



RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO Y DEL PROCURADOR

Estudiante: SARA FERRER MORENO

Tutor: ALBERT RUDA GONZÁLEZ

Universidad de Girona

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Mayo 2016

ÍNDICE

1. Introducción	2
2. Los sujetos de responsabilidad civil profesional: abogados y procuradores	3
2.1 Acceso a la profesión y funciones	3
2.2 Incidencias del aspecto organizativo del ejercicio profesional	5
2.3 ¿Incumplimiento contractual o extracontractual?	7
2.4 Naturaleza jurídica de la relación entre los abogados y el cliente.....	9
2.4.1 Especificaciones del trato a los clientes considerados consumidores.....	11
2.5 Naturaleza jurídica de la relación entre el procurador y el cliente	12
3. Incumplimiento de los deberes y obligaciones del ejercicio de la abogacía y la procura	13
3.1 Delimitación de los concretos deberes y obligaciones de abogados y procuradores	14
3.2 Preceptos que configuran la responsabilidad civil del abogado y procurador	17
3.3 Tutela judicial efectiva y derecho de defensa.....	17
4. El daño	20
4.1 Tipos de daño y sus criterios de cuantificación	20
4.1.1 Daño patrimonial y daño moral.....	20
4.1.2 Daño emergente y lucro cesante.....	27
5. La relación de causalidad.....	35
6. Interrelación entre ambas profesiones.....	38
7. Conclusiones	39
8. Tabla de sentencias	42
9. Bibliografía	43

1. Introducción

El presente trabajo de documentación y razonamiento analítico pretende analizar cómo se configura, qué presupuestos deben concurrir para que exista responsabilidad civil de abogados y procuradores además de averiguar cómo se valoran estos presupuestos por parte del poder judicial, es decir, las condiciones y consecuencias de responsabilidad civil de abogados y procuradores.

La metodología que se va a usar será la lectura tanto de fuentes primarias (legislación y jurisprudencia) como secundarias (doctrina) con tal de reflexionar sobre las mismas y exponer los aspectos relevantes para cumplir con el objetivo anunciado.

En el desarrollo del trabajo haré referencia a los sujetos profesionales, a su relación con el cliente, a las fuentes y naturaleza de la responsabilidad, a su configuración dentro del sistema, a los daños y a los concretos presupuestos que se han de probar para que exista responsabilidad civil. Además, simultáneamente haré referencia a jurisprudencia del Tribunal Supremo reciente, relacionada con algunos de los aspectos del trabajo.

El tema de la responsabilidad civil de abogados y procuradores resulta interesante debido a que en el ejercicio de su labor como juristas se mueven el ámbito de una ciencia no exacta, la del Derecho, y por tanto, sobre la que no se suelen establecer premisas y conclusiones tan ciertas e indubitadas como en otras disciplinas científicas, lo que permite e incita a indagar entorno la adecuación o no de las premisas y las conclusiones que se han dado en el pasado y que se puedan modificar para casos futuros.

La institución de la responsabilidad civil y concretamente, la profesional, ha ido *in crescendo* con el tiempo, según se ha dicho, por el cambio en la actitud de los ciudadanos frente a los daños que sufren, que han pasado de la resignación a la búsqueda del culpable a quien demandar y exigir la reparación del daño sufrido. A parte de los profesionales que aquí voy a estudiar, este cambio también se ha experimentado con médicos, arquitectos y otros profesionales liberales.

Puede que ese cambio de actitud venga impulsado y motivado por el acceso generalizado a la información que se ha logrado en los últimos tiempos con la tecnología, puesto que cuanta más información tengamos accesible en relación a un aspecto controvertido de nuestra vida, más conciencia tendremos sobre las posibles soluciones que conducen a su resolución. Puede que anteriormente se intuyera o se supiera ciertamente que se había padecido un daño a raíz de una actuación negligente de un profesional pero se optara por la “resignación” simplemente debido a que se ignorara la existencia o el alcance de la institución de la responsabilidad civil o bien debido a que se desconocía la concurrencia de alguno de los presupuestos o condiciones para que nazca la obligación de reparar el daño por parte del profesional, como puede ser el

del alcance de sus obligaciones o el nexo causal; así las cosas, las nuevas tecnologías pueden haber facilitado en gran manera que ese desconocimiento se subsane sin demasiado esfuerzo.

Ello ha conllevado, para el supuesto de abogados y procuradores, una evolución constante en la jurisprudencia que ha examinado los presupuestos que legalmente configuran la responsabilidad. Se ha dado mucha casuística que, como se va a observar, ha llevado a la confusión y a la contradicción en la conceptualización de los presupuestos de responsabilidad civil.

A pesar de la extensión del objeto del trabajo, hay que recalcar que el aspecto sobre el que se ha generado mayor debate (doctrinal y jurisprudencial), además de conformar el presupuesto más relevante para determinar la consecuencia de la responsabilidad y el más difícil de analizar es el daño y su cuantificación.

2. Los sujetos de responsabilidad civil profesional: abogados y procuradores

Como punto de partida delimitaré los sujetos susceptibles de serles de aplicación todas las previsiones que se van a ir detallando en este trabajo.

2.1 Acceso a la profesión y funciones

Para poder ejercer las profesiones de abogado o de procurador se deben cumplir los requisitos que establece la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales¹ y su reglamento ejecutivo, Real Decreto 775/2011, de 3 de junio².

Como fundamento para aprobar esta normativa el legislador se sirve del artículo 17.3 y 24 de la Constitución³; es decir, de las garantías de asistencia al detenido y de la tutela judicial efectiva. Entiende que “como colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, la calidad del servicio que prestan redundan directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía”⁴.

Las exigencias que se dan para ejercer ambas profesiones consisten en estar en posesión del título de Licenciado o Graduado en Derecho, haber realizado los cursos previstos en el artículo 4 del reglamento referido, lo cual se adquiere realizando los Másteres universitarios que ofrecen tanto universidades públicas como privadas, de acuerdo con la normativa reguladora de la enseñanza universitaria oficial de postgrado y, en su caso, dentro del régimen de precios públicos (artículo 4.1 de la Ley) y finalmente haber aprobado

¹ BOE núm. 260, 31/10/2006

² BOE núm 143, 16/06/2011, p. 61762 - 61774

³ BOE, núm 311, 29/12/1978

⁴ Exposición de motivos I de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales

el examen de acreditación de la capacitación profesional, que es una evaluación única e idéntica para cada profesión en todo el territorio español, encaminada a comprobar la formación práctica suficiente para el ejercicio de la respectiva profesión, y concretamente la adquisición de las competencias que deben garantizar los cursos de formación referidos, consistente en una prueba escrita objetiva de contenido teórico-práctico con contestaciones o respuestas múltiples (artículo 17 del reglamento).

Es destacable de este reciente sistema la importancia que se da, en la fase del máster universitario, a la formación práctica, puesto que anteriormente no se daba y conforma un punto a favor de los profesionales que a partir de ahora vayan a colegiarse y ejercer, puesto que, siempre que éstas se realicen acertadamente, cumpliendo las previsiones legales, es una garantía de que el profesional va a cumplir con las expectativas técnicas que los clientes tienen en el momento de ponerse al servicio del mismo. La formación universitaria debe partir de lo que la sociedad y los clientes demandan de las profesiones jurídicas para así hacérselo comprender a los futuros profesionales del derecho; para ello la solución deseable sería encontrar un equilibrio entre la formación de base, profundizando en el estudio de las disciplinas fundamentales, y la formación especializada, orientada hacia las profesiones⁵.

Otro tema sería el debate existente sobre si la ejecución material y las consecuencias prácticas de la legislación vigente son positivas o desfavorables para los aspirante a ejercer la abogacía/procura, sobre lo cual no voy a entrar.

La función de los abogados y procuradores, que la normativa referida se limita a completar, encuentra su marco de delimitación en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁶ (LOPJ, en adelante); Título II del Libro VII (artículos 542 a 546) y en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita⁷ (LAJG, en adelante) que viene a desarrollar el artículo 119 de la Constitución y configura el aseguramiento del acceso a la tutela judicial efectiva respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar; por tanto, la función de éstos profesionales en dicho ámbito del llamado turno de oficio.

El ejercicio profesional de la dirección y defensa jurídica de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico de manera libre e independiente, con sujeción al principio de buena fe y a los derechos inherentes a la dignidad, libertad de expresión y defensa; cumpliendo con el deber de guardar el secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin poder ser obligados a declarar sobre los mismos, es el cometido del abogado (artículo 542 LOPJ).

⁵ Como argumenta Ramón Mullerat en “El futuro de la abogacía y la formación del abogado” AFDUAM 6 (2002), p. 301

⁶ BOE núm. 157, 02/07/1985

⁷ BOE núm. 11, 12/01/1996

A pesar de lo dicho, y como veremos más adelante, el apartado del llamado secreto profesional encuentra algunas concreciones, aunque controvertidas, en alguna de las formas de ejercer la abogacía.

Por lo que se refiere al procurador, a éste le corresponde exclusivamente la representación técnica de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa (como es el caso de los graduados sociales en el ámbito laboral), realizando los actos de comunicación a las partes y actos de cooperación con la Administración de Justicia, guardando, de la misma forma que el abogado, el secreto profesional; pudiendo ser sustituidos por otro procurador o por un oficial habilitado (artículo 543 LOPJ), aspecto que también prevé el artículo 29 del Estatuto General de Procuradores⁸ (EGPT, en adelante) para remitirse a la norma reglamentaria conformada por la Orden Ministerial de 15 de junio de 1948 sobre oficiales habilitados de procuradores, modificada por órdenes ministeriales de 22 de octubre de 1971 y 24 de julio de 1979, que en su artículo 2º detalla las actividades concretas que los oficiales habilitados pueden llevar a cabo: “recibir notificaciones, requerimientos y emplazamientos, asistir a comparecencias en las que podrás solicitar la práctica de las expresadas diligencias y sustituir al procurador en las vistas para presenciar el informe del letrado”.

2.2 Incidencias del aspecto organizativo del ejercicio profesional

El hecho que las profesiones de abogado y procurador se ejerzan de una determinada forma organizativa, dentro de un marco jurídico u otro, puede afectar también en la configuración de la responsabilidad civil profesional. Esto es así porque se dan, como veremos, variaciones en las previsiones legales que configuran cada una de las formas de ejercicio y tienen incidencia en algún grado en el planteamiento del posterior hipotético litigio de responsabilidad civil profesional en el que puedan incurrir.

Para el caso del abogado se le plantean las posibilidades de, por un lado, prestar sus servicios por cuenta ajena, sujeto a una relación laboral denominada común, general u ordinaria contemplada en el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante)⁹, lo que también se ha denominado abogado de empresa o abogado in-house, figura o forma de ejercer la abogacía que adquiere más demanda en la actualidad¹⁰.

Por otro lado, los abogados optan por prestar sus servicios en un despacho individual o colectivo, mediante la relación laboral especial, contemplada en el artículo 2.1.i ET y desarrollado en el Real Decreto

⁸ BOE núm. 305, 21/12/02

⁹ “La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.” BOE núm. 255, 24/10/2015

¹⁰ Según un estudio de la multinacional británica Hays: <http://www.hays.es/notas-de-prensa/abogados-inhouse-1128835> En el mismo sentido véase: <http://www.elmundo.es/economia/2015/07/26/55b25945e2704eff1c8b458f.html>

1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos¹¹.

Otra de las opciones es la de someterse al régimen de Derecho administrativo trabajando al servicio de las Administraciones Públicas.

Finalmente cabe destacar el ejercicio en grupo de la abogacía a través de una sociedad profesional o de otras formas de colaboración como despachos multiprofesionales o gestorías; en este caso se aplica el régimen previsto en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales¹².

Dada las diferenciadas particularidades del régimen de responsabilidad civil en esta última forma de ejercer la abogacía y puesto que también es un régimen aplicable para el caso de los otros profesionales analizados, los procuradores que actúan en el seno de una sociedad, voy a hacer una breve mención a la solución que aporta y que se diferencia de la solución existente para otra de las formas organizativas.

El artículo 11 de la ley citada establece en su apartado segundo que la responsabilidad será solidaria entre la sociedad y los profesionales que hayan actuado, ya sean estos socios o no.

Cuando se dé, por tanto, la posibilidad de demandar por parte de un cliente a un abogado/procurador sujeto a dicho régimen podrá dirigirse indistintamente contra cualquiera de los sujetos implicados, es decir, contra el profesional del que se deriva el acto negligente, contra otro profesional que haya participado en el asunto o contra todo el despacho a la vez y exigirles por entero el pago de la indemnización¹³.

Otra garantía que se le ofrece al cliente mediante esta forma organizativa del ejercicio de la abogacía/procura es la obligación que impone el mismo artículo, apartado tercero, a las sociedades profesionales de asegurar el riesgo de responsabilidad civil mediante la cobertura de un contrato de seguro, contrato compatible con los que individualmente suscriban los abogados, lo que, sin entrar a detallar las previsiones de las demás formas organizativas en este aspecto, conforma una garantía añadida.

Además, esta ley contempla en la disposición adicional segunda la extensión del régimen de responsabilidad a “todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley” y establece una presunción que consiste en ejercer la profesión públicamente y bajo una denominación común o emitir documentos, facturas, minutas o recibos bajo denominación común o colectiva.

