

EL NUEVO CONTRATO DE CUOTA LITIS ¹

Lic. Federico Torrealba Navas ²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los diversos modelos de servicios legales: a) Contrato sinagmático-conmutativo (arancel). b) Contrato asociativo-aleatorio (cuota litis). c) Contratos mixtos. 3. Aspectos novedosos del artículo 76.5 del CPC de 2015: a) Extensión del contrato a la fase de ejecución de sentencia. b) Redefinición del concepto de éxito; c) Libertad contractual en la atribución de gastos y pérdidas. d) Regulación de la renuncia sin justa causa. e) Subsistencia del derecho del profesional en las hipótesis de terminación anticipada por imposibilidad sobreviniente o decisión unilateral del cliente. f) Liquidación diferida hasta la verificación de la condición suspensiva. g) Regulación fragmentaria de la contratación plural. h) Consagración del contrato mixto. i) Inembargabilidad de la parte del abogado. j) Limitaciones a la libertad de disposición. 4. Protección del derecho del profesional mediante una garantía mobiliaria convencional. 5. Anexo: Modelo de contrato de garantía mobiliaria en un contrato de cuota litis.

1. Introducción

El *Código Procesal Civil* de 2015 promulgado por la Asamblea Legislativa el 1 de diciembre del 2015 presenta algunas novedades en la disciplina típica del contrato de *cuota litis*. El texto finalmente sancionado del artículo 76.5 incorpora, integralmente, las modificaciones al *Proyecto de CPC* sugeridas por la Comisión de Asuntos Civiles y Mercantiles del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, bajo la presidencia del Dr. Álvaro Hernández Aguilar. El numeral 76.5 del *Proyecto de CPC* ya exhibía algunos cambios en relación con la regulación del artículo 238 del *Código Procesal Civil* de 1989. La Comisión del Colegio elaboró una propuesta de texto alternativo, con miras a armonizar equitativamente los intereses de todas las partes que intervienen en este modelo contractual. Correspondió a don Fernando Montero Piña exponer, ante los legisladores, las propuestas emanadas del Colegio.

¹ Conferencia presentada el día 3 de febrero de 2016, en el marco del Simposio Internacional: Nuevo Código Procesal Civil, Implementación, Retos y Cambio de Paradigma en el Litigio, llevado a cabo en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. +

² Miembro de la Comisión Civil y Mercantil del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Profesor de la Cátedra de Derecho de la Contratación Privada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

2. **Los diversos modelos de contratación de servicios legales**

El contrato de servicios profesionales en la abogacía puede estructurarse bajo diversos esquemas.

a) **Contrato sinalagmático-conmutativo**

En un extremo del espectro, el contrato de servicios profesionales se plantea como un contrato **sinalagmático conmutativo**. En los contratos sinalagmáticos las partes tienen intereses y riesgos contrapuestos. En el plano económico, se plantea una relación de **intercambio** de prestaciones correlativas. El profesional presta sus servicios; el cliente paga una retribución. Ambas prestaciones se encuentran, *a priori*, debidamente determinadas (como es propio de los contratos conmutativos): El abogado tiene a su cargo un conjunto de obligaciones, de hacer *–por ejemplo*, emitir una opinión, redactar un contrato, dirigir un proceso judicial, etc.; y de no hacer *–v.gr.*, guardar confidencialidad, abstenerse de incurrir en conflictos de interés, etc. Algunas de esas obligaciones son de resultado *––ej.*, presentar la demanda, interponer en tiempo los recursos, entregar el informe escrito*––*. Otras, en cambio, son de medios *–p.ej.*, defender la causa del cliente diligentemente, conforme a su leal saber y entender. El cliente, por su parte, tiene a su cargo, la obligación fundamental de dar *–pagar el honorario convenido–*, así como otro tipo de obligaciones de hacer *–cooperar con el abogado, v.gr.*, suministrando la información requerida- y de no hacer *–p.ej.*, no infringir los derechos de propiedad intelectual del profesional.

Bajo el esquema sinalagmático conmutativo, el contrato de servicios legales puede revestir las características de una locación de obra *–en cuanto a la entrega de un producto intelectual o material–*; de un arrendamiento de servicios *–en cuanto a la prestación de un trabajo independiente;* o de un mandato, en cuanto a la concertación de actos jurídicos por cuenta del cliente, respecto de terceros. A menudo los tres modelos se combinan para dar vida a un esquema comercial híbrido.

