempre los límites de la calificación profesional. La sentencia número 411 de 31 de enero de 1972 el Tribunal Supremo consideró que la relación entre el abogado que presta sus servicios de asesor jurídico de una empresa fuera del domicilio social sin horario ni dependencia, no es una relación laboral, porque el contrato de trabajo tiene que realizarse bajo la dependencia del patrono. En estos casos el poder jurídico del empresario se manifiesta como poder de disposición de la energía de trabajo; en todo momento se encuentra en la posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo de sus obreros, según convenga a los intereses de la empresa. No sería posible en la relación abogado cliente, cuando se configura el contrato de arrendamiento de servicios exigir que la subordinación sea completa. Un abogado que ejerce libremente su profesión puede aceptar o no una defensa que le es solicitada por el particular, pero si presta los servicios a determinada empresa, no podrá negarse a defender los intereses de esta, aun cuando su trabajo lo realice con autonomía técnica.-

Sobre este tema Oscar Saraiva consultor jurídico del Ministerio de Trabajo Argentino, (57) dice que en el contrato de

empleo la capacidad profesional del trabajador intelectual

(57) Saraiva Oscar. Opinión en el proceso número 413913 en Diario Oficial de 28 de junio de 1946, citado por Sussekind Arnoldo. El contrato de Empleo del Trabajador Intelectual. Gaceta del Trabajo. Rosario. Rep. Argentina 1949.-

está colocada al servicio del empleador para cualquier actividad compatible mediante remuneración global y subordinada a la ley laboral, mientras que el contrato de prestación ocasional de servicios especializados se encuentra regulado por la Ley Civil.-

Hay ciertos servicios que por su misma naturaleza no admiten ninguna subordinación dice Antonio Cammorata, (58) pu-

(58) Cammorata Antonio. Responsabilidad extracontractual. Tomo "2º Editorial Depalma, Buenos Aires 1947 Pag. 455.-

diendo hablarse solamente de requerimientos pero no de órdenes por la competencia y razonablemente no podrían ser admitidos. Esto lo encontramos en las llamadas profesiones liberales cuyo ejercicio es incompatible con la idea de dependencia.-

Otro elemento que cambia en cuanto al arrendamiento de servicios de un obrero y la de un abogado es lo relacionado con el salario, porque el trabajador manual lo recibe de acuerdo con el tiempo que haya empleado en la realización

del mismo, mientras que para el trabajo intelectual el tiempo no tiene importancia y cuando no está regulado por medio de un arancel el salario del trabajador intelectual, el abogado en este caso tiene la libertad para fijar el precio de su trabajo. A manera de conclusión preliminar podemos determinar que la relación contractual abogado cliente es un contrato de prestación de servicios cuando existe la institución del procurador, no ejerciendo el letrado labor de representación, sino que aconseja al cliente a la vez que le dirige el juicio. También se configura el arrendamiento de servicios cuando el abogado con un margen de libertad que le permite realizar como mejor considere su trabajo en el aspecto técnico, pero trabajando subordinado a las normas impuestas por la administración de la empresa, presta sus servicios todo o una parte del tiempo al servicio de esta, con horario de trabajo y con el respectivo salario.-

Rugiero, (59) dice: " Al trabajo intelectual son extensivas

(59) Rugiero. Instituciones de Derecho Civil. Volumen II. Ed. Reus. Pág. 385.-

las normas generales propias del contrato de trabajo, porque, salvando diferencias derivadas de la diversidad del objeto, nada se opone a considerar al productor de un trabajo intelectual ligado a quien se lo apropia por una relación análoga a la que une al obrero con el patrono". Este concepto lo recoge el artículo 1544 del Código Civil español.

La misma condición tiene el abogado que es contratado por el Estado para que preste sus servicios a los ciudadanos sin medios económicos; pero la condición de arrendador de servicios es con relación al Estado, porque con respecto al ciudadano que recibe los servicios la situación es diferente y será objeto de estudio por separado más adelante.-

Conforme nos adentramos en el estudio del tema de la naturaleza jurídica de la relación entre abogado y cliente, notamos que tiene muchos matices y pareciera que de acuerdo con la situación, se puede adaptar a varias figuras contractuales. Pasaremos ahora a analizar si puede considerarse esta relación como un contrato de obra.-

C.- Relación Abogado Cliente como Arrendamiento de Obra.-

El arrendamiento de obra es un contrato por el cual una persona se compromete a realizar una obra para otro mediante un precio que se calcula por la importancia del trabajo.(60)

(60) Véase cita Nº 15.-

Una de las partes del contrato, el empresario, se obliga a producir un resultado de trabajo u obra y la otra parte, el comitente, a pagar una remuneración consistente en una prestación de cualquier clase. (61)

(61) Bonet Ramón F. Código Civil Comentado. Ed. Aguilar
Pág. 1210.-

El contrato de mandato, el de arrendamiento de servicios y el de obra, todos referidos a la actividad del abogado cuando presta los servicios a su cliente, tienden a confundirse, por lo que es conveniente antes de seguir analizando el de obra, hacer la diferencia. En el contrato de arrendamiento de servicios una de las partes obliga a ejercitar a la otra una obra o prestar un servicio por precios ciertos aunque ya vimos que la subordinación y el precio tienen características especiales cuando se trata de prestación de un servicio por parte de un profesional que ejerce una profesión liberal.-

En el contrato de mandato, lo esencial es la representación sin lo cual no puede darse el mandato, habiéndose pronunciado en este sentido el Tribunal Supremo. (62)

(62) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1932 y 1 de febrero de 1935.-
-----7-----

Estas dos figuras, el arrendamiento de servicios y el mandato pueden confundirse pero el contrato de obra es diferente, ya que en este caso el contratista realiza su trabajo

jo con independencia y tiene derecho a que se le remunere conforme a la obra realizada, concepto este que ha sido dado también por el Tribunal Suoremo. (63)

(63) Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1947.-

El contrato de ejecución de obra se diferencia del de arrendamiento de servicios porque el contratista o empresario promete en el de obra el resultado de su trabajo, mientras que en el de servicio solamente promete quien lo realiza, el trabajo a que se obliga, independientemente que vaya a dar o no el resultado o la finalidad que persigue quien lo contrata. (64)

(64) Este tema es tratado por Santos Briz J. "El Contrato de Ejecución de Obra y su Naturaleza Jurídica". Revista de Derecho Privado. Mayo de 1972 pág. 380 y sigs.

Por la característica del contrato de obra en que el intersado en el resultado solamente paga el precio si se obtienen resultados positivos, elimina la posibilidad de que la labor o actividad del abogado al menos cuando de defender en juicio se trata, sea un contrato de este tipo, porque el profesional en derecho cobra sus honorarios por el solo hecho de prestar los servicios y como los juicios por no de-

penden del letrado solamente, no pueden garantizar el resultado, no podrían depender los honorarios de este. El abogado y el procurador no pueden garantizar el resultado de un juicio porque este depende de elementos extrínsecos, solo que tiene que garantizar y demostrar que en su labor emplea sus conocimientos científicos explica Salmerón Comellas. (65)

(65) Salmerón Comellas Op. Cit. nota 38 pág. 119.-

Cuando un juicio es ganado por la parte contraria el abogado tiene derecho a sus honorarios por los servicios prestados, siendo estos a cargo de la persona que los contrató y salió beneficiado con los mismos, (66) situación esta que

(66) La jurisprudencia costarricense se ha pronunciado en casos donde el abogado reclama a su cliente los honorarios habiendo perdido el juicio en la siguiente forma: Resolución Nº 805 de las 14:45 hrs. del 20 de noviembre de 1973 Tribunal Superior Civil. Los honorarios de abogado o retribución al profesional por los servicios, los reglamenta el código de Procedimientos Civiles como gastos de un juicio y demás asuntos judiciales, poniéndolos a cargo de la parte vencida en el juicio o el asunto judicial de que se trata, pero no obstante que la parte patrocinada por el abogado resulte vencida en ellos, el profesional no pierde la remuneración de su trabajo que en esos casos está a cargo de su cliente, y en este orden de ideas, el profesional en derecho debe remunerar en todo caso sus servicios, aquel a quien los prestó o sea la persona que se benefició con su trabajo. Ley Nº 1128 de 17 de enero de 1950 y sus reformas.

no se da en el contrato de obra. Sin embargo, si esta es la situación cuando el abogado tiene como labor defender en juicio, es diferente cuando se le pide a un letrado que dictamine sobre determinado asunto, o se le encarga la elaboración de determinado trabajo o se le pide un consejo, porque en estos casos, aunque con algunas características diferentes a las del contrato de obra que se celebra con un ingeniero, por ejemplo si puede hablarse de esta modalidad, aunque parece extraño pensar cómo el cliente va a llegar donde el abogado diciendo que le fabrique un consejo. Debido a esto es que hasta 1950 ha habido confucionismo en cuanto a la calificación de la relación contractual abogado cliente y así podemos ver la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de ese año, (67) que admite el contra

(67) Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1950. "Que la conocida controversia suscitada en la doctrina científica sobre la naturaleza del contrato cuyo objeto es la prestación de actividades peculiares de las profesiones de orden científico o técnico, contrato calificado de mandato por unos juristas, por otros de arrendamiento de servicios, por algunos de contrato de empresa y aun de contrato innominado por algún secto de la doctrina, ha tenido su repercusión en la jurisprudencia de esta sala, especialmente en lo que atañe a la naturaleza del vínculo contractual que liga al letrado con su cliente, apareciendo que mientras la sentencia de 14 de junio de 1907 considera la relación como dimanada de un contrato de mandato, la sentencia de 27 de diciembre de 1915 estima que nace de un contrato de mandato y servicios, en tanto que la de 25 de febrero de 1935 que señala la más moderna orientación de la jurisprudencia en la materia.-

to de obra en una relación entre abogado y cliente.-

En la legislación positiva, quienes han escogido la figura del contrato de obra para enmarcar en él la relación entre el abogado y su cliente, lo hicieron al considerar que el arrendamiento de servicios presentaba el problema de los elementos de dependencia y subordinación, no admitidos por la ejecución de trabajo intelectual. Antonio Fernández Serrano, (68) al respecto dice: " Quienes, en oposición al

-e-----

(68) Fernández Serrano A. Op. Cit. en nota 53, pág. 433.-

contrato de mandato se decidieron por el de locación, hubieron de advertir que el de servicios era un traje a la medida de las exigencias de los servicios profesionales al que hubieron de acudir por el criterio de analogía; los servicios susceptibles de "arrendamiento" tenían la característica de la dependencia y subordinación, lo cual esta en pugna con la índole de los primeros. Y, entonces, caminando por la senda analógica llegaron a considerar que podía aceptarse, más acertadamente, la locación de obra, en donde el arrendamiento actuaba con libertad e indenendencia". El Código Civil Uruguayo (69) confunde las formas locativas

(69) Artículo 1833 del Código Civil de Uruguay al hablar del contrato de obra dice: Toda especie de servicios o trabajo material o inmaterial, mecánico o industrial, puede ser objeto de este contrato. Aunque la retribución del servicio

o trabajo tenga el nombre de honorario o derechos, el contrato será arrendamiento de obras y no mandato...En la disposición de este artículo están comprendidos los servicios profesionales de los abogados...

de servicios y obras, por lo que es fácil en esta legisla-
ción considerar la relación abogado cliente como una loca-
ción de obra, estableciendo que si la retribución tiene el
nombre de honorarios o derechos el contrato será arrenda -
miento de obra y no de mandato. Rafael Bielsa (70) conside

(70) Bielsa R. La Abogacía. III Ed. Abeledo Perrot. Buenos
Aires 1960. Pág. 265.-

ra que la opinión de que la relación entre abogado y cliente
es una locación de obra no es aceptada por doctrina ni
por jurisprudencia, porque el abogado no pacta en sus re
sultados, sino que presta un servicio más o menos continuado
do, cuyo resultado está condicionado a las contingencias
de un proceso, servicio este que el cliente termina cuando
quiere. Sin embargo hace la excepción del autor de un dic-
támen en un estudio jurídico en donde la obra podría verse
en sus resultados.-

Carnelutti, (71) considera que el contrato entre el aboga-

(71) Carnelutti. Op. cit. Nota 21. Pág. 370.

do y cliente es un típico contrato de trabajo, que él lla-
ma patrocinio y no lo circunscribe específicamente al con-

trato de obra. Independientemente que el defensor esté dentro o fuera del proceso, el contrato es civil y no contrato procesal, considerándolo similar al contrato del Juez y el Estado.

Las situaciones del defensor que son verdaderamente de carácter procesal pertenecen a la categoría de facultades, derechos subjetivos obligaciones y sujeciones.-

Analizadas las limitaciones que tiene el contrato o locación de obra para adaptarla a la figura contractual que se establece entre el abogado y cliente, asimismo como establecidas las posibilidades de que determinadas actuaciones del profesional en derecho puedan considerarse un contrato de obra, pasaremos al estudio de la relación como un contrato de derecho público.-

D.- El Abogado y la Función Pública que desempeña.-

Es tal la importancia que tiene el abogado en el desarrollo de la convivencia en sociedad, que Hernández Gil (72) dice:

(72) Hernández Gil A. El Abogado y el Razonamiento Jurídico. Madrid 1975 Pág. 241.-

" Aunque derecho y sociedad son concomitantes, la mente humana ha encontrado antes como significación o símbolo-- y no digamos como concepto-- el derecho que la sociedad".-

Existen una serie de regulaciones que establecen los deberes que tiene o debe cumplir el abogado, las formas como debe comportarse ante la sociedad y también ante los tribunales donde es auxiliar de la administración de justicia; la colegiación obligatoria, el deber de asumir defensas en los lugares donde no existen defensores públicos pagados por el Estado, las sanciones de que pueden ser objeto en caso de incumplimiento de deberes y otras regulaciones al ejercicio de la profesión, han traído como consecuencia que algunos autores consideren que el contrato entre el abogado y su cliente pueda considerarse como de derecho público. Podría tener aceptación esta teoría al tenor de lo que dispone por ejemplo el código de moral profesional emitido por la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica, (73) donde impone el deber de actuar en su vida

(73) Art. 1º del Código de Moral Profesional de Costa Rica. El profesional en derecho debe actuar con la irreprochable dignidad, no solo en el ejercicio de su profesión sino en la vida privada. Su conducta jamás debe infringir las normas del honor y de la delicadeza que caracterizan a todo hombre de bien.-

profesional y privada con irreprochable dignidad o también cuando se le da el carácter de recaudador de impuestos al responsabilizársele de recaudar el timbre del Colegio Profesional.-

(74)

(74) Ley Nº 3245 de 3 de diciembre de 1963. Del Timbre del Colegio de Abogados de Costa Rica.-

Appleton, en su *Traité de la Profession d'avocat*, desarrolló la teoría del contrato de Derecho Público; tomando como base los defensores públicos, los abogados vocales de las Cortes y que la administración de Justicia es un servicio público donde los abogados con sus consultas memorias y litigios forman parte de la cooperación de este servicio.

También otros autores, (75) han tratado el tema, pero no

(75) Lavandera Víctor. *Foro Español* 1915. Duprat, citado por Lavandera en la obra citada. Puede consultarse además a
a

considerando la relación abogado cliente como un contrato público, sino que tomando en cuenta las obligaciones de los abogados con respecto al colegio a que pertenecen, a las defensas de oficio, (76) y a su labor como auxiliares de la administración de justicia ante los tribunales, llegando a

(76) Artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica. En las jurisdicciones territoriales donde no exista defensor público nombrado por la Corte, la defensa de los procesos a que se refiere el artículo 133, estará a cargo de defensores de oficio, de nombramiento del funcionario que conozca del asunto... Todo abogado, bachiller en

leyes o procurador judicial con oficina abierta está en la obligación de aceptar hasta dos defensas de oficio simultáneamente. Los estudiantes de la facultad de Derecho que estén cursando o hayan cursado el quinto año de estudios, podrán ser nombrados defensores de oficio si así lo solicitaran a los tribunales, para lo cual deberán comprobar su calidad con certificación expedida por el secretario de la facultad.-

considerar que el abogado ejerce una función de carácter público.-

Autores más modernos como Giovanni Leoni, (77) dice que la

(77) Leoni G. Op. cit nota 22 pág. 566.

Ley italiana (art. 359 del Código Penal) considera servicio de necesidad pública el ejercicio de la profesión forense. Manzini, (78) considera la defensa en juicio como función

(78) Manzini Tratado di Procedura Penale 1913 Pág. 341.

pública siempre que sea necesaria.-

Jaime Guasp, (79) en relación con el tema dice: "Pero no

(79) Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.Tomo I.
" 2ª Edición.M. Aguilar Editor Madrid 1948.Pág.171 y sig.

hay que limitarse a considerar al abogado como un mero auxiliar técnico de la parte y defensor del interés privado de esta, sino que en él, debe verse sobre todo, un verdadero colaborador del órgano jurisdiccional en la función esencial de administrar justicia, misión que hace del abogado más que un simple gestor particular puesto que es uno de los elementos esenciales del mecanismo procesal. La función de la abogacía es por tanto, primera y principalmente de carácter público de acuerdo con la naturaleza pública que ha de reconocerse a la institución del proceso en su conjunto". También el profesor Prieto Castro, (80) dice: "En

(80) Prieto Castro L. Derecho Procesal Civil. Vol I. Ed. Revista de Derecho Privado pág. 197.

esencia, pues, la defensa cumple un fin de derecho público en tres direcciones: auxilio de las partes, garantía del principio de igualdad y colaboración con el tribunal para realizar el orden jurídico."

Pero debe llamarse la atención que el considerar que el abogado ejerce una función de carácter público, un fin de carácter público o que es un auxiliar de la función pública como lo estableció la sentencia del Tribunal Supremo, (81)

(81) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de

1934 en lo que interesa con el tema dice: "... , por otra parte, la antigua concepción del abogado como mero defensor del interés privado de un litigante va cediendo el paso a otra concepción más moderna y social que ve en él a un auxiliar de la función de la justicia y un defensor del interés supremo del derecho". En este mismo sentido se había pronunciado otra sentencia de 14 de febrero del mismo año.-

de ningún modo lleva a considerar que la relación entre abogado y cliente sea un contrato de derecho público, pues aunque entre el abogado y el Estado exista contrato, como en el caso del defensor público que existe en Costa Rica, (82) el interés del particular con respecto al abogado que

(82) Artículo 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Los defensores públicos son funcionarios dependientes del poder judicial, de nombramiento de la Corte Plena, y tendrán a su cargo la defensa de los menores de edad, sordomudos, enajenados mentales, reos ausentes y personas desvalidas, salvo que estas se defiendan por si mismas cuando la Ley lo permita o que en el caso de menores o inhábiles sus representantes legales los provean de defensor. De este artículo hay una interpretación auténtica así: Interpretase en forma auténtica el artículo 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido de que los defensores públicos son funcionarios dependientes del poder judicial solamente en lo que respecta a su nombramiento, destitución o jurisdicción disciplinaria, pero en todos los demás aspectos actuan con absoluta independencia, en su condición de abogados defensores de los reos, estando a salvo las prohibiciones que establecen los artículo 4º de la Ley de Administración financiera y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Nº 4488 de 9 de diciembre de 1969)

lo defiende en juicio, conserva las características del concom

trato de derecho privado, independientemente que al ejercer su función el profesional esté realizando una función que interese a la comunidad y se considere pública.-

Aunque en este caso es más oscura la situación, porque el defensor no es escogido por el defendido quien no celebra ningún tipo de contrato con el abogado por la misma razón de no escogencia, sino que recibe los servicios del que se le asigne por parte del Tribunal o del encargado de hacerlo; pero tampoco en este caso puede hablarse de contrato de derecho público entre el defensor de oficio y el que es defendido porque en realidad no hay entre los dos ningún tipo de contrato, el que se da entre el abogado y la institución estatal.-

Hay opiniones (83) según las cuales en el patrocinio no hay

(83) Bielsa R. Op. cit. nota 70 pág.268.-

contrato de ninguna especie, sino una obligación legal regida por las reglas del derecho procesal, lo que puede ser verdad en la esfera jurisdiccional por razones de orden público pero no excluye el carácter contractual de la relación de derecho privado.-

No puede considerarse la relación abogado cliente como la relación que existe entre el Juez y el Estado, razón por la

que no consideramos aceptable la doctrina del contrato de derecho público para enmarcar dentro de él la figura contractual tantas veces mencionada, que siempre está rodeada de intereses puramente privados, con independencia de que la función que desempeña el letrado sea pública o de interés público.-

En la práctica al considerar que el abogado ejerce una función de interés público ofrece la contradicción de que para servir a ese interés público tiene que hacerlo a través del interés privado, siempre luchando contra la inseguridad o la disyuntiva de la victoria o la derrota dentro del proceso.-

Una razón más para no aceptar esta teoría es la independencia que tiene el abogado para no hacerse cargo de una defensa, lo que no puede hacer el Juez quien tiene que resolver todos los asuntos que se someten a su conocimiento. Aceptamos pues, que el abogado ejerce una función de carácter público o interés público, pero rechazamos la idea de que el contrato entre abogado y cliente sea de derecho público, doctrina ampliamente superada.-

E.- Teoría de la Relación de Servicios.-

E. 1.- La Relación de Trabajo en General.-

Durante todo el siglo XIX y principios del XX, época donde la corriente liberal tuvo gran apogeo, tanto en España como en otros países europeos, la prestación de servicios o de trabajo fue regulada por las mismas normas de la figura contractual denominada arrendamiento, ya fuera de obra, de servicios o por medio del contrato de mandato en algunos casos. Todas estas formas contractuales son propias de una época liberal donde por encima de todo estaba la libre voluntad del hombre y donde tres principios eran el fundamento de toda contratación: la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación y la seguridad jurídica. No se daba en esta época, donde dominaba el sistema de contratación de origen románico, ningún sentido social o colectivo para la contratación del trabajo al que se le aplicaban las mismas cláusulas que se usaban para contratos de todo tipo de objetos, con su sentido individualista por encima de todo.

En relación con la prestación de servicios, pronto entra en crisis este tipo de contratación, no solamente por razones de política social y ética colectiva, sino por razones de orden técnico, haciéndose necesario buscar nuevas soluciones al problema. Cuando la contratación se refería a servicios, se empezó a proclamar la igualdad de las partes contratantes; surge el contrato de adhesión, caracterizado por la redacción precisa, lo que impedía la discusión y el regateo en cuanto a sus cláusulas.-

El contrato de adhesión es un contrato reglamentado del que se ha dicho que es una especie de cliché contractual, del que pueden obtenerse pruebas hasta el infinito. (84)

(84) Denominados así por Saleilles en: De la Declaración de Volunté. París. 1901.-

También como consecuencia del desarrollo industrial o mercantil de fines del siglo XIX aparecen los contratos cartel, que una vez formulados, las empresas imponen unilateralmente su contenido. Después empiezan a tener vigencias los contratos colectivos que tutelan los intereses de las partes y se adaptan a la doctrina y tácticas marxistas.-

Todo este sistema de contratación de servicios se caracteriza porque la relación entre empleado y empleador en vez de ser amistosa, sea de constante lucha, no encontrándose ningún vínculo de naturaleza personal en la relación que es como de comprador a vendedor que se relacionan por un contrato que estipula derechos y deberes, pues el trabajo es llevado por la oferta y la demanda a la condición de mercancía. (85)

(85) Garriguez. Del Viejo Derecho Mercantil al Nuevo Derecho de Trabajo, 1939, pág. 6.-

La idea romanista del contrato de trabajo poco a poco fue cediendo y el contrato individual de trabajo quedó reduci-

do a la simple recepción del contrato colectivo. Para oponerse a la corriente marxista y al auge que estaba tomando el contrato colectivo, sustituto del sistema de contratación individual, se empezó a suprimir el sistema existente, pues el no hacerlo, como dice Garriguez, era dejar en manos del marxismo los mejores instrumentos para desarrollar su doctrina.-

Parece que fue en Alemania, (86) donde primero se suprimió

(86) Ley de Ordenación de Trabajo de 20 de enero de 1934.
Art. 65.-

este sistema de contratación; fue suprimido en España(87)

(87) Decreto de 9 de marzo de 1938 que después se le dió carácter de Ley.-

en el fuero del Trabajo; en Costa Rica (88) el Código de

(88) Código de Trabajo que entró en vigencia el 15 de septiembre de 1943.-

Trabajo vino a regular todo lo relacionado con la prestación de servicios.-

Visto muy brevemente el origen del cambio de la legislación en cuanto regula la prestación de servicios, lo que creímos necesario para analizar lo que es la relación de servicios

y aplicar ese concepto a la relación abogado cliente, idea esta ya expuesta por el Profesor Prieto Castro, considerándola una relación supracontractual, entramos ahora al estudio del concepto de esta moderna figura de la doctrina alemana.-

E. 2.- Concepto de la Relación de Servicios.-

El concepto de la relación de servicios se ha desarrollado en la doctrina alemana adaptado en España especialmente a la materia mercantil y social o laboral, pretendiendo haber encontrado el medio apto para sustituir con ventaja el contrato de trabajo en cualquiera de sus formas a través de la llamada relación de trabajo, por considerar que el concepto contrato de trabajo está en crisis y no resulta a decuado para el fin que se le destina.-

Se configura una nueva y elegante concepción del trabajo servicio en la cual la nota personal y humana aparece fuertemente destacada por las condiciones exigidas, heroísmo, desinterés, abnegación. (89)

(89) Polo A. Del Contrato a la Relación de Trabajo. Rev. de Der. Privado número 288 enero de 1941. Pág. 15.-

La relación de trabajo la define Antonio Polo como una re-

lación duradera y permanente de carácter eminentemente personal, establecidas a base de la lealtad y confianza recíprocas, que une a todos los colaboradores de la empresa en una comunidad de intereses y fines, sintiéndose todos ellos solidarios en una obra común de interés nacional y colectivo. (90)

(90) Polo. Antes del Fuero de Trabajo. IV; La Relación de Trabajo, en la Voz de Galicia, La Coruña, Marzo 1938.-

También fue acogido por el profesor Legaz este concepto.
(91)

(91) Principios Fundamentales del Derecho Nacional Sindicalista del Trabajo, en la Revista de Organización y Acción Sindical, 1939 pág. 219, artículo publicado sin nombre y luego resultó ser el autor el profesor Legaz que lo reprodujo con el mismo título en Estudios de Doctrina Social, Barcelona. Ed. Bosch 1940 pág. 239 a 264.-

La nueva dogmática de la relación de trabajo, se pretende construir sobre los conceptos de jerarquía y comunidad, rechazando el instrumento contractual que se tiene como inadecuado, planteamiento que se hace en torno a la obra de Siebert, (92) desarrollado casi totalmente en Alemania, la

(92) Citado por Polo Op. cit. nota 82 pág. 80.-

que apenas si ha trascendido a España. (93)

(93) En España ha sido planteada la cuestión por De Buen
(Aspectos de la Moderna Dogmática de la relación de Trabajo,
Madrid 1936.-

Los autores Alemanes como Hueck- Nipperday- Dietz, Manspeld,
Dersck, Goerring, Crone Herschel, Werner (94) y otros con-

(94) Autores citados por Polo en Op cit. en nota 82.-

sideran que en la nueva relación de trabajo, la lealtad y
la asistencia recíprocas, han pasado a ser en el nuevo or-
den principios primarios, mientras que los deberes de natu-
raleza jurídico- patrimonial solo alcanzan a una valoración
secundaria como mera repercusión o consecuencia de aquellos.