El apartado segundo de esta disposición parece mucho más perjudicial para los abogados que ejercen de manera colectiva sin adoptar forma societaria, puesto que configura la responsabilidad solidaria incluso

¹¹ BOE núm. 276, 18/11/2006

¹² BOE núm. 65, 16/03/2007, p. 11246 - 11251

¹³ En el mismo sentido: Crespo Mora, María Carmen en “Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en derechos español” Revista Chilena de Derecho Privado, nº 12, julio 2009, p. 109

para los profesionales que no han tenido nada que ver con el acto dañoso objeto del proceso, lo que en las previsiones del artículo 11 no sucede¹⁴, como se ha dicho, responden solidariamente la sociedad y aquellos trabajadores (socios o no) que hayan participado en el acto dañoso.

Con estas apreciaciones vemos cómo indirectamente el legislador quiere incentivar el uso de cualquiera de las formas societarias existentes para ejercer colectivamente las profesiones analizadas.

2.3 ¿Incumplimiento contractual o extracontractual?

Al tratar la responsabilidad civil debemos analizar si en el caso concreto de los juristas profesionales concurre responsabilidad contractual o extracontractual, puesto que ello implicará un régimen distinto en cuanto a su enjuiciamiento, resultando relevante sobre todo por lo que respecta al plazo de prescripción de las acciones.

En este sentido, el TS se ha decantado por encajar, en muchas de sus sentencias, la responsabilidad del abogado en el marco del incumplimiento extracontractual (artículo 1902 CC) por no tratarse de una vulneración de los deberes que habrían sido pactados expresamente por las partes en el contrato¹⁵.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria entiende que la naturaleza del incumplimiento debe ser contractual (artículo 1101 CC), debido a que la relación con el cliente es contractual y los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios son deberes contractuales¹⁶, como se deriva del artículo 1258 CC.

Cuando nos referimos al ejercicio de la abogacía o la procura a través del turno de oficio, las previsiones del régimen de responsabilidad cambian sustancialmente. Siempre que el cliente tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita¹⁷, puesto que sino será una relación contractual típica, será la Administración Pública quien deberá responder de las conductas que ocasionen un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas por parte del

¹⁴ Como acertadamente reflexiona Moreo Ariza, Javier en “La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado” Indret nº 414, Barcelona, 2007, p. 6

¹⁵ Cómo destaca después de analizar una amplia selección de jurisprudencia, Crespo Mora, María Carmen en “La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: perspectiva jurisprudencial” Revista de Derecho, Universidad del Norte, nº 25, Barranquilla, 2006, p. 266.

¹⁶ Se decantan por la responsabilidad contractual: Reglero Campos, Fernando “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” AFDUDC, 11, 2007, p. 791 - 792.; Blasco Pellicer, Ángel y Serra Rodríguez, Adela “El trabajo profesional de los abogados: la responsabilidad civil de abogados y procuradores” Tirant lo Blanch, 2012, p. 3; Monterroso Casado, Esther “La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos” Saberes, Separata, Volumen 3, 2005, p. 9.

¹⁷ Corresponde a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita la resolución de los expedientes de justicia gratuita, de conformidad con los arts. 49 a 51 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG).

profesional. Esto se debe a que la tarea que llevan a cabo (a través de los Colegios profesionales) es un servicio público y por tanto se les aplican las previsiones de los arts. 26 LAJG y 32.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁸ (LRJSP, en adelante), siendo competente la jurisdicción contenciosa - administrativa para resolver este tipo de litigios¹⁹.

Aún así, el artículo 36.2 LRJSP, prevé que la Administración, una vez pagada la indemnización, exigirá al prestador del servicio causante del daño la responsabilidad profesional que corresponda de oficio a través de la vía administrativa.

Cuándo se prestan los servicios de manera gratuita por la causa que se desee (parentesco, amistad, ...) también rigen las normas legales que configuran la responsabilidad civil de los profesionales analizados, puesto que la diligencia profesional se sigue requiriendo y su incumplimiento desencadenando en responsabilidad civil frente el cliente.

Esto es a pesar de que el artículo 1544 CC determine que la prestación de servicio se realiza a cambio de un precio cierto, dado que la jurisprudencia establece que la fijación del precio no es indispensable para la celebración del contrato porque el precio es “determinable por la costumbre o con arreglo a la equidad y sobre todo acudiendo a las pautas orientadoras que proporcionan las tarifas corporativas” (STS de 4 de julio de 1984, considerando 3º), de este modo, sí se dan los requisitos para ser, en su caso, exigible la responsabilidad contractual en que pudiera incurrir.

Lo dicho hasta ahora hace referencia a los supuestos de responsabilidad civil profesional entre partes contratantes y, por tanto, a pesar que los incumplimientos se consideren fuera del ámbito de lo estrictamente pactado por contrato, se refiere a supuestos en que, si concurren los demás presupuestos, se podrá incurrir en responsabilidad civil contractual.

Por lo contrario, puede pasar que abogados o procuradores dañen a un tercero que no tenía relación contractual con ellos. Ejemplos de ello son la vulneración del deber de confidencialidad que cause perjuicios a personas distintas del cliente, la pérdida de documentación referida a una pluralidad de sujetos ajenos, u otros. En estos casos sí que se planteará la responsabilidad civil extracontractual, si concurren los presupuestos.

Analizada la diferencia o al controversia que puede darse al respecto y ante la duda sobre qué tipo de responsabilidad corresponde al interponer una demanda, lo aconsejable sería la acumulación de las dos acciones de forma eventual, haciendo constar cuál de ellas es la principal y cuál la subsidiaria, conforme

¹⁸ BOE núm. 236, 02/10/2015, p. 89411 - 89530

¹⁹ Así lo interpreta Blasco Pellicer, Ángel y Serra Rodríguez, Adela en “El trabajo profesional...”, op. cit., p. 4, aunque con referencia al artículo 139.2 LRJPAC, de idéntico redactado.

establecen los arts. 71.4 y 400 LEC²⁰; de esta forma no se perderán opciones para poder obtener la reparación que se pretenda del daño que se alegue que se haya padecido, puesto que será el juez o tribunal el que decidirá cuál de las acciones era la correcta y no se perderá la oportunidad procesal, se invertirá en economía procesal, evitando la demora de la emisión de la resolución judicial.

2.4 Naturaleza jurídica de la relación entre los abogados y el cliente

Según se configure la naturaleza jurídica de la relación entre éstos profesionales y sus clientes afectará de una forma u otra al régimen de la responsabilidad civil objeto de estudio, debido a las características de cada tipo contractual y las exigencias que conllevan las obligaciones de cada una de las partes.

La relación entre el abogado y sus cliente se somete, como establece la jurisprudencia mayoritaria, a la previsiones legales del contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1583 y ss. CC), con lo que coincide la doctrina en apuntar²¹, esto pasa en el ejercicio de la abogacía en el ámbito de la defensa en vía jurisdiccional o en las actuaciones procesales; mientras que para otra clase de actuaciones del letrado, la relación con el cliente adquiere otra naturaleza jurídica, tal como, la de contrato de obra (arts. 1588 y ss. CC) cuando se encarga un dictamen, informe o asesoramiento jurídico verbal o bien la del contrato de mandato (arts. 1709 y ss. CC), cuando por ejemplo se le encomienda la tarea de administrar, o enajenar mediante poderes de representación.

Sin entrar a valorar los detalles, irrelevantes para el análisis que aquí interesa, de cada tipo contractual y puesto que no es siempre clara la categorización contractual de los trabajos que realizan estos profesionales, es relevante diferenciar, a pesar de las críticas que sobre esta diferenciación se han dado por cierta parte de la doctrina²², si se está realizando una actividad de medios o de resultado²³, lo que deriva a un régimen distinto de incumplimiento y de responsabilidad por causa de la carga probatoria.

²⁰ Así lo aconseja Blasco Pellicer, Ángel y Serra Rodríguez, Adela “El trabajo ... op., cit., p. 6.

También hace mención al ejercicio alternativo de las distintas acciones Diez - Picazo, Luis y Gullón, Antonio “Sistema de derecho civil” Volumen II, Tecnos, 9a Edición, 2001, p. 540.

²¹ Blasco Pellicer, Ángel y Serra Rodríguez, Adela “El trabajo profesional ... op. cit.; Crespo Mora, María Carmen “La responsabilidad civil... op. cit. (2006); Crespo Mora, María Carmen “Algunos aspectos... op. cit. (2009); García Fernández, José Ángel “Resumen técnico: Vademécum para abogados noveles: seguros de responsabilidad civil profesional” Tirant lo Blanch, 2010; Monterroso Casado, Esther “La respo... op. cit.; Moreo Ariza, Javier “La compleja configuración ... op. cit.

²² Que sobretodo hacen referencia a la relatividad de la distinción, como vemos con la cita de Cabanillas Sánchez, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 20: “un hecho valorado como medio en orden a un fin sucesivo, representa ya un resultado cuando es considerado en sí mismo, como término final de una serie teleológica más limitada”

²³ Clásica distinción de las obligaciones configurada por la doctrina de los diferentes países, sin que exista ningún reconocimiento legal expreso; véase en Crespo Mora, María Carmen “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en DCFR” InDret, Barcelona, Abril 2013, p. 4-5.

La obligación de medios, o también llamada de actividad, se da en la abogacía cuando el resultado pretendido por el cliente no depende del propio prestador del servicio, sino de un tercero, como es el juez²⁴, pero el deudor/abogado se compromete a poner los medios, empleando la diligencia exigible, para obtener el resultado pretendido.

La obligación de resultado es la que obliga al deudor a obtener la pretensión o exigencia del cliente, no siendo suficiente con que haga todo lo posible para conseguirlo, para lo cual, se prevé que la obtención del resultado “dependa de forma exclusiva de la voluntad del abogado”²⁵.

Los problemas que afronta este tema radican en el hecho que “la complejidad de la actividad típica del abogado abarca múltiples actuaciones (desde procesales hasta el mero asesoramiento) que pueden concebirse como resultado u obras en sí mismas. Así, en cualquier contrato de servicios profesionales habrá parciales y fragmentarios resultados exigibles, cuya ausencia servirá de pauta para tener por acreditado el incumplimiento de la global obligación de actividad (p. ej. el abogado que ejerce la defensa en el juicio asume una obligación de medios globalmente considerada; pero determinadas prestaciones deben reputarse de resultado, como la asistencia a vistas o presentación de un escrito en plazo)”²⁶.

La distinción tiene importancia a la práctica por lo que hace a las exigencias probatorias, siendo fácilmente predecible que probar del incumplimiento referido a las obligaciones de resultado por parte del cliente será más fácil que para el caso de las obligaciones de medios, puesto que la diligencia exigible es un término ambiguo o por lo menos controvertido, aspecto que la jurisprudencia, junto con la normativa que seguidamente voy a referir, ha tratado de clarificar.

En este sentido, en los asuntos en que se enjuicia la posible infracción de una obligación de medios rigen los principios generales en materia de prueba, siendo preciso que el cliente que demanda pruebe los presupuestos para que el obligado responda, venciendo así la carga probatoria que acarrea, esto es que pruebe que ha incurrido en un incumplimiento de la *lex artis* que esté vinculada por nexo causal con un daño indemnizable. En todo caso, tiene el profesional la presunción de diligencia en su actuación profesional, hasta que el cliente que le demande pruebe lo contrario.

²⁴ “Como dice la STS de 3 de octubre de 1998 (Rj 8587) el abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que haya formulado en defensa de los intereses encomendados” Reglero Campos, Fernando “La responsabilidad civil de abogados ... op. cit., p. 791.

²⁵ “Así sucede cuando lo que debe hacer el abogado es redactar informes, dictámenes (contratos, estatutos,...), realizar otros actos jurídicos (constitución de sociedades, ...)” Reglero Campos, Fernando “La responsabilidad civil ... op. cit., p. 791.

²⁶ Blasco Pellicer, Ángel y Serra Rodríguez, Adela “El trabajo profesional ... op. cit. p. 5.

Para el caso que se diera una obligación de resultado, el cliente que demanda únicamente ha de acreditar la existencia de una obligación y su no obtención para que sea entonces el profesional quien asuma la carga probatoria de demostrar que se ha incurrido en alguna causas que le exoneren de responsabilidad. De lo contrario se tendrá probado el incumplimiento.

2.4.1 Especificaciones del trato a los clientes considerados consumidores

Cuando la prestación de servicios del abogado se dirige hacia una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, para fines privados, se debe tener en cuenta la doctrina jurisprudencial referida a la normativa de consumidores y usuarios que para el caso concreto establece la STJUE de 15 de enero de 2015 (Asunto C 537/13 -SIBA-) determinando que el cliente recibe el trato jurídico de consumidor ante la contratación de cláusulas tipo, lo que implica contemplar su incapacidad de negociación y escasa recepción de información sobre lo contratado (ap. 23, lo subraya como elemento de desigualdad entre las partes); dado que se adhiere a las condiciones redactadas *a priori* por el profesional (ap. 26), sin que su caso o circunstancias concretas influyan en absoluto de manera particularizada. Estando fuera del ámbito de aplicación de la especificación aquí referida, las cláusulas contratadas o negociadas individualmente (ap. 19) como sería, por ejemplo, las modalidades de los honorarios del abogado (ap. 32). De esta forma, al cliente/consumidor se le aplican las garantías previstas por la normativa armonizada de la Unión Europea contenidas en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993²⁷ (ap. 24), y transpuestas en España por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa para los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias²⁸ (TRLGDCU, en adelante); referidas al control de las cláusulas tipo que puedan resultar abusivas.

Aunque la normativa europea mencionada limita el concepto de consumidor a personas físicas, en nuestra legislación también se incluyen las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que, igualmente, actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (artículo 3 TRLGDCU).

En base al principio de primacía del derecho de la UE y su jurisprudencia como complementaria del ordenamiento jurídico, he considerado destacar en primer lugar la anterior sentencia referida, pero, ciertamente, la cuestión ya se había tratado con anterioridad por parte del Tribunal Supremo español, resolviendo en el mismo sentido en la STS 203/2011, de 8 de abril, para el caso de una cláusula considerada abusiva por tener el cliente que indemnizar con una cantidad calificada de desproporcionadamente alta al abogado por el hecho de haber resuelto unilateralmente el contrato.