El *Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado* (Decreto 39078 JP) establece los pisos mínimos de la retribución de servicios profesionales de abogacía. La tarifa general del artículo 16 se recorta bajo el esquema sinalagmático-conmutativo. Es de observar que, bajo la tarifa arancelaria general, en el contrato de servicios para la dirección de procesos judiciales y administrativos, el **riesgo de pérdida** pesa, fundamentalmente, sobre el cliente. En otras palabras: El abogado tiene derecho a la retribución de su servicio, independientemente de si el cliente gana o pierde el juicio. Tal modelo de distribución de riesgos se modifica bajo el esquema opuesto, que analizaremos enseguida, donde el abogado devenga honorarios si *–y sólo si–* se obtiene un resultado favorable.

b) **Contrato asociativo-aleatorio (cuota litis)**

En el extremo opuesto del espectro, la convención de servicios profesionales se conforma como un **contrato asociativo aleatorio**. En los **contratos asociativos**, se produce una relación económica de **cooperación** y las partes comparten **riesgos e intereses comunes**. Son contratos asociativos: El contrato de sociedad

anónima, el contrato de sociedad de hecho³, las cuentas en participación⁴, el mandato de interés común, la *joint venture*, el consorcio⁵, y, precisamente, la *cuota litis*. Los contratos asociativos se caracterizan por la conjunción de **tres elementos**: a) El aporte de cada contratante; b) El riesgo compartido; c) La intención de participar en la distribución de utilidades.

En el **contrato aleatorio**, la prestación a cargo de una de las partes depende de un evento que, al momento de la formación, se avizora como incierto, es decir, de un azar. El contrato aleatorio no puede ser anulado por **lesión** (desequilibrio originario de las contraprestaciones). Tampoco cabe, en los contratos aleatorios, la corrección judicial de la excesiva onerosidad sobreviniente. A la luz del principio de no revisión del contrato aleatorio, no puede aducirse, ni por el acreedor ni por el deudor de la prestación aleatoria, un desequilibrio originario o sobreviniente de las contraprestaciones. Por *ejemplo*: En un contrato de seguros –que es el arquetipo de los contratos aleatorios lícitos– una vez acaecido el siniestro el asegurador no puede protestar por tener que indemnizar al asegurado por sumas cuantitativamente muy superiores a la prima recibida. Correlativamente, tampoco el asegurado, en caso de que expire el plazo de la póliza sin haber acaecido ningún siniestro, puede rebelarse contra la *aparente* desproporción entre la prima pagada y la contraprestación recibida (en realidad el asegurador pagó su obligación al haber mantenido la cobertura del riesgo asegurado, durante la vigencia del contrato).

El contrato de *cuota litis* –en su concepción pura– reúne los atributos tanto de un contrato **asociativo**, como de un **contrato aleatorio**. Es asociativo por las siguientes razones: En primer lugar, cada contratante realiza un aporte con miras a distribuirse las futuras utilidades o beneficios: el cliente aporta su derecho disputado, el abogado su trabajo y esfuerzo. También se produce un aporte en cuanto a gastos del proceso. En segundo término, ambas partes comparten un riesgo y, por ello, se encuentran en posición económica de cooperación. Si el proceso se gana, ambos ganan, en las proporciones convenidas. Si el proceso se pierde, ambos pierden: el cliente su derecho, el abogado, el tiempo invertido (el tiempo es el principal activo del abogado); ambas partes, los gastos incurridos, que se convierten en costos hundidos (ej., costos de peritajes, salarios de asistentes, gastos misceláneos).

El contrato de *cuota litis* es un contrato aleatorio en la medida en que las prestaciones a cargo de las partes dependen de un hecho futuro e incierto –en una palabra, de un álea–, *v.gr.*: la obtención de una sentencia favorable, la realización de un acuerdo conciliatorio, la recuperación efectiva de una indemnización, el restablecimiento de una situación jurídica, etc. El **principio de no revisión del contrato aleatorio** se aplica con rigor al contrato de *cuota litis*: Si el proceso se pierde, el abogado no puede pretender que el cliente le retribuya todo el tiempo y esfuerzo perdidos. Si la causa se gana y el objetivo se alcanza, el cliente no puede cuestionar la suma devengada

3 V. el art. 23 del Código de Comercio.

4 V. el art. 663 del Código de Comercio.

5 V. los artículos 41 del Reglamento General de la Contratación Administrativa y 27 de la Ley 7762 de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

por el abogado. En los contratos aleatorios ambas partes participan en un azar, sin que ninguna de ellas pueda, *ex post*, una vez desaparecida la incertidumbre, pretender una revisión del acuerdo originario.

El contrato de *cuota litis* ha sido, tradicionalmente, un **contrato típico**, es decir, reconocido y regulado legalmente⁶. El reconocimiento legal y reglamentario de la *cuota litis*, evidencia el siguiente principio: Es factible que el abogado cobre **más** (la ley fija como tope máximo el 50%) o **menos** que (si el proceso fracasa el honorario se reduce a 0%) de lo establecido en la tarifa general del *Arancel*, siempre y cuando se produzca un **traslado del riesgo** de pérdida, del cliente al abogado. El CPC de 1989 exige, además, un **traslado de costos** de tramitación del proceso: el abogado ha de asumir “...*obligaciones de gastos, garantía de costas o pago de éstas, o participación en los resultados adversos del proceso*”⁷.

