

EL TRABAJO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS

Ángel Blasco Pellicer, Adela Serra Rodríguez
2012

CAPÍTULO 8

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE ABOGADOS Y PROCURADORES PLANTEAMIENTO GENERAL

Es un hecho indiscutible que nos encontramos en una sociedad en la que los servicios prestados por profesionales liberales han devenido en objeto de tráfico jurídico de gran trascendencia económica y social. Muestra de ello es el paulatino incremento de los conflictos que suscitan este tipo de relaciones y, en particular, los relativos a la responsabilidad civil en que aquellos pueden incurrir en el desempeño de sus obligaciones. Como no podía ser de otra manera, los profesionales del Derecho no han quedado ajenos a este fenómeno y, como ya sucediera primero con arquitectos, luego con los médicos y demás profesionales sanitarios, es ahora la conducta profesional del abogado y la del procurador de los tribunales la que es objeto de numerosos pronunciamientos judiciales en orden a su calificación de negligente o imperita y, en consecuencia, a afirmar la obligación de indemnizar los daños causados por tal comportamiento, esto es, su responsabilidad civil. Los caracteres propios de la actividad desarrollada por estos profesionales dificultan, respecto de otros supuestos, la afirmación de su responsabilidad civil. La exigencia de responsabilidad civil a estos profesionales pasa necesariamente por examinar si su conducta se ajustó a los parámetros exigibles según su *lex artis*, a la diligencia de un buen profesional. De otra parte, no cabe olvidar que la Ciencia del Derecho, cuyo conocimiento y aplicación constituye la base de la actividad de estos profesionales, no es una ciencia exacta, como las naturales, sobre la que se puede partir de premisas ciertas e indubitadas para llegar a conclusiones igual de ciertas e indubitadas. De ahí que no quepa afirmar, con carácter general, que el resultado desfavorable de un litigio es imputable a la conducta negligente del abogado o del procurador.

2. LA CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN PROFESIONAL DEL ABOGADO Y DEL PROCURADOR. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL

2.1. La naturaleza jurídica de la relación profesional

Antes de proceder al examen de los presupuestos de la responsabilidad de los abogados y procuradores es conveniente detenerse, aun sucintamente, en otra cuestión que puede afectar al régimen de la responsabilidad civil derivada de las actuaciones de aquéllos.

Nos referimos a la naturaleza jurídica de la relación que estos profesionales entablan con sus clientes, que son quienes, posteriormente, actúan como demandantes en el proceso en el que se dilucida dicha responsabilidad. La principal consecuencia de las conclusiones que obtengamos será la de determinar en qué tipo de responsabilidad civil puede incurrir estos

profesionales, si contractual o extracontractual y, por tanto, cuál son las normas que han de regir.

La calificación jurídica que merece la relación entablada entre el abogado y su cliente ha sido objeto de estudio por la doctrina y la jurisprudencia que han pretendido encajarla en distintas figuras: arrendamiento de servicios, contrato de obra, mandato, contratos mercantiles de gestión (mediación, agencia, comisión), llegando incluso a definirlo como contrato innominado o atípico¹.

No hay que olvidar tampoco que el abogado puede prestar sus servicios por cuenta ajena, sujeto a una relación laboral común (abogado de empresa), a través de la relación laboral especial al estar integrado en un despacho individual o colectivo, o en régimen de Derecho administrativo (abogados de administraciones públicas). Por último, puede ejercer en grupo la profesión a través de una sociedad profesional o de otras formas de colaboración (por ejemplo, en un despacho multiprofesional integrado por economistas, abogados y graduados sociales), aplicándose, en tal supuesto, las previsiones de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales.

La cuestión de la naturaleza jurídica de la relación profesional se halla, además, íntimamente relacionada con la de si las obligaciones asumidas por estos profesionales son de medios o de resultado, distinción ésta de donde se hace derivar un distinto régimen de incumplimiento y de responsabilidad.

En la práctica, las actividades asumidas por el abogado constituyen supuestos heterogéneos que pueden quedar subsumidos en la denominación genérica de "contratos de gestión" o de "prestación de servicios". En cuanto que el contrato de arrendamiento de servicios constituye el contrato tipo de los contratos de gestión, tanto la jurisprudencia como la doctrina han calificado mayoritariamente como arrendamiento de servicios el contrato entablado con el abogado, sobre todo en lo que se refiere a actuaciones procesales, sin perjuicio de que determinadas actuaciones encuentren su marco legal más adecuado en el contrato de obra (p. ej. el encargo de un dictamen o la elaboración de unas operaciones particionales hereditarias) o en el mandato (sobre todo, si se otorga representación).