²⁷ DO L núm. 95, 21/04/1993, p. 29 - 34.

²⁸ BOE núm. 287, 30/11/2007

En base a lo aquí referido, el abogado que vaya a redactar un contrato con cláusulas tipo, debe tener presentes los criterios de los que se servirán los jueces para la resolución del carácter abusivo de dichas cláusulas y la consecuente nulidad de pleno derecho conforme el artículo 83 TRLGDCU. Criterios contenidos en el artículo 82.4 del mismo cuerpo legal: a) vinculación del contrato a la voluntad del empresario; b) limitación de los derechos del consumidor y usuario; c) falta de reciprocidad en el contrato; d) imposición al consumidor garantías desproporcionadas o imposición indebida de la carga de la prueba; e) imposición de cláusulas desproporcionadas en relación al perfeccionamiento y ejecución del contrato; f) contravención de las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

2.5 Naturaleza jurídica de la relación entre el procurador y el cliente

Situándonos ahora en la esfera de la profesión del procurador, vemos como aquí la naturaleza jurídica de la relación contractual con el cliente es distinta, sometida al régimen del contrato de mandato (arts. 1709 - 1739 CC), como se deduce de la redacción de la LEC (arts. 23 y ss.), sobretodo del artículo 27, según el cual, “a falta de disposición expresa sobre las relaciones entre el poderdante y el procurador, regirán las normas establecidas para el contrato de mandato en la legislación civil aplicable”.

Para el caso del procurador se le exige que el carácter del mandato sea expreso y no tácito, mediante el apoderamiento que contempla el artículo 24 LEC; expedido por el notario o bien por el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya de conocer del asunto (la llamada designa *apud acta*).

Sobre el tipo de actividad que el procurador ejerce, se han trasladado las mismas consideraciones que para el caso del abogado²⁹ pero, dada la tarea concreta que realiza, su actividad entiendo que es más representativa de los parciales y fragmentarios resultados exigibles, de los que anteriormente hacía mención, para llevar a cabo la actividad de medios, entendida globalmente y que se relaciona más con la defensa técnica que realiza el abogado.

En ambas profesiones, además de los preceptos mencionados del CC por lo que hace a la legislación contractual aplicable, también debemos acudir tanto a la LEC (arts. 23 - 35), como a la LOPJ (arts. 542 - 546, referidos al detallar las funciones) y a las normas colegiales (EGA, arts. 42 y ss.; EGPT, arts. 34 y ss.; Códigos Deontológicos) puesto que como se hace referencia en el artículo 1258 CC “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

²⁹ Blasco Pellicer, Ángel y Serra Rodríguez, Adela “El trabajo profesional ... op. cit. p. 5.

3. Incumplimiento de los deberes y obligaciones del ejercicio de la abogacía y la procura

La responsabilidad civil objeto de este trabajo constituye un mero apartado de la disciplina general de la responsabilidad civil y por tanto, debemos tener presente las reglas generales del sistema, aunque como expresan algunos autores, en el análisis práctico en relación con abogados y procuradores estas normas se muestran insuficientes, debido a los daños de carácter complejo que pueden desencadenar y que no se producen en otros sectores de responsabilidad civil³⁰.

Un concepto para introducirnos en el análisis del concepto de responsabilidad civil que encuentro acertado es el de *una institución jurídica que nace con la finalidad de restablecer un equilibrio económico que ha sido quebrantado, y ello se lleva a cabo a partir de la reparación del daño causado a un actor que jurídicamente no tiene por que soportarlo*³¹. La configuración de esta figura se sirve de varios elementos que comprenden, conforme una concepción amplia, la constancia de una acción u omisión que tenga relación con un daño mediante un nexo causal³², como vamos a tratar más profundamente en el apartado cuarto.

El resarcimiento del daño causado es la función que según nuestro ordenamiento tiene la institución de responsabilidad civil, también llamada compensación, indemnización o reparación; por contra, nuestra doctrina ha apuntado que la función sancionadora no es posible, que se debe eliminar de nuestro sistema, porque es contrario al artículo 25 de la Constitución³³ y además, por no tener justificación normativa, el pago de cantidades superiores al daño padecido debería ser considerado como un enriquecimiento injusto³⁴.

La función disuasoria o preventiva, que tiene que ver con convencer a un sujeto para que modifique su manera de pensar o actuar con tal de evitar la producción del daño, sí se ha aceptado de forma positiva por la doctrina en general, como consecuencia directa de la función principal de reparación³⁵.

³⁰ En este sentido: Crespo Mora, María Carmen “Algunos aspectos problemáticos... op. cit. (2009), p. 115.

³¹ Vélez Posada, Paulina “La responsabilidad civil contractual y extracontractual: el seguro como criterio de imputación” Trabajo de Fin de Máster Universitario en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, junio 2012, p. 5/6

³² Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 109

³³ Roca Trias, Encarna, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 6a edición, 2011, p. 24.

³⁴ Díez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 44.

³⁵ “Esta obligación de indemnizar generará en el obligado el ánimo de no volver a cometer el hecho que dio origen a la necesidad reparadora” dice Concepción Rodríguez, Jose Luis, *Derecho de daños*, Ed. Bosch, Barcelona, 2a edición, 1999, p. 46.

Se diferencia este ámbito de actividades del de otros sectores de actividades liberales, como el de la medicina, en que la responsabilidad aquí es puramente subjetiva, basada en la culpa o negligencia del profesional, que opera como criterio de imputación subjetiva de responsabilidad³⁶ y no de carácter objetivo en ningún caso³⁷, debido a la naturaleza de la obligación de medios a la que se deben y que ya he expuesto en anteriores apartados.

3.1 Delimitación de los concretos deberes y obligaciones de abogados y procuradores

Para poder hablar de responsabilidad, en primer lugar, debo delimitar cuáles son los deberes y obligaciones a las que se someten los profesionales del derecho objeto de estudio, puesto que su acción defectuosa u omisión ligada por relación de causalidad a un daño será el presupuesto para que sea reclamable y en último término exigible la responsabilidad civil.

Los deberes y obligaciones de estos profesionales implican llevar a cabo una actuación en base a la diligencia profesional razonablemente exigible³⁸, configurada a través de la llamada *lex artis*, término que se refiere a “las reglas del oficio” como reglas técnicas comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso³⁹.

En relación a la profesión del abogado, encontramos estas obligaciones determinadas de forma genérica en las previsiones del artículo 42 EGA : 1. Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional; 2. El abogado realizará diligentemente las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto y pudiendo auxiliarse de sus colaboradores y otros compañeros, quienes actuarán bajo su responsabilidad; 3. En todo caso, el abogado deberá identificarse ante la persona a la que asesore o defienda, incluso cuando lo hiciere por cuenta de un tercero, a fin de asumir las responsabilidades civiles, penales y deontológicas que, en su caso, correspondan.

Por su parte, la jurisprudencia ha definido con más detalle las actuaciones concretas que pueden comprender estas previsiones transcritas, aunque sin pretender una enumeración exhaustiva, tales como: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y

³⁶ STS de 27 de julio de 2006 y de 21 de junio de 2007.

³⁷ Como apunta Reglero Campos, Fernando “La responsabilidad civil ... op. cit., 2007, p. 791.

³⁸ Subsumible al parámetro que establece el artículo 1104 CC de un buen padre de familia o, más conforme al supuesto, de un modelo medio de buen profesional.

³⁹ STS de 22 abril de 2013 (FJ 7)

honestidad en el desempeño del cargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos⁴⁰

Cabe diferenciar en este punto aquello que puede ser objeto principal del contrato de los posibles deberes accesorios con sus limitaciones de exigibilidad, puesto que como en la mayoría de aspectos del derecho, aquí también se dan zonas de penumbra o casos difíciles que corresponde resolver a los juzgados y tribunales. Ejemplos de ello son los límites que presenta el deber de información al cliente en cuanto que este, como ignorante de tecnicismos y de procedimientos jurídicos, puede que a pesar de contar con la documentación y, por tanto, información, ésta no llegue a su ámbito de conocimiento y por tanto, se pueda calificar de no informado, no siendo responsabilidad del letrado la capacidad del cliente para comprender las explicaciones por él dadas.

Otro deber que quiero subrayar es el de no revelar los secretos confiados por el cliente o el secreto profesional, el cual encontramos en nuestras raíces históricas romanas (aparece en el Digesto, en las Partidas y en la Novísima Recopilación⁴¹), de bases éticas y religiosas; desarrollado por el propio EGA (artículos 25.2.a, 32, 34.e y 42.1) y también anunciado por la LOPJ, artículo 542.3 y sancionado por el CP, artículos 199 y 466.1.

Sobre este aspecto se ha destacado⁴² la ausencia de sentencias sobre incumplimiento de este deber y se ha justificado en base al desconocimiento por parte del cliente de la infracción que, en su opinión, los letrados frecuentemente cometen.

En este sentido, cabe especificar que en el ejercicio de la abogacía en relación laboral general o por cuenta ajena, en el ámbito interno de una empresa, se ha dicho que no existe el secreto profesional en base a la STJUE de 14 de septiembre de 2010 (conocido como caso Akzo), sentencia que, según la documentación consultada, ha generado un enorme debate sobre su aplicabilidad, la inseguridad jurídica de sus consecuencias, la distinción entre el concepto de secreto profesional y confidencialidad entre cliente y abogado y un largo etcétera que merecería otro trabajo para analizarlo con detalle y poder sacar conclusiones contrastadas⁴³.

⁴⁰ STS de 14 de julio de 2005 y STS de 20 de mayo de 2014

⁴¹ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer “El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010” Diario La Ley, nº 7668, 7 julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-282, Editorial La Ley.

⁴² Crespo Mora, María Carmen “La responsabilidad ... op. cit. (2006) p. 270.

⁴³ Para más detalle sobre el tema puede consultarse: Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer “El secreto... op. cit.; Noticia de Expansión “Los abogados de empresa exigen el amparo del secreto profesional”

<http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/05/25/555f1e5922601dab5d8b458b.html> ; Agenda: “Más allá de la sentencia AKZO: el secreto entre abogado y cliente ¿diferente para abogados internos?”

<http://www.esade.edu/web/esp/about-esade/today/events/viewelement/180701/1/11-05-2011/mas-alla-de-la-sentencia-akzo-el-secreto-entre-abogado-y-cliente-diferente-para-abogados-internos> ; Blog de Eugenia Navarro, Legal privilege y secreto profesional: <http://www.expansion.com/blogs/navarro/2011/07/26/legal-privilege-y-secreto-profesional.html>; y finalmente, algo más clarificador: Irujo Amezaga, Mikel “En contra de: ¿Debe amparar el secreto

Para el caso del procurador, su EGPTE se extiende más en los deberes concretos que acarrearán y que transcribo a continuación: Artículo 37 Deberes esenciales de los procuradores: 1. Es deber del procurador desempeñar bien y fielmente la representación procesal que se le encomiende y cooperar con los órganos jurisdiccionales en la alta función pública de administrar justicia, actuando con profesionalidad, honradez, lealtad, diligencia y firmeza en la defensa de los intereses de sus representados; 2. En sus relaciones con los órganos administrativos y jurisdiccionales, con sus compañeros procuradores, con el letrado y con su mandante el procurador se conducirá con probidad, lealtad, veracidad y respeto; 3. Con la parte adversa mantendrá, en todo momento, un trato considerado y correcto.

Artículo 38 Deberes específicos: 1. Son deberes específicos de los procuradores todos aquéllos que les impongan las leyes en orden a la adecuada defensa de sus poderdantes y a la correcta sustanciación de los procesos y los demás que resulten de los preceptos orgánicos y procesales vigentes; 2. Además, los procuradores están obligados: a) A llevar un libro de conocimiento de negocios pendientes y otro de cuentas con los litigantes. La llevanza de estos libros podrá hacerse por medios informáticos. b) Rendir cuentas al cliente, especificando y detallando las cantidades percibidas de éste, aclarando los pagos realizados en beneficio de su mandante y precisando con minuciosidad los diversos conceptos y su importe exacto. c) Satisfacer, dentro de los plazos señalados, las cuotas ordinarias o extraordinarias acordadas por el Colegio y el Consejo de Colegios de Comunidad Autónoma d) Denunciar ante el Colegio todo acto que llegue a su conocimiento que implique ejercicio ilegal de la profesión o que sea contrario a los Estatutos. e) Poner en conocimiento del Colegio cualquier acto que afecte a la independencia, libertad o dignidad de un procurador en el ejercicio de sus funciones. f) Mantener reserva de las conversaciones y correspondencia con su mandante y con el letrado de éste, así como con el procurador y el letrado de la parte adversa, y con ésta, con prohibición de revelarlos o hacer uso, en juicio o fuera de él, sin su previo consentimiento.