E. 3.- Nacimiento de la Relación.-

Como el nacimiento de la relación de trabajo no puede supe-
ditarse al contrato que es precisamente lo que se está eli-
minando, surge el problema del momento en que se inicia.-

Es necesario convenir en que el nacimiento de la relación
está señalado por un acto de sumisión o sometimiento jurí-
dico personal a la comunidad de explotación, que traen co-
mo consecuencia el ingreso que a la vez, vincula al traba-
jador con la empresa y lo obliga a la lealtad en todos los

actos. La eliminación del contrato no es una cuestión que puede alegarse en contra de esta doctrina, puesto que la mayoría de las relaciones laborales no existe el contrato y más bien siempre se supone entre el que da el trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta.-

No vaya a creerse que el interés de la eliminación del contrato en las prestaciones de servicios es una cuestión sin importancia, porque llegado el momento, la interpretación no se haría subjetivamente, tomando en cuenta los intereses de las partes, sino tomando en cuenta los principios de lealtad recíproca, asistencia, protección en los empresarios, fidelidad y subordinación en el personal.-

Otro punto interesante en cuanto a la eliminación del contrato en relaciones de este tipo, es que se elimine la imposibilidad que hay de aplicar al contrato de trabajo la teoría de la nulidad o inexistencia; esta teoría parece que no se puede aplicar a los contratos de trabajo puesto que hay que dar una garantía plena de la validez del mismo a las personas interesadas en la prestación de servicios, contrato que persiste a pesar de cualquier defecto. Sobre este tema dice Siebert: " Una relación de trabajo como relación de comunidad o es plenamente válida o totalmente nula. No puede darse una relación de trabajo o una relación de ocupación o empleo nula, con un derecho al salario o con especiales efectos jurídicos en materia de trabajo. Dentro de una relación de trabajo no queda lugar para que una pre

tensión fundada en enriquecimiento injusto, por cuanto la relación de trabajo válida como relación jurídica personal lleva en sí misma la causa." (95)

(95) Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der National en Arbeit. Hamburgo 1935 pág. 117 y 118.-

Para terminar de analizar la relación de trabajo en general y luego aplicarla a la relación abogado cliente, hablaremos ahora de su contenido.-

Hay en la relación de servicios un desdoblamiento del contenido, (96) pero para nuestro estudio interesa citar el he-

(96) Puede verse sobre este tema a Polo. Op. cit nota 83, pág. 88.-

cho de que la relación de trabajo ya no se agota en la mera prestación del servicio, sino que es el efecto y no la causa del vínculo personal de lealtad. (97)

(97) Garriguez. Op. cit nota 78 pág. 72.-

La lealtad en esta relación tiene que ser recíproca y como dice Garriguez, implica siempre acomodamiento a una ley y esta es la del honor y la hombría de bien.-

Otra cosa importante es la forma en que finaliza la relación de trabajo que se extingue por una causa general, como es la falta de los deberes de lealtad recíproca, de asistencia y protección por parte del empresario y de fidelidad y subordinación de parte del trabajador, hechos estos que son suficientes para que se dé la rotura del vínculo personal.-

E. 4.- ta Relación de Servicios y la Relación entre abogado y cliente.-

El concepto de relación de trabajo fue creado con el objeto de que las distintas categorías sociales lleguen a una hermandad, pero sin dejar de darle la importancia que merece, no podemos dejar de plantearnos el problema que existe en hacer entrar a esta relación a las grandes masas de trabajadores sin conciencia de lo que es la lealtad hacia la empresa. La figura de la relación de trabajo, que denominaremos siguiendo al profesor Prieto Castro "Relación de Servicios", nos parece adecuada para enmarcar la relación que existe entre el que ejerce profesiones liberales como el abogado o el médico y su cliente. Concretándose al abogado empezaremos por decir que los conceptos de lealtad, veracidad, buena fe, dedicación, responsabilidad, obligación de guardar el secreto profesional etc. son obligaciones que impone al abogado el respectivo código de Moral profesional y aunque también recomienda no apasionarse con el problema del

cliente, por tratarse de una profesión esencialmente humana, es normal que aparte del interés económico y profesional que tiene el abogado en que la tesis que defiende sea la que triunfe, tome tanto interés al asunto que lo considere suyo.-

Mercader, dice al respecto que la parcialidad en el abogado es útil y necesaria y encuentra la fuerza contrapuesta en la sentencia. Si un abogado fuera imparcial estaría asumiendo la función de Juez.- (98)

(98) Almicar Mercader. "Abogados". Ediciones jurídicas Europa - América 1960 pág. 104.-

Carnelutti por su parte dice: " El defensor no es un razonador imparcial porque no debe serlo. La parcialidad de ellos es el precio que se debe pagar por obtener la imparcialidad del Juez. (99)

(99) Carnelutti F. "Miserias del Proceso Penal". Editorial Ediciones Jurídicas Europa--América, Buenos Aires, 1959 pág. 64.-

Además de todas estas características, vistas más desde el punto de vista del abogado que del cliente, independientemente de que la relación contractual sea arrendamiento de obra o de servicios o mandato, lo que ha hemos visto que va

ría de acuerdo con la legislación o el tipo de trabajo que realice, por encima de cualquier contratación, existe una relación gobernada por la confianza recíproca y más si el abogado se convierte en mandatario con poderes amplios del cliente.-

Es conflictivo calificar el contrato o relación del abogado con su cliente cuando se trata de defender ante los tribunales, de dar un dictámen sobre determinado asunto o simplemente de dar un consejo; pero vista la cuestión desde el punto de vista real y con relación a la experiencia vivida en Costa Rica, que creamos semejante a la de otros países, donde se ejerce libremente la profesión, tenemos que llegar a la conclusión de que el abogado presta a su cliente servicios de muchas clases, lo que ha dado origen al contrato de clientela. El cliente recurre a su abogado no solo cuando necesita asesoramiento o defensa ante los tribunales, sino también y sobre todo con la gran cantidad de campos que abarca ahora la abogacía dentro de la sociedad, para que le aconseje e indique la mejor forma de llevar a cabo sus actividades conforme a derecho, le ayude a prover o le resuelva cualquier situación. La lealtad y confianza del cliente hacia el letrado, la notamos en la manifestación corriente de una persona que ante cualquier problema de carácter legal manifiesta: " tengo que consultar con mi abogado."

El nacimiento de la relación de servicios entre el abogado y su cliente está precisamente en el sometimiento de parte del último y el compromiso del primero de estudiarle el problema o los problemas que le plantea, porque es normal que una persona no tenga relaciones con muchos abogados, sino que solamente con uno. Así se desarrolla la relación de servicios, con una finalidad común, porque aunque también esté de por medio el interés privado de cada una de las partes, cliente y profesional, por encima de cualquier tipo de contratación para regular los servicios que da uno y recibe el otro, hay un interés superior que es de ambos, que tiene como finalidad la resolución favorable del asunto, características estas que encajan en la figura supra contractual de la relación de servicios.-

La forma en que se pone fin a la relación de clientela entre el abogado y la persona que solicita sus servicios, de acuerdo con la doctrina de la relación de servicios sería la pérdida de confianza de cualquiera de las dos partes, o simplemente el desinterés de cualquiera de ellas.-

Vemos entonces que la figura de la relación de servicios se adapta mejor a las relaciones contractuales abogado cliente que a las del obrero con la empresa, debido a la mayor escolaridad y conocimientos técnicos de quien presta

el servicio. En este caso, serían al menos en la misma intensidad los deberes de protección de parte de quien recibe el servicio, para quien lo presta, que sí es muy necesario en las relaciones patrono obrero debido al nivel económico del trabajador. Sobre este concepto transcribimos lo que el profesor Prieto Castro dice al tratarlo en su Manual Universitario de Derecho Procesal. (100)

(100) Prieto Casto L. y otros. Derecho Procesal Civil(MUE) 11. volumen Primero. Editorial Tecnos, Madrid 1973 pág. 8.

" No se exige en este contrato o relación forma alguna, siendo lo usual el concierto de palabra; o tácitamente por la aceptación de la defensa; o expresamente en algunos casos como cuando el abogado suscribe la solicitud o el escrito del que solicita o disputa el beneficio de justicia gratuita aceptando la defensa y ex lege en caso de nombramiento de oficio."

Esta nueva figura de la relación de servicios, la consideramos mejor que cualquier otro tipo de contrato en que quiera enmarcarse la relación abogado cliente.-

Después de hechas todas las clasificaciones de la relación contractual abogado cliente vemos que todas las confusiones se han originado en la depresión que se ha hecho de la abo

gacía y su equiparación con los trabajos de jornal, con los que realmente ha llegado a tener cierta similitud, aunque guardando mucha distancia. Para poner fin a este capítulo, citaremos frases de Ossorio quien dice: "La función del abogado fue en sus primeros orígenes de alto patronato, de protección de confidencia. El hecho de que entonces fuera gratuita y después haya venido a ser remunerada, no quita nada su singular dignidad ni a su grandísima elevación de igual manera que el sacerdote no rebaja su condición aunque reciba estipendio por decir misa.-

La alusión al sacerdote nos encamina hacia la solución. La abogacía no es una carrera ni un oficio sino un Ministerio y como tal hay que contemplarla sin que la alcance ninguna otra regulación. (101)

(101) Ossorio A. "El Alma de la Toga. Editorial Ediciones Jurídica Europa-- América. Buenos Aires 1971 pág. 49.-

CAPITULO SEGUNDO

1.- La Asistencia y la Representación de la Parte en el Proceso.-

Aunque podría pensarse que la persona que con más interés concurriría a los Tribunales, desplegando toda su actividad para lograr lo deseado en un proceso, sería el titular del derecho que se va a discutir, por existir dentro del juicio una serie de requisitos procedimentales que de no cumplirlos acarrearían nulidades unas veces, pero otros perjuicios más graves para la misma parte, como la oposición de una defensa o la no interposición de un recurso dentro del término de ley, no es ese titular cuando es leigo en derecho, la persona más indicada.-

Debido a esto es que se hizo necesario recurrir a personas que se dedicaran unas a representar a la parte en juicio y otras a brindarles asistencia con sus consejos y alegatos que es lo que constituye la dirección técnica del proceso. También puede darse el caso de que un mismo profesional ejerza las dos funciones.-

Esto, que se ha convertido en una necesidad, ha sido regulado por la legislación positiva en el sentido que para poder recurrir a los tribunales y provocar la actividad de órgano jurisdiccional, es necesario que cada parte lo haga asisti

do de un procurador y un abogado en unos países, donde la representación en juicio está a cargo de una persona y la asistencia jurídica está en manos de otra, o solo mediante abogado en las legislaciones donde está unificadas ambas funciones.-

Como toda institución jurídica la representación tiene su razón de ser, lo que analizaremos partiendo desde el antiguo derecho romano, pero sin adentrarnos mucho.-

En el periodo de las acciones de la Ley el antiguo derecho romano no conoció la representación en juicio, teniendo el litigante que comparecer al tribunal con las excepciones del tutor que representaba al pupilo, el representante del esclavo, del ausente o del enfermo.-

Ya en los siglos primero y segundo del Imperio, aparecen los procuradores que actuaban como gestores del dominus, quien era el que se veía afectado o beneficiado con la sentencia. Este procurador para pleitos o apoderado "ad litem" no tenía las características del procurador como administrador general quien rendía caución para responder al dominus, sino que era un apoderado o representante ad hoc.-

Sin embargo, probablemente por las dificultades que se presentaban para comparecer ante los tribunales, el proceso ro

mano fue cediente y admitió la participación de representante y dominus, asistidos ambos por un experto en derecho.- En materia penal se permitían procuradores y defensores, pero cuando en el procedimiento intervenía solo un magistrado en un juicio dentro de la ciudad, esta participación no se consentía y en esos casos especiales, el nombramiento y el número de ellos eran del arbitrio del magistrado. Cuando estuvo vigente el sistema acusatorio donde la acción penal la ejercitaba el representante de la comunidad, el actor no podía nombrar representante y el acusado tenía que comparecer personalmente.-

Fue hasta después de la edad media, en el renacimiento, cuando se recurre en el derecho Romano a la representación técnica y a defensores técnicos en derecho, aunque la parte no podía ausentarse del proceso.-

En el antiguo derecho germano, no se admitió la representación, aunque después se admitieron los representantes "Vollmachtiges, Anwalt" por vía de excepción en el tribunal Real, pero en los derechos territoriales solo se admitió muy avanzada la edad media.-

Sin embargo, por la dificultad del proceso, se hizo necesario que el Tribunal General del Reich, habilitara determinado número de procuradores y defensores, haciendo la diferencia entre las dos actividades, hasta que a partir del

siglo XVIII a raíz de que el proceso escrito alemán elimi_nó esa diferencia, fue corriente que el abogado asumiera el papel de representante y defensor.-

En el derecho Francés se exigía antiguamente que las partes comparecieran por sí mismas pero cuando se introdujo la escritura en el proceso, se abandonó este formalismo. Donde primero apareció la representación fue en la jurisdicción eclesiástica y de ahí pasó a la jurisdicción laica.-

El derecho francés tomo del antiguo derecho romano el que el avoue, hiciera la exposición descubierto y de pie mientras el abogado (Avocat) informara sentado y tocado de su birrete. Esto trajo el problema de que cuando el abogado consiguió permiso para actuar como procurador tenía que descubrirse y ponerse de pie para actuar como tal informando y luego cubrirse para exponer sobre el derecho; la incomodidad de esta situación fue eliminada y se les permitió a los abogados informar cubiertos y sentados, dándose aquí el primer paso de la unificación de funciones.-

Los avoues tomaron carácter mixto en Francia y no actuaban como simples mandatarios, sino que lo hacían en el proceso sin abogado debiendo prestar juramento por su carácter público.- (102)

(102) Sobre este tema puede consultarse Pothier. "Du Droit

des Avocats et des Avoués de Représente et Plaides devant les Tribunaux D'Exception". París 1914 pág. 9 y sigs:-

En Francia el Avoue está conceptuado como un oficial ministerial, adscrito al Tribunal como sujeto privado y se le concede el impulso procesal; es el representante de las partes. (103)

U (103) Este tema es tratado ampliamente por Douschamps! De la **Profesión d'Avoue** " París 1907 pág. 454 y sigs.-

En el derecho español primitivo, es en el Fuero Juzgo, (104)

(104) Fuero Juzgo título 3º del libro 2º.-

donde se establece que hombres y mujeres podían presentarse en juicio a defender sus causas necesitando neopresentante, solamente el príncipe y los obispos, para evitar como dice la ley que "desfallezca la verdad por miedo al poderío".

(105)

(105) Ibid. Título 3º libro I.-

Para las otras personas la representación era voluntaria por medio de procurador y a él se sometía la defensa de los derechos de las partes. Antonio Peña, quien fue prác-

tico del siglo XVI, (106) explica la prohibición de que se

(106) Citado por Comellas Salmerón M. en Rev. Der. Proce -
sal Iberoamericana número 2 año 1962. Segunda época pág.13
y sig.-

admita procurador para acusar o defenderse en los delitos
en los cuales pueda imponerse pena de muerte, mutilación
de miembro o destierro perpetuo porque el acusado actuará
con más diligencia y porque es justo que el acusado compa
rezca personalmente para que el Juez vea su ánimo. En la
Novísima recopilación la práctica general era que ante los
Juzgados inferiores se permitía a las partes interesadas
comparecer por sí mismas a no ser que tuvieran residencia
fuera de la cabeza del partido o que el litigante no ofre-
ciera garantía bastante para entregarle los autos.(107)

(107) Manresa. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Ci -
vil. VII. Ed. Madrid 1952 pág. 70.-

En el derecho costarricense nunca ha existido procurador
que actuara solamente como representante de la parte en
juicio, sino que el abogado se encarga de representarlo y
asistirlo en derecho. Los autos originales solo en casos
dónde sea absolutamente necesario como en protocolización
de piezas, se entrega al abogado o a la parte. (108)

(108) En Costa Rica los abogados también ejercen la función
de notarios.-

En el derecho Inglés, todo litigante cuenta con libertad para comparecer y actuar por sí ante los tribunales, tanto en penal como en civil. Para proveer la acción de los tribunales Penales es necesario presentarse con el nombre del presunto culpable para que sea citado a la audiencia, donde ostenta la calidad de parte desde el primer momento y puede valerse de abogado. También en Inglaterra dentro de la profesión legal "Legal Profesión" hay una dualidad de tipos: El barrister y el Solicitor. Estas dos personas asumen la defensa del imputado, aunque la distinción no equivale dentro de la abogacía a la diferenciación que hay en España entre procurador y abogado.-

El solicitador y el barrister son abogados que ejercitan funciones como tales; el Barrister es de categoría superior, tanto por su cometido como por su prestigio "Miembro del Bar". Es el que actúa ante los Jueces del Alto Tribunal y en los tribunales de "Assises" y Tribunales de Apelación, así como ante la cámara de los Loes. Tiene que pertenecer a uno de los Tradicionales Colegios de Abogados "Innes of Court". No se comunica directamente con el cliente ni se ocupa de la preparación del asunto, lo que corresponde al Solicitor que se asemeja al procurador español.-

El Solicitor pertenece a otra asociación distinta llamada "Law Society". Es interesante establecer que tanto el Barrister

como el Solicitor no necesitan título para ejercer su cargo, sino que tienen que tener formación colegial y las prácticas exigidas en las asociaciones, lo que basta para ejercer.-

El Solicitor actúa como abogado en los casos de pequeña o mediana gravedad ante los Tribunales inferiores incluidos los de Quarter Sessions; desempeña la función preparatoria del caso, interviniendo en la indagación preliminar en defensa del imputado; es mediador entre el Barrister y el cliente o interesado, eligiendo normalmente al segundo a quien le facilita los datos.-

También se encarga de cobrar los honorarios, pues existe la costumbre de que el Barrister no puede descender a reclamarlos a la persona que ha recibido sus servicios.-

Tanto uno como el otro son colaboradores del Tribunal en la consecución de la resolución justa.-

Hecha esta rápida alusión a los diferentes sistemas que más nos pueden interesar en la legislación comparada, nos concretaremos a estudiar los sistemas actuales en España y Costa Rica.-

2.- Comparecencia en Juicio en el Sistema español actual.-

Como se habló someramente en la primera parte de este trabajo, aunque un litigante tenga capacidad para contraer obligaciones y adquirir derechos, no tiene por regla general la capacidad de actuar en el proceso, la capacidad procesal. En España la Ley de enjuiciamiento civil, (109)dis-

(109) Artículo 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.-

pone que la comparecencia en juicio es por medio de procurador legalmente habilitado para funcionar en el Juzgado o Tribunal que conozca de los autos y con poder declarado bastante por un letrado. (110)

(110) Art. 4º de la LEC. establece las excepciones a la obligatoriedad de nombrar procurador.-

Necesariamente tiene el que quiera comparecer en juicio hacerse representar por un procurador, representación que es de carácter formal, salvo que puedan las partes comparecer por sí mismas.-

Por otra parte, escogido por el procurador o por el interesado, está el letrado.-

Vemos entonces que la representación en el proceso español es obligatoria debido a la complejidad técnica del proceso.

El profesor Prieto Castro, al referirse al punto manifiesta que la realización de los actos procesales es cada vez más intensamente, como una ciencia y una técnica que hace surgir personas especializadas; a ellas acuden los intersados en un proceso, movidos por la consideración de que los derechos encuentran en su técnica una mejor garantía. También --sigue diciendo el procesalista español-- el Estado entiende que la función jurisdiccional se ve extraordinariamente facilitada por la colaboración de personas técnicas sobre las que pueda hacer recaer no únicamente los deberes propios de una gestión en beneficio de los intereses que los particulares les confían, sino otra de carácter público que los hacen aparecer como necesarios colaboradores de dicha labor jurisdiccional. Cuando por el contrario contempla procedimientos o actuaciones concretas más simples y expeditivas, exonera del requisito permitiendo la actuación procesal de los propios litigantes. (111)

(111) Prieto Castro L. y otros. Derecho Procesal, Manuales Universitarios Españoles. II, Vol. I Pág. 8.

El abogado y el procurador son dos profesionales que coadyuvan a la defensa del cliente.-

Para tener un concepto claro de lo que se está hablando, dado que en algunas legislaciones no existe el procurador y

en otras tiene diferente significación o al menos su activi
dad es otra, vamos a hablar de él.-

Procurador quiere decir en latín, personero en romance y este nombre es porque presenta la persona de aquel que le dió carta de personería, porque recaba o hace pleitos o he
chos o cosas ajenas por mandato del dueño de ellas. Es quien representa a la parte en juicio, actúa en lugar de ella en su nombre y solo en casos especiales de disposición del ob
jeto ~~del~~ proceso exige la ley ratificación expresa de la parte.-

El carácter de representante lo acredita el procurador por medio de un poder que tiene la característica que veremos. El procurador es la persona que además de representar a su cliente, es el que sirve de enlace entre este y el tribunal así como también entre el abogado que puede ser nombrado
do por él o por el cliente y ese mismo cliente. Si se diera
ra el caso que el abogado cesara en la dirección del negocio, también es el procurador quien debe recoger los documentos que tenga y entregarlos a quien se vaya a encargar del negocio.- Asume en el proceso la posición de un representante originado en la declaración de voluntad del litigante, que constituye al procurador en dueño de la facultad de representarlo, lo que le autoriza para obrar en nom
bre de él. En la práctica, generalmente es el procurador judicial mandatario y representante.

Como es la persona que está en constante comunicación con el Tribunal debe tener al corriente tanto al cliente como al abogado de todas las incidencias que sucedan; oirá emplazamientos, los firmará, así como las citaciones y emplazamientos cuando no tengan que ser hechos personalmente a la parte o cuando las citaciones tengan por objeto la comparecencia obligatoria del imputado. (112)

(112) El artículo 5º y 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecen las obligaciones que tiene el procurador al aceptar el cargo o poder, y también el derecho de cobrar, por medio de un procedimiento privilegiado llamado jura de cuentas al cliente moroso los gastos y honorarios del abogado.-

Las actividades del procurador en el juicio puede decirse que es activa y pasiva; la primera cuando realiza actividades a nombre de su representado y la segunda cuando recibe las notificaciones, citaciones etc.- (113)

(113) Sobre representación activa y pasiva del procurador puede verse Gómez Orbaneja E. y Herce Quemada. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Parte General VI Edición. Madrid 1969 pág. 154.-

3.- Características del Poder del Procurador.-

La Ley de Enjuiciamiento Civil, (114) al hablar de la forma

(114) Artículo 3º LEC.-

en que una parte debe comparecer en juicio, dice que debe hacerlo por medio de procurador con poder "declarado Bastante" por un letrado. El bastanteo es una declaración de suficiencia jurídica del poder, que hace un abogado. Podría decirse que tiene justificación como un medio para garantizar la legitimidad del poder, para evitar cualquier nulidad que pudiera alegar la otra parte que en este caso, de presentación de un poder no bastante, daría lugar a la interposición de una excepción dilatoria. (115)

(115) Puede alegarse en este caso la excepción dilatoria que establece el artículo 533 inciso 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que es la falta de personalidad en el procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder.

El requisito del "bastanteo" lo exigieron los reyes católicos para evitar los largos y caros procesos que resultaban nulos a causa de la falta de poder con el consiguiente perjuicio para las partes en ordenanza de 4 de diciembre de 1502. (116)

(116) La ordenanza de Madrid de 4 de diciembre de 1502 dice: "Porque acaece muchas veces que se hacen procesos baldíos por los que se dicen procuradores de los actores o reos, que no lo son, o no tienen poderes bastantes; y habiendo hecho en los dichos pleitos muchas costas y gastos después de pasado mucho tiempo, se anulan y dan por ningunos por defectos los poderes, de que a las partes se recreen muchas costas y reciben mucho daño; ordenamos y mandamos, que luego que los dichos procuradores parecieren : a po-

ner demanda, o a responder a ella, trayan sus poderes, y an tes de que se presenten en juicio los abogados de las pares los señalen en las espaldas de sus firmas, diciendo que son bastantes porque si después, por defecto de poder que no se a bastante el proceso fuere dado por ninguno, sea obligado el tal abogado a pagar a la parte costas..."

Pero la realidad es que el bastanteo no es más que una for malidad que en la práctica no parece traer ningún benefi - cio, porque si a pesar de estar bastanteadado el poder es in suficiente, la parte contraria puede alegarlo y dejar sin efecto ese poder, o sea que el bastanteo no elimina el vi - cio de nulidad que tenga. Diferente es la situación cuando la parte presenta ante los tribunales un escrito, el primero que presente en la causa, sin acompañar el poder, caso en el que no sería admisible.-

Sobre el "Bastanteo" el Profesor Prieto Castro dice: "Es un requisito absurdo, hoy inexplicable, ya que la declaración de ser bastante un poder si luego resulta que es insufi - ciente, no impide la oposición de una excepción de falta de personalidad del procurador, ni de un recurso de Casa - ción.(117)

(117) Prieto Castro Op. Cit nota pág. 12.-

Manresa dice que en la ordenanza de Madrid de 1502, se ha - cía responsable al letrado en caso de que el poder no fue -

ra bastante como lo había afirmado, y puede responsabilizársele de conformidad con el artículo 1101 del Código Civil, aunque no hay disposición expresa.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1889 responsabilizó a un letrado por haber bastantado un poder sin serlo con base en esta disposición legal, que se refiere a los daños y perjuicios causados por negligencia e imprudencia.-

En la Justicia Municipal se permite que el poder sea otorgado ante Notario o apud acta ante el Despacho del Tribunal.