Conviene analizar los términos de la conciliación de intereses que entraña el contrato de *cuota litis*: Desde el ángulo visual del cliente, la suscripción de un contrato de *cuota litis* constituye, a menudo, el único medio –o, en su caso, el medio económicamente más razonable– para hacer valer un derecho disputado. En la práctica forense los clientes que suscriben contratos de *cuota litis* no son, únicamente, las personas de bajos recursos económicos, sino también sujetos superavitarios

que, en su análisis costo-beneficio, se inclinan por la modalidad asociativa. En uno y otro caso, uno de los mayores incentivos para el cliente es saber que el abogado está *de su lado* –como ocurre en el contrato asociativo–, y que hará su mejor esfuerzo para que el proceso culmine exitosamente, no sólo para lograr el premio pactado, sino para evitar la pérdida representada por los costos hundidos y el tiempo perdido.

Desde el punto de vista del profesional en Derecho, la *cuota litis* le ofrece la esperanza y la promesa de alcanzar un mejoramiento en su situación económica. El profesional está dispuesto a postergar la gratificación, con miras a generar un beneficio futuro que le permita, eventualmente, saldar deudas, ahorrar, generar un fondo de retiro, etc. Como contrapartida, el contrato de *cuota litis* le implica, al abogado, un sacrificio del tiempo que podría estar dedicando a labores remuneradas conmutativamente, que le permitan afrontar sus obligaciones actuales y sufragar los costos de operación de su oficina profesional.

Lo cierto es que el contrato de *cuota litis* permite satisfacer necesidades y aspiraciones de ambas partes del contrato. Sin embargo, en buena parte de los casos, el contrato de *cuota litis puro* no resulta viable, por diversas razones. El abogado no siempre está en posibilidades o disposición de asumir la totalidad del riesgo de pérdida del proceso, ni de financiar –con el aporte de su único

6 Actualmente se encuentran disposiciones sobre la *cuota litis* en los siguientes cuerpos normativos: Artículo 238 del Código Procesal Civil. Artículos 48 y 52 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho (aprobado en la Sesión 50-2004 del 25 de noviembre de 2004, publicado en La Gaceta número 242 del 10 de diciembre de 2004); y artículo 6 del Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado (Decreto Ejecutivo 39078-JP de 25 de mayo de 2015).

7 Artículo 238 del CPC (1989). Cabe hacer notar que la ley no exige que el abogado asuma la totalidad de los gastos, como parece haberlo inferido alguna línea jurisprudencial y se indicaba en el Proyecto del nuevo CPC.

recurso productivo (el tiempo) —a un cliente con solvencia económica. Esto ha llevado a que, en la práctica, una buena parte de los contratos de servicios profesionales se estructure bajo un modelo mixto, en parte conmutativo y en parte asociativo. Es aquí, en un punto intermedio entre los dos modelos arriba expuestos, donde los intereses y la voluntad común de ambas partes encuentran su **punto de equilibrio**, el *in idem placitum*.

c) **Los contratos mixtos**

En el amplio espacio comprendido entre los dos modelos arriba estudiados, se sitúan otros modelos de contratación de servicios legales, caracterizados por una repartición moderada del riesgo de pérdida y de los beneficios del resultado exitoso.

Los esquemas mixtos se aplican a los servicios legales caracterizados por la presencia de un **álea**, especialmente **litigios** judiciales, administrativos y arbitrales. No se aplican, en cambio, a labores ciertas y determinadas, como redacción de contratos y rendición de opiniones e informes.

En el modelo mixto, el abogado devenga un honorario fijo y un honorario de éxito (también denominado honorario contingente, honorario de resultado o premio). El honorario fijo se devenga, independientemente de cuál sea el resultado del proyecto.

3. **Aspectos novedosos del artículo 76.5 del CPC de 2015**

El artículo 76.5 del nuevo CPC preceptúa: **“76.5. Convenio de cuota litis.** Es lícito el convenio de cuota litis entre el abogado

y su cliente, siempre que no exceda del cincuenta por ciento (50%) de lo que, por todo concepto, se obtenga en el proceso respectivo, porcentaje que comprenderá hasta el proceso de ejecución de sentencia, de cualquier naturaleza que éste sea, en el caso en que el profesional supedita el cobro de sus emolumentos al triunfo de la demanda u otro resultado favorable que las partes determinen. El convenio deberá constar por escrito y disponer el modo cómo se han de repartir o asumir los gastos, garantías o los resultados adversos del proceso. Será nula cualquier estipulación que conceda mayores beneficios a favor del abogado aún por intermedio de terceros y la cesión que se haga con la finalidad de permitir el ejercicio ilegal de la profesión de abogado.