Artículo 39 Otros deberes: Son también deberes del procurador: a) Cumplir las normas legales, estatutarias, deontológicas y los acuerdos de los diferentes órganos corporativos. b) Mantener despacho profesional abierto en la demarcación judicial en que tengan su sede los órganos jurisdiccionales de la demarcación territorial en la que esté habilitado para el ejercicio de la profesión. c) Comunicar, en el momento de su incorporación al correspondiente Colegio, su domicilio y demás datos que permitan su fácil localización. También deberá comunicar al Colegio cualquier cambio de domicilio y del despacho profesional. d) Acudir a los juzgados y tribunales ante los que ejerza la profesión, a las salas de notificaciones o de servicios comunes y a los órganos administrativos, para oír y firmar los emplazamientos, citaciones y notificaciones de cualquier clase que se le deban realizar. e) Guardar secreto sobre cuantos hechos, documentos y situaciones relacionados con sus clientes hubiese tenido conocimiento por razón del ejercicio de su profesión. Esta obligación de guardar secreto se refiere, también, a los hechos que el procurador hubiera conocido en su calidad de miembro de la Junta de Gobierno del Colegio o de un Consejo de Colegios de Comunidad Autónoma o del Consejo General de Procuradores de los Tribunales. También alcanza la obligación de guardar secreto a los hechos de los que haya tenido conocimiento como procurador asociado o colaborador de otro compañero.

profesional a los abogados de empresa?” Actualidad Jurídica Aranzadi num.910/2015 parte Cruz, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2015.

Cuando invoque el secreto profesional, el procurador podrá ampararse en las leyes reguladoras de su ejercicio para recabar el pleno respeto de su derecho conforme a la Ley.

Las obligaciones para el caso del ejercicio de la procura se encuentran mucho más delimitadas en el Estatuto que para el caso de los abogados y, a pesar que se dan muchos más deberes accesorios a los aquí transcritos, sirven de base para poder ejercer la profesión diligentemente.

3.2 Preceptos que configuran la responsabilidad civil del abogado y procurador

Nuestro ordenamiento jurídico contempla la responsabilidad civil de estos profesionales en el artículo 546.2 LOPJ, según la cual, “los abogados, procuradores y graduados sociales están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda” y, en el mismo sentido para el caso de los abogados, el artículo 78.2 EGA determina que “los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio”. Idénticas previsiones contempla el artículo 57.2 EGPTE para los procuradores y además, dado que la defensa técnica es tarea del letrado pero de las actuaciones procesales que este dirige, *a priori*, se hacen cargo ambos profesionales, el artículo 58 de la misma norma permite al procurador salvar su responsabilidad, anteponiendo a su firma la expresión “al solo efecto de representación”.

3.3 Tutela judicial efectiva y derecho de defensa

Habiendo examinado las funciones que estos profesionales desarrollan, así como, las normas que configuran la responsabilidad en caso que se den defectos en su intervención, surge la reflexión sobre si en estos casos se pueden estar vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa del cliente perjudicado, debido a la coincidencia entre las funciones que llevan a cabo abogados y procuradores y el objeto de estos derechos.

El derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 CE implica que cualquier persona pueda promover un proceso judicial que conlleve a una resolución, jurídicamente motivada, sobre las pretensiones formuladas, así como, que pueda interponer contra la misma los recursos que el ordenamiento prevea y finalmente, que se haga efectivo el fallo judicial, mediante alguno de los procedimientos ejecutivos, en caso que se requiriera.

En algunas sentencias, aunque muy infrecuentes o minoritarias y sobretodo procedentes de audiencias provinciales, apunta la doctrina que se ha identificado erróneamente el incumplimiento de deberes profesionales con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁴.

El elemento clave para entender porqué se considera errónea tal asimilación está en el hecho que el sujeto obligado o el sujeto pasivo del derecho a la tutela judicial, como el mismo nombre indica, son los jueces y tribunales y, por tanto, si la violación del objeto de este derecho procede de un tercero (abogado o procurador) que no está integrado en el Poder Judicial, no se puede entender que se esté dando una violación de la tutela judicial efectiva como tal, aunque el objeto protegido por el derecho y el objeto que se ha visto vulnerado sea el mismo, de ahí la necesaria reflexión al respecto.

En otras palabras, me refiero al hecho que aunque el incumplimiento del profesional se relacione mediante nexo causal con la consecuencia dañosa consistentes en no poder acceder al sistema judicial (por caducidad de la acción, por ejemplo), en no poder obtener respuesta motivada sobre una pretensión (por no haberse formulado en la demanda) o en no poder acceder a los recursos (por haber transcurrido el plazo), no se puede considerar que se ha vulnerado el derecho constitucional del cliente a la tutela judicial efectiva porque las obligaciones que este derecho desprenden las ha de cumplir el juzgado o tribunal, dando respuesta a las alegaciones que el abogado, de acuerdo con el pacto entablado con el cliente, realice.

La prohibición de indefensión a la que se refiere el último apartado del citado artículo, así como el derecho de defensa contenido en el artículo 24.2, se refieren la privación de los medios de defensa procesal a una de las partes del proceso, anulando o restringiendo, total o parcialmente, sus oportunidades de defensa.

Se ha dado en el proceso penal la consideración que ante el incumplimiento de ciertas obligaciones de estos profesionales se está incurriendo en vicios de nulidad en el procedimiento que deben subsanarse mediante la repetición de actos procesales concretos o del proceso íntegramente, como se desprende de la STEDH 22600/93, *Daud contra Portugal*, 21/04/1998, que analiza el CEDH en relación al derecho de defensa y determina que el Convenio tiene como fin proteger derechos concretos y efectivos y, por ello, las autoridades judiciales deben intervenir si el defecto en que incurra el profesional es manifiesto.

En el proceso civil, debido a su propia configuración, no son aplicables analógicamente estas previsiones teniendo en cuenta que rigen los principios dispositivo, además del de imparcialidad judicial y seguridad jurídica, los cuales, se verían alterados si el juez pudiera intervenir en el proceso, supliendo las faltas del abogado o del procurador o si el proceso pudiera quedar supeditado a posibles negligencias profesionales.

⁴⁴ Crespo Mora, María Carmen “La responsabilidad... op. cit. (2006), p. 279 - 280 cita sentencias con dicha identificación errónea: SSTS 28 de enero de 1998 y de 7 de abril de 2003, así como jurisprudencia menor. En el mismo sentido Moreo Ariza, Javier “La compleja configuración del daño ... op. cit., p. 14.

De esta forma, la doctrina entiende que “la infracción del principio de contradicción debe considerarse irrelevante si la provoca la falta de pericia técnica de los profesionales, conducta equivalente a que la propia parte, con su desidia o desinterés, se cause a sí misma indefensión”⁴⁵.

El principio dispositivo que rige el proceso civil, no implica únicamente que la actividad judicial se inicie y pueda finalizar a instancia de parte y que sea ésta quien determine el *petitum*, sino que también implica que sean los litigantes quién decidan el modo en que se instan las pretensiones y que el juez únicamente puede pronunciarse en base a las alegaciones hechas por las partes; es por eso que para el caso que se incurra por parte de los profesionales del derecho en negligencia profesional, como hemos visto, nuestro sistema configura la solución condicionada al hecho que por un lado, el cliente perjudicado se dé cuenta y consecuentemente decida reclamar la indemnización para la reparación de los daños padecidos (ya sea vía judicial o extrajudicial) y por otro, que el daño padecido se pueda probar y mantenga un nexo causal con un incumplimiento de la *lex artis* del profesional, cumpliéndose así los requisitos propios del derecho de daños, que voy a seguir explicando más detalladamente en el siguiente apartado, y que regulan las relaciones contractuales o extracontractuales de carácter privado entre los sujetos referidos en el primer apartado del trabajo.

⁴⁵ Moreo Ariza, Javier “La compleja configuración del daño ... op. cit., p. 7.

4. El daño

Otro presupuesto necesario para que se dé la responsabilidad civil es la producción de un daño. Las características requeridas para que el daño sea reparable las encontramos definidas por la jurisprudencia, puesto que nuestro Código civil no especifica ningún requisito, siendo principal el hecho que el daño se produzca sobre un interés legítimo y, por tanto, que ese interés esté protegido por el ordenamiento jurídico.

En este apartado voy a hacer referencia por un lado a los requisitos necesarios para que el daño se considere reparable según los tipos de daño que pueden ocasionar los profesionales estudiados y, por otro relacionado con esta tipología, me refiero a los criterios que se están dando a por parte de la jurisprudencia para resolver sobre la cuantificación del daño y, por tanto, sobre la indemnización que corresponde pagar a los profesionales en cada caso. Aun así, del estudio de la doctrina sobre la materia se desprenden otros criterios que han ido modificándose con el tiempo.

4.1 Tipos de daño y sus criterios de cuantificación

4.1.1 Daño patrimonial y daño moral

El estudio de la disciplina general de la responsabilidad civil acostumbra a hacer esta distinción entre daños patrimoniales o materiales y daños morales con el fin aparente de aplicar unos criterios u otros para cuantificar el daño y fijar así la cuantía para su reparación o compensación.

El daño patrimonial es aquél por el que el sujeto perjudicado sufre una lesión en su patrimonio, por tanto, sobre su propiedad o sobre otro derecho de contenido patrimonial (real, personal o intelectual) y que por tanto posee un marcado contenido económico. Este tipo de daño, a su vez, se clasifica como daño emergente y lucro cesante⁴⁶, sobre lo que voy a tratar en el siguiente apartado.

El daño moral comprende una lesión extrapatrimonial, sobre un interés legítimo de la persona que no tiene contenido económico, como son los derechos personalísimos, de la personalidad o de familia; daños morales que el propio ordenamiento contempla al legislar sobre algunos de estos derechos⁴⁷ y que a pesar de sus previsiones sobre la valoración, se someten al criterio discrecional del juez que deba resolver.

⁴⁶ Díez - Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil* Volumen II, Tecnos, 9a Edición, 2001, p. 546.

⁴⁷ Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en el artículo 9.3 se establece que “la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida”.

La diferencia se centra en la distinta funcionalidad que tiene el dinero para restaurar el daño ocasionado, puesto que en el daño moral la indemnización representa una compensación o un atenuante de los efectos negativos que ha producido el daño, no pudiendo equipararse la cuantía de la indemnización al padecimiento sufrido que consistirá en sentimientos de depresión, culpabilidad, pena, vergüenza, complejo de inferioridad, sensación duradera de inseguridad, síndromes de ansiedad, etc⁴⁸. La reparación, por lo general, es mucho más exacta para los daños patrimoniales aunque como veremos, para el caso de la responsabilidad del abogado y procurador no es del todo cierto puesto que su cuantificación también resulta complicada debido a las características propias del daño que ocasionan.

Ambos tipo de daños no son incompatibles entre sí puesto que se puede dar el caso que un mismo acto u omisión ocasione una lesión en la esfera patrimonial (daño material) y también en la esfera extrapatrimonial (daño moral) y que, por tanto, como veremos seguidamente en casos concretos, el juzgador cuantifique la indemnización teniendo en cuenta simultáneamente ambos conceptos de daño.

Centrando la distinción en el ámbito de la responsabilidad civil de abogados y procuradores, también se da en la casuística la obligación de indemnizar para la reparación de daños patrimoniales, morales o de ambos simultáneamente; por eso, igual que para el caso de la responsabilidad contractual o extracontractual, se aconseja acumular ambas pretensiones, siempre que se puedan acreditar.

Tomando de referencia la jurisprudencia sobre responsabilidad civil de abogados y procuradores, voy a intentar esclarecer cuáles son los daños que han tomado en consideración para responsabilizar al profesional, precisando que no se ha dado una jurisprudencia unánime ni consolidada por lo que respecta a la conceptualización del daño ocasionado por letrados y procuradores debido a la dificultad que plantea la determinación de los conceptos por los que se indemniza, de manera que se han dado resoluciones en sentidos opuestos y contradictorias.

Para el caso del daño patrimonial, la STS de 5 de junio de 2013 [RJ 2013/4970] (FJ 3.B) manifiesta que “cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades)”.

⁴⁸ Maciá Gómez, Ramón “La dualidad del daño patrimonial y del daño moral” Doctrina de *Revista de responsabilidad civil y seguros*, p. 24

Se refiere a la doctrina del daño moral la STS de 23 de octubre de 2015 [RJ 2015/4897] (FJ 2): “[...] sobre el daño moral, se considera [...] que no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva, pero precisando que deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica”

Ambos preceptos toman como punto de partida la privación del acceso a la tutela judicial. Consideran que se ha ocasionado un daño patrimonial si la acción que se pretendía ejercitar buscaba la obtención de una ventaja de contenido económico. El daño moral lo definen como aquél que no es evaluable patrimonialmente porque recae en la esfera de lo personal, lo que no implica que no pueda cuantificarse a efectos de indemnización. La categoría del daño moral la configuran como residual al del daño patrimonial.

Las apreciaciones que realiza el tribunal sobre el daño moral vendrían a decir que la privación del acceso a la tutela judicial efectiva puede ocasionar daños morales resarcibles, de ahí que a pesar que la acción frustrada pretendiera una reclamación de un derecho patrimonial y se considere que se ha dado un daño patrimonial, puede al mismo tiempo, debido a las circunstancias padecidas por la persona a raíz de esa privación ocasionada por el profesional, acreditarse la concurrencia de un daño moral.

Hay que diferenciar por un lado la acción principal frustrada, acción de la que se encuentra privado el cliente, de la acción de responsabilidad frente al letrado o procurador. Un aspecto de la problemática de la solución de la acción de responsabilidad pasa por entender si se debe llevar a cabo una valoración del fondo de la acción principal o si, por el contrario, el daño se desprende de su mera frustración.

El criterio que ha usado la jurisprudencia para resolver es el de la pérdida de oportunidad procesal, se trata de una doctrina que se ha usado para resolver estos casos de formas diferentes, es decir, con el mismo nombre se han usado criterios distintos de valoración.

Esta doctrina se ha utilizado también en el ámbito de la responsabilidad médica como en casos de niños con síndrome de Down u otros problemas que podrían haber sido detectados con pruebas prenatales, dando así la opción a la madre de interrumpir el embarazo⁴⁹.