Este procedimiento, (118) simplifica el mandato judicial, el

(118) Regla primera apartado C de la base 10; Ley de 19 de julio de 1944.-

que no necesita bastantado.-

También ha considerado la jurisprudencia que cuando se trata de casos de excepción del artículo (4º de la LEC. no es necesario el bastantado. (119)

(119) Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1892 y 12 de julio de 1905.-

A la par del Procurador en el proceso español el abogado

es el encargado de dirigir el juicio, redactando los alegatos de defensa y ataque, es el que habla en las vistas y en general también actúa en nombre del cliente pero tiene la diferencia en cuanto a representación con el procurador, que el poder conferido a este es el que le da la autorización de representación.-

4.- Formas de Comparecer en Juicio.-

Ya hemos hablado que no es igual la forma de comparecer en juicio en todas las legislaciones; Jaime Guasp, (120) nos

(120) Guasp. Comentarios a la LEC. Tomo I Ed. Aguilar Madrid 1943, pág. 126.-

habla de dos sistemas que hay de comparecer en juicio. Que la parte comparezca por sí misma, pudiendo dar la representación procesal voluntariamente a un técnico en derecho o bien conferirla a una determinada categoría de personas. Con lo primero se simplifica el proceso al intervenir una persona menos y a favor de la segunda forma puede decirse que la índole compleja, técnicamente difícil de las gestiones ante los tribunales de justicia, ameritan este sistema y que si no se hacen esas gestiones correctamente puede ocasionar la pérdida del juicio.-

Vemos entonces que los sistemas son dos; o se exige como

en el procedimiento español que la representación esté a cargo del procurador y el abogado se encargue con la labor técnica de defensa o se permite conferir poder a un técnico en derecho. Este segundo caso lo podemos encontrar en la legislación comparada en Alemania, Austria y otras. La doctrina igual que la legislación positiva, está en desacuerdo acerca de cual es el mejor sistema. Analizaremos ahora las ventajas y desventajas que puede acarrear uno u otro.-

5.- Análisis Comparativo y Crítico de la Dualidad o Unificación de la actividad profesional de defensa en juicio.-

Ya hemos visto, citando palabras de Guasp, que son dos las formas de comparecer en juicio, directamente dejando a voluntad de la parte otorgar poder a un técnico o no y por medio de un procurador que represente a la parte en juicio.-

Mucho se ha discutido acerca de la bondad o no de los dos sistemas.-

Para tratar de hacer el análisis basado en la práctica, tomaremos las legislaciones costarricense, donde la representación y la defensa en juicio están unificadas en el letrado y la española donde la intervención del procurador salvo excepciones, es forzosa, teniendo que actuar a su lado el letrado.-

Han habido desde hace mucho tiempo corrientes legislativas tendientes a eliminar al procurador, lo que se discutió ya en la formación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1981. En 1915, (121)tratando un proyecto tendiente a lograr una

(121) Defensas llevadas a cabo en la sesión del Congreso de Diputados del 4 de febrero de 1915, por Julián Muñoz Miguel. Imprenta de los hijos de M. G Hernández, Madrid 1915.-

justicia barata y cerca del que la demanda, se habló de la duda que había de si los procuradores llenaban esos fines o si más bien los entorpecían, aumentando el costo y alejándola. En esta sesión se habló tanto en favor como en contra del procurador.-

En contra se dijo que la obligatoriedad de nombrar procurador iba en perjuicio de los principios liberales y que era posible que alargaran el proceso, que impidieran un arreglo entre las partes, al perder el letrado contacto directo con la parte y con el tribunal. Además se habló de eliminar al procurador, porque algunos ejercían la función muy mal. Hasta se llegó a decir que la institución del procurador era una rémora para el procedimiento.-

Manuel López Rey, (122) dijo que los procuradores solo re-

(122) López Rey M. Justicia Poder Civil. Primera Edición, Madrid 1931.-

presentan una ficción arcaica por lo que debía ser potestativo su empleo. Alcalá Zamora y Castillo, (123) al hablar

de las ventajas de la desaparición del procurador, dice que es un intermediario por lo que retarda y encarece y aumenta las actuaciones llamados por el arancel. Su labor la considera de poca monta porque entre el mecanógrafo, el abogado, el dependiente y el chico que trae y lleva los autos y escritos le hacen todo el trabajo.-

Por otra parte en Austria parece que la eliminación del procurador trajo como consecuencia una disminución de la duración de la primera instancia, aunque no da el autor datos exactos. (124)

(124) Calamandrei. Problemi Giudizari Nella Venezia Tridentina, 1919 en "Studi sul Processo Civile" Vol. I Padua 1930. Pág. 278.-

La corriente legislativa y doctrinaria aun hoy no ha disminuído y preocupa a los procuradores, pero en la legislación positiva sigue vigente la obligación de acudir al procurador y que el poder tenga el requisito del bastanteo, lo que creemos se debe en parte a los beneficios económicos que obtiene el colegio de abogados respectivo porque el bastanteo se pone sobre una estampilla del valor correspondiente en relación al juicio.-

En Costa Rica en el escrito inicial de todo juicio, el abogado tiene que adherir un timbre denominado del "Colegio de Abogados" que tiene las mismas características.-

Si bien la reforma legislativa para eliminar el procurador no ha tenido éxito, se han hecho muchas excepciones al uso del mismo como representante, no exigiéndose en casos cuando la parte sea asistida por ningún profesional o permitiendo que el abogado asuma las dos funciones. Ejemplos de la no necesidad del procurador la tenemos en la jurisdicción laboral, en algunos casos de la jurisdicción militar y en la justicia Municipal, donde las partes pueden comparecer por regla general sin necesidad de procurador ni letrado, pero si quieren actuar por medio de representante tiene que ser éste, procurador habilitado o letrado en ejercicio, debiendo acreditarse la representación por medio de poder otorgado ante notario o compareciendo a otorgarlo ante el Juzgado. Aplicada esta disposición se ha pronunciado la jurisprudencia, aclarando eso sí, que cuando no se comparezca por (125) sí mismo tiene que hacerse como lo establece la

(125) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1965 y de 13 de octubre del mismo año.-

Ley, por medio de abogado en ejercicio o procurador habilitado, no por otra persona que no tenga estas características.

(126)

(126) La comparecencia de partes en proceso de cognición es

tá regulada por el decreto de 21 de noviembre de 1952 en su artículo 27.-

Sin embargo estas facultades que se dan a las partes de asumir la defensa en juicios de pequeña cuantía pueden ser usadas en escasa medida, como lo dice el Profesor Prieto Castro, (127) a no ser que como en materia de trabajo o pe

(127) Prieto Castro L. Problemas del Juicio de pequeña Cuantía. Rev. Der. Proc. 1946 Nº 3 pág. 408.-

nal se permitiera al Juez y se le obligara a tomar una actitud defensiva en favor de la parte, aunque siendo materia civil sería difícil determinar a quien va a dar el Juez esa protección.

La disposición de la reforma a la Ley de Justicia Municipal, fue considerada por algunos como novedosa en cuanto derogaba el sistema dualista de la representación y defensa; tenemos así a Herce Quemada, (128) que dice:"...así como en la

(128) Herce Quemada. La Nueva Justicia Municipal. Rev. Der. Proc. Nº 1. 1946. Pág. 47.-

ley común la representación procesal solo puede ostentarla el procurador, la ley de bases permite que se confiera indistintamente a procurador habilitado o a letrado en ejer-

cicio, sistema de libre concurrencia."

Son muchos los que han defendido y defienden la permanencia de los procuradores en el proceso, por considerar que unir las dos actividades en el abogado es amalgamar funciones que no compaginan por su misión, como son los materiales y económicos. Para rebatir el argumento de que es un perjuicio económico para la parte, la exigencia del procurador se dice que a pesar de ser voluntaria la representación, siempre se utilizan.-

Manuel Comellas Salmerón, critica las reformas a la Ley que permite la representación voluntaria diciendo que esos procedimientos ni son sencillos ni están libres de incidencias procesales que hacen necesaria cierta práctica forense.- (129)

(129) Comellas Salmerón M. Consideraciones sobre el Mandato ad litem. Rev. Der. Proc. Nº 2. 1962, pág. 166.-

Adolfo García, citado por Alcalá Zamora en su obra Estudios de Derecho Procesal, (130) dice que " la procuraduría no

(130) Ob. Cit. pág. 180.-

puede morir; el procurador tiene el porvenir asegurado. Es el representante del Forastero en toda clase de asuntos que

pueden relacionarse con los Tribunales..." Alcalá Zamora sin embargo no está de acuerdo con el autor que cita, pues dice que no ofrece pruebas y que la procuraduría ha muerto en muchos países de organización procesal más perfecta. Agrega que nada impide que la defensa y la representación del forastero le haga el abogado.-

Si parece haber coincidencia entre los doctrinitas españoles que el procurador se ha apartado de lo que debe ser y ha descuidado sus funciones, no prestando al abogado una real y efectiva colaboración en el aspecto procesal con los conocimientos prácticos que tiene, ni ofrece la garantía económica que supone su intervención.-

Dejó de ser el consejero de la familia encargada de buscar la solución amistosa y cuando no prosperaba su intervención aconsejaba al letrado que mejor pudiera sacar avantes los intereses del cliente.-

Este resultado puede verse cuando el que necesita de los servicios de un abogado, recurre directamente a él y no al procurador y en contra del espíritu de la ley es el letrado quien escoge al procurador y le otorga el poder, muchas veces sin que el cliente lo conozca.-

A esta situación se ha llegado por el mal servicio que pres

tan los procuradores, teniendo el abogado que encargarse de toda la labor, tanto procesal como dirección técnica.-

Es de suponer que quien sabe todo el procedimiento es el procurador y que el abogado solo se dedicaba al derecho de fondo, pero al demostrar la práctica que no es así, parece que se hace necesaria otra reforma tendiente a cambiar la representación en juicio.-

Sin embargo, a pesar de todas las críticas que se hacen a los procuradores, parece ser una institución bastante arraigada en el proceso español, lo que deducimos porque en el proyecto de corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado por los profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas, en el artículo 21 mantiene la misma situación, dejando vigente la obligatoriedad de comparecer en juicio por medio de procurador con las mismas excepciones que tiene ahora la LEC actual.-

Introducen una innovación al eliminar el "bastanteo" del poder, requisito este que como vimos no tiene razón de ser, tomando en cuenta la tendencia a eliminar formalidades innecesarias del proceso. También toma el procedimiento existente en la Ley de Justicia Municipal, y adaptamiento existente en la Ley de Justicia Municipal, y adapta en la LEC. el sistema de poder otorgado apud acta, ante el tribunal.-

Tratando de precisar más el alcance del poder que se otorga habla el proyecto, de la necesidad de que en el acta se especifique cuando se está autorizando al procurador para que disponga en todo o en parte del derecho del litigante poderdante, o si por el contrario si lo puede realizar los actos necesarios para que continúe la prosecución del juicio.-

En lo que se refiere a la aceptación del poder dispone el artículo 24 del proyecto de los Profesores que al hacer uso del mismo el procurador, se tiene por aceptado, estando obligado a realizar todos los actos propios del cargo, incluyendo pagar los honorarios al abogado. El incumplimiento de alguna responsabilidad lo hace incurrir en las mismas responsabilidades que incurriría el mandatario pues en realidad lo que existe entre cliente y procurador es un mandato siendo en relación con el abogado un arrendamiento de servicios. Con las mismas características del poder del procurador, puede conferir el cliente a su abogado en Costa Rica.-

El procurador tiene la facultad de cobrar gastos y honorarios al cliente, en caso de que resulte moroso, mediante un procedimiento privilegiado, semejante al que tiene en Costa Rica el abogado para cobrar sus honorarios en el que se llega al secuestro de bienes del deudor. (131)

(131) Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento

Civil redactado por los profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas. Tomo 1 artículo 28.-

En el proyecto de la Ley de Bases de un código de procedimiento Civil que fue presentado al Consejo de Ministros pero posteriormente retirado, al referirse al tema de la postulación procesal, disponía el establecimiento de una regla general por la que tanto en juicios de menor cuantía como los de mayor cuantía, las partes tuvieran que recurrir o hacerse valer de un abogado y que la representación será a cargo de procurador o abogado exclusivamente. (132)

(132) Base Segunda Artículo 12.-

Parece que la intención era dejar libre a la parte para que recurriera o no a procurador para que la presentara, pero no estaba muy claro, y así lo expresa el profesor De La Oliva Santos, (133) comentando el proyecto. "No se entiende muy

(133) De La Oliva Santos A. "Hacia el Desbarajuste Procesal" en Revista de Derecho Privado Nº 1. 1975, pág. 21.-

bien si lo que quiere decir es que no es preciso que exista representante y que si la parte desea nombrarlo ha de ser a abogado o procurador, o por el contrario, que la representación, siendo necesaria puede ostentarla el propio abogado o

un procurador."

En todo caso el proyecto no llegó a ser conocido.-

6.- Representación y Defensa en Costa Rica.-

En Costa Rica al no existir el procurador el abogado es quien dirige el juicio desde el punto de vista técnico, teniendo libertad el cliente de otorgarle o no poder, pues el requisito que se exige a las peticiones que se hacen en el tribunal es que la firma de la parte, vaya autenticada por la de un abogado, (134) quien después de autenticar dos o

(134) Artículo 1050 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica.-

más escritos se considera director del juicio con las responsabilidades inherentes. Sin embargo, por la misma razón que parece haber originado en España el Procurador, como es la difícil comunicación del cliente con el letrado, por vivir fuera del asiento del Tribunal, generalmente se otorga un poder al abogado para que lo represente, haciendo las veces en relación a la Ley de Enjuiciamiento Civil, de procurador y abogado.-

Hay una excepción en Costa Rica por medio de la cual se pueden presentar escritos al tribunal sin autenticar por un

profesional aunque se trate de materia civil; son los juicios de menor cuantía, (menos de tres mil colones, veinte mil pesetas), cuando se presentan en Tribunales que tengan asiento a más de veinte kilómetros del lugar donde está instalado el Tribunal Superior, por la incomodidad que tiene el litigante de acudir ante un profesional en derecho cuando no hay en el lugar de su residencia. (135)

(135) Artículo 140 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Salvo en los casos exceptuados por la Ley, solo los abogados, bachilleres en leyes y procuradores judiciales, podrán representar en juicio civil o criminal a las partes ante los Tribunales Superiores, Juzgados o Alcaldías de la República. No obstante, en los asientos de Alcaldías que disten a más de veinticinco kilómetros de la sede del Juzgado y en donde no hubiere por lo menos dos personas con oficina abierta de las autorizadas por la Ley para litigar con representación, no podrá ser apoderado judicial quien no sea profesional en derecho".- Nos parece conveniente aclarar que los juicios de menor cuantía corresponde conocerlos a las Alcaldías que son oficinas judiciales.-

También en materia penal y de trabajo, pueden las partes comparecer en juicio sin necesidad de asistencia de letrado, siempre que presenten los escritos personalmente, o hagan las manifestaciones en forma oral. Tratándose de procesado en materia penal, el Juez lo invitará a elegir defensor en la primera oportunidad, que tendrá en todo caso que ser antes de la declaración indagatoria; si no lo hiciera, se le nombrará uno público, acarreando la inobservancia de esta

disposición nulidad de los actos que se realicen y donde conforme a la Ley tengan derecho a asistir a las partes y el defensor. (135)

(135) Artículo 189 del Código de Procedimientos Penales: En la primera oportunidad, pero en todo caso antes de la declaración del imputado, el Juez lo invitará a elegir defensor; sino lo hiciere o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, procederá conforme al artículo 83. (Nombrarle defensor Público) La inobservancia de este precepto producirá la nulidad de los actos que menciona el artículo 191...

El Código Penal anterior permitía sin ninguna traba que el procesado se defendiera personalmente, pero por la indefensión en que quedaba muchas veces, al redactarse el nuevo código de 19 de octubre de 1973, se modificó esta posibilidad, dejando siempre al procesado la posibilidad de defenderse personalmente como una excepción a la regla general de que la defensa siempre esté a cargo de abogados o defensores públicos, siempre que no se perjudique la eficiencia de la defensa, lo que queda a juicio del Juez instructor. Esta excepción consideramos que es conveniente que exista para el caso de que el procesado sea un profesional en derecho y considere que puede defenderse mejor que como lo haría un colega suyo. (136)

(136) Artículo 80 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.-

También el procesado puede hacerse representar por un apoderado, sin necesidad de tener que comparecer en juicio, cuando el delito que se persigue sea castigado con días multa o inhabilitación; para tal efecto, tendrá que conferir poder especial.-

En cuanto a las otras partes del proceso penal, como son el querellante y las partes civiles, solo pueden actuar con el patrocinio de un letrado o hacerse representar por un abogado, teniendo que otorgar para tales efectos el querellante, poder especial. (137)

(137) Artículo 87, Código de Procedimientos Penales.-

Aunque consideramos que en cierto modo llevan razón quienes no aceptan la eliminación del procurador en el proceso porque hace más fácil la actividad del abogado, sobre todo en el abogado que se inicia en la profesión, por la experiencia de la legislación costarricense, donde están unificadas como ya se ha dicho las funciones de representación y defensa en el abogado, nos parece que porque la vida actual necesita más que nunca que los asuntos ante los tribunales sean muy rápidos, se requiere para ello de una organización que a la vez que sea sencilla, sea efectiva. El procurador en mayor o menor medida retrása el juicio, porque es una persona más a la que hay que tomar en cuenta, y esto aparte del

perjuicio económico para el litigante, trae otros perjuicios, agravada la situación si cumple mal su función. Creemos que si el letrado se encarga de la asistencia técnica de la parte y si fuera para esta optativo hacerse representar por el mismo letrado, se obtendrían mejores resultados y a cambio de eso lo único que debería hacerse es que el abogado se viera precisado a aumentar su personal, en beneficio del cliente, quien también se beneficiaría en el aspecto económico.-

Para efectos de responsabilidad profesional, sería más fácil determinarla en caso de que existiera, con la unificación de funciones. Manuel Comellas (138) en su estudio sobre "Consi

(138) Trabajo citado en nota 129.-

deraciones sobre el Mandato Ad Litem" después de enumerar algunos defectos de la procuraduría española, se manifiesta contrario a la derogación y dice: "Acaso sean las apuntadas razones, pues no se vislumbran otras, dadas las ventajas que la representación técnica con carácter monopolístico forzosamente tiene que producir, las que han originado este indebido arrinconamiento de unos profesionales de necesaria y definida función que no puede ser desempeñada por otros, que ofrezcan las garantías de que tradicionalmente ha hecho gala la Procuraduría, ni acumularse con la actividad de defensa sin que ésta padezca. A tal finalidad, deben dirigir

sus miradas los órganos rectores de esta colectividad, recordando en todo momento que su misión es esencialmente pública, y en acatamiento de ella deben usar de una saludable disciplina, no malgastando sus energías en la defensa de mi nimizados intereses de clase, que en la actualidad, con toda justicia, debe recobrar, dándole intervención en determi nados procesos, de los que hoy día está apartada."

CAPITULO TERCERO

1.- Análisis de los Elementos Constitutivos de la Relación Abogado Cliente.-

Hemos visto que hay dificultad en encontrar la figura contractual que se adapte perfectamente a la relación abogado cliente, lo que nos llevó a analizar en el capítulo precedente la figura de la relación de servicios que adaptamos a la de estudio por considerarla una relación que está por encima de cualquier contrato, sea mandato, arrendamiento de servicios u otro siempre tendrá que existir lealtad y confianza recíproca entre el letrado y quien busca sus servicios.-

Entramos ahora a analizar los requisitos que tienen que darse en la relación entre abogado y cliente, haciendo análisis de acuerdo con la doctrina general de los elementos de las obligaciones, para determinar en qué coinciden y en qué difieren.-

Empezaremos por el consentimiento de las partes que se obligan, interesándonos tanto el del abogado como el del cliente, pues por definición el contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias a dar hacer o no hacer alguna cosa. (139)

(139) Definición de contrato del Código Civil Francés, tomados de Pothier.-

En relación al contrato entre abogado cliente, es un contrato sinalagmático porque nacen obligaciones de ambas partes y de los llamados sucesivos, por el tiempo en que dura la relación. El abogado está obligado a poner todos sus conocimientos en la labor que se le encomienda." Una vez asumida la defensa o atención de una causa, el abogado debe consa-grarse a ella, empleando su ciencia, diligencia, independencia, paciencia, espíritu de lucha y lealtad hacia el cliente" como lo dice Raúl Horacio Viñas al tratar el tema de los deberes que derivan del compromiso de aceptación.(140)

(140) Viñas R. O. Etica y Derecho de la Abogacía y Procuración. Ediciones Pannedille. Buenos Aires. Argentina 1972 pág. 183.-

Por otra parte, el cliente está obligado a pagar los honorarios y a dar como es lógico la información que necesita el profesional para el caso.-

A.- El Consentimiento: Comprende dos aspectos fundamentales: la capacidad para consentir y el que se refiere a la prestación del consentimiento. Para que el consentimiento sea eficaz necesita de acuerdo con la legislación civil que sea li

bre y claramente manifestado, (141) y sino es así, la conse

(141) Código Civil de Costa Rica. Artículo 1008.-

cuencia es que el contrato resulta anulable. El consentimiento puede estar viciado por error fuerza, o miedo grave y por dolo cuando ha sido el motivo determinante para la celebración del contrato. Referido a la relación abogado cliente, el consentimiento se da en el momento en que quien necesita los servicios profesionales del letrado los solicita y el a abogado acepta hacerse cargo del asunto. El error, no parece que sea un vicio que pueda afectar la relación entre el abogado y cliente; es posible que se dé cuando una persona contrate a otra que se hace pasar por abogado sin serlo, para que le resuelva un problema jurídico; esta posibilidad se puede dar en asistencia extrajudicial, porque si fuera ante los tribunales la firma del que se hace pasar como abogado no sería aceptada. Sin embargo, hay profesionales que se dedican a autenticar escritos para los tribunales, redactados por personas que no son abogados. (142)

(142) Se da el caso en Costa Rica de personas que sin ser a bogados se dedican a litigar valiéndose de algún profesional que le autentique los escritos, pero estas personas son bien conocidas por el público y si recurren a ellos es a sabien- das que no son abogados; se les llama tinterillos.-

Además esto acarrearía una sanción penal para quien se hace

pasar por abogado sin serlo. (143)

(143) El artículo 21 del Código Penal costarricense tipifica esta conducta como delito y lo define como fraude de simulación, el que a la letra dice: Se impondrá prisión de seis meses a seis años, al que en perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido, hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial...-

Otros casos podrían darse cuando el abogado haya sido inhabilitado para ejercer la profesión y haya hecho creer al cliente que está en pleno ejercicio de sus derechos como abogado.-

En la práctica cuando se da un caso semejante, el cliente no vuelve a consultar con el abogado y si le ha conferido un poder se lo revoca, ya que casi nunca se hacen contratos escritos. La calidad de abogado, más que problema de consentimiento es de capacidad como veremos en seguida.-

Para que un contrato tenga validez es necesario que las partes contratantes tengan capacidad y en el caso del abogado y el cliente, tienen que tenerla para llegar a una relación contractual; en general los casos de incapacidad son los siguientes: edad, sexo, enfermedad, prodigalidad, interdicción civil, quiebra, matrimonio y ausencia. De estos motivos eliminaremos el sexo y la ausencia, pues tanto mujeres como va-

rones pueden ejercer la profesión de abogado y la ausencia no daría problemas.

A. 1.- Capacidad.-

La capacidad que se necesita en la relación abogado cliente además de la civil, de ejercer derechos y contraer obligaciones es la capacidad procesal, cuando el objeto de la relación es la asistencia ante los tribunales. La capacidad en este sentido la tiene estatuida el artículo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y el Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica que al referirse a quienes pueden entablar una acción ante los Tribunales de Justicia dice que lo pueden hacer quienes tengan capacidad para gestionar judicialmente. (144)

(144) Artículo 1º inciso 3º del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica.-

La capacidad civil también es necesaria para entablar relación profesional con un abogado porque un menor de edad no puede obligarse y por ese motivo directamente no podrá realizar ninguna actividad ni disponer de ningún derecho, siendo necesario que lo represente otra persona, ya sean sus padres o un tutor que actúe a su nombre. En consecuencia si el patrocinio y la consulta suponen contrato es evidente

que siendo la capacidad elemento esencial para contratar, no habría en rigor relación convencional cuando el abogado sea menor de edad lo que excepcionalmente ocurre, debido a que por el tiempo del estudio que requiere la carrera de derecho, cuando se obtiene el título ya se ha alcanzado la mayoría de edad.-

Este requisito de la edad hay que observarlo de acuerdo con la legislación de cada país, que varía en cuanto a los años que se requieren para alcanzarla. En España para poder ejercer la profesión es necesario haber cumplido veintiún años y el emancipado por no poder ejercer plenamente sus derechos no podrá hacerlo.-

En Argentina provincia de Santa Fe, se pronunció un fallo que aunque es de vieja fecha es importante mencionar porque se negó la inscripción de un abogado que no tenía veintiún años de edad, alegándose que no era civilmente capaz. La Corte en recurso extraordinario revocó la denegación aduciendo que las provincias no pueden restringir con trabas relativas a la capacidad civil la virtualidad de los títulos profesionales.

(145)

(145) Sentencia de 30 de diciembre de 1929. Jurisprudencia Argentina. T. 32 pág. 62.-

Bielsa al tratar este tema dice que las situaciones jurídicas no se definen ni se acomodan mirando a las excepciones y la

circunstancia de ser menor no puede aducirse para negar el ca
rácter de patrocinio por la circunstancia de que el menor se
a abogado. (146)

(146) Bielsa R. Op. Cit. nota 63, pág. 266.-

En la legislación positiva, las normas que se oponen a que el
menor de edad ejerza la profesión de abogado están general -
mente en el estatuto de la abogacía como por ejemplo en Espa-
ña. (147)

(147) Artículo 7 del Estatuto de la Abogacía.-

En Bolivia existe la misma prohibición. (148)

(148) Artículo 9 del Estatuto de la Abogacía de Bolivia.-

En Finlandia, para ejercer la profesión de abogado es necesa -
rio estar inscrito en el respectivo colegio de abogados para
lo que hay que ser mayor de veinticinco años, con residencia
en el país, ser graduado en la escuela de leyes y además te-
ner una práctica profesional de tres años, después de su gra
duación, como asistencia de un abogado. (149)

(149) The Unión of Finnish Lawyers in Finland. Helsinki 1964
pág. 6.-

El derecho Francés no exige ninguna condición de edad para el ejercicio de la profesión de abogado, habiendo prohibición solamente para las suplencias de magistrados y para elegir y ser electos en las elecciones internas de la orden. (150)

(150) Sobre este tema puede consultarse la obra "Le Traité de l'avocat" de Louis Cremieu pág. 92 y siguientes citado por Siles Salinas en su tesis doctoral inédita. Madrid 1951.

En Costa Rica la prohibición referente a la edad es para ingresar al Colegio de Abogados, (151) con lo que se prohíbe

(151) Artículo 3 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados de Costa Rica.-

también el ejercicio de la profesión a menores, quienes sin estar inscritos en el Colegio no podrán ejercerla.-

Sin embargo, no se ha aplicado esta disposición a ninguna persona porque la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años y antes no se obtiene la graduación de abogado de acuerdo con el sistema de enseñanza actual.-

Al cliente, la minoridad de edad le impide contratar no solo con el abogado sino con cualquier otra persona.

A. 2.- Enfermedad como Motivo de Incapacidad del Abogado.-

La enfermedad puede ser física o mental; en relación al abogado, la enfermedad mental lo incapacita para ser miembro del Colegio de Abogados siendo consecuentemente incapaz también para ejercer la profesión. (152)

(152) Art. 6º inciso 1º del Reglamento interno del Colegio de Abogados de Costa Rica. No será inscrito el abogado: 1-Que se encontrare en estado de enajenación mental aunque tenga lúcidos intervalos.-

Esta prohibición es lógica porque si el letrado lo que tiene que hacer es abogar por su cliente, defender los derechos e intereses de éste, no podría hacerlo si está incapacitado mentalmente.