No podrá cobrar suma alguna el abogado que renuncia sin justa causa. Si la separación se diere por imposibilidad legal o material, o por decisión unilateral del cliente, antes de que el proceso concluya, el abogado o sus causahabientes tendrán derecho a una retribución proporcional a la contribución del profesional en la obtención del resultado favorable que, en definitiva, se alcanzare. Dicho honorario se liquidará una vez concluido el proceso o definida la situación jurídica de la cual dependía el honorario de éxito. Cuando se suscriba con varios abogados se establecerán las obligaciones de cada uno, el porcentaje estipulado se distribuirá proporcionalmente entre ellos o conforme a lo pactado y la separación de uno de los abogados no implica terminación del contrato, salvo disposición en contrario.

También es lícito el contrato mixto, en el que la retribución del abogado se componga, en parte, de un honorario fijo no ligado al resultado y, en parte, a la obtención de los

resultados favorables definidos en el contrato. Este acuerdo se regirá por el principio de libertad contractual, y quedará sujeto a los controles de equidad del Derecho común.

No podrán ser embargados por deudas del cliente la parte de los honorarios que corresponde al abogado.

El cliente no podrá transigir ni renunciar la parte de los honorarios que corresponde al abogado.”

Examinemos los aspectos novedosos de esta disposición:

a) Extensión del contrato a la fase de ejecución de sentencia

“...porcentaje que comprenderá hasta el proceso de ejecución de sentencia...”

Bajo el texto del CPC de 1989, surgían, salvo pacto expreso, las siguientes dudas: 1. Si el profesional que había dirigido el proceso declarativo al amparo de un contrato de *cuota litis* tenía, también, la obligación de dirigir el proceso de ejecución de sentencia, como parte del mismo contrato; o si, por el contrario, la ejecución de sentencia generaba nuevos honorarios a su favor; los que, a falta de convenio, habrían de calcularse conforme a la tarifa arancelaria conmutativa. 2. Si el cliente podía considerarse libre para designar a otro profesional, para que dirigiera la fase de ejecución de sentencia. 3. Si el profesional sustituto que asumía la dirección de la ejecución de sentencia, incurría en una interferencia nociva del contrato entre el cliente y el profesional que dirigió el proceso

declarativo; quien, en virtud de un contrato de *cuota litis*, era acreedor de un honorario aún por liquidar.

Al establecer, el nuevo CPC, que el contrato de *cuota litis* se extiende a la fase de ejecución de sentencia, queda claro: 1. Que el profesional que dirigió el proceso principal bajo un contrato de *cuota litis*, debe también dirigir la fase de ejecución. 2. Que, salvo pacto en contrario, el profesional no tiene derecho a cobrar emolumentos adicionales por la dirección de la ejecución de sentencia. 3. Que, si bien el cliente puede designar un nuevo profesional para que dirija la ejecución de sentencia, esta nueva contratación no puede obrar en demérito de los derechos devengados por el profesional que llevó el juicio declarativo⁸. 4. Que, por consiguiente, el abogado que asuma la ejecución de sentencia debe agotar el procedimiento usual de sustitución del profesional director⁹.

b) Redefinición del concepto de éxito

“...supedite el cobro de sus emolumentos al triunfo de la demanda u otro resultado favorable que las partes determinen...”

El CPC de 1989 preceptúa que el contrato de *cuota litis* es lícito en el caso de que “supedite el cobro de sus emolumentos al triunfo de la demanda”. La frase “u otro resultado favorable que las partes determinen” hace, del contrato de *cuota litis*, un instrumento mucho más dúctil.

En realidad, el concepto de **resultado favorable** es mucho más amplio que el “... triunfo de la demanda”. El éxito puede consistir,

⁸ Según veremos *infra*, el párrafo segundo regula la tutela de ese derecho, en caso de que el cliente decidiera dar por terminado unilateralmente el contrato de *cuota litis*.

⁹ Ver el art. 67 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho.

no sólo, o no tanto, en obtener una sentencia victoriosa, sino en la efectiva percepción de los beneficios económicos de ésta. Existe una diferencia significativa entre obtener una sentencia firme a favor y recibir el beneficio de dicha sentencia, una vez cumplida por la contraparte o ejecutada coercitivamente. Una considerable cantidad de sentencias favorables no se llega a traducir en un pago efectivo, es decir, se convierten en créditos incobrables. Por ello, es frecuente que los clientes pidan condicionar el honorario de éxito, no al *“triunfo de la demanda”*, sino a la realización de una atribución patrimonial efectiva. Por otra parte, la norma de 1989 no toma en cuenta que, a menudo, se liga el honorario de éxito a la obtención de pronto alivio, por medio de medidas cautelares. La norma del CPC de 1989 peca de estrechez, al contemplar, únicamente, el contrato de *cuota litis* entre el actor del proceso y su abogado(a). En la práctica, es frecuente el contrato de honorarios de éxito entre *el demandado* y su abogado. En tales casos, el éxito se define por la obtención de victorias transitorias (*v.gr.*, el rechazo o el levantamiento de medidas cautelares) o de triunfos definitivos: La sentencia total o parcialmente denegatoria. Es de observar cómo, en buena parte de los casos, los contratos de *cuota litis* o mixtos, a menudo ligan el honorario de éxito a la concertación de un acuerdo conciliatorio o transaccional y, fundamentalmente, a la percepción efectiva de beneficios o ventajas tangibles, a raíz de la concertación del acuerdo preclusivo.