⁴⁹ Paniza Fullana, Antonia “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del quantum indemnizatorio” Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil num. 11/2012, p. 5. Es destacable el ejemplo de la STS de 16 de junio de 2010 que concede una indemnización de 1.500.-€ mensuales a favor del hijo discapacitado y de 75.000.-€ a favor de cada uno de los padres que incluyen el daño moral

Como decía, la llamada pérdida de oportunidad se ha usado de pretexto para indemnizar en concepto tanto de daños morales como patrimoniales, usando argumentos muy distintos y confusos, que hay quien justifica en la amplia casuística que se da sobre el tema y por eso encuentran adecuado realizar un catálogo en grupos o familias de casos⁵⁰, lo que en definitiva hace más difusa aún cualquier tipo de conclusión sobre el daño y su pertinente valoración.

Nos ocupa descifrar cómo debe calificarse el daño producido por la pérdida de oportunidad procesal ¿como daño material o como daño moral? Se han sucedido de manera alternativa en el tiempo respuestas jurisprudenciales en ambos sentidos, aunque también hay quien establece un orden cronológico de los distintos criterios⁵¹.

Hay jurisprudencia en que se ha rechazado realizar un juicio del fondo de la acción principal frustrada (“juicio del juicio”) para valorar el daño patrimonial causado, por considerar que esa discusión pertenecía al campo de las conjeturas, y se ha optado por indemnizar en concepto de daño moral justificado en la privación de que las pretensiones sean examinadas por los tribunales (de recurrir o de acceso a la tutela judicial efectiva)⁵². Estas resoluciones son las que han recibido las críticas más duras por parte de la doctrina, puesto que ante la ausencia de motivación entorno a la cuantificación, se hace alusión a la inseguridad jurídica que suscita una valoración de carácter tan discrecional por parte del juez.

Otras sentencias que aprecian también la concurrencia de un daño moral, sin embargo, sí que entran a valorar la prosperidad de la acción frustrada como elemento a tener en cuenta para realizar la cuantificación del daño pero precisan que no es presupuesto de la existencia del daño, sino que la mera pérdida de oportunidad procesal ya objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación⁵³.

El problema de esta jurisprudencia y la razón por la que creo que se ha ido abandonando es que se está apreciando un daño moral objetivo, sin entrar a valorar el alcance real del daño. Si tenemos en cuenta la conceptualización de ambos tipos de daños patrimoniales y morales y la categoría residual que conforman los daños morales, configurados para los supuestos sufrimientos, que antes he referido, en que quedan

por la privación a la madre de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo y el patrimonial por los gastos extraordinarios que comporta una persona discapacitada.

⁵⁰ Así lo entiende De Ángel Yágüez, Ricardo “La responsabilidad civil del abogado” InDret: revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero 2008, p. 39 y otros autores.

⁵¹ Dupuy de Lome Manglano, Santiago “Sobre la consideración del daño en la responsabilidad civil del abogado: ¿daño moral o daño patrimonial?” Diario La Ley, nº 8437, 9 de diciembre 2014 (La Ley 8584/2014) y Paniza Fullana, Antonia “Responsabilidad ... op. cit.

⁵² Entienden que esta es la doctrina jurisprudencial mayoritaria: Blasco Pellicer, Ángel y Serra Rodríguez, Adela “El trabajo profesional ... op. cit. p. 9 y Moreo Ariza, Javier “La compleja configuración del daño ... op. cit., p. 13. Son sentencias en que se aprecia esta valoración: SSTS de 14 de diciembre del 2005, de 14 de julio del 2005, de 8 de julio del 2003, de 25 de junio de 1998, etc.

⁵³ En este sentido: SSTS de 26 de enero de 1999 y de 29 de mayo del 2003.

afectados derechos subjetivos, difícilmente puede presumirse, sin interpretaciones extensivas, el concepto de daño moral, puesto que éste no incluye lesiones sobre bienes económicos⁵⁴.

Parece que sería más adecuado para determinar la existencia del daño analizar cuál era el objeto de la acción principal que se ha visto frustrada, puesto que si esta no cumple con unos requisitos mínimos, no se va a poder acreditar el daño y la indemnización ante la pérdida de oportunidad procesal no adquiere sentido, puesto que quizás no se ha sufrido un daño, sino más bien un beneficio, debido a que esa acción resultaba inviable o era elevado el grado de probabilidad de ser desestimada, y a resultas hubiera causado más perjuicios al cliente de los ocasionados con el incumplimiento de la *lex artis*.

La doctrina ha valorado que la facilidad con la que se aprecian los daños morales en este tipo de asuntos se debe a que se ha convertido en un remedio para solucionar la complejidad probatoria que implica valorar el éxito de una pretensión no planteada o mal planteada, con lo que se acaba admitiendo el resarcimiento de pérdidas que tienen un estricto carácter económico, es decir, se ha ampliado excesivamente el concepto hasta el punto de incluir verdaderos daños patrimoniales. No se prueba realmente en estas resoluciones el daño moral y el criterio de cuantificación de “prudente arbitrio” genera inseguridad jurídica además de un posible trato desigual de los ciudadanos ante la ley, a diferencia de los criterios mucho más rígidos utilizados para determinar la existencia de daño moral en otras materias⁵⁵, los criterios aquí son inciertos y arbitrarios, puesto que aluden a la equidad, la facultad moderadora del tribunal, la casuística, lo cual puede llevar a pensar que el tribunal, sin entrar a valorar la existencia de un daño, quiere hacer responsable al profesional de su incumplimiento, dejando por tanto de lado la acreditación de todos los presupuestos que han de estar presentes para que efectivamente se pueda proceder a hacer al profesional responsable de la indemnización⁵⁶.

La valoración que entiendo acertada rechaza el hecho de separar el daño por la pérdida de oportunidad de la probabilidad de éxito de la oportunidad perdida y considera que son dos aspectos del mismo daño que se encuentran vinculados, habiéndose de valorar la viabilidad de la acción principal para poder resolver sobre la existencia de un daño por pérdida de oportunidad.

⁵⁴ Díez Picazo, L., Derecho de daños, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 329

⁵⁵ es el caso de los accidentes de circulación, el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor establece que anualmente se publiquen las cuantías con las que se deben indemnizar los daños ocasionados por este tipo de siniestros, con arreglo a unos baremos que incorporan en su cálculo la parte que corresponde a daños morales. A pesar que este sistema también ha generado muchas críticas, su formulación no atenta de manera tan directa a la seguridad jurídica y al principio de igualdad.

⁵⁶ En este sentido: Moreo Ariza, Javier “La compleja configuración del daño ... op. cit., p. 15, citando a su vez a Serra Rodríguez, A. “La responsabilidad civil del abogado” Aranzadi, Elcano, 2000. También critican la jurisprudencia de los daños morales De Ángel Yáguez, Ricardo “La responsabilidad... op. cit., p. 41; Reglero Campos, Fernando “La responsabilidad civil... op. cit., p. 812; Maciá Gómez, Ramón “La dualidad... op. cit., p. 29-30; Garnica Martín, Juan F. “La prueba del lucro cesante” Revista de responsabilidad civil y seguros, p. 47 y 53.

Por eso, el criterio jurisprudencial más adecuado es el que resulta de hacer una valoración del grado de probabilidad de la acción frustrada para así determinar un porcentaje que pueda servir para la cuantificación del daño patrimonial sufrido por el cliente por causa del incumplimiento de diligencia del profesional contratado.

La jurisprudencia ha optado también por este criterio realizando lo que se ha llamado “juicio dentro del juicio” para obtener así una cuantificación que sirva como base para reparar el daño patrimonial padecido a raíz de la pérdida de oportunidad procesal, siempre que efectivamente se entienda probado que la pretensión principal tenía la posibilidad de prosperar en algún grado.

Como advertía, el alternativo uso de todos los criterios expuestos ha dado lugar a resoluciones en las que se da una valoración simultánea de varios de los criterios y la apreciación de la concurrencia de un daño moral junto con uno de patrimonial.

Así ocurre con la STS de 20 de mayo de 2014 [RJ 2014/3761], en que debido a la larga espera y a la obligación de emprender más actuaciones judiciales de resultado incierto fruto de la negligencia del abogado del deber de informar, los demandantes recibieron indemnización por daños morales además de la indemnización del daño patrimonial por la pérdida de la oportunidad de reclamar la indemnización a la Administración Pública por el fallecimiento de sus familiares en un siniestro en el camping “Las Nieves” de Biesca, que otros perjudicados por el mismo siniestro, y por tanto, con pretensiones idénticas o “mellizas”, como se ha denominado por la doctrina⁵⁷, sí obtuvieron al encauzar su reclamación por la vía administrativa.

El TS en esta sentencia toma como referencia para establecer la cuantía íntegra de lo reclamado que la pretensión frustrada era “cierta a la vista del resultado de las reclamaciones de otros perjudicados en sus mismas circunstancias, y que la causa de esta pérdida ha sido siempre la misma, la falta de diligencia del abogado demandado al no advertirles que disponían de un año para reclamar” (FJ 4, penúltimo párrafo).

A pesar de la distinción sobre estas clases de daños que realiza la jurisprudencia constantemente, así como el debate doctrinal que sobre la misma se da, la STS de 27 de octubre de 2011 [RJ 2011/7313], realiza unas reflexiones de las que se desprende que lo relevante no es la denominación o calificación que le demos al daño padecido, sino la fijación de la cuantía indemnizatoria adecuada, es decir, lo relevante es la cuantificación del daño. Aspecto que puede resultar evidente si tenemos en cuenta que se trata del elemento último que representa la función resarcitoria del sistema de responsabilidad civil.

Concretamente, al resolver sobre un recurso de casación contra una sentencia que calificó el daño como moral dice que (FJ 3.C) “aunque sean discutibles los argumentos utilizados por la sentencia sobre la

⁵⁷ Así lo refiere Crespo Mora, María Carmen en “Algunos aspectos problemáticos... op. cit. (2009), p. 117

calificación del daño, no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por el recurrente y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso que se han tenido por acreditadas, valorando esencialmente, bajo la vestidura de unos y otros conceptos, las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado”.

Como se desprende de este fragmento, se calificó erróneamente de moral el daño por la pérdida de oportunidad procesal de obtener una resolución sobre el fondo de un asunto, por prescripción de la acción, que pretendía obtener una indemnización de la Administración por un accidente sufrido en una acera en mal estado. Debido a la adecuada proporcionalidad de la cuantificación del daño, el TS no impugnó la resolución, a pesar que el objeto de la acción frustrada era un beneficio de contenido económico y por tanto el daño debió de ser considerado como patrimonial.

La distinción entre daños patrimoniales y morales ha sido también criticada por conformar una falacia⁵⁸, puesto que al cliente perjudicado no le preocupa la calificación del daño que ha padecido, sino su reparación, puesto que el daño es una realidad ajena a las interpretaciones aquí expuestas.

La pérdida de una vivienda, con origen en una negligencia profesional de un abogado, puede interpretarse por la jurisprudencia tanto como un daño moral, con base a la sede de la personalidad que representa, y por tanto incuantificable, como un daño material fácilmente cuantificable⁵⁹. Esta crítica viene a precisar que la distinción más que ayudar perjudica, porque genera inseguridad jurídica al que sufre el daño cierto y real de perder la vivienda y se entran a valorar connotaciones personales que no ayudan a resolver el supuesto satisfactoriamente, sino a introducir más hipótesis sin resolver o de más complicada resolución.

No obstante, esta crítica, que puede calificarse de reduccionista⁶⁰, podría llevarnos a ignorar aspectos importantes del daño y por tanto no debe ser generalizada, puesto que la concreción del daño producido y su adecuada reparación si que introduce hipótesis complejas sobre las que se debe reflexionar para llegar a alcanzar una solución adecuada al ordenamiento jurídico en el que se insertan.

⁵⁸ En este sentido lo expone Maciá Gómez, Ramón “La dualidad... op. cit., p. 29-30.

⁵⁹ Ejemplo sustraído de Maciá Gómez, Ramón “La dualidad... op. cit., p. 29-30.

⁶⁰ El reduccionismo es el enfoque filosófico según el cual la reducción es necesaria y suficiente para resolver diversos problemas de conocimiento; definición de Bunge, M. (2001) *Diccionario de filosofía*. México, Siglo XXI.

4.1.2 Daño emergente y lucro cesante

Habiendo valorado la idoneidad de la identificación de daños patrimoniales para la resolución de la mayoría de los supuestos en que se aprecia responsabilidad civil de abogados y procuradores, voy a profundizar entorno a las clasificación de los daños patrimoniales que se ha dado por la doctrina ya desde el derecho romano: el daño emergente (*damnum emergens*) y el lucro cesante (*lucrum cessans*).

La doctrina diferencia el daño emergente como los “daños efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados o que se van a realizar” y el lucro cesante como “ganancia dejada de obtener o pérdida de ingresos [...] este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre pues la realidad es que no se llegó a obtener la ganancia, por eso hay que manejarse en términos de cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias concretas para evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por pérdidas que nunca se hubieran producido”⁶¹.

El artículo 1106 CC también hace referencia a esta distinción, aunque sin mención expresa a su terminología: “la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

La apreciación de daños emergentes son frecuentes en actuaciones de tipo no procesal o extrajudiciales que desempeñan tanto abogados como procuradores cuando estas constituyen obligaciones de resultado, puesto que la no acreditación del resultado conlleva a la apreciación de un daño efectivo, directo y cierto, el cliente se ha visto privado de la contraprestación por la que había satisfecho un precio (imaginemos el caso del encargo de un informe jurídico entorno unas circunstancias de hecho o el encargo de realizar los trámites burocráticos para adquirir un inmueble, un vehículo, ...).