En cuanto a la enfermedad física el artículo 10 del estatuto de la Abogacía de España lo contempla como impedimento y en todo caso si hay legislaciones que no la contemplan como tal, para ejercer la profesión, es sin embargo, un motivo moral de impedimento porque si el abogado se encuentra en tal estado físico que no pueda defender como es debido los intereses de su cliente, debe abstenerse de hacerse cargo de una defensa, en virtud de la lealtad que debe hacer recíprocamente entre abogado y cliente. Bielsa dice acerca de la profesión de abogado: "El abogado gasta a veces en una defensa o en un litigio tanta energía como el guerrero en toda una campaña. El estudio de un pleito puede exigir días y noches dedicados a su estudio sin que eso exima al abogado de asistir al tribu-

nal y de defender otras causas. Basta esto para convenir en que el abogado debe tener constitución física robusta."(153)

(153) Bielsa. Op. Cit. nota pág. 207.-

Al cliente la enfermedad mental cuando ha sido declarado en estado de interdicción le incapacita para realizar cualquier acto, ejercer cualquier derecho y la física no le incapacita en ninguna forma para realizar contrataciones.-

La Prodigalidad.-

Al abogado no le afectaría la prodigalidad para ejercer su profesión, porque esta institución lo que pretende es proteger el patrimonio de una persona que no tienen la capacidad de protegerlo por sí mismo, pero no puede impedir que ejerza su profesión que es su medio de vida como tampoco se le prohibiría a un declarado pródigo que no fuera profesional que trabajara, pues el trabajo en vez de perjudicarlo lo beneficiaría y es un derecho de la persona.-

Por otra parte en el estatuto de la abogacía de España, no existe como causa de impedimento para el ejercicio de la profesión la prodigalidad y como debe considerarse materia odiosa, debe interpretarse en sentido restrictivo. (154)

(154) Artículos 10, 11 y 12 del Estatuto de la Abogacía de España.-

A.- 3.- Interdicción Civil.-

De acuerdo con la legislación española el declarado en interdicción civil, está impedido para gestionar por cuenta propia, teniendo que hacerlo por medio de otra persona. Concluimos entonces que quien está en estado de interdicción no puede ni como cliente consultar con un abogado ni contratar sus servicios, ni el abogado declarado en interdicción puede ejercer su profesión.-

A. 4.- El Matrimonio.-

En algunas legislaciones, al contraer matrimonio la mujer pierde el ejercicio de ciertos derechos. En España tiene una incapacidad general y no puede comparecer ante los tribunales sin autorización o licencia del marido, no pudiendo tampoco contratar servicios de un profesional en derecho para que le resuelva algún problema, disposición esta que se desprende del artículo 60 del Código Civil.-

Sin embargo, puede recurrir al abogado o ante los tribunales

cuando se trate de exigir al marido la constitución de una hipoteca o inscripción de bienes de la dote; cuando tenga que defender sus derechos en cumplimiento de sus deberes respecto a los hijos reconocidos o habidos dentro del matrimonio. (155)

(155) Arts. 220, 602 y 1349 del Código Civil español.-

La legislación costarricense también tiene como motivo de incapacidad el estado civil, pero se refiere más al estado de viudez respecto a disposición de bienes gananciales, porque la mujer y el hombre dentro del matrimonio tienen plena capacidad para ejercer sus derechos y contraer obligaciones. El matrimonio no es motivo de incapacidad para contratar los servicios de un abogado en la legislación costarricense, ni es motivo de incapacidad en ninguna legislación para que un abogado ejerza su profesión.-

A. 5.- La quiebra y el Concurso civil:

El reglamento del Colegio de Abogados de Costa Rica tiene como motivo para no inscribir en el Colegio, al profesional en derecho que haya sido declarado en quiebra o concurso civil, siempre que la declaratoria haya sido hecha legalmente. (156)

(156) Art. 6º inciso 4º del Reglamento Interior del Colegio de Abogados.-

Esta es una disposición para proteger el prestigio de la profesión, porque la circunstancia de no contar con patrimonio, desde el punto de vista de la eficacia como profesional en derecho no tiene ninguna importancia.-

El cliente declarado en concurso civil o en estado de quiebra sí es comerciante, por regla general no podrá contratar los servicios de un abogado para asuntos civiles, pero en materia penal si tiene el derecho de asesorarse por un abogado para que lo defienda en juicio.-

A. 6.- La Voluntad.-

En la relación abogado cliente la voluntad presenta ciertas características muy especiales, rasgos propios que la distingen de la voluntad contractual general.-

El cliente acude donde el abogado por primera vez, llevándole un caso. Normalmente el trabajo de profesional comienza con la consulta del caso. Los autores hacen la diferencia entre jurisconsulto, el que evacua las consultas y el litigante o litigioso. El primero trata de arreglar los asuntos de una forma pacífica y el segundo fomenta el litigio. (157)

(157) Entre otros Rafael Bielsa y Saldaña.-

La relación contractual entre abogado y cliente empieza cuando el letrado se hace cargo del asunto. Es muy polémico el tema de cuales son los asuntos que debe aceptar el abogado sobre todo en materia civil, entrando aquí en juego la moral profesional y la conciencia de cada uno. (158)

(158) Sobre este tema puede consultarse a Ossorio y Gallardo. El Alma de la Toga; Rafael Bielsa. La Abogacía; Couture, Mandamientos del Abogado.-

El cliente le manifiesta al abogado su voluntad de que lo asesore en determinado asunto, en un plano extrajudicial; ambos colaboran en la consecución de un fin común mediante un contrato verbal porque solo excepcionalmente se redacta un contrato escrito que regula el acuerdo entre el abogado y su cliente. La voluntad del cliente en muchos casos no se expresa o sea no se manifiesta como en los contratos corrientes, porque no se le deja voluntad de escoger a su abogado. Este caso se da cuando por su estado de pobreza se le nombra a una persona, un defensor de oficio o público, no teniendo la posibilidad de elegir, sino que será defendido por el defensor público a sueldo o por el defensor que le nombre el tribunal, (159) o la institución encargada de hacerlo. En esta

(159) Artículo 42 de Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica. Ver nota Nº 82.-

relación donde la voluntad no tiene carácter relevante, semejante a la gestión de negocios o estipulación por tercero, se puede decir que la voluntad consiste en la relación al pedir al tribunal que lo declare pobre. En cuanto al abogado, tampoco puede excusarse de hacerse cargo del asunto y tiene que cumplir con las obligaciones a que está obligado, si la relación fuera con un cliente que lo ha escogido para que lo asesore, como es el caso del secreto profesional, que son obligaciones que derivan del estatuto o la Ley.-

La voluntad en la relación abogado cliente tiene características especiales de los que se pueden haber resaltar las siguientes:

- a) Las soluciones que plantea el contrato en general son las mismas que se aplican a la relación entre abogado cliente.
- b) La voluntad en este vínculo tiene rasgos diferentes a la voluntad contractual ordinaria.
- c) Este consentimiento se reduce a consentir la relación pero no a formular sus obligaciones.-
- d) Este análisis revela importantes excepciones en las que el consentimiento está ausente.
- e) Ausente el consentimiento, la relación en la defensa de o ficio no es contractual sino legal, aunque como se dijo anteriormente el beneficiado al pedir al tribunal que lo declare pobre está expresando su voluntad para que le nombren un abo

gado. Esta última conclusión es una consecuencia del derecho de defensa en juicio que tiene toda persona.-

2.- Objeto del Contrato en la relación abogado cliente.

El objeto en la relación abogado cliente se traduce de parte del abogado en una obligación de hacer y una obligación de dar de parte del cliente.-

Con respecto al abogado su obligación de hacer consiste en realizar todos los actos necesarios para defender los intereses de su cliente cuando se trata de una defensa ante los Tribunales o de estudiar el caso que se le plantea para evacuar la consulta. No debe olvidarse que el abogado es el primer Juez con quien se encuentra el cliente y como tal debe actuar.-

También debe de actuar el abogado conforme a las disposiciones del Código de Moral Profesional, (160) bajo pena de hacer

(160) Código de Moral Profesional de Costa Rica; Ley de primero de setiembre de 1946. Arts. 1.2.3.4. y 6 y capítulo V.

se acreedor de las sanciones disciplinarias que ahí se establecen, tanto por las malas actuaciones en la vida privada, como profesional.-

3.- La causa en la relación Contractual Abogado Cliente.-

Igual que lo hemos hecho con los otros elementos del contrato entre abogado cliente donde desde un punto de vista del derecho civil hemos dado la definición de cada uno, al hablar de la causa haremos lo mismo, pero tratando de concretarnos más al objeto de nuestro estudio.-

Causa es la razón de ser del contrato, (161) y aunque pueden

(161) Valverde. Derecho Civil Español. Tomo III. 3ª Edición 1926. Editorial Talleres Tipográficos Vesta pág. 258.-

encontrarse muchas otras definiciones con más o menos diferencias a esta, por no ser de mucho interés en nuestro estudio, no entraremos ahora a analizarlas detalladamente.-

La causa veremos entonces es el fin económico y social reconocido y protegido por el derecho, es la función a que el negocio objetivamente considerado se dirige. En un contrato bilateral la relación entre dos prestaciones es causa o sea el cambio de un valor por otro, la bilateralidad, pero no cada prestación en si. (162)

(162) Sobre este tema puede consultarse a Rugiero Op. cit. nota 59 del Capítulo I, número 29.-

Enmarcándonos en la relación abogado cliente, la causa puede definirse como la defensa formal que el abogado asume de los

intereses del cliente ante los tribunales o más claramente, es el patrocinio la única causa esencial objetiva para ambas partes. En caso de que el contrato de clientela no se refiera a patrocinio ante los tribunales, la causa será la labor que desarrolla el abogado tendiente a resolver los problemas del cliente.-

Puede estudiarse también la causa subjetiva y unilateralmente como razón que determina a cada parte asumir la obligación. El abogado y su cliente llegan a un acuerdo: el segundo pone en manos del profesional su derecho para que este lo haga valer en estrados o le dé el consejo necesario y a cambio de eso recibe de parte del cliente una remuneración por sus servicios. Tenemos de una parte la prestación del servicio profesional y de otro los honorarios que está obligado a pagar quien los recibe.-

Puede notarse que el objeto y la causa se confunden en este contrato como en muchos otros.-

En doctrina se habla de si es posible obligar a un profesional por la fuerza a realizar su trabajo. Aubry y Rau, consideran que los dependientes de una profesión literaria artística o científica no pueden ser objeto de un contrato porque no pueden obligar al que los hace, no está obligado civilmente a la ejecución de la promesa.- (163)

(163) Aubry y Rau. Cours de Droit Civil Francais. T. IV Nº
344.-

Pero no parece muy acertada la aseveración de los connotados civilistas porque si bien no pueden obligarse a realizar el trabajo, ante una negativa, esta se transforma en la obligación de pagar daños y perjuicios.-

Si bien la causa es la prestación del servicio profesional esta causa es desde el punto de vista del cliente, porque también debemos tomar en cuenta que es causa en este contrato la contraprestación, los honorarios que paga el cliente a su abogado. Es una obligación que tiene el cliente que hace que el abogado realice su trabajo; los honorarios han sido objeto de muchas críticas y comentarios como lo veremos seguidamente, tanto por la discusión que ha habido sobre la legitimidad o no de los mismos como por la forma de calcularlos, punto que analizaremos en la legislación comparada.-

4.- Los Honorarios del Abogado.-

A. Reseña Histórica.-

Cuando la abogacía era una carrera de honor, al jurista, le repugnaba que se le retribuyeran los servicios o más bien

le era molesto la discusión sobre el precio de la defensa de la consulta. Este criterio tenía su fundamento en que los trabajos intelectuales no podían ser objeto de locación y la defensa y el patrocinio eran considerados como una prueba de amistad, considerado por regla general como un mandato, que como tal es gratuito. (164)

(164) Sobre el tema de honorarios de abogado puede consultarse a Bielsa Op. Cit. Pág. 274, 275.-

Fueron varias las etapas de la abogacía romana. El Patricio como patrono tenía que asumir la defensa de sus clientes por que debía cumplir con el deber sagrado que le imponían las doce tablas. Los juristas de la época se refieren al asunto de la defensa que debe hacer el patrono (165) y todos son

(165) Sententiar un ingratus, que patronus obsequiun non prestat, d. 37, 14, 19. Paulo.-

contestes en que la defensa de los clientes por su patrono era algo sagrado.-

Sin embargo, como el derecho cada día se iba complicando, los patricios ceden su lugar en esta rama a un orador, quien debía de buscar quien lo asesorara jurídicamente, y obtenía como recompensa la fama y el agradecimiento de quienes había ayudado y en algunos lugares como en Atenas, esto servía para

alcanzar los puestos públicos.-

Hay entonces una mezcla de orador y el asesor jurídico, simbiosis que engendra a quien se va a encargar de las defensas haciendo de ello su medio de vida, cobrando los respectivos horarios. Este es el Causídico, donde puede encontrarse la última etapa de la evolución profesional.-

Con respecto a los jurisconsultos, es conveniente citar a Von Ihering quien decía: " Extraña las luchas y a las pasiones de las partes, el jurista podía rendir homenaje perfecto a la verdad porque sus buenos oficios eran gratuitos, mientras que por el contrario, el cebo del salario era el que movía la palabra del orador, el cual, forzado a seguir a su parte, tenía que chocar con la verdad y poner su oratoria al servicio de la mentira, desfigurando y embrollando el negocio y deduciendo argumentos falsos: en una palabra recurrir a veces a medios que el honor y la lealtad reprueban. En la época de gratuidad, el pueblo veía que el jurisconsulto le tendía una mano caritativa, no encoarvada para palpar los escudos y la estrechaba con reconocimiento. Eso es lo que contribuyó a afirmar la omnipresencia del jurista". (166)

(166) El Espíritu del Derecho Romano. T. III.-

Determinado ya que la profesión del abogado hoy día es remu-

nerada como cualquier otro servicio que se preste, es importante analizar formas que existen para calcular los honorarios en las distintas legislaciones.-

B.- Diferentes Sistemas de Honorarios en las Legislaciones Positivas.-

Entre los sistemas para calcular los honorarios tenemos los siguientes:

Se fijan los honorarios de acuerdo con el cuantun de la litis. Esto tiene algunas veces el problema para el cliente que los abogados para obtener más honorarios aumentan exageradamente la cuantía de los juicios. En Costa Rica se daba mucho esta situación, lo que originó una reforma en el Código de Procedimientos Civiles, para darle facultad al Juez de examinar la cuantía y establecer si está dada en la forma que lo establece la Ley. (167)

(167) Artículo 188 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica: El demandado podrá objetar la cuantía pero únicamente dentro de los dos primeros tercios del término que se le hubiere concedido para contestar la demanda y en el escrito de impugnación deberá necesariamente indicar la cuantía que en su concepto corresponda. Pasado dicho término sin que haya objeción, el Juez deberá examinar si la estimación se ajusta a lo mandado por el artículo 169 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si así fuere lo declarará exoresamente en la primera resolución que con posterioridad dice; más cuando la cuantía dada fuere a su juicio evidentemente arbitraria o exagerada, deberá fijarla en la forma que se indica en el artículo siguiente.-

Antes de reformarse la ley en este sentido, el Juez tenía las manos atadas para rebajar la cuantía si la parte por cualquier motivo no la impugnaba.

Además se toma en cuenta para fijar los honorarios el número de escritos suscritos por el abogado: Esto no es correcto y calcular los honorarios de esa forma, puede denotar ingenuidad y simplicidad, porque hay abogados que presentan ante los tribunales muchos escritos que no tienen ningún valor jurídico para el juicio, por lo que el Juez debe tomar en cuenta para el cálculo de honorarios los escritos que exigen conocimientos de derecho. Cuando hay abogado y procurador, debe establecerse cual es el trabajo del abogado y cual el del procurador.-

También se calculan los honorarios por el éxito del pleito. Este criterio no siempre es justo, porque en muchas ocasiones los tribunales resuelven un juicio a favor, pero por motivos diferentes a los que ha aducido el abogado, atendiendo al principio "iura novit curia". También puede suceder que el abogado ha realizado un magnífico trabajo que aun perdiendo el pleito le da relevancia.-

Otro sistema para calcular honorarios de abogado es por medio del sistema de arancel.- El sistema de arancel tiene su origen en la Iglesia Católica, cuando estableció estipendios pa

ra los diferentes actos religiosos, interpretando la máxima de San Pedro de que "los servidores del altar tienen derecho a vivir de lo mismo". Fue seguido en los tribunales eclesiásticos.

El Fuero Juzgo contiene regulaciones en relación a las actuaciones de los Jueces. El Fuero Real, en la Ley Primera título VIII fija los derechos de los escribanos públicos y al hablar en la ley V del título VIII de Voceros, hoy abogados, tiene un precepto curioso en que después de prohibir el pacto de cuota litis, establece que el Vocero pueda obtener la cantidad de la veintena parte de la demanda, precepto que envuelve el derecho de Arancel. Las leyes de Estilo, en la número 18, trata el salario de abogados y en las Partidas en la número 3ª leyes 13 y 15 título 19, regula los derechos que deben cobrar los escribanos.-

También la Novísima Recopilación a principios de siglo XIX fijan en disposiciones como la de los Reyes católicos los derechos que pueden cobrar diversos funcionarios.- (167)

(167) Puede consultarse sobre algunas aplicaciones históricas y actuales del sistema de arancel. Revista de Derecho Procesal de 1947 tomo 11 páginas 176 y siguientes.-

En España hay libertad para pactar los honorarios del abogado, pero el Ilustre Colegio de Abogados y el Concejo General

de la Abogacía, están facultados para publicar tarifas que solo son orientación cuando exista discrepancia sobre su procedencia de determinada suma por honorarios o se hace una reclamación al respecto.-

En Bolivia, (168) la ley orgánica en su artículo 286 exige

(168) Siles Salinas H. Estatuto Jurídico de la Defensa Formal Inédita. Madrid 1951, pág. 10.-

que antes de iniciarse la relación contractual se fije el monto de los honorarios, pero en la práctica lo que se hace es que, como casi nunca se fija el monto de los mismos, el Juez es quien los fija. En Costa Rica, los honorarios cuando se refieren a juicios ante los Tribunales, los establece el Código de Procedimientos Civiles (169) fijación que se hace

(169) Artículo 1040 del Código de Procedimientos Civiles: Por honorarios de abogado y procurador, en los juicios ordinarios, se abonará a quien deban pagarse costas personales el veinticinco por ciento sobre los primeros veinte mil colones de importe de la total condenatoria o absolución; el veinte por ciento sobre la siguiente cantidad hasta cien mil colones; el quince por ciento sobre el exceso de cien mil colones hasta doscientos cincuenta mil; y el diez por ciento sobre el exceso de esta última suma. Si el juicio no hubiere llegado al fallo definitivo, por haber mediado arreglo o desistimiento el juez regulará los honorarios en atención al trabajo efectuado sin que puedan ser inferiores al veinticinco por ciento de la tarifa dicha. Si la condenatoria en costas personales comprendiera la de demanda y contrademanda, los tribu-

nales las estimarán únicamente por aquella que tenga valoración más elevada.-

de acuerdo con el monto de la estimación de la demanda para los juicios ordinarios y se reduce a la mitad en otra clase de juicios. Generalmente los tribunales fijan los honorarios a petición de las partes especialmente cuando un abogado no termina un juicio que ha empezado habiendo pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. (170)

(170) Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia 216 de 1973, página 9 Tribunal Superior Contencioso Administrativo. La facultad del Juez para regular los honorarios de abogado en atención al trabajo realizado, está referida a aquellos supuestos en que media arreglo o desistimiento de la acción.-

También en Costa Rica está regulado por la Ley el contrato de "quota litis", del que haremos un análisis por ser un tema controvertido, debido a que unas legislaciones lo rechazan por considerarlo inmoral y otros lo aceptan.-

C.- Quota Litis.-

El pacto de quota litis lo define Escriche como el que hace el cliente con otra persona ofreciéndole parte de la cosa litigiosa si se encarga de seguir un pleito y lo gana. Es una

Es una convención en cuya virtud el abogado conviene con el cliente el derecho de cobrar proporcionalmente a lo que éste obtenga en la litis.-

Por el fin que persigue este pacto solo se realiza en litigios de carácter patrimonial, pero la jurisprudencia argentina ha considerado que el interés directo puede existir tanto en los juicios que versen sobre cuestiones de divorcio o separación de bienes, siendo válido el contrato e pacto porque incluye toda idea de participación o interés en el resultado del pleito.- (171)

(171) Sentis Melendo. Teoría y práctica del Proceso. Vol.11
Editorial EJEA. Buenos Aires 1958. Pág. 1208.-

Esta tesis jurisprudencial no puede aceptarse a no ser que sobre resultados económicos que de alguna manera se obtengan del juicio, porque naturalmente el pacto de cuota litis tiene carácter patrimonial.-

La moralidad y hasta la legalidad del pacto de cuota litis han sido y siguen siendo controvertidas. Entre las objecio - nes más fuertes tenemos las que se hacen desde el punto de vista ético; que por medio de este pacto se conduce a los abogados a defender cualquier tipo de causa apelando a todos los

medios para asegurarse el triunfo y con ello la parte de los dividendos pactados. También se dice que en estos casos el cliente saldrá diciendo que el abogado se quedó con tal o cual cosa o la frase tan usada de que todo se fue en abogados.-

Las críticas que se hagan al pacto de cuota litis pueden ser desde el punto de vista subjetivo, tomando en cuenta la persona del abogado que participa y se ataca diciendo que va contra la dignidad y la independencia con que debe actuar. Sin embargo, puede hacerse un análisis más amplio del pacto y tomar en cuenta no solo las personas que actúan sino también la finalidad del mismo, aprovechándose de este argumento quienes están de acuerdo con este negocio jurídico para defenderlo, diciendo que sirva para evitar problemas al litigante que no tiene los medios necesarios para entablar un juicio.-

Viéndolo desde un punto de vista realista, tomando en cuenta lo que antes hemos dicho de que el abogado vive de su trabajo y que se exige que no viole el carácter y la naturaleza de la relación contractual, se puede admitir que el abogado se asocie con el cliente y se asegure así los honorarios con una parte del objeto del juicio.-

La falta de medios económicos del cliente para financiar los trabajos tendientes a que sus derechos se le reconozcan, el resultado dudoso del juicio y alguna otra circunstancia, ex-

plican la institución del pacto de cuota litis, reprobado en general por las reglas de la ética profesional. Sobre este punto, un autor manifiesta lo siguiente: "En la relación básica, el representante puede sustraerse, teóricamente al menos de la identificación con el caso de su representado, por lo general, producto del interés venal específico del lesionado litigante, del hombre aprisionado dentro de las mallas de la ley, mientras que al suscribir el pacto, el abogado se identifica con el conflicto y con el conflictuado; no representa, abogado por sí mismo. Ha dejado de estar aparte, él es el litigante. Ahora bien, Qué es lo que sucede? Por qué cada vez es más común que la excepción, el pacto se convierta en regla? El hecho es que mercando o cobrando un pacto por el caso o participando en el resultado, él se hunde en el mundo del comercio, en el mundo del tráfico real del que viene el litigante y no puede ser sustancialmente mejor que él". (172)

(172) Feldman Jacobo. Del hacer al Ser del Abogado. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1972.-

C. 1.- Naturaleza y Carácter del Pacto.-

La naturaleza del pacto de cuota litis es exclusivamente procesal, porque se refiere a costas y estas están dentro del proceso. Tiene la característica el pacto que una vez

llegado a él, elimina la intervención o ingerencia del cliente operándose una especie de "locatio operis". Entre el abogado y el cliente se llega a un contrato de naturaleza procesal el cual se va a resolver en el proceso.-

En Argentina se ha llegado a considerar el contrato de quota litis de varias maneras. Cuando un tercero es el que hace el contrato con el litigante en vez del abogado, la jurisprudencia ha considerado que se trata de una compra venta, donde se paga el cincuenta por ciento de lo que obtenga en virtud de la sentencia. En este caso el contrato también podría tener ciertas características de la sesión de derechos litigiosos, solo que en este último contrato el precio por el objeto se paga antes de dictar sentencia e independientemente que se obtenga o no la victoria. Sin embargo, el espíritu de los dos contratos es diferente.-

Sentis Melendo basado en una sentencia de la Cámara Civil Primera Argentina que cita, dice: "El convenio sobre honorarios según el cual el abogado percibía un porcentaje determinado del haber sucesorio no constituye pacto de quota litis; lo que caracteriza a este pacto es que por él se hace al abogado participe o tiene interés directo en el resultado del pleito, requisito que no puede darse en la sucesión, pues el monto de su haber no depende de ninguna determina -

ción futura e incierta que ha de hacerse por parte de los jueces". (173)

(173) Cámara Civil 1ª Cap. Setiembre 24 de 1941 Jur. Argentina T. 76 págs. 460 Citada por Sentís Melendo en Teoría y Práctica del Proceso Vol, II Editorial EJEA, Buenos Aires 1958 pág. 354.-

En cuanto a la naturaleza del contrato de cuota litis, la realidad es que es un contrato de carácter procesal, aunque por haber entre los contratantes intereses patrimoniales, se vean en él otras características.-

C. 2.- Modalidades del Pacto de Quota Litis.-

Cuando el abogado celebra con el cliente un pacto de cuota litis este puede tener dos modalidades: una es cuando el pacto presenta un convenio que se adapta al sentido literal de la expresión; el abogado conviene en seguir el pleito y ganarlo, para obtener una parte del objeto o cosa litigiosa. La otra modalidad es cuando se fijan los honorarios de acuerdo con el resultado del pleito pero sin que haya proporcionalidad aritmética. Puede darse el caso de pacto en el sentido de que el abogado percibirá los honorarios normales pero si gana el pleito se verán aumentados por suma adicional.

El contrato de cuota litis puede tener otra modalidad, en el caso de que se establezca un derecho del abogado a determinada cantidad de frutos de los bienes que se obtengan en el juicio. En materia penal es corriente que el abogado pacte con el defendido determinada cantidad si es condenada, otra si es condenado pero consigue la condena de ejecución condicional y otra si la sentencia es absolutoria o termina el juicio con sobrecimiento. (174)

(174) La jurisprudencia Argentina es abundante en pronunciamientos de esta naturaleza de donde pueden consultarse las sentencias de la Cámara Civil 2ª Cap. de mayo 14 de 1923. Jur. Arg. T. 10 pág. 569.-

Otra modalidad de pacto de cuota litis consideramos que se da cuando el abogado tiene derecho a sus honorarios solamente si gana el juicio, sin embargo la misma jurisprudencia Argentina, (175) ha considerado que no tiene este con-

(175) Jur. Arg. T. 26 pág. 287 octubre 23 de 1929.

venio carácter de pacto de cuota litis, lo que no parece muy acertado pues existe la misma razón para considerarlo como tal que en los otros casos en que si se les ha dado carácter de tales.-

C. 3.- Elementos Integrantes del Pacto de Quota Litis.

Hay tres ideas que integran el concepto del pacto de quota litis: el primero es del término pacto, que no analizaremos aquí porque sería apartarnos del derecho procesal y meternos en el civil; el concepto de quota que significa parte proporcional, en este caso al objeto de un litigio y el concepto de litis.-

Por litis, lite o litigio, se ha entendido durante mucho tiempo el pleito, la altercación en juicio. Sin embargo, este concepto modernamente ha sufrido cambio, ampliándose debido a los estudios de Carnelutti, que llama litis al conflicto de intereses calificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia de otro. (176)

(176) Sistema...Tomo I pág. 44.

Tenemos entonces que para que se configure el pacto de quota litis, este tiene que referirse al convenio a que llegan abogado y cliente para que el primero, reciba como honorarios un porcentaje del resultado del pleito, o determinada suma que generalmente superará los honorarios normales en caso de que se gane el mismo. Una condición para que se pueda hablar de pacto de quota litis, es que se trate de un

pleito ante los tribunales, porque el convenio privado a que lleguen las partes sobre los honorarios para que el abogado haga un estudio o evacúe una consulta, no puede llamarse con este nombre que necesita como condición que el convenio se haga en la litis, dentro de los tribunales.