En suma, la condición suspensiva que define el éxito, en el nuevo CPC, no nece-

sariamente ha de ser el *“triunfo de la demanda”*. Bien puede ser el *“rechazo de la demanda”*, o *“la absolutoria del cliente”*, si es que el profesional asume la labor defensiva. También podría ser la obtención de una medida cautelar, el perfeccionamiento de un acuerdo conciliatorio, la efectiva obtención de un resultado económico, etc. El concepto de éxito lo definen las partes. Lo que queda claro es que ha de ser un *“resultado favorable”*, cuya conceptualización se libra a la autonomía de la voluntad. El posible objeto de la cuota *litis* se ha expandido: Ya no sólo es la participación del profesional en los frutos, productos o incrementos patrimoniales obtenidos a través del proceso, sino que bien puede ser un crédito condicional.

c) Libertad contractual en la atribución de gastos y pérdidas

“...y disponer el modo cómo se han de repartir o asumir los gastos, garantías o los resultados adversos del proceso.”

El CPC de 1989 requiere, del profesional en Derecho, no sólo su aporte en industria al contrato asociativo, sino, además un aporte en especie o en dinero, o que comparta los posibles resultados económicos negativos del proceso (como la condenatoria en costas). En efecto, el artículo 238 del CPC-1989 exige, como condición de validez del contrato, que el abogado(a) *“...asuma obligaciones de gastos, garantía de costas o pago de éstas, o participación en los resultados adversos del proceso”*. El *Proyecto de CPC* iba aún más lejos, al condicionar la validez del contrato a que el abogado asumiera *la totalidad* de los gastos, garantías o resultados adversos del proceso¹⁰. El *Proyecto* daba por sentado

¹⁰ El Proyecto condicionaba la validez del contrato de cuota litis a que el profesional asumiera *“...los gastos, garantías o los resultados adversos del proceso”*.

que el contrato de *cuota litis* es, siempre, un contrato asimétrico. La Comisión de Asuntos Civiles y Mercantiles del Colegio observó que no siempre el cliente es la parte *débil* del contrato de *cuota litis*. A menudo el cliente es un sujeto muy solvente –v.gr., empresas mercantiles–, que perfectamente puede asumir o compartir tales gastos. Se consideró que lo concerniente a la distribución de los gastos del proceso y de la *pars damni*¹¹ debería quedar sujeto a la libertad contractual, con los respectivos controles provenientes del Derecho común (ej., prohibición del abuso). En este ámbito se ha producido un rebrote del principio de autonomía de la voluntad. No sería, en nuestra opinión, ilícito el contrato en que se convenga que el aporte del abogado se limite a dirigir el proceso y a asumir, por su cuenta, los costos directos e indirectos que implica la gestión logística y administrativa del proceso judicial, como, por ejemplo, los costos de transporte, personal asistencial, mantenimiento y monitoreo de medios para recibir notificaciones, etc. Este tipo de costos normalmente los asume el abogado, y son adicionales a su prestación intelectual propiamente dicha.

Finalmente, el nuevo texto normativo abre la posibilidad de que sea un tercero quien financie los costos del proceso, como es usual en otros países¹².

d) Regulación de la renuncia sin justa causa

“No podrá cobrar suma alguna el abogado que renuncia sin justa causa.”

La primera frase del segundo párrafo disciplina un supuesto no visualizado por el artículo 238 del CPC-1989: la resiliación del contrato por decisión unilateral del profesional. La norma no prejuzga sobre la posible responsabilidad civil del profesional, pero sí establece una consecuencia económica: la pérdida del derecho a la retribución. *A priori*, esta solución parecería muy drástica. Sin embargo, si se analiza, en clave de causa, cuál es la expectativa legítima de cliente, se comprende que éste acepta compartir los futuros resultados del ejercicio de su derecho a cambio de contar con un aliado comprometido, dispuesto a llegar hasta el final –salvo eventos fuera de su control–. Uno de los mayores problemas prácticos de la renuncia-a-medio-camino es que a menudo resulta muy difícil, para el cliente, hallar una operación contractual de reemplazo, es decir, otro profesional que esté dispuesto a continuar con un caso que otro inició. Podría ocurrir que, en el curso del proceso, el profesional no quiera perseverar, o que pierda el interés al aparecer oportunidades de negocios más atractivas, etc. El único modo de garantizar un incentivo a la continuidad es la radical eliminación del