También serán daños emergentes las costas de un procedimiento que han venido impuestas debido a la actuación negligente del profesional, por un mal planteamiento de la acción por ejemplo. Se me ocurre el supuesto de una demanda presentada en un juzgado que no ostenta la competencia territorial para conocer del asunto y, por tanto, la inadmite pero debido a la normativa vigente sobre tasas judiciales el cliente abonó una cantidad en tal concepto que no le va a ser devuelta, teniendo que volver a pagar dicha tasa si se opta por interponer la demanda en el juzgado competente.

Parte de la doctrina afirma que el daño emergente consiste en la privación de la pretensión⁶² y que esta se da cuando la probabilidad de que la acción frustrada prosperara era del cien por cien, sin embargo, hay que

⁶¹ Reglero Campos, Fernando, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson – Aranzadi, Navarra 2008, Tomo I, p. 330.

⁶² Hace uso de esta expresión Crespo Mora, María Carmen en “Algunos aspectos problemáticos... op. cit. (2009) y Blasco Pellicer, Ángel y Serra Rodríguez, Adela “El trabajo profesional ... op. cit.

diferenciar claramente el daño emergente del lucro cesante, porque los problemas probatorios y de valoración de uno y otro son distintos.

Para una primera aproximación a esta distinción encontramos en la STS de 19 de febrero de 2014 [RJ 2014/1129], en que se aprecian ambos tipos de daño por el incumplimiento del letrado.

El asunto trata sobre el encargo por parte del cliente de los trámites de la compraventa de un inmueble. Debido a que no inscribió la titularidad ni canceló la hipoteca anterior sobre la finca, su cliente fue desahuciada, perdiendo así la vivienda y las rentas que obtenía al alquilarla, puesto que ese era el uso dado por la misma desde su adquisición.

El tribunal realiza un juicio de probabilidad por lo que se refiere a la valoración del lucro cesante y comprueba que desde que se adquirió la vivienda estuvo siempre alquilada hasta que fueron desahuciados (9 años), por tanto, la probabilidad que se hubieran seguido percibiendo rentas era alta y de este modo cuantifica el lucro cesante. Para la valoración del daño emergente tiene en cuenta el valor actualizado del inmueble, es decir, la cuantía económica que la cliente tendría en su patrimonio de no haber padecido el daño.

Con este ejemplo se aclaran las diferencias entre ambos daños. Mientras que, como indicaba, el daño emergente es un daño sobre un patrimonio que el perjudicado tenía a su disposición, y para su cuantificación se debe tener en cuenta el valor de dicho bien, el lucro cesante es una ganancia futura, que aún no se había obtenido y que como consecuencia del daño, ya no se va a poder obtener. Para la valoración del lucro cesante se deberá llevar a cabo un juicio de valor en base a las pruebas que la parte que alega haber padecido el daño aporte, las cuales serán siempre indicios encaminados a demostrar la probabilidad de que esas ganancias se habría percibido efectivamente y ello se valorará a través de un juicio objetivo realizado por un tercero con conocimientos sobre la materia, ya sea el juez o un perito.

Es en el ámbito de negligencias profesionales en relación a actuaciones procesales dónde esta distinción entre daños y su correspondiente valoración y cuantificación toma protagonismo y se ha de entender correctamente para poder ser aplicada sin confusión y sin mezclar los criterios de los distintos conceptos.

La responsabilidad civil de abogados y procuradores se produce, en la mayor parte de las actuaciones procesales, debido al daño padecido por el cliente por la pérdida de oportunidades procesales y, es esta una categoría de daños en la que la doctrina jurisprudencial se muestra laxa y tolerante, poco rígida en cuanto a la valoración de su prueba, no ofreciendo unos criterios claros y precisos que deban seguir los tribunales, como vamos a ver.

La controversia entorno al daño en estos casos surge a raíz de la difícil asimilación a los supuestos más claros o típicos de lucro cesante. El juicio de prosperidad que exige la acreditación de la existencia de un daño por lucro cesante se encuentra sujeto a varios criterios.

Por un lado está el criterio de normalidad, es decir, se pondera lo que hubiera podido ocurrir “según el curso normal de los acontecimientos y de las circunstancias concretas del caso”⁶³ a través de un juicio hipotético que no ha de llevar a una certeza absoluta, sino únicamente a una alta probabilidad.

Por otro lado, y este es el criterio más controvertido, ese juicio hipotético se debe realizar con parámetros objetivos, es decir, ha de basarse en hechos y en la lógica, no en sentimientos y sensaciones. De este modo, se ha dicho por la jurisprudencia que no resultan indemnizables una mera esperanza imaginaria, dudosa y contingente⁶⁴, cuando el beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción, supuesto al que han hecho referencia también como “sueños de fortuna”⁶⁵.

Encontramos jurisprudencia en que se aplican estos criterios propios del lucro cesante, se lleva a cabo un juicio de probabilidad y mediante criterios objetivos se aprecia la existencia de ese daño.

Empezando por un caso reciente en que el juicio de probabilidad resulta sumamente sencillo (pudiendo fácilmente confundirse con daño emergente), la STS de 4 de febrero de 2016 [RJ 2016/35974], en síntesis trata de una falta del deber de informar al cliente sobre el cauce o circunstancias del proceso.

El cliente demandante, la empresa Pavimentos Iscar SL, sufrió daños materiales en uno de sus camiones a raíz de un accidente de circulación. Se enjuiciaron los hechos mediante un juicio de faltas en un juzgado de instrucción que concluyó con la condena de la entidad Mapfre a indemnizar con 51.544,76.-€ de principal a Pavimentos Iscar SL por los daños causados.

Esa sentencia fue revocada por la sentencia de apelación que estimó que Pavimentos Iscar SL no tenía legitimación para continuar con el proceso penal, sin perjuicio del derecho a acudir a la jurisdicción civil.

El letrado omite informar sobre esta sentencia y ante esta falta, se deja transcurrir el plazo para instar la acción, ocasionando al cliente una pérdida de oportunidad procesal para reclamar la indemnización que ya le fue concedida en su día, aunque sin efecto por motivos de forma.

La demanda de responsabilidad civil se estima en instancia apreciando la existencia de un daño moral y sin entrar a hacer valoraciones sobre la acción frustrada. En apelación sí que se realiza ese juicio, valorando la probabilidad cierta de que la indemnización que en su día fue estimada hubiera vuelto a obtenerse, puesto que tras analizar esa primera sentencia entienden que era correcta en la cuantía que fijó para la indemnización.

⁶³ Cita expresa de la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias como: SSTS 16/06/1993, 15/07/1998, 29/12/2001, 21/04/2008.

⁶⁴ Términos usado en SSTS 19/01/2006, 29/12/2000, 30/10/2007

⁶⁵ Con este término se refieren las SSTS 4/02/2005 y 30/10/2007

El TS confirma la sentencia de apelación, “la acción omitida era plenamente viable y por tanto, de haberse ejercitado en tiempo, habría sido totalmente estimada, como se deduce de la solución aportada por la Audiencia que hoy se recurre” (FJ 5, tercer párrafo), por tanto, confirma el juicio de valor sobre la acción frustrada y condena al abogado al pago de 75.309,78.-€ (que corresponden a los 51.544,76.-€ que reconoció instrucción más 23.764,92.-€ del interés legal del dinero desde la fecha del accidente).

Otro asunto en el que del juicio de probabilidad que realiza el tribunal se desprende una certeza es el de la STS de 14 de octubre de 2013 [RJ 2013/7440] que contempla el caso de una demanda mal planteada sobre el ejercicio de acciones por un accidente de tráfico sufrido por la hija del cliente. El mal planteamiento se refiere a la omisión de la solicitud de las cantidades derivadas de los factores de corrección de la tabla IV del baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos de Motor (daños morales complementarios, incapacidad para el desempeño de las labores ordinarias de la vida, adaptación de la vivienda consecuencias del estado físico después del accidente y perjuicios morales y familiares). Ese defecto en la demanda no se subsanó tampoco en la audiencia previa de ese procedimiento, no pudiendo ser aplicados dichos baremos de oficio por el juzgado, puesto que la sentencia habría sido calificada de incongruente.

En primera instancia se desestimó la demanda. La AP estimó parcialmente la reclamación condenando al abogado a pagar 443.277,27.-€ de los 493.257,27 reclamados por su cliente, es decir, 49.980.-€ menos de los que pedía por no considerar exigible uno de los conceptos no reclamados por el abogado.

El TS confirma la sentencia de apelación y comparte su razonamiento, entiende que, debido a la obligatoriedad de la aplicación de ese baremo y la obligación del letrado de conocer el derecho aplicable al caso, el abogado impidió que se le indemnizara en esos conceptos, concretamente dice que “la actuación negligente por parte del letrado tuvo repercusiones indudablemente negativas para su cliente” (FJ 6) ello sin realizar un juicio exhaustivo de la acción frustrada, puesto ya lo realizó la audiencia y el TS sólo se limita a desestimar las alegaciones en contra de esa sentencia que realiza el abogado demandado.

La STS de 20 de mayo de 2014 [RJ 2014/3761], a la que ya he hecho mención para recalcar la distinción entre daños patrimoniales y morales y a lo que me remito por lo que hace a la explicación de los hechos, es otro ejemplo en el que la certeza del juicio de probabilidad es casi absoluta.

Aquí el TS para realizar el juicio dentro del juicio mediante criterios objetivos lo tuvo realmente sencillo puesto que hubo otras personas que no se vieron perjudicadas por la actuación negligente de sus abogados ante los mismos hechos y, por tanto, al haber sido resueltas efectivamente esas pretensiones asimilables a las del caso, no hubo que indagar mucho en el juicio hipotético, puesto este se realizó efectivamente con otros sujetos; de esta forma el TS dice que la oportunidad perdida era “cierta a la vista del resultado de las reclamaciones de otros perjudicados en sus mismas circunstancias, y que la causa de esta pérdida ha sido siempre la misma, la falta de diligencia del abogado demandado al no advertirles que disponían de un año para reclamar” (FJ 4, penúltimo párrafo). La cuantía con la que se indemnizaron las pretensiones

mellizas es la que ha de satisfacer el letrado que incumplió, junto con la cuantía del daño moral antes referido.

En esta sentencia se niega uno de los requisitos que con anterioridad y por parte de la doctrina se había entendido necesario para poder resultar exigible una indemnización por pérdida de la oportunidad procesal. Se trata de que el resultado de la actuación del letrado sea definitivo, que la situación no pueda ser subsanada a través de posteriores actuaciones procesales y que por tanto la pretensión resulte desestimada de manera irrevocable con efecto de cosa juzgada⁶⁶.

Tanto el juzgado de instancia como la AP desestimaron la demanda porque no había ninguna resolución que declarase la prescripción de la acción frente a la Administración. La controversia en estas dos sentencias la centran en el cómputo del plazo de prescripción, puesto que no está claro qué criterio se debe seguir para iniciar ese cómputo, y dada la incerteza de las conclusiones a las que llegan, optan por considerar que no se acredita el requisito mencionado sobre efecto de cosa juzgada.

Resulta ciertamente irónica la sentencia de la Audiencia que tras inadmitir por extemporáneo el escrito aportado por la actora-apelante en el que comunicaba que el Ministerio de Medio Ambiente había resuelto desestimar, por prescripción, su reclamación administrativa previa, resuelve en sentido de no apreciar el perjuicio como cierto por no existir resolución que aprecie la prescripción.

El Supremo, ante la irracionalidad de estas sentencias, entiende que no se puede exigir que el cliente agote todos los recursos existentes cuando están destinados al fracaso para que así proceda la reclamación frente al abogado negligente, desacreditando la aplicación de ese requisito de forma general e indiscriminada, sin criterio.

El problema en la resolución de este tipo de asuntos surge cuando ese juicio de probabilidad no resulta tan sencillo de resolver como en los ejemplos expuestos, suscitando más dudas que certezas, lo que va a suceder la mayor parte de las veces ante un juicio que todavía no se ha llevado a cabo.

Consultando la doctrina jurisprudencial respecto la pérdida de oportunidad contemplado como un daño patrimonial⁶⁷, se ha dicho que “el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica para realizarlas” (SSTS de 5 de junio de 2013 [RJ 2013/4970]; de 24 de abril de

⁶⁶ Este criterio ha sido usado en otras SSTS como las que cita Crespo Mora en “Algunos aspectos... op. cit. : 7/12/1989 y 18/06/2004, pie de página num. 44

⁶⁷ Esta doctrina jurisprudencial, según Dupuy De Lome Manglano, Santiago “Sobre la consideración del daño... op. cit., p. 2, fue marcada por la STS 27 de julio de 2006 y posteriormente fue completada y consolidada por otras sentencias como las SSTS de 31 de marzo de 2010, 14 de julio de 2010 y 28 de junio de 2012.

2015 [RJ 2015/2388]). En síntesis, se refiere a la viabilidad de la acción frustrada y la probabilidad de éxito de la misma, lo que conlleva a determinar que “la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que el juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente” (SSTS de 5 de junio de 2013 [RJ 2013/4971]; de 19 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7448]; de 23 de octubre de 2015 [RJ 2015/4897]).

Entre estos dos extremos del abanico al que hace referencia la jurisprudencia encontramos la zona de penumbra, los asuntos difíciles de resolver, aquellos en que no se da certidumbre en relación al resultado en sentido positivo ni negativo, en los que el juicio del juicio no se puede resolver aplicando la lógica debido a la falta de información sobre las pruebas o alegaciones que las partes podrían haber aportado. Son los supuestos en que la inclinación hacia una respuesta podría conllevar un “sueño de fortuna” o un juicio contingente. Voy a hacer mención a una sentencia que encuentro destacables y que puede servir para una reflexión más profunda sobre la solución adecuada al problema.