El convenio sobre quota litis puede celebrarse según la doctrina en diferentes momentos. Lo normal es que se llegue al convenio antes de que empiece el litigio o con anterioridad a que la persona a cuyo favor se le fija la quota intervenga; puede darse también el caso más corriente de que el pacto se celebre antes de dictarse sentencia o cuando la misma ya se haya pronunciado. En el último caso, celebración del pacto cuando la sentencia se haya pronunciado no parece que pueda enmarcarse dentro del concepto de quota litis, porque falta un elemento que como antes dijimos es esencial para que se configure. Si ya se ha dictado la sentencia, el litigio ya ha terminado y el objeto o derecho que se está discutiendo en el mismo ha dejado de ser litigioso, pues la sentencia declara el derecho.-

El estudio de los diferentes momentos en que puede celebrarse el pacto de quota litis tiene importancia entre otras cosas porque en muchas legislaciones se prohíbe y los tribunales decretan nulidad del convenio, cosa que no podrían ha -

cer si como en el mismo caso de la celebración después de que se ha dictado la sentencia, no se puede hablar de quota litis, o cuando el abogado a terminado la intervención ante los tribunales.-

El pacto de quota litis está prohibido en muchas legislaciones entre las que podemos citar España, y Argentina, aunque en algunas provincias está permitido. Como ya se ha mencionado el motivo o motivos que hay para prohibirlo, impedir que el abogado actúe sin la libertad que debe hacerlo y que para ganar el juicio del que dependen los honorarios recurre a cualquier medio. En España históricamente ha sido prohibido el pacto. (177)

(177) Leyes de Partidas, Ley 14, título 7º de la Partida Ter
cera; Novísima recopilación, ley 22, lib. 5º.-

Actualmente la ilegalidad del pacto deriva del artículo 1459 del Código Civil, (178) al prohibir a los abogados adquirir

(178) No podrán adquirir por compra aunque sea en subasta pública o judicial, por si ni por persona alguna intermedia: 1º... 2º Los mandatarios los bienes de cuya administración o enajenación estuvieren encargados. 3º... 4º... 5º Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio Fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de Justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal en cuya jurisdicción o territorio ejercieren sus respectivas funciones, extendiendose esta prohibición al ac

to de adquirir por cesión.-... La prohibición contenida en este número 5º comprenderá a los abogados y procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión u oficio.-

los bienes litigiosos objeto del juicio que dirigen. También puede originarse la prohibición del pacto en el artículo 1275 de Código Civil que habla de la causa ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. En este caso por considerar inmoral el pacto de quota litis, cualquier contrato relacionado con éste, no produciría efecto alguno. (179)

(179) Sobre ilicitud del pacto en España puede consultarse a Manresa. "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española". Tomo X Madrid 1908 " 2ª Edición pág. 114 y Scaveola Comentarios al Código Civil Español Madrid 1906, tomo XXIII pág. 427.-

La realidad es que el pacto de hecho se practica cuando está permitido por la ley en forma normal y cuando está prohibido en forma encubierta.-

En cuanto a los tres momentos en que puede darse el pacto de quota litis, cuando se celebra antes de intervenir el a bogado en el juicio, no hay problemas en cuanto a la califii cación pero sí lo hay cuando se llega al pacto antes de dictarse la sentencia, porque en estos casos los motivos para condenarlo que esgrimen los que no lo aceptan pierden fuerza; ya no podrá el abogado recurrir a maniobras extraorr

dinarias para tratar de ganar el pleito por haber terminado su participación en el juicio y todo está ya en manos del Juez. Difícilmente se pondría de acuerdo la doctrina en cuanto al pacto de quota litis y nos parece que aunque en algunos casos puede causar más perjuicios que beneficios, sobre todo en lo que a la moral del abogado se refiere, en otros casos trae muchos beneficios a las dos partes y hasta podría decirse que se hace necesario.-

C.- 4.- El Pacto de Quota Litis en la Legislación Costarricense.-

En Costa Rica está permitido el pacto de quota litis, tanto en materia civil como en materia laboral. El Código de Procedimientos Civiles, (180) regula el pacto y contiene las

(180) Artículo 1045 del Código de Procedimientos Civiles. Es lícito el convenio de quota litis entre el abogado y su cliente, siempre que no exceda del cincuenta por ciento de lo que, por todo concepto, se obtenga en el juicio respectivo, de cualquier naturaleza que este fuera, en el caso de que el profesional supedita el cobro de sus emolumentos al triunfo de la demanda o cuando asuma obligaciones ajenas a la dirección técnica, tales como suministros de gastos, garantía de costas o pago de las mismas o participación en los resultados adversos del pleito.-

restricciones que a este tipo de convenio se le aplican. Las restricciones al convenio de quota litis en primer lugar es

en cuanto al porcentaje que corresponde al abogado, el cual al máximo que puede llegar es al cincuenta por ciento de lo que por todo concepto se obtenga en el juicio respectivo.-

Esta disposición fue estipulada para evitar que el abogado aprovechándose del estado de necesidad del cliente, se adueñe de todo el objeto litigioso.-

Se extiende a cualquier otra persona que pacte con el litigante en un juicio, incluyendo parientes con la consecuencia de que si aparece que se está cobrando más del cincuenta por ciento, el pacto será nulo.-

Hay una restricción de gran importancia para el medio costarricense y es la que se refiere a la nulidad del pacto cuando hay cesiones, endosos o ventas a personas que sin ser abogados se dediquen a ejercer la procuración judicial los llamados tinterillos, que consiste en la prohibición y la nulidad absoluta de esas cesiones o ventas, si por medio de esa transacción, el que no es profesional en derecho quiere adquirir el carácter de parte y poder comparecer en juicio personalmente. También está prohibido realizar contratos o pactos de quota litis a los funcionarios judiciales.-

En materia de trabajo, el pacto de quota litis se rige por

Las mismas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, (181) pero limita el monto del porcentaje que el tra

 (181) Artículo 488 del Código de Trabajo, Aunque haya estipulación en contrario, la sentencia regulará prudencialmente los honorarios que corresponden a los abogados de las partes. Al efecto, los Tribunales de Trabajo tomarán en cuenta la labor realizada, la cuantía de la cosa litigada y la posición económica del actor y del demandado . El contrato de quota litis en materia laboral se regirá por las disposiciones de los artículos 1043 y 1045 del Código de Procedimientos Civiles.-

 bajader pueda pagar el abogado al veinticinco por ciento. Esta protección aun mayor para el trabajador es aplicación de la regla general que tiende a proteger a los trabajadores por su baja condición, aunque no siempre un trabajador es económicamente débil.-

Hay una disposición que impide que el abogado director de un juicio compre en subasta pública los bienes que se rematen del ejecutado a quien defendieren. Esta disposición igual que en España en Costa Rica está contenida en el Código Civil, (182) pero no parece ser acertada la considera -

 (182) Artículo 1068 del Código Civil. No pueden comprar directamente ni por interpuesta persona: 1º... 2º Los abogados y procuradores, los que rematen al ejecutado a quien defendieren. 3º...

 ción de que la misma está dirigida a prohibir el pacto de quota litis. En Costa Rica el sentido que tiene esta norma

es impedir que el abogado haga maniobras fraudulentas en perjuicio de su cliente y se apropia de sus bienes que van a ser subastados. Sin embargo, en la práctica cuando alguien quiere adjudicarse un bien de su cliente en subasta lo hace por otra persona, el llamado presta firma, maniobra que realizan en forma encubierta.-

En una disposición similar es que Manresa fundamenta la prohibición del contrato de cuota litis en España y sin embargo en Costa Rica a pesar de existir esta disposición es lícito el pacto.-

El espíritu de esta prohibición en Costa Rica parece ser la de impedir que el abogado logre enriquecimiento a espaldas de su cliente, poniéndose de acuerdo con la otra parte para perjudicarlo, situación que no se da en el contrato de cuota litis, donde como en el contrato de clientela entre abogado y cliente, las dos partes dan el pleno consentimiento.

Analizadas las disposiciones legales que la legislación costarricense tiene respecto al pacto de cuota litis veremos ahora la posibilidad que tiene el abogado de cobrar sus honorarios al cliente moroso.-

D.- Acción Procesal para demandar el pago de Honorarios!

Como hemos visto la idea de que la profesión de abogado es una profesión gratuita, ha sido abandonada, especialmente porque como hemos repetido en este estudio, el abogado como cualquier otro profesional, vive de su profesión y solo mediante el cobro de honorarios puede obtener los medios de vida necesarios que le permiten vivir honestamente y en esa misma forma ejercer su profesión.-

No siempre el cliente después de haber recibido los servicios profesionales está dispuesto a pagarlos, motivo por el que las legislaciones han tenido que regular un procedimiento con carácter privilegiado para que en los casos de mora, pueda demandar judicialmente su pago.-

El crédito por honorarios se considera privilegiado porque el trabajo se realiza en interés común de todos los acreedores cuando se trata de un concurso de acreedores o porque se supone que por medio de ese trabajo es que van a obtener los resultados económicos en cualquier juicio.- Rafael Bielsa, (183) sobre el privilegio del Crédito de honorarios di-

(183) Bielsa R. Op. cit. nota pág. 308.-

ce: "Que el crédito por honorarios en cuanto se considera gasto hecho en interés común de los acreedores tiene privilegio sobre la generalidad de los bienes del deudor, sean ellos muebles e inmuebles. No es, desde luego, un privilegio referente a la naturaleza de la actividad profesional ni al

fin de esta en cada caso.-

Si fuera lo primero, el privilegio podría invocarse respecto del crédito de honorarios nacidos en consulta e de otros pleitos." Este comentario del autor citado es basado en el artículo 3879 inciso 1º del Código Civil argentino (Buenos Aires) que se refiere a liquidaciones de patrimonio, sin embargo en otro tipo de juicios como ordinarios e de ejecución singular el principio es el mismo aunque los gastos del juicio hayan sido en interés de una sola persona. La jurisprudencia Argentina se ha pronunciado en este mismo sentido estableciendo que " El privilegio del crédito nacido en la actividad jurisdiccional del abogado, procurador o síndico, está por sobre el mismo privilegio del Fisco.(184)

(184) Fallos de la Corte Suprema de Justicia, Tomo 113 pág. 5 citades por Bielsa en Op. cit. pág. 309.

Para que el abogado cobre sus honorarios judicialmente cuando sea necesario, por lo general se establecen procedimientos privilegiados y excepcionales, los que parecen fundamentarse en la protección que debe darse al profesional en derecho, para que obtenga los honorarios después de que ha trabajado y puesto su esfuerzo en la consecución de un fin en bien de su cliente ante los Tribunales.-

En el plano doctrinal se han presentado desacuerdos en lo que a la naturaleza del trámite de jura de cuentas se refiere. El profesor Prieto Castro considera la jura de cuentas como un proceso de ejecución inmediata lo mismo que Alcalá Zamora; critica el primero que la ley es lacónica en este punto y no tiene ningún tipo de moderación a posibles extralimitaciones, para lo que debería acercarse al procedimiento monitorio el procedimiento privilegiado de los artículos 7, 8, y 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que pudiera recurrirse a la vía de apremio en caso de que no hubiera oposición, en una aplicación del principio "Solve et repete", con una audiencia a la contraria previo estudio de la documentación presentada y admitiendo un amplio criterio en las excepciones oponibles entre ellas el pago, compensación y novación.-

Guasp, considera que hay una doble confusión en el profesor Prieto Castro al censurar el procedimiento de jura de cuentas porque a la vez que habla de un proceso de ejecución inmediata la equipara con el proceso monitorio y el ejecutivo. Dice que la jura de cuentas no es proceso monitorio porque no admite "el Solve et repete" y estima desenfocado su acercamiento al ejecutivo porque es una cognición abreviada aparte de que la amplitud que sugiere el autor que critica llevaría el procedimiento a convertirlo en un procedimiento de mayor cuantía.-

(185) Guas Jaime. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Ci-
vil Tomo I M. Aguilar Editor. Madrid 1943 pág. 126.-

En el derecho español no hay ninguna disposición que permi-
ta al abogado o procurador cobrar directamente a la parte
contraria perdedora en el juicio los honorarios. En Italia
sí existe esta facultad en forma amplia "distrazione" y más
restringida en Francia "distratation". Es un procedimiento
por medio del cual puede el procurador embargar bienes para
que se le reintegre lo que ha invertido pero no para lo que
le es debido.-

E.- Fianza de Costas

En Costa Rica existe para garantizar los gastos del juicio
la institución de la fianza de costas, (186) por medio de

(186) Existe también en Italia y es similar a la "cautio pro
Expensis" del derecho Romano.

la cual las partes pueden pedirse garantía por las costas
que va a ocasionar el juicio. El monto de la fianza la fija
el tribunal y tiene que presentarse antes de abrir el juicio
a pruebas, en toda clase de juicio excepto en los ejecutivos
donde no existe este trámite y si una parte no hace el depó

Parte que no presenta una garantía es sancionada con no oírsele.

La garantía es fijada tomando en cuenta la cuantía del asunto, calculando que la suma cubra las costas procesales y parte de las personales.-

Si la parte perdedora saliera condenada en costas, la victoriosa presentará la Tasación respectiva y se le girará en pago la suma depositada. En caso de no alcanzar el depósito por el saldo en descubierto se podrá decretar embargo en bienes de su contrincante, constituyendo título ejecutivo la fijación de costas aprobada por el Tribunal. Hay excepciones a la obligación de rendir fianza de costas como es el caso de la parte que por medio de un incidente, llamado de litigar como pobre, compruebe que sus medios económicos son insuficientes y que no puede rendir la fianza de costas. En estos casos ninguna de las partes está obligada a rendir la garantía en virtud del principio de igualdad.-

El Estado y sus instituciones no están obligadas a afianzar costas tampoco.-

La institución de la fianza de costas tiene por objeto garantizar a la parte y directamente también al abogado, los principales gastos del juicio en especial los honorarios, evitan

do así que sea el cliente victorioso, ante cualquier manie-
bra del perdidoso el que tenga que pagarlos en su totalidad.
(187)

(187) Transcribimos a continuación el artículo 192 del Código de Procedimientos Civiles que es el que regula la insti-
tución de la fianza de Costas por considerar importante que
aparezca en este trabajo: " Tanto el actor como el demanda-
do tienen derecho a exigirse recíprocamente fianza de cos -
tas para asegurar el pago de aquellas que pueden ser conde-
nadas. Esta disposición es aplicable a toda clase de juicios
menos a los ejecutivos y a los universales.- El Estado, sus
Bancos, las Municipalidades, el Consejo Nacional de Salubri-
dad, las Juntas de Educación, las de Protección Social y te-
das las que administren instituciones de Salubridad, Benefi-
ciencia Pública y Protección Social, no están obligadas a
rendir fianza de costas.-

Tratándose de juicios ordinarios de mayor cuantía, la solici-
tud de afianzamiento no es admisible después de abierto a
pruebas el asunto. e de citadas las partes para sentencia
en los casos en que no proceda la apertura a pruebas. En
los demás juicios, tal solicitud deberá hacerse antes de
dictarse la sentencia definitiva en primera instancia.-

En juicios ordinarios de mayor cuantía, el Juez ordenará el
afianzamiento al abrir a pruebas, y sino procediere este trá-
mite, concederá al efecto un término prudencial. En los de-
más casos, el afianzamiento se ordenará antes de dictarse
sentencia.-

La fianza de costas será del veinticinco por ciento sobre la
estimación dada a la demanda; cuando hubiere reconvención, e
se porcentaje se calculará sobre la estimación más alta asig-
nada a una u otra de las acciones que se acumulan. Sin embar-
go en aquellos negocios de cuantía superior a cinco mil cole-
nes, el Juez reducirá la garantía a la suma prudencial que
abarque las personales y aproximadamente las procesales; pa-
ra uno y otro renglón deberá formular el cálculo adecuado,

sin obligación de consignarlo en el expediente.

Si el actor hubiere obtenido embargo preventivo para garantizar las resultas del juicio, queda al prudente arbitrio del Juez eximir al demandado de la fianza de costas o reducir el monto por que deba rendirlas según que, a su juicio el embargo cubra o no las posibles costas.-

En los casos de actores múltiples o de pluralidad de demandados que defiendan idénticos intereses, deben unos y otros rendir fianza solidaria por el importe total de la suma fijada al respectivo grupo, y, en consecuencia, si hubiere condenatoria, salvo que el fiador hubiere garantizado solo a determinado actor o demandado y este resultare absuelto en ambas costas, o en las personales pues en tal caso su responsabilidad quedará limitada a la que corresponda al respectivo actor o por separado; y si la sentencia condenare en costas, se tomará en cuenta la forma en que la fianza ha sido rendida para sentar las responsabilidades consiguientes de los fiadores.

Con todo en juicios ordinarios, a solicitud del demandado el Juez pedrá eximirlo de la obligación de rendir fianza por costas personales o reducir el importe del monto legal que debiera fijarse, hasta la suma de sus haberes patrimoniales, siempre que compruebe sumariamente en vía incidental, que ca rece de bienes y de entradas anuales de un valor por lo menos igual al monto de la fianza que correspondiere; acordada la reducción por exención, ella se hará extensiva a la contraparte, igualando en ambos lados el tanto de la garantía. Si hubiere varios demandados no obstante las reglas establecidas, la ventaja que aquí se otorga no favorecerá más que al incidentista y correlativamente al adversario o adversarios.

El incidente debe promoverse en pieza separada con todas las formalidades y pruebas requeridas, antes de que esté ordenado el afianzamiento o dentro de los tres días siguientes; y mientras no sea resuelto en primera instancia, no estarán obligadas las partes a rendir garantía de costas.

Tal incidente no impedirá la apertura a pruebas ni la recepción de las que se ofrezcan, pero si fuere denegado, serán

nulas sin necesidad de resolución que así lo declare las evacuadas a petición de parte que no garantizare las costas dentro del término que prudencialmente se le conceda."

En España, la disposición legal que da carácter privilegiado al cobro de honorarios del procurador y el letrado son los artículos 7 y 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, complementándolos el artículo 12 de la misma ley. (188)

(188) Artículo 7 de la LEC. " Si después de entablado el negocio el poderdante no habilitare a su Procurador con los fondos necesarios para continuarlo, podrá este pedir que se a aquel apremiado para verificarle.

Esta pretensión se deducirá en el Juzgado o Tribunal conozca del pleito, el cual accederá a ella fijando la cantidad que estime necesaria y el plazo en que haya de entregarse bajo apercibimiento de apremio."

Artículo 8. Cuando el procurador tenga que exigir de su poderdante meros las cantidades que este le adeude por sus derechos y por los gastos que le hubiere suplido para el pleito, presentará ante el Juzgado o tribunal en que radicare el negocio cuenta detallada y justificada; y jurando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame mandará la Sala o el Juez que se requiera al poderdante para que las pague con las costas dentro de un plazo, que no excederá de diez días, bajo apercibimiento de apremio. Igual derecho que los Procuradores tendrán sus herederos respecto a los créditos de esta naturaleza que aquellos les dejaren.

Verificado el pago. podrá el deudor reclamar cualquier agravio, y si resultare haberse excedido el Procurador en su cuenta, devolverá el duplo del exceso con las costas que se causen hasta el completo resarcimiento.-

Artículo 12. Los abogados podrán reclamar del procurador y, si éste no interviniera, de la parte a quien defiendan, el pa

go de los honorarios que hubieren devengado en el pleito, presentando minuta detallada y jurando que no le han sido satisfechos.-

Deducida en tiempo esta pretensión, el Juez o Tribunal accederá a ella en la forma prevenida en el artículo 89, pero si el apremiado impugnare los honorarios por excesivos se procederá previamente a su regulación, conforme a lo que dispone en los artículos 427 y siguientes.-

La doctrina de estos artículos establece que los derechos de los abogados y procuradores con relación a sus honorarios son personales, especiales, privilegiados y el espíritu de la ley es dar facilidades para que puedan recurrir al apremio en caso de que el poderdante no cancele en los términos que al efecto se le dan para que provea de los fondos necesarios o en la jura de cuentas.-

La jurisprudencia española consideró que la acción que tienen los procuradores contra sus poderdantes es especial y privilegiada y que no puede hacerse efectiva contra otros bienes que sean del que otorgó el poder.-

No admitirán los tribunales en los procedimientos especiales de jura de cuentas o provisiones de fondos, alegaciones que tiendan a entorpecer el curso del juicio por el carácter sumarísimo que tienen.-

Para reglamentar estas situaciones han sido dictadas dos órdenes ministeriales, (189) que vinieron a interpretar los

(189) La orden de 12 de mayo de 1934 interpretando los artículos 7, 8 y 12 de la LEC. y otra aclarándola de 4 de agosto de 1934.

tículos que se refieren a esta materia y a poner en claro el carácter privilegiado que tienen los procedimientos relacionados con el cobro de honorarios de procurador y abogado y con la provisión de fondos para la tramitación de los juicios. La segunda orden amplió las facultades para recurrir al apremio, de los bienes de las personas físicas o jurídicas para quien el poderdante actuó, sine lo hizo a nombre propio.-

El libro de los Profesores de Derecho Procesal (190) regula

(190) Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil Tomo I Madrid 1972, pág. 195.

el procedimiento para reclamación de honorarios del abogado, disponiendo que puede reclamarlos al procurador y cuanto este no interviene, los reclamarán a la parte a quien defienda. Para el cobro, el procedimiento es presentar minuta de tallada manifestando formalmente que no han sido satisfechos. Los honorarios del abogado serán deducidos de la partida que haya suplido la parte al procurador para los gastos pero si hubiera oposición de la parte al cancelar por considerar el

cálculo muy alto y alegara causas justificadas para su oposición, se discutirá el asunto sin previo pago en la vía incidental o sea que la sustanciación se tramitará como incidente.-

En Costa Rica la regulación del cobro de honorarios se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial a pesar de ser una norma procesal. (191)

 (191) Art. 153 L.O.P.J. Los apoderados, mandatarios judiciales e abogados directores para el cobro de honorarios respecto de su parte, así como estas para exigirles rendición de cuentas gozarán de tramitación privilegiada en forma de incidente dentro de los autos principales y ante el mismo Juez que conoce o conoció del negocio. Tal incidente será admisible después de un año de terminado el asunto.-

Lo que se resuelva en el incidente tiene autoridad de cosa Juzgada.-Lo dispuesto en este artículo no coarta el uso de la vía declarativa a quien quiera utilizarla renunciando para ello a la tramitación privilegiada.

La resolución del incidente admite los recursos ordinarios y aun el de casación, si procede con relación a la cuantía del mismo.-

El procedimiento recibe el nombre de incidente de cobro de honorarios, que se caracteriza porque además de tramitarse dentro del mismo expediente del juicio que originó los honorarios, y ante el Juez del asunto, la resolución que le pone fin produce cosa Juzgada material, pudiéndose interponer recurso de casación si la cuantía lo admite, más de diez

mil colones, setenta mil pesetas.

Este procedimiento que aunque se le llame incidente no lo es sino que se tramita de la misma forma, hay que interponerlo dentro del término de un año después de terminado el asunto. El que exista esta disposición para la tramitación privilegiada, no impide que aun antes del año y con más razón después, se puede recurrir a la vía declarativa para el cobro de honorarios renunciando en el primer caso al privilegio. Si bien este procedimiento es muy usado por los abogados no sucede lo mismo con la parte para exigir rendición de cuentas al profesional, motivado este porque el abogado recibe únicamente dinero por sus honorarios no por otros conceptos como lo hace aquí el procurador; en los últimos cinco años no se encontró en la jurisprudencia costarricense ningún caso en que por medio de este procedimiento un cliente pidiera rendición de cuentas a su abogado.

El hecho de que una norma procesal se encuentre en la Ley Orgánica del Poder Judicial y no en el Código Procesal aunque no ha sido objeto de comentario en Costa Rica, puede obedecer a que como los abogados son auxiliares de los tribunales de justicia, el cobro de sus honorarios en lo que se refiere a su trámite privilegiado, corresponde regularlos a la ley que regula la organización de los tribunales y el que

las resoluciones que le pongan fin tengan carácter de cosa Juzgada, lejos de ser un defecto obedece al privilegio que se da en todas las legislaciones a los abogados para que cobren los honorarios y para dar seguridad tanto a la parte como al abogado de que lo pagado y percibido es definitivo.

Para terminar con lo referente al procedimiento privilegiado de cobro de honorarios de abogado debe decirse que la naturaleza de la acción procesal para el cobro es diferente si los honorarios provienen del trabajo realizado ante los tribunales o si es extrajudicial. En el primer caso, cuando han sido devengado y liquidados en juicio, la acción para el cobro es la ejecutiva, pero en el segundo caso no puede usarse el trámite privilegiado y para cobrar honorarios extrajudiciales la acción es la ordinaria.-

F.- Término de Prescripción de Honorarios de Abogado.-

El Derecho Francés establece que prescriben en treinta años.

(192) Appleton Op. cit, Nº 240.

En la legislación española el término de prescripción de los honorarios del abogado es de tres años por disponerle así expresamente el artículo 1967 inciso 1º y la jurisprudencia ha aplicado literalmente esta disposición en forma rei-

terada.

(193) Sentencia del T.S. número 3638 de 25 de junio de 1969. El Supremo se ha pronunciado en todos los casos en igual sentido.-

En Costa Rica en el Código Civil, la regla general es que la prescripción de la acción para reclamar sueldos honorarios o emolumentos de servicios profesionales se opera en el término de tres años. (194)

(194) Artículo 869 inciso 2º del Código Civil de Costa Rica.-

Sin embargo el mismo código establece una excepción cuando se otorga un documento o recae sentencia judicial sobre la cantidad de honorarios, excepción esta que incluye los honorarios de abogado cuando han sido ganados en contienda judicial, caso en que el término de la prescripción será de diez años. (195)

(195) Artículo 873 del Código Civil. Las acciones a que se refieren los artículos 869, 870 y 871, si después de ser exigible la obligación se otorgare documento o recayere sentencia judicial, no se prescribirán en los términos antes expresados, sino que en el término común que se comenzará a contar desde el vencimiento del documento o desde el día de la sentencia ejecutoria.-

El Código de Trabajo contiene otro precepto en que establece el término de diez años de prescripción para los derechos provenientes de sentencias judiciales, (196) precepto éste que podría aplicarse a los honorarios de abogado, por ser obtenidos con su trabajo.-

(196) Artículo 601 del Código de Trabajo... Los derechos provenientes de sentencia judicial prescribirán en el término de diez años que se comenzará a contar desde el día de la sentencia ejecutoria.-

La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de aplicar la excepción que hace el Código Civil a los honorarios profesionales, declarando que prescriben en el término de diez años. (197)

(197) Res. 653 de 14:39 hrs. del 25 de setiembre de 1973 del Tribunal Superior Civil, publicada en el boletín judicial Nº 216 de 1973 de la Corte Suprema de Justicia. "Las acciones para el reclamo de sueldos honorarios o emolumentos de servicios profesionales no prescribirán en el término de tres años, como indica la norma respectiva, sino que el término común de la prescripción sea el de diez años, si des pués de ser exigible la obligación se otorgare documento o recayere sentencia judicial, y dicho término se comenzará a contar desde el vencimiento del documento o de la sentencia ejecutoria o firme."

Existe otro pronunciamiento relativamente reciente de la ju

jurisprudencia costarricense donde se establece que al incidente privilegiado de cobro de honorarios no se le aplicarán las reglas de la caducidad que establece la Ley procesal civil para los incidentes cuando dispone que será declarado si hay un mes de abandono del mismo.- (198)

 (198) Res. N^o 766 de la 10:00 del 7 de noviembre de 1973 del Tribunal Superior Civil. A las reclamaciones de los honorarios de abogado que tienen una tramitación privilegiada en forma de incidente no le son aplicables las reglas de la caducidad que para los incidentes propiamente dicha establece la Ley Procesal. Ley Orgánica del Poder Judicial art. 153; Código de Procedimientos Civiles art. 390.-

Tenemos entonces que el término de la prescripción para los honorarios de abogado cuando han sido fijados en sentencia o reconocidos en un documento es de diez años, sin embargo cuando el abogado ha devengado sus honorarios haciendo estudios o contestando consultas tendrá que hacer su reclamo antes de los tres años, que es el término que establece la norma general para la prescripción de honorarios por servicios profesionales.-

CAPITULO IV

1.- Efectos de la relación Abogado Cliente.-

Como toda contratación, independientemente de la calificación que se le dé, la relación entre abogado y cliente tiene efectos.-

Puede suceder que esa relación al final haya dado magníficos resultados para ambos, la consulta resultó satisfactoria, la asistencia judicial o patrocinio satisfizo al cliente se ganó el pleito o al menos se llegó a un arreglo; por otra parte el abogado percibió los honorarios y terminó la relación. Pero no siempre sucede esto, muchas veces, el profesional en derecho como persona humana que es no cumple por diferentes motivos con sus obligaciones para con el cliente en forma normal, como se esperaba que lo hiciera, por lo que se hace necesario algunas veces hasta recurrir a los tribunales para aclarar la situación.-

Debe tenerse presente también que a veces el cliente queda descontento sin tener motivo, sólo porque perdió el pleito en lo que el abogado no tuvo ninguna culpa. pues se debió a motivos que no le son imputables.-

Los diferentes problemas que se pueden presentar en esta relación es lo que estudiaremos seguidamente.-

Cuando el abogado se hace cargo del asunto que le plantea el cliente, como lo hemos visto en este estudio, nace la relación entre ambos, nace el contrato de clientela.-

Generalmente por la naturaleza de la profesión del abogado el cliente llega en un estado de atribulación anormal; quiere reclamar algo que considera suyo y está en manos de otra persona • alguien quiere quitarle lo que posee y cree suyo. También puede tener afectada su personalidad por problemas familiares: su hogar está a punto de destruirse y quiere arreglar la situación de la mejor forma.-

Esta es la situación de la persona que recurre a un abogado quien espera le resuelva su situación o le resuelva un problema del que depende su libertad o la de un pariente.