11 Las fuentes romanas recogen un antiguo debate relativo a disparidad de la *pars lucri* y la *pars damni* para el mismo socio. Mientras Q. Mucio consideraba contra naturam societatis el hecho de que se asignara a un socio una cuota menor de las pérdidas que la que le correspondía de las ganancias, Servio Sulpicio defendía la tesis contrapuesta, considerando viable la eximición total o parcial a un socio en las pérdidas (*pars damni*). Había consenso en cuanto al rechazo rotundo de la hipótesis inversa: que un socio participara únicamente de las pérdidas y no de las ganancias. Cassio calificaba dicho acuerdo como una *societas leonina*. TALAMANCA, Mario: *Società (dir. rom.)*, en: *Enciclopedia del Diritto*, XLIII Giuffrè Editore, Varese, 1990, pp. 814-857

12 Ver la tesis de Roberto CASTILLO PACHECO: “Third Party Litigation Funding”. *El Contrato de Financiamiento de Litigio en Costa Rica como herramienta para facilitar el acceso a la justicia en conflictos originados en contratos civiles o comerciales con cláusulas arbitrales institucionales vinculantes. Un análisis real-objetivo de la aplicabilidad de este instrumento contractual en nuestro medio. Tesis, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2015.*

beneficio. De ese modo, no solo el profesional no gana, sino que debe absorber la pérdida de los recursos invertidos. Conviene insistir en que nada en esta norma prejuzga sobre la responsabilidad civil contractual.

e) Subsistencia del derecho del profesional en las hipótesis de terminación anticipada por imposibilidad sobreviniente o decisión unilateral del cliente

“Si la separación se diere por imposibilidad legal o material, o por decisión unilateral del cliente, el abogado o sus causahabientes tendrán derecho a una retribución proporcional a la contribución del profesional en la obtención del resultado favorable que, en definitiva, se alcanzare.”¹³

El hecho que le produce eficacia innovativa constitutiva al derecho del profesional es la formación del contrato de *cuota litis*. Ese derecho nace desde la concertación del contrato, pero queda sujeto a una situación de dependencia de eficacia, consistente la realización de la condición suspensiva de obtención del resultado favorable definido por las partes en el contrato. Si la separación del director del proceso se produce antes de la verificación de la condición suspensiva,

sin que medie culpa ni renuncia de su parte, no por ello se extingue el derecho del abogado o abogada. Ese derecho pervive a la separación del profesional de la dirección de proceso, ligado a la condición suspensiva original.

La norma se refiere a dos hipótesis de terminación anticipada sin culpa ni renuncia del profesional. Una es la imposibilidad sobreviniente. Por ejemplo, las hipótesis de muerte, enfermedad incapacitante, interdicción legal, etc. En caso de fallecimiento, el derecho del profesional pasa a sus herederos por los conductos normales de sucesión legítima o testamentaria. La segunda hipótesis es la terminación anticipada por decisión unilateral del cliente. La norma reconoce que el cliente tiene derecho a revocar el mandato *ad nutum*, en armonía con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1278 del *Código Civil*. El mandato es, a fin de cuentas, un asunto de confianza. Sin embargo, por tratarse de un mandato de interés común¹⁴, el ejercicio del derecho de rescisión por parte del cliente no puede obrar en detrimento del derecho del profesional a recibir una retribución acorde con su contribución a la obtención del resultado favorable. El derecho subsiste, sujeto a la condición suspensiva, a la espera del desenlace de la historia.

13 El Proyecto de CPC indicaba: “Si la separación se diere por imposibilidad legal o material, antes de que el proceso concluya, tendrá derecho a los honorarios que le hubieren correspondido si no existiera el contrato de cuota litis”. La Comisión del Colegio consideró que esta regla podía ser injusta tanto para el cliente, como para el abogado, pues se modificaba el sistema acordado de distribución de riesgos y asignación de ganancias, y se variaba la naturaleza aleatoria del contrato.

14 Explica BÉNAVENT que la noción de mandato de interés común fue desarrollada por la jurisprudencia desde finales del SXIX, para equilibrar la facultad de revocación del mandante. La idea clave es que si el mandato no solamente sirve a los intereses del mandante, sino también a los del mandatario, su revocación por el mandante puede irrogarle perjuicios al mandatario, que deben ser indemnizados. Es un raro caso de responsabilidad civil contractual donde el factor de atribución no es el incumplimiento de una obligación, sino el ejercicio no necesariamente abusivo-- de la potestad legal de revocación. BÉNAVENT, Alain: *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*. 6^e édition. LGDJ Montchrestien, París, 2004, p. 447.