La STS de 5 de junio de 2013 [RJ 2013/4971], resuelve la demanda de una clienta a su abogado. La clienta era arrendataria de una vivienda que había sido vendida, contactó con el abogado para que le llevara la defensa en el ejercicio de su derecho de retracto. Tras haber transcurrido el plazo para interponer la acción, sin haberse llevado a cabo, se enjuicia la responsabilidad del letrado.

El juzgado de instancia, al comprobar la prosperidad de la acción de retracto entiende que era elevada y difiere con la cuantía de la demanda, que era de 202.000.-€; el cálculo de restar el valor de la tasación de la vivienda en esa fecha (630.200.-€ según informe pericial) y lo que hubiera debido de abonar (400.000.-€) como precio de compra, más 28.000.-€ de impuesto de transmisiones, únicamente en una parte de estos últimos gastos reembolsables, prácticamente concede la totalidad de la reclamación (200.199,08.-€ de los 202.000.-€ que se pedían).

Para hacerlo toma como referencia que: (i) la demandante era arrendataria de la vivienda que ocupaba; (ii) se había producido la transmisión onerosa de vivienda; (iii) se encargó el asunto al abogado con tiempo suficiente para preparar la correspondiente demanda de retracto, no obtener resultado las conversaciones habidas entre las partes y (iv) se presentaron en la notaría los cheques bancarios para abonar la cantidad entregada por los compradores y el impuesto de transmisiones patrimoniales (FJ 1, apartado 4.b).

Estos hechos que toma de referencia el juzgado, la audiencia aprecia que conforman únicamente la viabilidad de la acción, lo que comporta que concurren las circunstancias requeridas para ejercitar la acción, pero no acreditan la prosperidad, puesto que para ello hay que valorar también “las condiciones objetivas para que la demanda de retracto prosperase a la vista de los hipotéticos motivos de oposición que hubieran podido formular los demandados” (FJ 1, apartado 4.c).

La sentencia de apelación aprecia un grado mucho más bajo de prosperidad de la acción frustrada, realizando un estudio más exhaustivo del juicio que podría haber tenido lugar a través de los indicios que aportó el abogado demandado en el sentido de que su clienta no tenía capacidad económica para adquirir la vivienda y que se pretendía un fraude de ley ejercitando el retracto a favor de terceras personas.

Esta segunda instancia concluye que el valor del perjuicio causado es de 50.000.-€, aspecto criticado por el TS por “no haber fijado un porcentaje de posibilidades y aludir genéricamente a la incertidumbre del proceso”; de esta forma, el TS, “respetando la valoración fáctica hecha por la AP”, determina que “no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso sea superior al de posibilidades de éxito de la acción en el supuesto de que hubiera sido entablada” (FJ 3, apartado e) y fija la indemnización en 100.099,54.-€ (el 50% de la cifra concedida por el juzgador de instancia).

La respuesta ofrecida por el TS de objetar el juicio de probabilidad en un porcentaje que se obtiene ponderando hechos mediante la lógica lo encuentro acertado, puesto que no da cabida a argumentos arbitrarios y apuesta por una solución que no se observa en la jurisprudencia anterior, consistente en aplicar los criterios del lucro cesante en un supuesto en que la probabilidad del juicio del juicio no resulta cierta o elevada.

El Supremo, ante las dos resoluciones anteriores, comprueba cómo si se valoran las circunstancias de hecho particulares para afrontar la acción, se concluye que ésta se podía llevar a cabo y, por tanto, la pérdida de oportunidad merece ser resarcida, mientras que si se comprueban las dificultades que el ejercicio de la acción hubiera tenido que superar, a la vista de alegaciones que la contraparte hubiera podido hacer constar, esa certeza en la afirmación de que la pérdida de oportunidad debe ser resarcida se diluye, lo que se traduce con la disminución (notable) de la cuantía indemnizatoria.

De esta forma aporta una solución que se ha criticado de salomónica⁶⁸ pero que representa un avance si tenemos en cuenta la tendencia anterior de acudir al daño moral para resarcir lucros cesantes que no podía demostrarse con una alta probabilidad y que por tanto, caerían en el terreno de juicios contingentes no indemnizables.

⁶⁸ Chaparro Matamoros, Pedro “La responsabilidad civil del abogado por no interposición de la acción de retracto en plazo. Comentario a la STS núm. 373/2013, de 5 de junio” Revista Boliviana de Derecho nº 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 452.

Si la solución aportada por esta sentencia se consolidara en la doctrina jurisprudencial del TS, cosa que aún no ha ocurrido, se estaría optando por dar cabida al reconocimiento de lucro cesante en aquellos supuestos en que las probabilidades de éxito de la acción no estuvieran rozando a la certeza pero sin embargo, existieran, a pesar que para acreditarlas hubiera que realizar juicios de contingencia, imaginando supuestos que podrían o no haber ocurrido, con el fin único de fijar un porcentaje de posibilidades, racional, de que estos se dieran efectivamente pero no, como presupuesto para acreditar la existencia del daño, pues, este se dá por el hecho que se acredite que la acción frustrada era viable.

Parece ser que esa resolución puede conformar un pronunciamiento aislado y que la solución que aporta y que he desarrollado no se va a dar a la vista de sentencias posteriores como la STS de 19 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7448], en que se dice que el rechazo de la indemnización del daño material ocasionado por pérdida de oportunidad no excluirá la indemnización del daño moral que se demuestre existente como tal y que pueda vincularse causalmente con el acto negligente del abogado.

En ninguna de las sentencias del TS de los últimos cinco años he encontrado que este supuesto se haya dado, y no creo que vaya a darse, puesto que no me imagino qué tipo de daño moral puede ocasionar una pérdida de oportunidad para ejercitar una acción judicial inviable, esta pérdida sólo podrá ocasionar un beneficio al cliente consistente no haber dado la oportunidad para invertir tiempo y dinero para reclamar algo que no podía realizarse.

Por ello, el daño moral sólomente podría acreditarse cuando la prosperidad del juicio frustrado fuera muy elevada, tal y como ocurre en la STS de 20 de mayo de 2014 [RJ 2014/3761], que antes he explicado.

5. La relación de causalidad

El incumplimiento de la *lex artis* del profesional, abogado o procurador, para generar responsabilidad civil ha de estar relacionado con el daño mediante un nexo causal, como he dicho en el apartado 3.

La jurisprudencia destaca sobre este aspecto: “(i) que la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva, (ii) que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiera la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, y (iii) que le corresponde sentar dicho juicio al tribunal de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido (STS de 19 de febrero de 2014, FJ 10).

Ante daños emergentes, existirá relación de causalidad si es cierta la afirmación: “si el abogado o procurador no hubiera incumplido, su cliente no hubiera perdido el bien o derecho que tenía”.

La relación de causalidad entre incumplimiento y lucro cesante se reflejaría con la afirmación: “si el abogado o procurador no hubiera incumplido, su cliente hubiera obtenido un bien o un derecho que pretendía obtener”.

Estas afirmaciones se aprecian como ciertas en la STS de 19 de febrero de 2014⁶⁹, en que el daño emergente y el lucro cesante que sufre el cliente mantiene claramente una relación causal con el incumplimiento del letrado.

Los debates doctrinales que se han dado sobre este apartado giran en torno al nexo causal que mantiene el incumplimiento con el daño en los supuestos de pérdida de oportunidad procesal en los que la prosperidad de la acción no resulta acreditada cien por cien. La controversia se genera al razonar que el abogado o procurador han privado al cliente del bien o derecho que pretendía reclamar, con lo que no necesariamente existe relación causal, puesto que también podía ocurrir que sin mediar incumplimiento del profesional, el cliente no hubiera obtenido el bien o derecho que pretendía.

El nexo causal, en estos casos, como he apuntado en el apartado sobre el daño, se encuentra entre el hecho o la omisión del profesional y la pérdida por parte del cliente de la oportunidad de que la pretensión sea estimada o del acceso a la tutela judicial efectiva, que es el contenido del daño, por eso, para llevar a cabo el cálculo de la indemnización se han de entrar a valorar las probabilidades reales de éxito, pues sólo éstas son las que representan el daño cierto que se ha ocasionado, no pudiendo indemnizarse probabilidades nulas ni infundadas.

⁶⁹ Explicada en la p. 28.

Volviendo a examinar la jurisprudencia, es un precepto doctrinal que se repite a lo largo de las sentencias que entran a realizar una valoración del nexo causal el siguiente:

“La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones. Este criterio no exige que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado . Comporta, sin embargo, la inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción” (STS de 22 de abril de 2013 [RJ 2013/4941], FJ 7, apartado a).

Este precepto, que configura supuestos en que no se aprecia nexo causal, se entiende si tenemos en cuenta que la obligación del abogado o del procurador es de medios y no de resultados, por tanto, la *lex artis* le exige un grado diligencia mínima para ejercer esa labor, es decir, se le exige, dentro de un abanico de posibilidades de actuación, aquella que, no perjudique a su cliente y le ofrezca, dentro de la incertidumbre que un proceso plantea, una defensa razonable. Así, se determina que a pesar que se haya cumplido con la diligencia exigible, el cliente puede padecer algún tipo de perjuicio pero no será en este caso responsabilidad del abogado, sino que se trata de lo que se ha calificado también como “riesgo general de la vida” o en este caso concreto, del riesgo general de ejercer una acción judicial.

Para entender más claramente cuando no media nexo causal entre la actuación del profesional y el perjuicio padecido es necesario poner ejemplos que podemos obtener de las siguientes sentencias:

El caso de la STS de 19 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7448], trata de un asunto de oficio en el que el cliente venía reclamando sin éxito una indemnización por los daños corporales sufridos en un accidente durante el rodaje de la película “El día de la Bestia”. El letrado demandado fue designado de oficio después de que la anterior letrada hubiera preparado recurso extraordinario por infracción procesal, concretamente basado en el ordinal 2º del art. 469.1 de la LEC. En su lugar, el letrado demandado interpuso recurso de

casación. El primer recurso se declaró desierto y el de casación no se admitió por no haberse anunciado en su momento.

Para valorar la negligencia en la que pudo incurrir el letrado, el TS dice que se ha de atender únicamente a las consecuencias que derivaron de la falta de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que su actuación estaba limitada por la de la letrada anterior y no se le puede responsabilizar de las actuaciones que no podía llevar a cabo por escapar de sus posibilidades, como la interposición de otro tipo de recurso con éxito.

Valorando las consecuencias de no interponer ese recurso preparado, el TS comprueba que no existían posibilidades de que se resolviera en sentido beneficioso para el cliente, puesto que la revisión del juicio probatorio es lo que podría beneficiarlo pero al haber anunciado el recurso por el ordinal 2º del referido art. 469.1 LEC, referido a la infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, el letrado demandado ya no tuvo la oportunidad de ofrecer al cliente los medios adecuados para que su pretensión tuviera éxito, por lo que, no concurre en este caso el nexo causal entre el daño padecido por el cliente, a raíz de la pérdida de oportunidad de acceder a un recurso ante el Supremo y la actuación que realiza el letrado defensor.

La STS de 24 de abril de 2015 [RJ 2015/2388], trata sobre un asunto de derecho tributario en el que se demanda a un despacho de abogados, Gil-Gibernau Asociados SL, por la negligente actuación en la prestación de los servicios encomendados.

La resolución de todas las instancias hasta el Supremo tiene por no probada esa negligencia por no constar en la hoja de encargo o en ningún contrato las actuaciones profesionales a los que la actora Conyser Ebro SL hace referencia para demandar al despacho de abogados, además de no poder presumirse ese encargo tácito al no haberse entregado al despacho de abogados la información y documentación necesaria para llevarlo a cabo.

Así pues, no acreditan nexo causal entre la actuación profesional del despacho de abogados y los perjuicios padecidos por la empresa demandante, puesto que no hubo actuaciones por parte del primero que pudieran dañar, al no existir encargo para que los abogados realizaran el asesoramiento que hubiera evitado el daño.

El mejor ejemplo para entender este apartado puede que sea la STS de 22 de abril de 2013 [RJ 2013/4941], en que se demanda a un abogado por no haber tenido éxito en la reclamación de los daños morales y gastos de alquiler que tuvieron que soportar sus clientes, ocupantes de un inmueble que tuvieron que desalojar debido a los daños que las obras de excavación para la construcción de un inmueble en el solar colindante ocasionaron.

En concreto, los demandantes alegan como negligente el no haber aportado los recibos que acreditaban el importe de los gastos de alquiler. La respuesta de todas las instancias en este caso coincide y ninguna entiende que se acredite la causalidad. Su argumentación pasa por entender que el letrado fue diligente en su actuación interponiendo demanda y proponiendo prueba y que la no aportación de esa documental o de otros elementos de prueba no es una omisión decisiva, no se demuestra que esa sea la causa de la

resolución desestimatoria y que por tanto esa omisión no acredita que se haya disminuido en algún grado apreciable las posibilidades de éxito de la acción, pues de la resolución se desprende que su motivación fue debido a criterios de apreciación.

6. Interrelación entre ambas profesiones

A lo largo del trabajo, a pesar que he hecho referencia simultánea a la figura del procurador y del abogado, las sentencias que he ido mencionando eran abogados los profesionales demandados.

Como se desprende del segundo apartado de este trabajo, las profesiones de abogado y la de procurador son independientes entre sí, cada profesional responde de su actuación con independencia de la actuación del otro profesional participe del mismo procedimiento y sin que deban llevar a cabo una tarea de vigilancia mutua sobre el cumplimiento de las funciones del otro profesional (así se desprende de la STS 27 de febrero de 2006 [RJ 2006/1564], FJ 3, último apartado).