Se entabla una relación donde se van a conocer aspectos muy íntimos de la persona, de ahí que se haya dicho que la lealtad es una característica que debe siempre imperar en la relación abogado cliente, porque en el momento en que deje existir en cualquiera de las partes, irá necesariamente al fracaso.-

El abogado busca el esclarecimiento de la verdad en un juicio, la verdad que quiere su cliente que se aclare para que se le haga justicia, pero si este faltando al deber de lealtad le relata o le da datos falsos, la misma que dé per si es aleatoria, más aun lo será siguiendo el camino equivocado que le ha indicado su cliente y la posibilidad de error a que está expuesto será mayor.-

En la misma situación estará la otra parte con su abogado. A pesar de que el abogado es el primer Juez del caso que le presentan, una vez que decide defenderlo ante les Tribuna - les, la imparcialidad que debió tener al principio se pierde y sigue dentro de todo el proceso actuando con parcialidad para con su cliente lo que es necesario y útil, porque de lo contrario se estaría convirtiendo en un Juez, pero un Juez sin poder de decisión.-

Tratando el tema sobre la parcialidad del abogado, Carnelutti al hablar del defensor en materia penal dice: "El defensor no es un razonador imparcial porque no debe serlo. La parcialidad de ellos es el precio que se debe pagar para obtener la imparcialidad del Juez." (199)

(199) Carnelutti. "Miserias del Proceso Penal." Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1959 pág. 64.

Hemos hablado de este conjunto de deberes del abogado para entrar a analizar las responsabilidades que por la confianza que le otorga la sociedad, tiene que cumplir, debiendo añadirse a éstas, el deber de estudiar el derecho cada día más, profundizándolo para acrecer la eficacia de los derechos y para concurrir al mejoramiento de la Ley y sistemas vigentes, llegando a desempeñar en este sentido una función de interés público, con la característica de que tiene que hacerlo a través del interés privado y ante el proceso que le puede proporcionar una victoria o una derrota. (200)

(200) Sobre este tema puede consultarse Mercader Almícar "Abogados". Ed. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1960 pág. 105.

Pero para poder establecer las responsabilidades del abogado, aun falta por aclarar más los deberes que tiene, debiendo estar advertido de que sus consejos tienen gran influencia en la forma que en el futuro se proyectarán quienes los sigan, que el proceso debe utilizarlo a pesar de tener un contenido de lucha, como un medio para el apaciguamiento que es el sentido de la jurisdicción, girar en torno a la idea de paz.-

Dentro de esta serie de deberes, se desarrolla el abogado, huyendo de las tentaciones que pueden encontrar en el proceso, del terror que le pueden dar las derrotas, siempre dando

soluciones jurídicas como le aconseja Calamandrei, o eligiendo el camino más honesto y equitativo como dice Osserio, pero sin olvidar que a pesar de seguir cualquiera de los dos consejos, se va a encontrar con que los procesos no son como monedas que solo tienen dos caras, sino que aparecen como figuras polihédricas, formados a veces de materiales viscosos, que le ofrecen una realidad cambiante, lo que llevó a Goldschmidt a hablar de un derecho justicial, ul-trapositivo, y distinto al formulado como una consecuencia de las diversas elaboraciones que son posibles dentro del proceso.

Es por eso que consideramos que a la hora de establecer la responsabilidad de un abogado en determinada actuación, no debe hacerse depender la misma del contenido de una sentencia, porque independientemente de lo que se haya resuelto en ella, puede no estar relacionada con la buena o mala fe del letrado, ni siquiera con el nivel de sus conocimientos. Ni la victoria ni la derrota son buenas patrones para evaluar a un abogado, sino que lo que sí tiene valor para catalogarlo es un fenómeno que no siempre es visible, por ser un fenómeno subjetivo, como es la honradez en la determinación de actuar, la lealtad.-

Por otra parte debe de tomarse muy en cuenta que el abogado por la índole de su profesión, manejando negocios ajenos, enterándose de vidas ajenas, y moviéndose en un ambiente donde tiene que usar su discrecionalidad por la naturaleza

za técnica de sus servicios, se gana con mucha facilidad la desconfianza; el tener que intervenir en luchas que existen o que van a existir, siempre trabajando para una persona que se está enfrentando a otra, hacen que sea considerado como un funcionario del que hay que cuidarse.-

En vista de estas situaciones, para permitir que el abogado se desenvuelva en un plano de confianza, se ha tenido que imponerle determinada conducta, que a la vez que lo obliga a seguirla, lo favorece y permita que realice su actividad más exitosamente porque la desconfianza se disminuye.-

Dentro del plano analizado vemos que el abogado puede caer en responsabilidades de tipo administrativo para con su Colegio que lo sancionará cuando incumple los deberes, pero también puede caer en otras responsabilidades.-

A la par de las instituciones que vigilan su conducta y le imponen sanciones que pueden llamarse administrativas, tiene importancia la responsabilidad civil y penal.

Para determinar la responsabilidad civil hay menos rigurosidad que para determinar la Penal, debido a que la última tiene un interés superior como es el de protección a la sociedad mientras que la primera, aunque se fundamenta también en la protección a la convivencia social, tiende más a la protección patrimonial.-

Hay actuaciones que lo pueden hacer caer en responsabilidad profesional de tipo penal y por el daño que causen también tengan que responder civilmente, situación esta que se analizará posteriormente.-

Empezaremos por analizar un deber que tiene el abogado al hacerse cargo de un trabajo, tanto para con el cliente como para con la sociedad; se trata de secreto profesional.-

A.- El Secreto Profesional.-

Etimológicamente secreto proviene de una corrupción de la palabra latina secretum, o secretus, que significa oculto escondido. (201)

(201) Blánquez Fraile A. Diccionario Español Latino Editorial Sepena S. A. Barcelona 1967 pág. 724.-

El diccionario de la Real Academia lo define como que cuidadosamente se tiene escondido, definiéndolo también con los términos "reserva, Sigilo."

Desde el punto de vista del derecho es un concepto de relación humana referida a noticias o conocimientos que voluntaria-

riamente u obligatoriamente se tienen o deben tenerse re
servados y ocultos.-

El abogado en el ejercicio de la profesión recibe una se
rie de confidencias de parte del cliente, que si fueran
reveladas le traerían gran perjuicio, moral, económico o
de ambas clases. Para dar protección a esta persona que
necesita de la asistencia profesional de un abogado y que
sino estuviera seguro de que le va a guardar su secreto
preferiría callarse y evitar así el riesgo, es que desde
los códigos de moral profesional hasta los códigos repre
sivos, pasando por algunas legislaciones civiles que con
templán la situación del profesional liberal, establecen
sanciones en sentido general y especialmente para el abo
gado cuando revela un secreto del que tuvo noticias cuan
do estaba en el ejercicio de su profesión.-

De no existir esta protección por parte de la ley, la des
confianza de que gozaría la profesión del abogado haría
que la sociedad no pudiera apelar a sus servicios, con el
consiguiente perjuicio de los tribunales que no podrían
contar con la asistencia de los abogados en la administra
ción de justicia. El Código de Moral Profesional en su
artículo 13 y 14 se refieren al secreto profesional defi
niéndolo como un deber y un derecho. (202)

(202) Artículo 13 del Código de Moral Profesional Costa
Rica. El secreto profesional constituye a la vez un deber
y un derecho del profesional en leyes. Es respecto de los

clientes un deber de cuyo cumplimiento ni ellos mismos pueden eximirle; es un derecho con respecto a los jueces, pues no podrían escuchar expresiones confidenciales si supiese que podría ser obligado a revelarlas. Y llamado el profesional en derecho a declarar como testigo, debe concurrir a la citación pero en el acto y procediendo con absoluta independencia de criterio, deberá negarse a contestar aquellas preguntas cuya respuesta a su juicio, sea susceptible de violar el secreto profesional.-

Artículo 14. La obligación del secreto se extiende a las confidencias efectuadas por terceros al profesional en derecho en razón de su ministerio. Por eso debe guardar reserva acerca de las conversaciones llevadas a cabo para realizar una transacción que fracasó, y respecto de los hechos que ha conocido solo por tal medio. El secreto cubre también las confidencias intempestivas de los Colegas.-

En doctrina no hay acuerdo en si es posible que el cliente pueda eximir de la obligación de guardar el secreto al abogado tomando en cuenta que el mismo se guarda como un derecho que tiene el cliente de que no se revelen sus confidencias. (203)

(203) Siguen este criterio Cuello y Calón. Derecho Penal. Tomo 11. Parte Especial pág. 359. Sebastián Soler Derecho Penal. Tomo IV pág. 137.

Sin embargo la doctrina francesa en general y algunos otros (204) opinan lo contrario porque su revelación afecta no se

(204) Florian E. De las Pruebas Penales. T. II. pág. 463.

lamente al interesado sino también a la sociedad.-

Debe tomarse en cuenta que si el cliente pudiera eximir al abogado de la obligación de guardar el secreto, sobre todo por ser la abogacía una profesión de confianza, crearía este un desconcierto en la sociedad que para evitarlo lo más prudente sería establecer que ni siquiera el cliente puede dispensar al abogado de la obligación de guardar el secreto, como lo establece el artículo 14 del Código de Moral Profesional de Costa Rica. (205)

(205) Véase nota 202 anterior.

Hay otros autores que mantienen una posición intermedia en cuanto a la obligación de guardar el secreto profesional por considerar que si el cliente releva al abogado de la obligación de guardarlo, debe quedar su conciencia revelarlo o no, por el daño que puede guardar a terceros ya que el ofendido o interesado ha dejado de serlo y la sociedad no se vería afectada porque lo que antes fue secreto ya no lo es. Dada la naturaleza del secreto profesional, nos inclinamos por considerar que ni siquiera el cliente puede dispensar al abogado de guardar un secreto profesional, porque una vez

que el letrado se entere del mismo, su obligación de guardarlo es para con la sociedad, y no para con el cliente, quien este caso pasa a segundo plano.

Sin embargo, puede presentarse el caso de que revelando un secreto, el abogado en vez de un perjuicio al cliente cause un beneficio, no solo a él sino también a un tercero, como sucedería si tuviera que ir a declarar a un juicio donde la revelación del secreto pondría en claro las cosas.-

La doctrina en este punto considera que el abogado debe actuar con mucho cuidado porque puede suceder en el caso de revelar un secreto para defender al cliente ausente, que a éste no le interese ganar el juicio, porque aunque el perderlo puede acarrearle pérdidas económicas, ganarlo revelando el secreto puede perjudicarle el honor.-

En cuanto a revelar un secreto para defender, no al cliente sino a un tercero nos parece que no es lícito porque por encima de todo está la obligación de guardar el secreto.-

En relación a este punto, Ricardo Serrano, en su obra cita una jurisprudencia de la Corte Francesa de Montpellier donde consideró que no hay violación ilícita del secreto cuando un abogado da a la publicidad las confidencias

que ha recibido, si se propone a defender y defiende en realidad los intereses cuyo cuidado se le han dado. (206)

(206) Serrano Ricardo. Las Profesiones Liberales. Estudio Ético Penal. Santiago 1948. Págs. 176 y 177. La cita jurisprudencial dice: "No hay violación ilícita y reprimible del secreto profesional cuando un abogado dando a la publicidad las confidencias que ha recibido, se propone a defender y en realidad defiende los intereses cuyo cuidado se le ha confiado porque estas confidencias por su naturaleza misma, están destinadas a ser públicas."

En relación al secreto profesional se presenta otro como es del cliente que llega y le relata al abogado que va a cometer un delito. El profesional no tiene obligación de guardar este secreto, porque de hacerlo se estaría convirtiendo en amparador de un hecho punible. Podría existir la posibilidad que el abogado llevando a extremos el deber del secreto profesional, trate de disuadir a su cliente de su actuación antes de delatarlo ante las autoridades, lo que haría solamente que no tuviera éxito, pero no puede llevarse a tal extremo la obligación del secreto porque si se guarda por un deber con la sociedad entraríamos en contradicción si obligáramos a un abogado a guardar un secreto aun en contra de los principios morales que rigen la persona y la profesión. Podría decirse que en estos casos existe una justa causa o

estado de necesidad de revelar el secreto, con lo que se es
tá protegiendo a la sociedad y evitando un mal mayor.

Cuello y Calón, (207) Limita la obligatoriedad de secreto

(207) Cuello y Calón. Op. Cit, nota 203, pág. 109.

profesional y sostiene: "el hecho de la revelación de secrete
te pierde carácter de ilícito cuando este fuere contrario a
la justicia o al interés social, como cuando el secreto fue-
ra a causar la condena de un inocente."

Este autor considera que solo en última instancia se puede
revelar el secreto, puesto que pudiera suceder que el acusado
do saliera absuelto por otros medios sin necesidad de la revelación,
velación, caso en que sería ilícita por el solo afán de justicia.-
ticia.-

Otro caso en que el abogado puede revelar un secreto es cuando
do lo hace por defenderse, como sería el caso de que fuera
a recibir gran perjuicio en su honor o en su patrimonio, situación
tuación que podría evitarse revelando un secreto que le fue
confiado. Esta posibilidad la contempla el artículo 15 del
Código de Moral Profesional de Costa Rica. (208)

(208) Artículo 15 del Código de Moral Profesional de Costa
Rica. La obligación del secreto cede a las necesidades de
la defensa personal del profesional en derecho, cuando es

objeto de persecuciones a su cliente. Puede revelar entonces lo que sea indispensable para su defensa y exhibir, con el mismo objeto, los documentos que aquel le haya confiado.

Como generalmente el abogado trabaja con más personal en su oficina, la obligación de guardar el secreto se extiende a todos los que con motivo a su trabajo se han enterado del mismo como sería quien haga las labores de secretaría.

En el mismo caso está el abogado que llegue a conocer secretos sobre hechos que no tienen relación con el asunto profesional en que interviene, sino que se trata de otro hecho que interesa al cliente mantener oculto. Carrara, considera que la obligación del secreto debe ser entendida ampliamente abarcando aquellos hechos que el profesional haya llegado a conocer accidentalmente. (209)

(209) Carrara E. Programa Diritto Criminale. Tomo II pág. 359.-

A lo que no está obligado el profesional es a guardar secretos que ha llegado a conocer a través de documentos que le haya proporcionado el cliente y afecte a terceros que no tienen relación con el patrocinio, ni respecto a los hechos que le sean revelados en conversaciones con su clien-

te y afecten a otras personas; en este caso se está ante hechos conocidos con ocasión del servicio profesional, pero no en razón del mismo.

A. 1. Forma de Hacer Confidencias y Confiar el Secreto.-

Es importante para establecer cuando estamos ante un secreto determinar la forma en que el cliente hace la confidencia al abogado.-

La confidencia puede hacerse de muchas maneras como por ejemplo por escrito, de palabra, por documentos donde consten hechos que afecten al cliente, fotografías y aun aquellos que el abogado advierte con el trato profesional con su cliente aunque este no le haya confiado el hecho en forma discreta. Es más, cuando el abogado, por la misma naturaleza de su actividad llega a conocer un secreto, que afecta a su cliente, está obligado a guardarlo aunque aquel no lo sepa, dado el interés social de que está rodeado el secreto profesional.-

Solo el hecho del perjuicio que pueda causar la divulgación del secreto a una persona que tenga o haya tenido el carácter de cliente, obliga al abogado y a todo profesional a guardarlo. Olimpia Haebig, en su tesis sobre "Responsabilidad Médica y Secreto Profesional, (210) dice: " Es

(210) Haebig O. Responsabilidad Médica y Secreto Profesio
nal. Santiago 1928, Pág. 49.

preciso entender por secreto no solamente lo que les ha si
do confiado como tal, sino todo lo que les ha sido dado a
conocer en el ejercicio de su arte, bajo la sola condición
que su divulgación pueda perjudicar a otro.-

Otra situación que vale la pena mencionar en cuanto al se-
creto profesional es cuando en busca de un arreglo las par-
tes se reúnen con sus abogados y en ese plano de confiden-
cialidad, los dos profesionales se enteran de cuestiones
que constituyen secreto profesional que afectan a la con-
traparte. Estamos en este caso ante un secreto profesional
que debe guardar el abogado, puesto que le fueron revela-
das esas confidencias en razón de su profesión, se haya
conseguido el arreglo o no.-

B. Sanción Penal al Profesional por no Guardar el Secreto.

No solo los códigos de moral profesional son los que obli-
gan a los profesionales, abogados en este caso a guardar
determinada conducta con respecto a los secretos que se
les confían

Los Códigos Penales también tienen definido como delito, la conducta del profesional que revela un secreto y sanciona con penas que difieren de legislación a legislación.-

Algunos códigos tipifican la figura delictiva de violación de secretos bajo el nombre de prevaricato, como el caso de Chile, donde el Código Penal, (211) contempla el descubrimiento del secreto profesional como un caso de prevarica -

(211) Artículo 231 del Código Penal Chileno.-

ción.-

El Código Penal español incluye también en el capítulo de la prevaricación, la conducta del abogado o procurador que descubriere secretos, de los que tuvo conocimiento en el eercicio de su profesión. (212)

(212) Artículo 360 del Código Penal Español.-

Este artículo 360 del Código Penal Español, castiga dos hechos distintos, el abuso malicioso del oficio y la ignorancia y la negligencia que produzcan perjuicio al cliente y el descubrimiento del secreto profesional, incluidas entre las prevaricaciones, con lo que no está de acuerdo Balbona porque los secretos no tienen que estar relacionados con

la administración de justicia para que lo sean, sino que basta que lo conozca el abogado en el ejercicio de su profesión; tampoco justifica que este hecho se incluya dentro del delito de prevaricato el que sea auxiliar de la administración de justicia, por lo anteriormente expuesto y porque muchos de los secretos que se confían a los abogados no tienen ninguna relación ni afectan en nada a la administración de justicia, pero sí a los sentimientos de honor personal familiar y social y desde luego patrimonial.

(213)

 (213) Balbona J. R. "El Secreto profesional como objeto de Protección Penal. Pág. 59.-

José Antón Oneca y José Arturo Rodríguez Muñoz, discrepan con lo anterior y consideran bien incluido el delito de violación de secreto Profesional en el artículo de prevaricato, porque el legislador ha dado preferencia a la lesión del deber sobre la lesión del derecho."...Entendemos dicen, --dicen estos autores-- como un reconocimiento expreso de la importancia de la colaboración del jurista a la actividad jurídica de los particulares." (214)

 (214) Anton Oneca J. "Derecho Penal " 1949. Tomo II pág. 197 y 1958.-

Cuando un profesional viola el deber de secreto, aceptando

que el cliente pueda exonerarlo del deber de guardarlo, si afecta a un tercero, no se tipificaría entonces el delito de violación de secreto, pero sí puede configurarse el delito de injuria, si la revelación afecta al honor de una tercera persona. Este caso podría darse cuando el cliente está ausente y el abogado por defender los intereses que le han sido encomendados revele un secreto que trae más beneficio que perjuicio, pero que a otra persona le resulta injurioso.-

Otros códigos incluyen este delito en el capítulo de Delitos contra el Ambito de la intimidad, en la sección específica de violación de secretos, como es el caso de Costa Rica. (215) y el delito de prevaricato solamente se refiere

(215) Artículo 203 del Código Penal de Costa Rica.-

a funcionarios judiciales o administrativos.-

Como lo hemos venido diciendo, para que la divulgación de un secreto constituye delito, este tiene que haber sido confiado al abogado en razón de su oficio, como dice Gustavo Labatut, (216)

(216) Labatut G. "Derecho Penal. "Santiago 1959", Parte Especial tomo II pág. 127.-

El bien jurídico que se protege al sancionar la divulgación del secreto profesional, es el honor y la libertad individual.

Al respecto dice Carrara, (217) que el interés de la incri

(217) Carrara F. Op. Cit. Parte Especial tomo II párrafo 1641 pág. 425.-

minación de la violación del secreto profesional es garantizar al cliente, y en general a todo el ciudadano que recurre a los que ejercen el arte de curar o cualquier otra profesión que requiera confianza, aun en aquellos casos en los cuales desea que sus necesidades queden ocultas, porque si la ley protegiera su confianza la traición mediante una pena, temiendo de que se hiciera público su secreto, se abstendría de acudir ante el profesional, aun poniendo en peligro su salud o su patrimonio, situación esta que perfectamente puede llevarlo inclusive a delinquir, impulsado por la desconfianza en quienes en una u otra forma pueden resolver o ayudarle a resolver su situación.-

Opinión semejante sigue Eugenio Florian, (218) cuando dice

(218) Florian E. Tratado di Diritto Penale. Roma 1936. Tomo VI pág. 456.-

que hay ciertas profesiones o artes cuyo ejercicio es in -

dispensable para el hombre, a las cuales no se podría acudir sino se tuviera completa seguridad y amparo en la Ley Penal, de que se guardará silencio sobre los hechos ocultos. Considera Florian que al no guardar un secreto, se lesiona no solo un interés individual, sino también un derecho colectivo.-

Leonidas Montes Olavarrieta, dice que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricato por revelación de secreto profesional es la fe en la profesión, de la que ha sido necesario rodearla, porque de lo contrario el cliente no se atrevería a requerir con confianza sus servicios.(219)

(219) Montes Olavarrieta L. "De la Prevaricación de Abogados y Procuradores." Montes Olavarrieta L. Editorial Jurídica de Chile 1963, pág. 44 y 45.-

C.- Otras Responsabilidades Penales del Abogado.-

Además del secreto profesional, el abogado tiene otras obligaciones que de no cumplirlas cuando se hace cargo de prestar asistencia a su cliente, incurre en responsabilidad penal.-

Ya hemos aludido, que en algunas legislaciones la actuación

del abogado perjudicial al cliente es considerada como prevaricato.-

Etimológicamente prevaricato significa abrirse de piernas, caminar con paso torcido o ir por mal camino.-

Joaquín Escriche, en su diccionario razonado de legisla -
ción y jurisprudencia lo define como "Falta a las obliga -
ciones del oficio, quebrantando la palabra, fe, religión, o
juramento."

Para Carrara, (220) incurre en prevaricación cualquiera

(220) Carrara. F. Op. Cit. Pág. 135 párrafo 259.-

que, ejerciendo la profesión de patrono (abogado) de una
parte, se pone de acuerdo, desde un punto de vista de lu-
cre, con el adversario en perjuicio del propio cliente."

Toda la doctrina llega a considerar en resumen que la fal-
ta de lealtad de abogados y mandatarios judiciales para
con sus clientes o mandantes en cumplimiento de las obli -
gaciones profesionales o mediante dolo o culpa inexcusable
debe sancionarse penalmente.-

En el Código Penal Español, están tipificados dos delitos

que se pueden imputar al abogado por prevaricación. En primer lugar tenemos que se configura el delito cuando el abogado o procurador, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable perjudicare a su cliente. Estamos ante un caso donde se contempla el dolo y la culpa penal en que incurre el abogado perjudicando así a su cliente. Entran en la sanción de esta conducta una serie de conceptos que tienen mucha importancia en la determinación de la misma. Se habla de ignorancia inexcusable, lo que tiene que ser manifiesto, pues una ignorancia que no sea del todo inexcusable no haría al abogado incurrir en este delito, ni tampoco al procurador.-

El Tribunal Supremo aplicando el artículo 361 del Código Penal dice: " Que la figura delictiva de prevaricación, contempla la modalidad peculiar de infracción al deber de colaboración a la actividad jurídica de los particulares im-puesto a personas especialmente obligadas, concretamente a abogados y procuradores en el ámbito de su estricta y legítima función profesional, siendo prevalente para la configuración de esta figura delictiva la lesión del deber profesional sobre la lesión del derecho y desprendiéndose de la misma el expreso reconocimiento de la importancia de la colaboración del jurista en la actividad judicial de los particulares en la consecución de que prevalezca la justicia en el ordenamiento social a través de los cauces marcados por el ordenamiento jurídico positivo establecido, re

quiere para la existencia del delito previsto por el men
cionado artículo las siguientes circunstancias: a) Que el
abogado llegue a tomar la defensa de una parte. b) Que des
pués o simultáneamente aconseje a la contraria. c) Que lo
haga en el mismo proceso o negocio. d) Que carezca de con-
sentimiento de aquella.-" (221)

(221) Sentencia del Tribunal Supremo 4031 de 9 de octubre
de 1972.-

También resolvió que una conducta negligente del abogado
seguida de un perjuicio para el cliente constituye delito
de prevaricato pues aunque no sea enjuiciable penalmente
el asesoramiento de abogados en materia de cuestiones opi-
nables, si un abogado aconseja al cliente y luego el mismo
no cumple lo aconsejado incurre en una conducta sancionable.
(222)

(222) Sentencia del Tribunal Supremo número 806 de 31 de e
nero de 1970.-

Más adelante cuando tratemos la responsabilidad civil del
abogado nos ocuparemos más en el análisis de los conocimien
tos que debe tener un profesional en el ejercicio de su pro
fesional en el ejercicio de su profesión.- El artículo tam
bién contempla el caso de la violación del secreto profe -

sional que ya tratamos en el título anterior.-

El otro caso de prevaricato del abogado o procurador es el que otras legislaciones llaman patrocínio infiel, que se configura cuando un abogado habiendo aceptado asesorar a defender a una parte, defendiere después sin su consentimiento o representare en el caso del procurador, a la contraria en el mismo negocio. (223)

(223) Los artículos 360 y 361 del Código Penal español son los que regulan la prevaricación de los abogados y procuradores.-

El Código Penal chileno también contempla dentro de los delitos de prevaricación el que se configura cuando el abogado a través del abuso malicioso de la profesión le causa perjuicio al cliente, la violación del secreto profesional y el caso del abogado que llevando la defensa de una parte al mismo tiempo y en la misma causa patrocina a la contraria. (224)

(224) Arts. 231 y 232 del Código Penal de Chile.-

El Código Penal de Costa Rica, contempla el delito de prevaricato solo para funcionarios judiciales o administrativos y define el delito de patrocínio infiel para contemplar la

conducta del abogado o mandatario judicial que perjudicare los intereses que le han sido confiados por entendimiento con la otra parte o de cualquier otro modo. También se castiga penalmente la doble representación de una parte y la contraria en el mismo juicio sin haber obtenido consentimiento.- (225)

(225) Artículo 350 del Código Penal de Costa Rica: será reprimido con quince a sesenta días multa, el abogado o mandatario judicial que, después de haber asistido o representado a una parte asumiere sin el consentimiento de ésta, si simultánea o sucesivamente la defensa o representación de la contraria en la misma causa.-

La Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, contiene una prohibición a los abogados que también lo contempla como delito el Código Penal; este es el delito antes citado del patrocínio infiel. Dispone este cuerpo de leyes que es prohibido dirigir al mismo tiempo o sucesivamente a partes contrarias en el mismo juicio o negocio, disposición que podríamos considerarla de tipo disciplinario.-

Estos delitos en el ejercicio de la profesión para que se configuren tienen que ocasionar perjuicio como sería en el caso de la ignorancia manifiesta, por lo que pierde el pleito el cliente, que haya daño o menosprecio material o moral que se da en el caso de dirigir a las dos partes en el

mismo juicio. Puede cometerse este delito por acción u omisión, ya sea actuando mal o dejando transcurrir el término para hacer un alegato o plantear un recurso.-

En cuanto al perjuicio que debe producir el delito de patrocínio infiel o prevaricato debe ser injusto, porque no se configuraría en el caso de que una sentencia condene al cliente a pagar una suma de dinero que lo perjudica pero resulta justa, a no ser que el resultado de la sentencia se deba a culpa del abogado.- Este perjuicio tiene que ser para el cliente porque la ley protege en este caso a quien a buscar al letrado.-

En estos casos puede darse el delito frustrado, cuando con dolo el abogado redacta un escrito que va a perjudicar a su cliente y lo presenta al Juzgado pero ahí se extravía no siendo tomado en cuenta por el Juez; también se da la tentativa cuando en el mismo caso anterior el abogado por haber sufrido un accidente por ejemplo, no puede llegar al Juzgado a presentar el escrito pasándose el término en que debía hacerlo. (226)

(226) Sobre este tema puede consultarse a Montes Olavarría ta. Op. Cit. Nota 219.-

Se han analizado las conductas del abogado en relación con

su cliente que le hacen incurrir en responsabilidad penal, ya sea por culpa o por dolo. Antes de pasar a la responsabilidad civil creemos conveniente analizar las consecuencias que en el Código Procesal Penal de Costa Rica trae el hecho de que un abogado no realice la labor de defensor del procesado en una causa penal o la realice defectuosamente, faltando a sus deberes. Por este comportamiento el abogado se hace acreedor a sanciones que podríamos llamar administrativas, igual que las que impone la Ley Orgánica del Poder Judicial o el Colegio de Abogados, y le son impuestas por el propio Tribunal. El Código de Procedimientos Penales (227) contempla la situación del abogado que

(227) Artículo 89 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.-

abandona la defensa de que se ha hecho cargo en un juicio y deja sin abogado al cliente. Al profesional que incurre en esta falta se le impone como sanción no poder ser nombrado nuevamente en el proceso como defensor; es una sanción tendiente a responsabilizar a los abogados por los casos de que se hacen cargo, aparte del interés en que el procesado esté siempre asistido por su defensor.- Para casos de más gravedad, donde el abogado incumple sus obligaciones en forma injustificada, hecho éste que se refiere a abandono de la defensa, lo considera el Código falta grave y se obliga al letrado a pagar las costas que ocasionó la sustitución

sin perjuicio de las sanciones de tipo penal o civil por su actuación.-

2.- La Responsabilidad Civil del Profesional.-

Cuando analizamos el punto al inicio, vimos que la actividad profesional ha sido considerada sobre todos los tiempos de la antigua Roma como una prestación gratuita, influida esta acepción por la inmaterialidad de los servicios. Para hablar de la responsabilidad civil en que puede incurrir al prestar los servicios defectuosamente un abogado es necesario hablar en general de las profesiones liberales, te niendo más importancia la actividad del médico y la del letrado por ser esta última la que nos lleva al presente aná lisis. Tenemos entonces que originariamente la prestación de un servicio profesional era gratuito y si el cliente o más bien el beneficiado con el servicio lo remuneraba esta era considerada como una donación. Fueron los tiempos en que la relación entre profesional y cliente se consideraba un mandato a título gratuito, sin que fuera posible que los honorarios por un servicio de este tipo pudieran cobrarse judicialmente, salvo cuando se permitió como algo excepcional para proteger y mantener a quienes ejercían profesiones liberales.- A consecuencia de esta situación en que se encontraba el profesional, la responsabilidad en que pudiera caer en el cumplimiento de su función era considerada extra contractual o aquiliana.-

A.- Culpa Contractual y Extracontractual.-

Es necesario saber cuando una responsabilidad en la que se cae por culpa o dolo penal o civil, es contractual o extracontractual. Esta distinción tiene importancia para deter-
minar el tiempo en que prescribe la acción para reclamar,
la relación causal y la intensidad de la culpa.