Corresponde al adjudicador, a falta de acuerdo entre partes, valorar la contribución del letrado a la obtención del resultado favorable. No se trata, naturalmente, de una cuestión cuantitativa. Podría ocurrir, por ejemplo, que el juez considerare crucial el escrito de demanda –donde suelen condensarse la estrategia, el sentido jurídico y el a veces pesado trabajo preparatorio –, aun cuando el profesional no hubiere participado en todas las etapas del proceso.

f) Liquidación diferida hasta la verificación de la condición suspensiva

“Dicho honorario se liquidará una vez concluido el proceso o definida la situación jurídica de la cual dependía el honorario de éxito.”

En las hipótesis de separación anticipada sin culpa o renuncia del abogado, el derecho del profesional permanece ligado a la condición suspensiva original. Una vez verificado el acaecimiento de la condición suspensiva, es decir, una vez alcanzado el resultado favorable visualizado en el contrato, se procede a la liquidación del derecho del profesional. Nada impediría que el profesional gestione judicialmente el reconocimiento de su derecho. Sin embargo, la liquidación definitiva deberá esperar a la disipación del álea.

g) Regulación fragmentaria de la contratación plural

“Cuando se suscriba con varios abogados se establecerán las obligaciones de cada uno, el porcentaje estipulado se distribuirá

proporcionalmente entre ellos o conforme a lo pactado y la separación de uno de los abogados no implica terminación del contrato, salvo disposición en contrario.”

La norma en estudio regula *parcialmente* la contratación con pluralidad de partes. Se aborda la hipótesis de contratación de varios profesionales para atender un mismo proceso. No se regula la hipótesis de pluralidad de contratantes. Esta última hipótesis queda regida por el Derecho común, donde radica el persistente dilema entre lo civil y lo mercantil. Si el contrato se considera civil, se presume la mancomunidad¹⁵. Si es mercantil, la solidaridad¹⁶.

En materia de pluralidad de profesionales, prevalece, en primer término, el principio de autonomía de la voluntad. Las partes pueden, libremente, acordar las prestaciones a cargo de cada profesional, los términos de la distribución y la necesaria actuación conjunta. A falta de estipulaciones a contrario, gobiernan las siguientes reglas dispositivas.

La norma adopta un principio de distribución proporcional. Sin embargo, no aclara, en proporción a *qué*: No se sabe si *cantidad* de trabajo, o *calidad* de trabajo, a *tiempo* de dirección. Debemos inferir que la norma es intencionalmente dúctil, a fin que el adjudicador tenga un amplio margen de discrecionalidad. Salvo que se pacte lo contrario, la prestación profesional no se considera indivisible. Por consiguiente, la separación de uno de los profesionales no implica la extinción del contrato. La norma se refiere, sin embargo, a la hipótesis de contratación plural, no a la de subcontratación.

¹⁵ Art. 638 del Código Civil.

¹⁶ Art. 432 del Código de Comercio.

Si el contrato principal se extingue la misma suerte corre el subcontrato. Ahora bien, cabe observar que no siempre la sustitución del mandato implica una subcontratación. El consentimiento del cliente en la sustitución puede tener efectos novativos en el plano subjetivo. Un contrato individual puede, por esta vía, transformarse en un contrato plural.

h) Consagración del contrato mixto

“También es lícito el contrato mixto, en el que la retribución del abogado se componga, en parte, de un honorario fijo no ligado al resultado y, en parte, a la obtención de los resultados favorables definidos en el contrato. Este acuerdo se regirá por el principio de libertad contractual, y quedará sujeto a los controles de equidad del Derecho común.”

Una de las principales innovaciones introducidas por el artículo 76.5 del CPC de 2015 es el reconocimiento del contrato mixto, donde la retribución del profesional se desdobra en dos componentes agregativos: 1. Un honorario fijo; y 2. Un honorario contingente, suspensivamente condicionado a la obtención de un resultado favorable (el llamado *“success fee”*). El objeto del contrato mixto es más amplio que la *cuota litis*. La *cuota litis* tradicional se refiere a la participación, a título de propiedad, en los frutos y productos del litigio. En cambio, el honorario contingente puede ser, tanto un derecho crédito como un derecho de copropiedad.

El contrato mixto se rige por el principio de libertad contractual y sus limitaciones de derecho común: Por ejemplo, causa justa, control judicial sobre el abuso del derecho,

proscripción de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, etc.

i) Inembargabilidad de la parte del abogado(a)

“No podrán ser embargados por deudas del cliente la parte de los honorarios que corresponde al abogado.”