Se produce con ello una situación algo paradójica: de una parte, se abandona mayoritariamente la idea de mandato como cauce adecuado para los servicios prestados por estos profesionales², alcanzándose cierto consenso en que deben quedar encuadrados en el ámbito de arrendamiento de servicios; y de otra, como consecuencia de esta calificación ha de acudir a la parca regulación del CC (arts. 1544 y 1583 a 1587), que sólo contempla la relación de servicios con criados y asalariados, cuyo estatuto jurídico se encuentra ahora en normas laborales, y que fueron concebidos para regular servicios manuales y no para profesiones liberales intelectuales [en esta línea, SSTS de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013) y 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098)]. Por ello, para integrar la relación entablada con el abogado habrá que acudir a las normas del Código civil sobre obligaciones y contratos en general, así como a las normas reglamentarias y estatutarias (v. gr. al Real Decreto 685/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, al Código Deontológico de la Abogacía española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española, de 27 de septiembre de 2002, modificado el 10 de diciembre del mismo año), proponiéndose, también, cuando concurren los requisitos del art. 4.1 CC, una aplicación analógica de ciertas normas del contrato de mandato³.

De otra parte, el marco jurídico en que se encuadra la relación de servicios profesionales del procurador es el contrato de mandato (arts. 1707 y ss. CC), como contrato típico de gestión representativa⁴. A las normas de este contrato se remiten la LEC (arts. 27 y 29) y los preceptos estatutarios para integrar la relación entre los procuradores y sus poderdantes (arts. 5.3º, 29, 38 Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales, aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre), que tiene además una mayor formalidad si se la compara con la existente entre la parte y el abogado. No obstante, existen pronunciamientos jurisprudenciales que lo enmarcan dentro del genérico contrato de servicios, y otros que aluden conjunta o indistintamente al mandato y al arrendamiento de servicios⁵.

Estas relaciones profesionales deberán integrarse también con las disposiciones de la LOPJ (arts. 436, 437, 439, 440, 441 y 442), de la LEC (sobre todo en lo relativo a la tasación de costas, asistencia jurídica gratuita, apoderamiento y funciones del procurador, etc.) y las normas colegiales correspondientes (Estatutos Generales --arts. 42 EGA y 37 a 39 EGPT--, Códigos deontológicos). Y es que hay que tener presente que el contrato no sólo se limita a lo expresamente pactado, sino que debe integrarse con "la buena fe, los usos y la ley" (art. 1258 CC).

2.2. La responsabilidad derivada del incumplimiento de deberes profesionales: contractual o extracontractual

A la vista de lo expuesto anteriormente, existiendo una relación jurídica entablada entre el profesional y el cliente, cualquiera que sea su naturaleza (legal o contractual), la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus obligaciones, por su negligencia o impericia, es contractual, debiéndose aplicar el régimen previsto en los arts. 1101 y ss. CC, lo que tiene trascendencia, entre otros efectos, en la determinación de la cuantía indemnizatoria, por la limitación prevista por el art. 1107 CC para el deudor de buena fe, o en el plazo de prescripción de la acción (15 años, frente al año de la responsabilidad extracontractual)⁶. Así, lo ha venido confirmando la jurisprudencia respecto del abogado⁷. En relación con el Procurador, cabe mantener idénticas reflexiones. Como regla general, se postula la naturaleza contractual de la acción de responsabilidad ejercitada⁸, siendo aplicables los preceptos que regulan las obligaciones y contratos en el CC, los arts. 1101 y ss. del CC y, especialmente, los propios del contrato de mandato (arts. 1709 y ss. CC). Sin embargo, puede suceder que el abogado o el procurador no estén unidos con el demandante por relación contractual alguna, porque preste sus servicios obligatoriamente como letrado de turno oficio, en virtud de las exigencias legales y reglamentarias (arts. 32.4º y 33 LEC, art. 440-2º LOPJ, art. 45 EGA) o que los presten gratuitamente (en cuyo caso, estaríamos ante un contrato atípico, atendiendo al art. 1544 CC). En otros casos, la conducta del abogado puede dañar a terceros ajenos a la relación entablada con su cliente. En tales supuestos, se plantea la doctrina cuál debe ser la calificación de la responsabilidad civil en que puede incurrir el profesional, si contractual o extracontractual.

2.2.1. La responsabilidad civil del abogado y procurador de oficio

Por lo que se refiere al abogado inscrito en el turno de oficio, organizado por el Colegio profesional correspondiente, algunas sentencias han afirmado que por el solo hecho de ser

designado de oficio no puede excluirse la existencia entre él y su patrocinado de una verdadera relación de servicios, y aunque a este último le venga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, la relación seguirá siendo de arrendamiento de servicios, "aunque en principio, de carácter gratuito"⁹.