Culpa en el sentido de acarrear responsabilidad no es cual-
quier ligera inadvertencia u omisión de cuidados inusitados
o extraordinarios, y es aquí según Chironi donde está la di
ferencia entre culpa contractual y aquiliana, distinción
que la Ley no hace. La distinción de la culpa, que depende
del grado de diligencia, supone una investigación psicológi-
ca no menos abstracta, que repugna á la posibilidad de un
grado práctico.(228)

(228) Chironi G. P. "La culpa en el Derecho Civil Moderno."
Tomo I, segunda edición, Edit. Reus, pág. 132.-

En términos generales puede decirse que la responsabilidad
es contractual cuando la conducta del agente que incurre en
ella está prevista en un contrato y aquiliana o extracontrac
tual cuando no media contrato de ningún tipo entre el pro-
fesional y la persona afectada. En relación a la culpa ex-

tracontractual o aquiliana, el Código Civil de Costa Rica (229) la atribuye a aquel que actúa con un comportamien-

(229) Artículo 1045 del Código Civil de Costa Rica.- "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios."

to doloso, negligente o imprudente del que resulte un daño, debiendo aclararse que esta disposición se refiere a los casos donde no hay convención y tiene el culpable la obligación de reparar el daño y los perjuicios ocasionados. Para determinar esta culpabilidad hay que determinar lo que es el dolo y la culpa civil que son menos estrictos en cuanto a la calificación que en lo penal.-

B.- Naturaleza Jurídica de la Culpa Profesional.-

Al llegar a la conclusión de que la relación abogado cliente y así la de cualquier otro profesional que ejerza su actividad en forma liberal, constituye un contrato, independientemente de como se califique este, concluimos que la culpa en que puede incurrir es contractual, sin embargo hay autores (230) que consideran que puede darse en la pres

(230) Bonvicini E. "La Responsabilidad Civil. Tomo II. Parte Especial. Milano Dott A. Giuffre editore 1971 pág. 731.-

tación de un servicio profesional la responsabilidad extracontractual y a veces puede haber una coexistencia de culpas contractual y extracontractual; en este caso estaríamos ante un conjunto de acciones porque tenemos el mismo hecho, el mismo sujeto y la misma causa.- Como ejemplos de la culpa extracontractual podemos citar la del médico que tiene que intervenir a un paciente quien por su estado de inconciencia no puede dar consentimiento, no habiendo ningún elemento que sirva para probar que quería la relación. También puede darse en casos que no tienen relación con la actividad profesional, sino que se origina en un servicio ocasional. Ejemplo de esto es el del profesional en derecho que lleva su cliente por hacerle un favor de la oficina a los tribunales o a la casa en su automóvil y sufre un accidente. Puede por este hecho si fuere el culpable incurrir en responsabilidad, pero esta no es de tipo contractual porque aunque tiene su origen en la relación contractual, sin la cual no hubiera sucedido porque no lo hubiera trasladado en su automóvil a los tribunales, no es una responsabilidad adquirida por el mal ejercicio de la profesión sino por un servicio ajeno. (231)

(231) Hay otros casos que pueden acarrear responsabilidad civil al profesional cuando está prestando un servicio propio de su actividad pero no por falta de diligencia en el ejercicio de su función, como es el caso del dentista que fractura un brazo al paciente por ayudarlo a sentarse en la silla para practicarle una operación.-

La culpa extracontractual del profesional también puede darse, no respecto al cliente sino respecto a terceros que debido a una conducta culpable del profesional reciben algún daño.-

Tenemos entonces que la naturaleza de la responsabilidad profesional es esencialmente contractual, pero no elimina esta afirmación, la posibilidad de que también resulte una responsabilidad extracontractual.-

C.- Características de la Responsabilidad Profesional.-

El Estatuto de la Abogacía de España, (232) establece que

(232) Artículo 43 del Estatuto de la Abogacía de España.-

están sujetos a la responsabilidad civil los abogados cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuyas defensas les han sido confiadas o los de un tercero.-

Savatier considera que cualquier violación de una norma obligatoria reglamentaria de la profesión puede constituir un caso de concurrencia desleal y así ocurre con los abogados, los médicos, etc.

El profesional está obligado a actuar con diligencia en el

encargo o compromiso que adquiere, debiendo también tener la pericia que se espera que tenga. Sin embargo, no es que se puedan establecer teorías especiales para la impericia y los errores profesionales según manifestación de Chironi, (233) cuestión esta que no consiente la correcta interpre

(233) Chironi. Op. Cit. Pág. 148.-

tación de la Ley, considerando que un profesional comete impericia e incurre en culpa sino sabe lo que debiera saber del oficio que ejerce y hace lo que no sabe y debiendo saberlo deja creer que lo sabe.-

La doctrina alemana y francesa hablan de obligación de medio de diligencia y obligación de resultado, cuando se resultado, cuando se refiere a las obligaciones de los profesionales.-

La obligación de diligencia es aquella con que debe prestar una simple actividad, que es el medio para llegar al resultado satisfactorio, aunque este es aleatorio, sobre todo lo referido a las profesiones del médico o del abogado, que se mueven en un mundo de contingencias.-

El objeto de esta obligación, la de medios, es la diligencia con que el deudor se apresta a usar el medio técnico necesario e idóneo, utilizándolo para realizar el fin valed-

ro o esperado por la parte. Así como la obligación de medio tiene por objeto el aprovechamiento y la aplicación de todos los medios técnicos necesarios según indicación de la técnica oficial más moderna y también en base a la experiencia para lograr el resultado final, la obligación de diligencia tiene por objeto el comportamiento diligente del deudor a la hora de cumplir sus deberes.-

La obligación del resultado es la que exige del deudor un resultado objetivamente determinado y sino logra tal cosa o lográndolo resulta que es defectuoso o tardío, no se considera cumplida la obligación por incumplimiento total o parcial, lo que acarrea responsabilidad a no ser que demuestre el obligado que el incumplimiento se debió a causas que no le son imputables. Se exige la diligencia normal, propia de un profesional en el uso de los medios que le da su ciencia para desarrollarla y lograr el fin buscado, interesando en esta obligación tanto los medios como los resultados porque de lo primero depende lo segundo. La legislación civil italiana contiene una disposición que contempla tanto la obligación de diligencia como la de resultado. (234)

(234) Artículo 1218 del Código Civil Italiano.-

Este Código Civil trata la relación del profesional con el cliente separadamente de los otros servicios, porque estable

ce que el deudor que no ejecuta la prestación de vida es tá obligado a resarcir el daño, haciendo la excepción del caso en que el incumplimiento o retardo en el encargo no le sea imputable.-En los servicios prestados por pro fesionales el comportamiento tiene gran importancia para la obtención del resultado siendo de esencial importancia la conducta del agente que aunque no es el objeto de la relación, de esta y de que aplique todos sus conocimientos y métodos apropiados depende el que consiga un buen resultado. Esto lo podemos ver en la conducta diligente del médico al atender un enfermo o del abogado al asumir una defensa donde es necesaria la obligación de diligencia en sentido propio. El profesional en cumplimiento de su obligación debe usar las diligencias requeridas para atender un caso, tomando en cuenta la naturaleza de éste y además debe comportarse con corrección y buena fe.-

El abogado que actúa en defensa de su cliente ante los tribunales mediante sus informes orales o escritos no pro voca una acción penal por difamación o injuria aunque es to no sea más que una inmunidad penal porque civilmente puede ser sancionado por el Juez que conoce del asunto, en forma exclusiva. (235)

(235) Este tema lo trata en su "Traité de la Responsabilite Civile en Droit Française." Tomo I. Deuxime Edition, París 1951. Pág. 114 y 115, René Savatier, explicando que en ~~la~~ práctica cuando un abogado abusa de la libertad de expresión

en el juicio, es interrumpido por el Presidente del tribunal y que las condenas civiles por estos hechos son raras. La traducción al castellano de esta obra fue hecha por el Profesor Prieto Castro y Ferrándiz.

D.- Calificación de la culpa profesional en el cumplimiento del encargo.-

Como ya vimos, el profesional en su trabajo tiene que poner toda la diligencia debida; hay ocasiones en que no actúa como debiera, incurriendo en culpa, lo que es necesario determinar y para ello hay que tener muy claro cual es el grado de culpa en que tiene que incurrir en el ejercicio de su profesión para ser responsable civilmente. Como se trata de la actuación de profesionales, personas con conocimientos especializados para ejercitar actividades que algunas veces no presentan problemas pero que otras pueden ofrecer muchas dificultades como es el caso de un juicio ordinario, que por su naturaleza tiene más formalidades, la valoración del grado de culpa es importante en relación a esa dificultad, debiéndose proceder más estrictamente cuando más sencillo sea el asunto.

Para entrar a analizar este punto, tenemos que llegar al concepto abstracto tan usado en derecho; la figura del buen

padre de familia y con base en éste determinar el grado de diligencia que debe tener el profesional.

En primer lugar tenemos, que cuando un profesional se hace cargo de realizar un trabajo ya tiene la obligación de hacerlo bien porque se supone que esa persona tiene los conocimientos suficientes para ello dándose una presunción de capacidad.-

La culpa profesional en el ejercicio de su función, puede ser entonces por impericia o por negligencia, pero no hay en los códigos civiles una delimitación entre los diferentes motivos por los que se incurre en ella, sino que se habla solamente de culpa; no tiene importancia el que ese comportamiento contrario a lo que esperaba, el que se vería beneficiado con el servicio sea por uno u otro defecto. La doctrina está de acuerdo en que la culpa propia de un profesional, para que tenga que responder civilmente es la culpa lata o grave.

El concepto de culpa grave es tomado de la división tripartita de Pothier, culpa lata, leve y levísima. La grave (culpa lata) se equipara con el dolo, por la presibilidad del daño que hay en estos casos, estando muy cerca del hecho con intención dolosa. Esta culpa para que se dé, necesita que haya mala fe y una fácil representación del peligro que

inexcusable el haber causado el daño. Sin embargo, al profesional como se le exige gran celo en el ejercicio de su función, se toma en cuenta el grado de negligencia o la imprudencia para tratar de determinar si ha habido culpa grave o no.-

El problema que se presenta es que al profesional se le tiene que exigir determinada conducta que no es siempre la misma en cada caso, sino que depende del grado de conocimiento que tenga.- Ya hemos dicho que se da por probado que un profesional, que tiene todos los requisitos para ejercer su juicio tiene capacidad suficiente. (236)

(236) Baudry Lacantinery. XV No 2912, pág. 618 dice: "Teóricamente los profesionales diplomados son iguales. Se supone idoneidad en ellos y el que elige lo hace bien al menos desde el punto de vista legal."

Esta sería la primera medida para determinar la culpa grave; si una persona entabla una relación con el cliente para realizar una labor que sabe no puede llevar a cabo, estaría incurriendo en el grado de culpa grave. Sin embargo, hay otros casos donde no es fácil determinar si el deudor de una obligación a incurrido en esa culpa o no, debido a que nos tenemos que mover en estos casos dentro de conceptos y principios que ofrecen gran viscosidad, y que no pueden estipular

se en códigos sino que hay que valorar racionalmente, con gran objetividad.-

El Profesor Prieto Castro en su discurso pronunciado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, al referirse a la responsabilidad civil y su difícil determinación dice: " Las leyes penales avisan respecto de la culpa en función de los tipos de delito y de los hechos que constituyen faltas; existe un sistema general de tipología delictiva, el Código Penal, y además algunas otras disposiciones que al tratar de determinadas actividades, por ejemplo, la caza, definen cuales sean las contravenciones que con ocasión de las mismas se pueden cometer.

En cambio, el ciudadano que quisiera prevenir contra posibles responsabilidades (civiles o asimiladas penales) en el desarrollo de los comportamientos propios de la existencia humana tendría que buscar un extenso dictamen, que sería el fruto de un complicado, enredoso y largo trabajo indicador de las numerosísimas fuentes de esa clase de responsabilidad y cómo debería actuar para no incurrir en ella. El código de las responsabilidades civiles (en sentido lato) sería, tal vez, para el ciudadano normal tan importante como el Código Penal, pues en los artículos de éste se penetra cuando existe vocación delictiva o de imprudencia penalmente punible, mientras que en la responsabilidad civil se incurre simplemente por el hecho de vivir y de obrar en el

seno de una Sociedad que alcanzado tal o cual grado de desarrollo, al partir del que --paradójicamente -- representa la fiebre de la motorización, el cáncer del comportamiento sobre los seres vípedos". (237)

(237) Prieto Castro y Ferrándiz. Contestación al discurso del Profesor Bonet Ramón en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre " Perspectivas de la responsabilidad civil", leído el 27 de octubre de 1975, publicado en la revista de la Academia de 1975, Madrid, pág. 177.-

La objetividad tiene que estar siempre presente a la hora de valorar la actuación de un profesional para hacerlo o no responsable en el campo civil; debe investigarse si la conducta que ha seguido el deudor de la obligación ha sido la debida, si puede decirse que actuó en el ámbito de esa figura abstracta a la que echa mano del derecho para tomarla como patrón, la figura del buen deudor. Solo así puede llegarse a determinar si ha habido un daño objetivo, que haga responsable de culpa grave a quien lo ocasionó; las mismas normas que se utilizan para juzgar un caso, como lo hemos dicho, no pueden usarse para otro, porque lo que interesa no es encontrar el abstracto concepto de culpa grave, sino comprender el límite de la justificación propia en aquel ámbito de equilibrio indicado en la relación real y la opuesta exigencia.-

La exigencia no es la misma en todos los casos porque hay

que valorar la dificultad que pueda presentarse al profesional a la hora de realizar el encargo. Si un médico se hace cargo de la atención de un paciente, que de acuerdo con la ciencia médica no ofrece ningún problema o complicación por lo que cualquier facultativo sin especialidad concreta puede atender, a la hora de investigar objetivamente la culpa en que haya podido incurrir y responsabilizarlo por un daño, deberá el Juez ser más exigente que si estuviera determinando la culpa de otro médico y en otro caso que ofrecía especiales dificultades, donde además de requerirse mucho conocimiento especializado había que luchar con lo aleatorio del resultado en el que no existía ninguna seguridad de un fin feliz. No puede juzgarse al profesional en cuanto a la responsabilidad civil con las mismas reglas y la figura del buen padre de familia que se tome como patrón, no es la misma, porque unas veces hay que exigir más y otras menos de acuerdo con la gravedad, los conocimientos requeridos y la especialización que se tenga o que se haya hecho creer que tenía para hacerse cargo del asunto.-

Más que del abogado, la doctrina se ha interesado por la responsabilidad del médico, ((238) sobre todo cuando se trata

(238) En Costa Rica los tribunales han conocido dos o tres casos de responsabilidad médica hace más de treinta años. El Profesor Prieto Castro en su discurso citado en nota 237, pág. 185 dice que en España a las salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo han llegado escasísimos casos de esta

naturaleza y cita a Visintine quien en su obra "La Responsabilidad Civil Nella Giurisprudenza " Padua 1967, pág. 113 y sigs. habla de los numerosísimos casos que en el pasado y actualmente se han dado y se dan actualmente en Italia.-

de un especialista, porque a éste por poseer una condición especial no puede fijársele el tipo de " bonus pater familie" dentro del que tendrá que desarrollar su conducta, como la que se le fija a un médico no especialista porque se supone que éste no tiene los conocimientos ni el material técnico adecuado para actuar en el caso especial y es precisamente esa circunstancia de la especialización la que hace al enfermo asistir con más confianza donde un médico que donde otro. La actividad del médico en relación al enfermo cuando aplica los últimos adelantos de la ciencia, usando métodos curativos modernos tanto en diagnósticos como en aplicación de medicamentos no pueden ser apreciados por la autoridad judicial, precisamente por el carácter técnico que tienen, sin embargo, debe el profesional médico ser muy cuidadoso en aplicar medicamentos sino ha sido previamente experimentada su aplicación y el posible daño que causen al organismo humano, porque en ese caso, caería en culpa grave por imprudencia o negligencia. El error de diagnóstico que es un error profesional sin duda alguna, no siempre acarrea responsabilidad sino cuando es el resultado de la ignorancia del médico. El error científico, es eximente de responsabilidad siempre que consista en un conocimiento imperfecto dentro de la enfermedad o en un diagnóstico equivocado sobre todo

en enfermedades no comunes, pero no será eximente cuando se debe a una ignorancia personal de la doctrina o a una con-
vicción propia errada. (239)

(239) Sobre este tema puede consultarse a Alberto Montel " Problemas de la Responsabilidad y el Daño". Edit. Marfil S. A. Pág. 154 y sigs.

La responsabilidad de un profesional en definitiva se refle-
ja a través de la conducta voluntaria pues culpa, según Chi-
roni es: (240) " la falta de vigilancia de uno mismo y se

(240) Chironi. Op. Cit. Pág. 137.-

puede determinar a través de las normas de diligencia y au-
to-disciplina que observe el sujeto deudor al cumplir con
la obligación en la forma como conviene a los intereses del
acreedor."

Creemos necesario advertir de nuevo la diferencia que hay
en cuanto a la calificación civil y penal, porque el civil
a veces se prescinde de la existencia de culpa y se afirma
una responsabilidad objetiva que surge de una obligación de
indenmizar el daño; no puede en consecuencia aplicarse al
caso civil la misma calificación que al penal porque no e-
xiste el interés de salvaguardar el equilibrio social en la
misma intensidad.-

Después de dar los principios y características de la conducta del profesional cuando incurre en culpa, analizaremos ahora concretamente la responsabilidad del abogado.-

E.- Responsabilidad Civil del Abogado.-

Por lo general, la responsabilidad del abogado es de tipo contractual pues se trata de culpa cometida por un profesional en el ejercicio de su profesión la que ejerce en virtud de un contrato calificado de muchas formas pero más exactamente denominado relación de servicios.-

La responsabilidad extracontractual del abogado no es corriente debido a que no tiene que intervenir en asuntos o casos como el médico cuando interviene quirúrgicamente a una persona que no puede dar su consentimiento por encontrarse inconciente. El abogado presta sus servicios previa solicitud de su cliente o del procurador en su caso. Hay un caso en que podría darse la responsabilidad extracontractual de un abogado, cuando de acuerdo con el artículo segundo del Código Procesal Civil de Costa Rica, entabla una acción como gestor de un tercero, quien está ausente. Parece que esta es una figura no muy común en la legislación comparada, pues se trata de permitir a una persona llamada gestor, entablar a nombre de un tercero acciones con miras a evitarle perjuicios inminentes. La situación en la práctica no se da mucho

pero la ley contempla la figura; podría presentarse este caso cuando determinada persona siendo abogado se entera de que a un amigo o cliente suyo que está fuera del país se le va a causar un grave daño en la propiedad o que siendo dueño de una marca de fábrica alguien pretende inscribirla, lo que le va a perjudicar e interpone de inmediato la oposición a nombre del tercero depositando la fianza que la Ley obliga. Puede suceder que el tercero a quien pretenda beneficiar el abogado no interese la oposición o que el abogado incurra en culpa en esa gestión la que sería extracontractual por no haber mediado ningún contrato previo a la prestación de su servicio. No es muy claro este caso por tratarse como ya se dijo, de una figura que no tiene aplicación práctica y estas actuaciones no están reservadas a abogados sino que cualquier persona puede llevarlas a cabo. (241)

(241) Artículo segundo del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica. "Es permitido entablar acciones como gestiones de un tercero, siempre que de la inacción hubieren de resultarle perjuicios evidentes al dueño del negocio; y a condición de rendir fianza de resultas, para el caso de que el referido dueño, dentro de un mes si estuviere en el país, o dentro de tres meses si se hallare fuera, no aprobare expresamente lo hecho en su nombre. Los plazos dichos se contarán a partir de la fecha en que el gestor hubiere iniciado su gestión judicial.-

Tan pronto como se apersonare en los autos el dueño del negocio cesará la intervención del gestor.

Caso de que el dueño no se apersonare en los autos aprobando

expresamente la gestión dentro del plazo dicho, o que la de saprobare en todo o en parte, el gestor será condenado al pago de las costas personales y procesales y de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado al litigante contrario; te niéndose además por absolutamente nulo lo practicado a su instancia aun cuando se trate de actos de jurisdicción voluntaria. Para actuar como gestor de negocios de una persona civil, debe acreditarse previamente su existencia en la forma que previenen las leyes de la República..."

En todo caso este podría ser uno de los casos en que se darí a la responsabilidad extracontractual de un abogado en la legislación costarricense.- (242)

(242) La doctrina más moderna que trata la responsabilidad del abogado ha sido expuesta en Alemania por Geigel (Reinhart un Bobert) Der Haftpflichtprozess, mit, Einschluss des materiellen Haftpflichtrecht ("El proceso de responsabilidad con inclusión del derecho material sobre la misma") 14ª ed., Munich 1969; también con el mismo sistema Wussow, Das Unfallhaftpflichtrecht ("Derecho de la Responsabilidad por Daños") 10ª ed., Colonia (y otros lugares) 1969. La traducción dada del título es del Profesor Prieto Castro, quien dice que la misma es libre, de acuerdo con la crítica que el autor hace de la voz " Haftpflicht" que emplean los demás autores y las disposiciones legales que se componen de dos ("Haft" y "Pflicht" que vienen a significar lo mismo y dice que la palabra- " Unfall" denota en realidad el "accidente" que desencadena la responsabilidad del contrato y de la ley (esto es extracontractual).

En Suiza con amolio examen de las resoluciones de los tribunales suizos especialmente del de la Confederación (Bundesgericht) en forma resumida y muy concreta, Keller, Haftptpf

licht im Privatrecht"ª ed., Berna 1971, trata el tema. La traducción de esta obra también fue hecha por el Profesor Prieto Castro.-

Con respecto a terceros si puede darse la responsabilidad extracontractual porque con él no se ha pactado previamente nada sobre el servicio a prestar e igual que el cliente tendrá siempre abierta la vía civil para reclamar al abogado que le haya perjudicado con su actuación, aunque creemos que debe enfrentarse con el problema de la prueba que aparece un poco difícil para él. (243)

(243) Este tema lo trata Santos Briz J. "Responsabilidad Civil" Edit. Montecorvo, Madrid 1970, Págs. 629 a 622.

Igual que cuando hablamos de responsabilidad profesional, al hablar de responsabilidad civil del abogado tiene que incurrir en culpa grave porque la leve o la levísima no le acarrea responsabilidad igual que los demás profesionales. Debe analizarse a la hora de determinar la culpa del abogado si ha cumplido con sus obligaciones de diligencia, si ha sido celoso a la hora de estudiar e investigar el caso que tiene entre manos y si ha echado mano a todos los medios a que un buen profesional hubiera recurrido en un caso similar. Tiene que cumplir con la obligación de medios y poner a trabajar toda su capacidad para conseguir los que dentro del juicio sean los apropiados para obtener sentencia favorable.

Incurriría en grave falta el letrado que perdiera un juicio por no saber las mínimas disposiciones que existen en el procedimiento o en el derecho de fondo. Estos conocimientos que se supone son comunes a todo profesional en derecho si faltaran en determinado abogado, significaría una grave falta de diligencia de su parte, configurándose una culpa grave casi confundible con el dolo, pues fácilmente debió preveer en el peligro que ponía los intereses de su cliente al aceptar defenderlos en juicio sin tener los conocimientos mínimos sobre el derecho. Es diferente la situación cuando se trata de un juicio complicado donde quien haga las veces de defensor necesita tener conocimientos de especializados y los tiene, pero a pesar de seguir el camino que él creyó más adecuado no obtuvo resultados satisfactorios, porque no es éste un caso de culpa grave en sentido objetivo; no le es imputable el daño que soporta el acreedor, al abogado. Es necesario aclarar los conceptos de culpa objetiva como aquella que se establece tomando en cuenta los criterios medios normales dentro de la comunidad, que equivale a la diligencia media de las personas normales.