El párrafo cuarto estatuye un privilegio legal especial a favor del abogado. La norma pretende evitar que se frustre el derecho del profesional en caso de sobrevenir un embargo sobre los derechos litigiosos del cliente. La parte que, conforme a lo pactado, corresponda al profesional, es inembargable por deudas del cliente. Esta norma confiere al profesional un privilegio sustantivo, a diferencia del incidente privilegiado de cobro de honorarios, que únicamente confiere ventajas de tipo procesal. Sin embargo, por tratarse de una garantía mobiliaria de origen legal, su prelación frente a terceros surge a partir de su publicidad en el Sistema de Garantías Mobiliarias¹⁷.

j) Limitaciones a la libertad de disposición

“El cliente no podrá transigir ni renunciar la parte de los honorarios que corresponde al abogado.”

El último párrafo del artículo 76.5 limita la libertad de disposición del cliente, en relación con los derechos del juicio. Específicamente, se limita la posibilidad de renunciar o de transigir en lo concerniente a la parte que corresponda al profesional.

¹⁷ Cfr. los artículos 6, 17, 49 y 50 de la Ley de Garantías Mobiliarias.

Sin embargo, esta norma no veda la posibilidad de que el cliente disponga de sus derechos litigiosos por otros medios. Por ello, conviene concertar una garantía mobiliaria convencional.

4. Protección de los derechos del profesional mediante una garantía mobiliaria convencional.

Para asegurar la prelación de su crédito frente a los causahabientes a título particular del cliente, es muy aconsejable instituir, a favor del profesional, una garantía mobiliaria convencional sobre los derechos del juicio y sus derivados y atribuibles, y darle publicidad a dicha garantía mediante su inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias.

A tal fin, puede incorporarse un contrato de garantía mobiliaria dentro del contrato de prestación de servicios profesionales.

5. Anexo Modelo de contrato de garantía mobiliaria en un contrato de cuota litis:

“En garantía de los derechos del profesional, el cliente impone, a favor del abogado(a), garantía mobiliaria de primer grado sobre los bienes que se dirán, y sobre sus derivados y atribuibles. **Monto máximo garantizado:** El monto máximo garantizado es el ___% del valor de los derechos del proceso a que se refiere este contrato, o el de sus bienes derivados o atribuibles, a la fecha focal de la obtención del resultado favorable. En caso de divergencia tal valor se estimará pericialmente. **Obligaciones garantizadas:**

Las obligaciones garantizadas son: La obligación del constituyente de la garantía de: (*Opción #1: en caso de que se configure un crédito*): Pagar, a favor del profesional, una suma de dinero equivalente al ___% del valor de los bienes, derechos y ventajas patrimoniales que, por todo concepto, se obtengan a raíz de la interposición del proceso al que se refiere el contrato de *cuota litis* pactado entre las mismas partes, incluyendo la eventualidad de una conciliación o transacción. (*Opción #1: en caso de que se configure un derecho de participación*) Atribuir y traspasar, a favor del profesional, ___% de los bienes o derechos que, por todo concepto, se obtengan a raíz de la interposición del proceso al que se refiere el contrato de *cuota litis* pactado entre las mismas partes, incluyendo la eventualidad de una conciliación o transacción. **Otras obligaciones garantizadas:** También se incluyen, como obligaciones garantizadas, las que indica el artículo 5, inciso 2 de la Ley de Garantías Mobiliarias, con las siguientes precisiones: a) Los intereses corrientes y moratorios serán del 2% mensual. (*Nota: ver el artículo citado y ajustar al convenio*) **Bienes garantizadores:** Los bienes garantizadores serán los derechos del proceso objeto del presente contrato, y sus bienes derivados y atribuibles. **Acuerdo de no disposición:** Se excluye la posibilidad de disposición de los bienes garantizadores sin el previo consentimiento del acreedor garantizado, incluso si tal acto se realiza en el curso de los negocios del deudor garante. Este acuerdo será comunicado, a discreción del acreedor garantizado, a la autoridad competente, mediante la respectiva certificación de la garantía publicitada en el Sistema de Garantías Mobiliarias. **Notificación a la contraparte:** Se acuerda notificar a la contraparte del proceso, que el cumplimiento

voluntario o forzoso de las pretensiones sólo producirá efecto liberatorio en la medida en que tal cumplimiento se realice, en la proporción pactada, en beneficio del acreedor garantizado. **Autorización:** El deudor garante autoriza al acreedor garantizado para presentar el formulario de inscripción inicial al Sistema de Garantías Mobiliarias y demás formularios de inscripción posteriores, según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley

de Garantías Mobiliarias. El acreedor queda expresamente autorizado para inscribir, mediante el formulario respectivo, los datos del número de expediente y los despachos donde se ventile el proceso. **Ejecución extrajudicial:** Se autoriza expresamente al acreedor garantizado para ejecutar las garantías en sede extrajudicial. **Domicilio contractual para notificaciones:** (...) **Fecha y lugar:** (...).