Sin embargo, ambos profesionales interactúan constantemente durante los trámites procedimentales, debido a las funciones que cada uno lleva a cabo. Esta interacción constante ha comportado que en ocasiones no se reconozca a quién de los dos profesionales corresponde responder de una negligencia constatada y que por tanto, el perjudicado dirija la demanda conjuntamente contra abogado y procurador.

En algunos casos se ha condenado a ambos profesionales, como es el caso de la STS 18 de febrero de 2005 [RJ 2005/1682], en que les condenan a responder por la omisión de advertir al cliente del plazo de seis meses de que disponía para pagar el precio aplazado de una compraventa a partir de que la sentencia adquirió firmeza. Como consecuencia de esa omisión, el cliente perdió el inmueble por la resolución del contrato de compra.

En otros casos, se han desvinculado más claramente las funciones que corresponden a cada uno de los profesionales⁷⁰ como en las SSTS 27 de febrero de 2006 [RJ 2006/1564] y 27 de julio del mismo año [RJ 2006/6548], ambas muy parecidas.

En la primera se hace responsable civil al procurador por no haber notificado ni al abogado ni al cliente el auto de cuantía máxima a partir del cual empezaba a contar el plazo para ejercitar las acciones de reclamación civil motivadas por el accidente sufrido por la hija del cliente, una menor que fue atropellada por un vehículo.

⁷⁰ En este sentido lo expone también Reglero Campos, Fernando “La responsabilidad... op. cit., p. 806

La segunda de las sentencias referidas trata sobre la responsabilidad civil del procurador debido a la falta de comunicación de la notificación del auto de emplazamiento ante el Supremo con el plazo para formalizar el recurso de casación.

De estas sentencias se desprende claramente que las consecuencias de la negligencia de ambos profesionales coinciden y que por tanto, las previsiones de este trabajo por lo que respecta al daño y al nexo causal son aplicables también a los procuradores, como se puede comprobar con la última sentencia del Supremo que examina la responsabilidad civil de un procurador, la STS de 23 de octubre del 2015, y resuelve en el sentido de negar la existencia de responsabilidad, a raíz del incumplimiento consistente en no notificar una sentencia recurrible al abogado, por pérdida de oportunidad procesal por no poderse acreditar que concurrían probabilidades de éxito en la acción pretendida y entenderse que se trataba de una acción manifiestamente infundada sin posibilidad de prosperar.

7. Conclusiones

La responsabilidad civil de abogados y procuradores se configura entorno relaciones contractuales o extracontractuales de carácter privado y está condicionada a que concurran los presupuestos de un incumplimiento de la *lex artis* que mantenga relación de causalidad con un daño indemnizable.

Sobre la valoración de estos presupuestos cabe precisar la referencia genérica que hacen las leyes al concreto contenido de las obligaciones que se les exigen a estos profesionales y su consecuente configuración jurisprudencial. Al tratarse generalmente de obligaciones de medios, la concreción de la línea divisoria entre una actuación diligente y una actuación negligente en algunos casos se hace difícil y generalmente se resuelve teniendo en cuenta el mayor o menor perjuicio que esa actuación ha ocasionado en el cliente.

El tema de la responsabilidad civil se ha centrado claramente entorno al comprobación de la existencia del daño, su valoración y cuantificación. Concretamente, el debate es persistente cuando no resulta un daño emergente, sino un daño moral o un lucro cesante.

Sobre este aspecto cabe referir que la jurisprudencia ha diferenciado la tipología de daños patrimoniales y morales y ha aplicado erróneamente los segundos en distintos sentidos. Generalmente ha identificado daños morales en supuestos que concurrían las características de un daño patrimonial pero debido a la dificultad de llevar a cabo un juicio de probabilidad de una acción que no se ha interpuesto y que no se le suponen altas probabilidades de éxito, se ha optado por resolver sobre la existencia de un daño moral y así poder

utilizar otros criterios de valoración más vagos y sin fundamentos objetivos, tales como la equidad judicial y el prudente arbitrio.

No parece correcta esta práctica jurisprudencial de emplear un término que no se corresponde, con el fin de poder enjuiciar unos hechos que se aprecian con fundamento para motivar de esas consecuencias jurídicas. Sí proceden daños morales auténticos en otros supuestos en que se motiven adecuadamente (como por ejemplo cuando la acción que se pretendía no tenía contenido patrimonial) y se aprecien valorando la prueba con criterios objetivos y siempre que se hayan reclamado previamente por la parte, de otro modo la sentencia ha de resultar incongruente.

Por su parte, se han identificado daños patrimoniales en aquellos casos en que las probabilidades de éxito de una acción frustrada eran elevadas. Son los supuestos en que pueden cumplir con los requisitos exigibles para la prueba del lucro cesante; aunque no se haga mención expresa a esta terminología.

He recalcado una sentencia que resolvía conforme la solución que entiendo acertada para dejar de lado la práctica de modificar el tipo de daño con tal de acreditar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad. Esa sentencia fija el porcentaje del 50% de posibilidades de éxito de la acción frustrada por la negligencia del letrado y así cuantifica la indemnización en el 50% de la cantidad reclamada.

Partiendo del hecho que se acredite la existencia del daño con la concurrencia de una pérdida de oportunidad procesal de una acción que era viable, para cuantificar ese daño se debería tener en cuenta su prosperidad.

A pesar de la dificultad de valorar con un porcentaje de probabilidades este tipo de hipótesis, creo que la doctrina jurisprudencial podría optar por objetivar los fallos de este tipo de sentencias, no dejando la posibilidad de que se valore arbitrariamente, sino fijando unos requisitos mínimos que se deban acreditar para poder obtener cada tramo de una serie de porcentajes de probabilidades de éxito, es decir, tasar de alguna forma los distintos supuestos que pueden configurar el gran abanico de probabilidades de éxito de una acción que no se ha interpuesto. Se intentaría así solventar el problema que presenta para los jueces tener que afrontar el reto intelectual de hacer un juicio hipotético con variables que se desconocen.

Esta ha sido la reflexión que me ha inspirado el análisis de los contenidos que he detallado en la introducción de este trabajo en relación a las condiciones y consecuencias de la responsabilidad civil de abogados y procuradores.

El trabajo de final de grado me ha aportado aptitud para organizar mi tiempo, así como para buscar las fuentes de información que me podían ayudar a tener más conocimiento sobre la materia, a pesar que esa aptitud la haya ido adquiriendo durante el grado, en estos meses es cuando la he desarrollado más

intensamente. A pesar de ello, me gustaría haber realizado reflexiones más concretas y haber desarrollado más mi capacidad de redacción, plasmando las ideas de la forma más comprensible para el lector, lo que en algunos apartados puede que no haya logrado.

8. Tabla de sentencias

Tribunal Supremo

<u>Sala y fecha</u>	<u>Referencia</u>	<u>Magistrado Ponente</u>	<u>Decisión</u>
Civil, 18/02/2005	RJ 1682	Francisco Marín Castán	Hay RC (abg. y proc.)
Civil, 27/02/2006	RJ 1564	Antonio Salas Carceller	Hay RC (proc.)
Civil, 27/07/2006	RJ 6548	Juan Antonio Xiol Ríos	Hay RC (proc.)
Civil, 27/10/2011	RJ 7313	Juan Antonio Xiol Ríos	Hay RC (ap. 4.1.1)
Civil, 28/06/2012	RJ 10403	Juan Antonio Xiol Ríos	Hay RC
Civil, 22/04/2013	RJ 3690	Juan Antonio Xiol Ríos	Hay RC
Civil, 22/04/2013	RJ 4941	Juan Antonio Xiol Ríos	No hay RC (ap. 5)
Civil, 5/06/2013	RJ 4970	Juan Antonio Xiol Ríos	No hay RC
Civil, 5/06/2013	RJ 4971	Juan Antonio Xiol Ríos	Hay RC (ap. 4.1.2)
Civil, 14/10/2013	RJ 7440	José Antonio Seijas Quintana	Hay RC (ap. 4.1.2)
Civil, 19/11/2013	RJ 7448	Francisco Marín Castán	No hay RC (ap. 5)
Civil, 19/02/2014	RJ 1129	Francisco Marín Castán	Hay RC (ap. 4.1.1)
Civil, 20/05/2014	RJ 3761	Francisco Marín Castán	Hay RC (ap. 4.1.2)
Civil, 20/05/2015	RJ 2056	Rafael Saraza Jimena	No hay RC
Civil, 24/04/2015	RJ 2388	José Antonio Seijas Quintana	No hay RC (ap. 5)
Civil, 23/10/2015	RJ 4897	José Antonio Seijas Quintana	No hay RC (ap. 6)
Civil, 4/02/2016	RJ 35974	Antonio Salas Carceller	Hay RC (ap. 4.1.1)

9. Bibliografía

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, AURELIA Y CARRIZO AGUADO, DAVID “¿Quién es quién? El abogado es el profesional y el cliente es el consumidor. Calificación de dicha relación en el contrato de prestación de servicios jurídicos conforme a la STJUE de 15 de enero 2015.- Asunto C 537/13 - (SIBA)” Revista Aranzadi Doctrinal nº 6/2015

BLASCO PELLICER, ÁNGEL Y DE ANDRÉS GARCÍA, SOFÍA “El trabajo profesional de los abogados: Deontología de la profesión del abogado” Tirant Online (TOL 2.656.034), 2012

BLASCO PELLICER, ÁNGEL Y JUAN SÁNCHEZ, RICARDO “El trabajo profesional de los abogados: La responsabilidad disciplinaria de los abogados por mala fe procesal y la competencia de los colegios profesionales para su determinación” Tirant Online (TOL 2.654.560), 2012

BLASCO PELLICER, ÁNGEL Y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA “El trabajo profesional de los abogados: La responsabilidad civil de abogados y procuradores” Tirant lo Blanch, 2012

CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA “Pérdida de oportunidad: daño material indebidamente calificado como moral, aunque valorado de acuerdo con las circunstancias concurrentes” Revista Aranzadi Doctrinal nº 11/2012

CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO “La responsabilidad civil del abogado por no interposición de la acción de retracto en plazo. Comentario a la STS núm. 373/2013, de 5 de junio” Revista Boliviana de Derecho nº 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 442-453.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, 2a ed., Ed. Bosh, Barcelona, 1999

CRESPO MORA, MARÍA CARMEN “La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: perspectiva jurisprudencial” Revista de Derecho, Universidad del Norte, nº 25 (259-287), Barranquilla, 2006

CRESPO MORA, MARÍA CARMEN “Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en derecho español” Revista Chilena de Derecho Privado, nº 12 (101-133), julio 2009

CRESPO MORA, MARÍA CARMEN “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en DCFR” InDret, Barcelona, Abril 2013

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO “La responsabilidad civil del abogado” InDret: revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero 2008

DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO *Sistema de derecho civil* Volumen II, Tecnos, 9a Edición, 2001

DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999

DUPUY DE LOME MANGLANO, SANTIAGO “Sobre la consideración del daño en la responsabilidad civil del abogado: ¿daño moral o daño patrimonial?” Diario La Ley, nº 8437, 9 de diciembre 2014 (La Ley 8584/2014).

GARCÍA FERNÁNDEZ, JOSÉ ÁNGEL “Resumen técnico: Vademécum para abogados noveles: Responsabilidad civil del abogado en su ejercicio profesional” Tirant Online (TOL1.783.025), 2010.

GARCÍA FERNÁNDEZ, JOSÉ ÁNGEL “Resumen técnico: Vademécum para abogados noveles: Seguro de responsabilidad civil profesional” Tirant Online (TOL1.783.026), 2010.

GARNICA MARTÍN, JUAN F. “La prueba del lucro cesante” Revista de responsabilidad civil y seguros

GÓMEZ POMAR, FERNANDO “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral: Comentario a la STS, 1ª, 8.4.2003” InDret, Working Paper nº 154, Barcelona, julio 2003.

JUAN SÁNCHEZ, RICARDO “Sanciones a abogados y procuradores: Previsiones legales sobre la imposición de sanciones con ocasión de un proceso” Tirant Online (TOL1.427.638), 2009.

JUAN SÁNCHEZ, RICARDO “Sanciones a abogados y procuradores: Diversidad de regímenes sancionadores de los abogados y procuradores” Tirant Online (TOL1.427.639), 2009.

JUAN SÁNCHEZ, RICARDO “Sanciones a abogados y procuradores: Estado de la doctrina y jurisprudencia sobre el régimen sancionador” Tirant Online (TOL1.427.640), 2009.

MACIÁ GÓMEZÍ, RAMÓN “La dualidad del daño patrimonial y del daño moral” Doctrina de Revista de responsabilidad civil y seguros

MONTERROSO CASADO, ESTHER “La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos” Saberes: revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, Separata, Volumen 3, 2005.

MOREO ARIZA, JAVIER “La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado” InDret: revista para el análisis del derecho, nº 414, Barcelona, enero 2007.

PANIZA FULLANA, ANTONIA “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del quantum indemnizatorio” Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 11/2012

REGLERO CAMPOS, FERNANDO “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” AFDUDC, 11, 2007, 785-813

REGLERO CAMPOS, FERNANDO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson – Aranzadi, Navarra 2008, Tomo I

ROCA TRIAS, ENCARNA, *Derecho de daños. Textos y materiales* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 6a edición, 2011

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER “El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010” Diario La Ley, Nº 7668, Sección Doctrina, 7 de Julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-282, Editorial La Ley

SALAS CARCELLER, JOSÉ ANTONIO “La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad” Sepin, septiembre 2007

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO “Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual”, Ed. Dykinson, Madrid, 2001

VÉLEZ POSADA, PAULINA “La responsabilidad civil contractual y extracontractual: el seguro como criterio de imputación” Trabajo de Fin de Máster Universitario en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, Junio 2012