Es indispensable ser muy cuidadoso a la hora de determinar los grados de culpabilidad, porque puede caerse en el peligro de eliminar la iniciativa profesional lo que equivaldría a aniquilar la abogacía, pues los abogados ante una especial

dificultad, por temor a que se les culpa posteriormente, se inhibirían de asumir la iniciativa.-

Por otra parte, no debe de suavizarse tanto la calificación de la responsabilidad del abogado, hasta llegar a perdonar la pereza manifiesta del profesional.-

Hay casos de actuaciones de abogados que si bien no causan graves perjuicios al cliente, tampoco le causan beneficio y un profesional que asuma la actuación del buen padre de familia en relación a la profesión, debe muy bien saber que lo que le está haciendo a su cliente, solo gastos puede ocasionarle, ya porque el asunto esté terminado y no pueda reabrirse o porque por pereza de presentar un juicio tal vez muy complicado, opta por ganar unos honorarios presentando ante el juzgado un alegato que no puede tener efecto.-(244)

(244) Estos casos se han presentado en Costa Rica, sobre todo en las zonas retiradas de la capital donde una persona muere teniendo hijos de matrimonio y extramatrimoniales; a la hora de abrir el juicio sucesorio, los hijos extramatrimoniales quienes han tenido posesión notoria del estado, tienen que recurrir a los tribunales a comprobar su filiación y luego apersonarse como herederos al juicio universal. Al llegar donde un abogado para que los asesore y les arregle la situación, hacen que el pretendiente de la herencia se apersona directamente al sucesorio, donde lógicamente el Juez no lo admitirá, aunque presente las pruebas de su notoriedad de estado, porque es otro el procedimiento para demostrar paternidad. En este caso creemos que hay una verda-

dera culpa grave de parte del abogado que acarrearía responsabilidad civil. en la medida del daño ocasionado por no aplicar diligentemente las normas procedimentales adecuadas.-

En estos casos el comportamiento del abogado es diferente a como lo hubiera hecho un abogado prudente, dándose aquí la culpa de que habla Mazeau" Desde el momento en que se compruebe que un abogado prudente se hubiere conducido en forma diferente a la del demandado, debe ser condenado, ya se trate de errores en los consejos dados al cliente o de una torpeza en la presentación de la defensa". (245)

(245) Mazeau et Tunc. "Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil." Tomo I, Volumen II. Ediciones jurídicas Europa América 1962 Párrafo 515 pág. 190.-

Casos como estos se dan mucho en la práctica, donde el cliente sale gravemente perjudicado pero esa es una realidad y muchos profesionales se olvidan de sus deberes y no reciben ninguna sanción por sus indebidas actuaciones.

La negligencia del abogado, por la misma naturaleza del trabajo que realiza, similar a la del médico, en cuanto

el resultado no depende de él, sino que hay otras personas en el proceso una de las cuales es la que decide ante argumentos a favor y en contra del punto que se somete a su decisión, se valora no en la consecución del fin que es aleatorio, sino en la aplicación de los medios. No estamos entonces ante una obligación de resultado: no es responsabilidad del abogado que a pesar de haber puesto todo su empeño y conocimiento de profesional especializado en una materia pierda el juicio; no puede exigirse entonces que la obligación del abogado sea un resultado.- (246)

(246) Este tema de obligaciones de diligencia de medio y de resultado es ampliamente tratado por Vonvacine en Op. cit. Tomo II pág. 732.-

La legislación civil italiana, contempla esta situación, en la que el profesional en general y en este caso al abogado se le da un trato especial, podríamos decir que se atenúa el concepto de culpa objetiva, cuando se trata de un caso algo de especial, o sea, que no puede ser resuelto por una persona a no ser que tenga conocimientos técnicos especializados sobre la materia y aun así es totalmente aleatoria el resultado. (247)

(247) Artículo 2236 del Código Civil Italiano. Si la prestación implica la solución de un problema técnico de espe

cial dificultad, el que preste la obra no responde de los daños, sino en caso de dolo o culpa grave.-

Sin embargo, esta norma del Código Civil Italiano no deja por fuera la posibilidad del dolo y la culpa grave del parte del deudor de la obligación, en caso de que aprovechando la dificultad del asunto, dolosa o culposamente, ocasiona un daño al acreedor de su servicio.-

El que no sea culpable y en consecuencia irresponsable el abogado del resultado de un juicio, tiene su fundamento en que la doctrina y la jurisprudencia raramente llega unanimente a una opinión, ya que hay de parte de los autores y de los jueces diferentes interpretaciones de las leyes. Algunas veces el resultado puede ser satisfactorio pues logra convencer al Juez de que su interpretación es la más acertada, pero es una cuestión eventual, que no compagina con la culpa objetiva de que tiene que responder el abogado, la que debe valorarse independientemente del resultado que tenga la causa.

Por una cuestión de deontología de la profesión, el abogado tiende a defender la tesis que más beneficios procesales puede traer a su cliente y no puede considerarse negligencia el haber adoptado una u otra tesis indepen -

dientemente que entremos a analizar si es mejor una que otra. Esto adquiere más firmeza si tomamos en cuenta que el abogado cuando está defendiendo un caso, tiene un poder discrecional de escoger la vía que considere más oportuna y correcta para ir en busca de un resultado útil para el cliente.-

Precisamente por esta característica es que no se admite la subordinación en lo referente a técnica del abogado a un patrono.-

F.- La Negligencia en el Abogado.-

El concepto de culpa como "omisión de la diligencia exigible" dice Diez Picaso, (248) lleva a la conclusión de

(248) Diez Picaso. Fundamento de Derecho Civil Patrimonial. Madrid 1970. Pág. 710.-

que sobre el deudor pesa el deber de un comportamiento diligente, puesto que culpa es la omisión no maliciosa del deber. La diligencia impone al deudor la necesidad de preveer o presuponer las circunstancias que puedan poner en peligro o amenaza la prestación y tratar de evitarla. Comporta el deber de diligencia, el de previsión.-

Como la actividad del abogado para que se considere cul-

posa debe de calificarse en el grado de culpa lata o grave, no todos los actos negligentes que realice serán considerados como originarios de responsabilidad civil, aunque se observe en ellos impericia o negligencia.-

La negligencia para que acareé responsabilidad civil, debe causar un daño real, concreto, pues no puede depender de la mera probabilidad una situación que va a servir de base para determinar el monto de lo que debe indemnizar el abogado.-

Hay casos en que es fácilmente determinable la responsabilidad de un abogado, como por ejemplo cuando omite dentro del juicio hacer una impugnación, oponer una excepción, oponerse en tiempo a las pretensiones de la parte contraria, porque en estos casos se puede concretar el perjuicio que recibe el cliente. Sin embargo, hay ocasiones en que no es tan fácil la determinación, como cuando el letrado deja de interponer un recurso y por ese motivo queda firme la sentencia. Debe tomarse en cuenta que el cliente al iniciar un juicio solo tiene una posibilidad de victoria, pero no la certeza de que el juicio se le resolverá favorablemente y el hecho de que su abogado no interpusiera el recurso a la sentencia desfavorable no significa que el tribunal superior iba cambiar la sen

tencia y le iba a dar la razón porque también podía confir
marla; ante estas circunstancias no puede determinarse el
 daño causado por el letrado en base a la posibilidad de
 victoria. La jurisprudencia en España ha seguido el cri-
 terio desde hace muchos años de que la simple no interpo-
 sición o interposición tardía de un recurso no acarrea res
ponsabilidad al abogado, porque los daños deben ser com-
 probados y no cabe basarlos en el supuesto de que la
 sentencia de la audiencia era manifiestamente injusta. -

(249)

 (249) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de setiembre de
 1897.-

Puede darse el caso de que por impericia o negligencia,
 el abogado haga peticiones al Tribunal que van en grave
 perjuicio para el cliente, pero el Juez en virtud del
 principio " Iura Novit Curia" no resuelve causando tal
 perjuicio y el daño no se produce; en este caso no puede
 tampoco argüirse responsabilidad al abogado. Una senten-
 cia del Tribunal Supremo ante un caso como este, resolvió
 que los perjuicios cuando existen, no derivan de las pe-
 ticiones de las partes sino de las resoluciones acordadas
 por consecuencia de las mismas. (250)

 (250) Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre
 de 1906.-

Al actuar un abogado en contra de los deberes que le impone el respectivo colegio y la ética profesional, puede ser que falte a los deberes de lealtad y probidad para con su cliente, pero esto no debe considerarse una causa para atribuirle responsabilidad civil, sino que es a la autoridad encargada de vigilar la disciplina a quien corresponde sancionarlo. Así lo resolvió la Casación Italiana. (251)

(251) Casación Italiana. Sentencia de 22 de abril de 1950.

Sin embargo, puede objetarse esta sentencia en el caso de que la infracción a las disposiciones reglamentarias sean dolosas o entren en el campo de la culpa grave, porque en este caso los terceros que fueron perjudicados pueden reclamar los daños y perjuicios y también el cliente; puede darse el caso de un reclamo por daño moral, que alegue el cliente por haber sufrido un menosprecio en su honor a causa del resultado de un juicio cuyo resultado atribuye a la negligencia del abogado.-

Este es un caso donde es difícil establecer si puede responsabilizarse al abogado del menosprecio que sufra un cliente de parte de la sociedad a raíz de haber perdido

un pleito. Tomando en cuenta la mera posibilidad de victoria en todo juicio y lo difícil de determinar concretamente, cual ha sido la causa y el daño moral sufrido, no vemos la posibilidad de que pueda considerarse como culpa grave de parte del profesional en derecho.-

Definitivamente es difícil, imposible en ciertos casos determinar el daño resarcible que pueda sufrir un cliente por la conducta dolosa de su abogado y como no consiente la correcta interpretación de la Ley que se formulen teorías especiales, no queda otro camino que hacerlo tomando como patrón la figura del buen padre de familia, la que variará en cuanto a exigencias de acuerdo con la especialización que cada abogado tenga y la dificultad con que se enfrente en el juicio.-

Esta dificultad ha llevado a doctrinistas, (252) a pro -

(252) Cataneo y Calamandrei, citados por Bombacini en Op. Cit. Pág. 804.

poner algunas doctrinas como la de probabilidad estadísticamente comprobada que expone Calamandrei; consiste este procedimiento en determinar el daño resarcible tomando en cuenta la posibilidad de victoria comprobada por medio de estadísticas, para dar un valor de probabilidad al cliente. Esta tesis no es acogible porque siempre lle

garíamos a valorar el daño con base en una hipótesis que no da seguridad de certeza. (253)

(253) Una tesis similar a esta pero referida a la comprobación de la certeza de las declaraciones testificales en juicio, fue propugnada por Benthan en su obra " De las Pruebas Penales" pero por la insegura tampoco fue acogida.

Como el daño que reciba el cliente tiene que ser cierto, hay muchos casos en que no habrá responsabilidad civil del abogado si por negligencia a omitido interponer excepciones o recursos pero al final, el perjuicio no se da por apelación de la otra parte, o en virtud de consulta si existe este trámite y el Juez o Tribunal Superior revoca la sentencia que le era perjudicial.

G.- Responsabilidad por error del Personal Auxiliar del Abogado.-

Actualmente los abogados que se dedican a ejercer la profesión libremente, dado el amplio desarrollo que ha alcanzado la ciencia del derecho y la necesidad de especialización han tenido la necesidad de asociarse no solo con más abogados sino que también con otras personas que le pueden ayudar en la investigación y estudio de los casos en

comendados. Si uno de estos auxiliares tanto técnicos como administrativos, como serán los secretarios, incurrieren en una conducta culposa y causaren un perjuicio al cliente, es el abogado quien responde, por el hecho de haber incurrido en culpa in-eligendo, ya que el cliente contrata con él directamente y no con su personal; la sanción en este caso es por haber elegido mal su personal. Esta no es una cause extraña del deudor de la obligación, ya que ha contribuido a causar el daño.-

H.- Prueba del Acto Culposo del Profesional.-

Como todo asunto que se somete a los tribunales, la determinación de la responsabilidad del profesional incluyendo dentro de ellos al abogado, depende de los medios de prueba que se aporten para demostrar la actuación negligente o imprudente que lo hacen culpable. Ya oímos que lo que debe probarse es la culpabilidad grave, culpa que está en los límites con el dolo y que haya ocasionado al acreedor del servicio un daño real, concretamente determinado. El objeto de la prueba en estos casos será la conducta imprudente o dolosa del abogado, en la cual incumplió las obligaciones que tenía como profesional. Esta obligación en el caso del abogado será de medio o de diligencia de acuerdo con la distinción de la doctrina alemana y francesa.

De acuerdo con la doctrina general de la prueba, quien a firma esto tiene que probar, debiendo ser en este caso el perjudicado con el deficiente servicio profesional, quien tendrá a su cargo probar que el abogado por negligencia imprudencia o dolo incurrió en culpa grave, por que es una responsabilidad del deudor que configura una situación, un hecho o presupuesto constitutivo de una pretensión de resarcimiento integral de daños y perjuicios. Sin embargo, nos parece que una vez más la excepción confirma la regla y puede considerarse que existe una cierta inversión de la prueba, porque el abogado, el deudor de la obligación es quien tiene que demostrar que ha actuado diligentemente, que tiene los conocimientos suficientes para desarrollar como un buen padre de familia, la actividad que le encomendó su cliente y que en ese ámbito se desarrolló su conducta; que actuó con " respeto del límite social adecuado a la actividad". Si el abogado alega que no le fue posible cumplir con la obligación por un hecho justificativo, tendrá que probarlo.

(254)

(254) Díez Picazo Luis. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Edit. Tecnos. Madrid 1970, pág. 710. Este autor ha desarrollado este tema recientemente.

Igual que la calificación de la culpa, es diferente cuando se trata de un abogado especialista en determinada ma

teria, la prueba será también diferente. Si el cliente considera que el abogado incurrió en culpa grave al no tener los suficientes conocimientos doctrinarios o de legislación, si estamos ante un abogado no especializado, nos parece que la forma más adecuada de comprobarlo sería mediante una prueba de suficiencia por parte del tribunal, exigiendo en esta conocimientos generales; si se trata de un especialista entonces deberá ser más riguroso en la materia de la especialidad, porque movido por esos conocimientos superiores a los normales, fue que el cliente recurrió a él.

Cuando estamos ante un problema como el relacionado anteriormente, el conocimiento del sujeto pasivo de la demanda o del hecho culposo no es difícil, pero el problema se presenta cuando lo que se reclama es no haber observado determinada conducta o no haber interpuesto en tiempo un recurso y hay que fijar la responsabilidad con base en un resultado, cuando ya hemos establecido que la obligación del abogado no puede valorarse por el resultado. Cuando el perjuicio que se reclama es por el resultado del juicio, es imposible conseguir pruebas que den al Juez una certeza de responsabilidad del abogado. La prueba para demostrar que cuando ha habido incumplimiento éste se debió a causas que no le son imputables corresponde al abogado, lo que no quiebra el principio general de la carga de la prueba, porque la obligación del deudor del

servicio se fundamenta en el derecho que tiene el acreedor de exigir la prestación a que estaba obligado el profesional y al haber incumplido es a éste a quien corresponde demostrar el motivo de su conducta y que las causas no le son imputables, lo que equivale a implantar el principio de que prueba el que afirma ya que el abogado es quien afirma no tener responsabilidad por los daños sufridos por su cliente.-

En Costa Rica, la jurisprudencia no tiene pronunciamiento en relación a la culpa contractual o extracontractual del abogado, lo que consideramos es debido a que no se somete al órgano jurisdiccional el problema cuando se presenta, por las pocas facilidades que ofrece la ley a las personas que pueden verse perjudicadas por sus abogados que sobre todo en las zonas rurales sienten temor a enfrentarse al profesional ante los tribunales. Para evitar y solucionar este problema, creemos necesario una reforma en la ley, lo que exponemos en las conclusiones, reforma que no perjudicaría en nada al abogado que normalmente ejerce la profesión y ayudaría a mantener el prestigio y la confianza en la misma.-

CONCLUSIONES

Aunque al final de los capítulos y después de analizar cada tema hemos dado algunas conclusiones, con el objeto de que quede más claro el resultado del presente estudio hacemos las siguientes:

I- A la relación abogado cliente conviene darle una denominación que pueda usarse universalmente y aplicársele independientemente que el abogado sea encargado de la defensa técnica solamente y el procurador ejerza la representación; que actúe como apoderado cuando no exista aquél o que la legislación lo denomine contrato de obra. Esa denominación es la de relación de servicio, caracterizada por valores que no cambian de legislación a legislación, como son la lealtad, la confianza y la honradez de las partes.-

La figura jurídica de la relación de servicios nació para sustituir los moldes contractuales que eran perjudiciales en alto grado a las masas de trabajadores y para que sustituyera, eliminándolos, a los contratos de adhesión y similares, pero creemos que es, tal y como ha sido definida, la figura más adecuada para enmarcar en ella la relación contractual entre el abogado y su cliente que es directa y personal.-

II.- Esta figura contractual, aunque no se conozca en muchas legislaciones, de hecho es la que ha regido la relación entre abogado y cliente en todos los tiempos.-

III.- La denominación de contrato innominado no debe aplicarse a la relación abogado cliente.-

IV.- Consideramos que al ciudadano que concurre a los tribunales a hacer valer sus derechos, le es más beneficioso que su representación y defensa las ejerza una sola persona, el abogado, porque tiene menos gastos, una relación más directa con su defensor y puede acelerarse el procedimiento a la vez que se evitan formalismos innecesarios como el "bastanteo" en el poder del Procurador. La práctica de los países que no tienen la institución del Procurador, demuestra que no es necesaria para la correcta aplicación de la ley por los tribunales y en consecuencia debe eliminarse.

V.- La profesión de abogado en la realidad social no es gratuita y el privilegio que le da la ley para cobrar sus honorarios al cliente moroso, se fundamenta tanto en las garantías que la legislación laboral otorga al salario del trabajador, como en el hecho de que han sido devengados mediante trabajo ante la autoridad judicial quien tramitará el cobro y tiene como prueba el expediente. De

be mantenerse como procedimiento privilegiado y sumarísimo porque es innecesario por el tipo de prueba con que se cuenta recurrir a un juicio más largo y complicado; debe mantenerse también porque es una garantía para la abogacía.

VI.- El contrato de cuota litis como por practicarse de hecho, debe admitirse y regularse debidamente en todas las legislaciones para dar así mayor protección a las personas que utilizan los servicios del abogado.-

VII.- La responsabilidad penal del abogado por el principio de " nulun crimen, nula pena sine previa lege" es fácil de determinar, pero no deben considerarse los delitos que cometa en el ejercicio de su profesión como delitos de prevaricato que son propios de funcionarios que administran justicia ya sea en lo judicial o administrativo y no es motivo para calificarlos como tales el que la función de la abogacía sea considerada como pública por el interés social que tiene. La definición de las conductas delictivas en que pueda incurrir deben de estar bajo el título de delitos contra la intimidad si se refieren a violación de secretos profesionales o definidos como patrocinio infiel si es que falta a los deberes que tienen para con su cliente.

VIII.- El secreto profesional es un derecho y un deber que tiene el abogado y si no es para su propia defensa, nunca puede revelarlo, ni siquiera cuando su cliente lo releva de la obligación.-

IX.- La responsabilidad civil del abogado es de carácter contractual salvo pocas excepciones como cuando actúa como gestor de negocios, en la forma que los establece el artículo segundo del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica.-

X.- Para que el abogado tenga responsabilidad civil tiene que haber incurrido en culpa grave o dolo a la hora de ejercer su profesión o encargo del cliente, incumpliendo así las obligaciones de medios y diligencia o comportamiento que son las que tiene que observar, pues no se puede pedir en la relación abogado cliente la obligación de resultado por el carácter incierto que tienen los juicios ante los tribunales.-

XI.- El daño que en la vía civil puede cobrar el cliente a su abogado, tiene que ser injusto, cierto y objetivamente determinado, ocasionado con culpa grave.-

XII.- La culpa del abogado se debe analizar tomando como patrón la figura abstracta del buen padre de familia

la que exigirá más o menos, de acuerdo con los conocimien
tos y especializaciones con que se presente el abogado co
mo profesional y debe ser en consecuencia, más exigente
para el especializado en determinada rama del derecho y
fue contratado para atender un asunto precisamente de e-
sa materia, que para el que no tiene ninguna especializaci
ón.-

XIII.- En Costa Rica debe hacerse una reforma a la Ley
para que los jueces al advertir una conducta culposa del
abogado y con mucho más razón dolosa, lo pongan en conoci
miento del Colegio de Abogados, el que hará el estudio
y la investigación del caso y determinará si es de mérito
una sanción administrativa o si el asunto debe pasar a co
nocimiento de los tribunales comunes. Esta reforma tiene
por objeto dar protección al cliente quien por temor a en
frentarse a su abogado o por ignorancia, no hace ningún
reclamo cuando se ve gravemente perjudicado por actuacio
nes indebidas del profesional que contrató; esto sucede
más en zonas rurales, retiradas de la capital donde alguos
hombres del campo no saben desenvolverse en estos me
dios. Además para cualquier persona es difícil encontrar
un profesional que le preste sus servicios para demandar
a un compañero del gremio. El espíritu de una reforma en

este sentido sería la protección de quienes recurren donde el abogado en busca de los servicios profesionales. En los casos de menor gravedad donde el perjuicio del cliente consiste en los gastos excesivos en que lo ha hecho incurrir su abogado, debe autorizarse al Juez civil para que condene al profesional al pago de esos gastos, como se hace en el proceso penal cuando un letrado abandona la defensa de su cliente sin tener motivo. Se aplicaría al abogado la misma sanción que puede imponer un tribunal al juzgador de instancia cuando por su culpa causa nulidad de un proceso, condenándolo a pagar las costas del juicio. Mientras no se tomen estas medidas seguiremos en frentándonos en Costa Rica al problema de que por irresponsabilidad de algunos abogados se dificulta la administración de justicia y cuando se otorguen al Juez estas facultades y éste haga uso de ellas correctamente, nos estaremos acercando cada vez más al concepto clásico de justicia, " dar a cada uno lo suyo" y el abogado ante disposiciones que determinen las conductas que le harán incurrir en responsabilidad civil podrá actuar con seguridad de no violar los deberes que le impone una profesión cuyo objeto es dar protección a los derechos del ciudadano.-

BIBLIOGRAFIA

Alvarez Abundancia. La Defensa Activa y Consultiva ante la Justicia de primer grado. Revista de Derecho Procesal. Alcalá Zamora y Castillo Comentarios al Sistema Procesal Civil de Carnelutti.-

Antón Oneca José. Derecho Penal.-

Bonet Ramón F. Código Civil Comentado. La Naturaleza Jurídica del Contrato de Mandato, y el carácter del contrato de Servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Revista de Derecho Privado.

Balbona José Rigo. El Secreto Profesional como Objeto de Protección Penal.-

Bonvicini F. La Responsabilidad Civil.-

Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.-

Brugil B. Instituciones de Derecho Civil.-

Bielsa Rafael. La Abogacía.

Chironi G. P. La Culpa en el Derecho Civil Moderno.-

Cammarota Antonio. Responsabilidad Extracontractual.-

Carrera Bascuñán. El Secreto Profesional del Abogado.-

Comellas Salmerón. Consideraciones sobre el Mandato Ad litem.-

Castan Tobeñas L. Derecho Civil Español.-

Calamandrei Piero. Elogio a los Jueces Escrito por un Abogado.-

Las Miserias del Proceso Penal Studi Sul Processo Civile. Carrara Fco. Programa de Derecho Penal.

Quello y Calon. Derecho Penal.

Sebastián Soler. Derecho Penal.

Carnelutti Instituciones del Proceso Civil. Traducción de Sentis Melendo.-

Código Civil de Colombia.

Código Civil de Brasil.-

Código Civil Italiano.-

Código de Obligaciones Suizo

Código Civil de Costa Rica.-

Código Civil Mejicano.-

Código Civil del Uruguay

Código Civil Español

Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica.-

Códice Procedura Civile Italiano.-

Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.-

Código de Trabajo de Costa Rica.-

Código Penal de Chile.-

Código Penal de Costa Rica.-

Diez Picazo Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Instituciones de Derecho Civil.-

Diccionario de la Real Academia de la Lengua 1974.-

Escriche Joaquín. Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia.-

Ennecerus Kipp y Wolf. Tratado de las Obligaciones.-

Estatuto General de la Abogacía de España.-

Estatuto General de la Abogacía de Bolivia.-

Fuero del Trabajo de España.-

Fernández Serrano. La Abogacía en España y en el Mundo.

Grazón y Marín José. Lecciones de Derecho Civil.-

Guasp. J. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.-

El Nuevo Estatuto General de la Abogacía. Rev. Der. Proc.

Garriguez. Del Viejo Derecho Mercantil al Nuevo Derecho de Trabajo.-

Geigel (Reinhart und Robert)

Der Haftpflichtprozess, mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts (El proceso de responsabilidad, con inclusión del derecho material sobre la misma. 14ª ed., Munich 1969.

González Deleito Nicolas. La Abogacía en la Ley Orgánica. Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Gómez Orbaneja y Herce Quemada. Derecho Procesal Civil.

González Pérez Jesús. Derecho Procesal Administrativo.-

HÜbert Gallo. Manual a la Introducción de las Ciencias Jurídicas y Sociales.-

Hernández Gil. A. El Abogado y el Razonamiento Jurídico.

Herce Quemada. La Nueva Justicia Municipal. Rev. Der. Proc.

Llenel Otto. El Mandato Retribuído.-

Laurent Principes du Droit Civil Française.-

Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica.-

Leoni. G. Tratado de Derecho Procesal Penal.-

Ley de Enjuiciamiento Civil Española.-

Labatut Gustavo. Derecho Penal.-

Lavandera Víctor. Foro Español.

López Rey. Justicia Poder Civil.

Legaz Lacambra L. Principios Generales del Derecho Nacional Sindicalista del Trabajo. Rev. de Organización y Acción Sindical 1939.-

Manresa Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.-

Mazeau. Lecciones de Derecho Procesal Civil.-

Mazeau et Tunc. Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil.-

Montes Olavarrieta Leonidas. De la Prevaricación de Abogados y Procuradores.-

Montel Alberto. Los Problemas de la Responsabilidad y el daño.-

Mercader Amilcar. Deber del Abogado.-

Melon Infante Carlos. Traducción al Código Civil Alemán.

Manzini. Tratado de Procedura Penale.-

Muñoz Miguel. Julian. Discurso en pro de la eliminación del Procurador. Actas del Congreso de Diputados del 4 de febrero de 1915.-

Ossorio y Gallardo. A. El Alma de la Toga.-

Oliva Santos Andrés. Hacia el Desbarajuste Procesal. Rev. Der. Proc.

- Puig Brutau José. Fundamentos de Derecho Civil.
- Prieto Castro Leonardo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Manuales Universitarios.- Discurso leído el día 27 de octubre de 1975 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación contestando al Doctor Bonet Ramón su discurso " Perspectivas de la Responsabilidad Civil. Estudio de Derecho Comparado.
- Pastor López Miguel. El Proceso Penal Inglés.-
- De La Plaza Manuel. Derecho Procesal Civil.
- Pérez Paton. Derecho Social y Legislación de Trabajo.
- Polo Antonio. Antes del Fuero de Trabajo. Del Contrato a la Relación de Servicios. Rev. Der. Priv.-
- Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas. Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil.-
- Pothier. Traité du Contrat du Mandat.
- Keller. Haftpflicht im Privatrecht.
- Redenti E. Derecho Procesal Civil.-
- Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.-
- Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica. Enero 1972.
- Rugiero. Instituciones del Derecho Civil.-
- Santos Briz J. La Responsabilidad Civil.
- Siles Salinas. Estatuto Jurídico de la Defensa Formal.
- Sentis Melendo. Teoría y Práctica del Proceso (Cuota Litis)

Sussekind Arnoldo. El Contrato de Empleo del Trabajador Intelectual.-

Seibert. Das Arbeiterverhältnis an der Ordnung des Nationalen Erbes. Hamburgo 1935.-

The Union Of. Finish Lawyers. Law And Lawyers in Finland.

Traviesas. Contrato de Arrendamiento (Obras y Servicios)

Tropolong Du Mandat.-

Visintini. La Responsabilità Civile nella Giurisprudenza.-

Viñas R. O. Etica de la Abogacía y la Procuración.-

Wussow. Das Unfallhaftpflichtrecht.-

Orden Cronológico de Sentencias del T. S. Citadas.

19 de febrero de 1892
2 de febrero de 1905
12 de julio de 1905
14 de junio de 1907
8 de octubre de 1907
27 de diciembre de 1915
30 de octubre de 1922
22 de enero de 1930
17 de octubre de 1932
14 de febrero de 1934
12 de febrero de 1935
25 de febrero de 1935
7 de noviembre de 1947
4 de febrero de 1950
2 de junio de 1958
2 de enero de 1961
23 de octubre de 1961
2 de julio de 1965
13 de octubre de 1965
31 de enero de 1970
21 de noviembre de 1970
31 de enero de 1972
9 de octubre de 1972