Al respecto, se ha apuntado que cabe diferenciar si al cliente del abogado o procurador de oficio le ha sido reconocido o no el derecho de asistencia jurídica gratuita¹⁰. Téngase en cuenta que el derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo se reconoce a las personas físicas o jurídicas que reúnan los requisitos previstos en el art. 3º Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG), esto, es cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar¹¹. Por ello, pueden existir "clientes" de abogados y procuradores de oficio sin derecho a la asistencia jurídica gratuita, por lo que vendrán obligados a satisfacer los honorarios al profesional (cfr. art. 33.2 LEC).

Para el primer supuesto, esto es, cliente de abogado o procurador de oficio con derecho a asistencia jurídica gratuita, de la conducta dañosa del abogado o procurador de oficio, se ha mantenido por la doctrina que deberá responder la Administración Pública, al desempeñar aquél un servicio público, siempre que tal conducta haya ocasionado un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado (cfr. arts. 26 LAJG y 139.2 LRJAP-PAC)¹². El abogado o procurador de oficio no responderá personalmente de su negligencia o impericia, sino que responderá "objetivamente" la Administración por funcionamiento anormal del servicio de asistencia gratuita (prestado a través de los Colegios profesionales), siendo, además, competente la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Sin embargo, si al litigante no se le ha reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, teniendo, por tanto, obligación de pagar los honorarios y derechos a los profesionales del turno de oficio que se le hayan designado (cfr. art. 33.2 LEC), entiende la doctrina que deberá responder personalmente el profesional de los daños causados por su conducta, calificando, en tal caso, la responsabilidad de contractual, pues basta que exista una previa relación entre el causante del daño y el perjudicado para que así se califique¹³.

2.2.2. La responsabilidad civil por la prestación gratuita de servicios profesionales

Es claro que, aun cuando el abogado preste gratuitamente sus servicios, por razones de amistad o parentesco, continúa sujeto al deber de realizar diligentemente las actividades que le imponga la defensa, con el máximo celo y diligencia, en virtud de lo establecido en el art. 1104 CC y las normas estatutarias correspondientes, de modo que el incumplimiento de estas obligaciones de carácter legal desencadenará su responsabilidad civil, siendo aplicable las normas de la responsabilidad contractual [STS 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8970) y 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285)].

En todo caso, cabe tener en cuenta que, según reiterada jurisprudencia, no es indispensable la fijación del precio en el momento de celebración del contrato de arrendamiento de servicios para tener por cumplido el requisito de precio cierto (cfr. art. 1544 CC)¹⁴, sino que basta que sea determinable por la costumbre o con arreglo a la equidad o los usos y, sobre todo, atendiendo a las pautas orientadoras que proporcionan las tarifas de los colegios profesionales [STS 4 de julio de 1984 (RJ 1984, 3797)¹⁵]. Por ello, siguiendo tal doctrina, se estima que la renuncia a los honorarios, fundada en una pura liberalidad, exige pacto expreso, existiendo, por tanto, una presunción de onerosidad en la prestación de los servicios del abogado, de tal modo que si no consta exteriorizada la declaración unilateral

de no cobrar los honorarios, la decisión *a posteriori* de exigir el precio de sus servicios se considera legítima.

2.2.3. La responsabilidad por el ejercicio de la abogacía por cuenta ajena

En los supuestos en que el letrado desempeñe su actividad, de forma estable y en régimen de dependencia, quedando sometido a la organización de una empresa (sindicato o asociación) o de un despacho de abogados y, por tanto, sujeto a una relación laboral común o a una relación laboral especial (Real Decreto 1311/2006, de 17 de noviembre) podrá incurrir en responsabilidad cuando con su actuación ocasione daños al cliente que contrató los servicios del despacho de abogados u otro empleador en el que aquél desarrolla su actividad profesional. Estaríamos, en principio, ante un supuesto de responsabilidad civil extracontractual *ex art.* 1902 CC, en tanto que entre el perjudicado y el causante del daño no media relación contractual, ya que aquél contrató directamente con el despacho (u otro empleador) y, por tanto, aparece como un tercero frente al abogado¹⁶. El perjudicado por la actuación profesional no es un "cliente propio del abogado", sino un cliente del despacho o del empleador, aunque durante la ejecución del asunto concreto pueda entablarse una relación directa entre el cliente y el abogado al que se le encomienda la llevanza de tal asunto.

Además, en virtud del art. 1903.4º CC el perjudicado puede ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil frente al empresario o principal por los "perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones", lo que no es obstáculo para que, si lo desea, pueda entablar sólo acción contra el causante directo del daño (el profesional), con base en el art. 1902 CC, o frente a ambos (responsabilidad solidaria). En la práctica, como demuestran los pronunciamientos judiciales, lo usual es demandar a ambos, al empleador con base en el art. 1903.4º CC, y al profesional, con base en el art. 1902 e incluso en el art. 1101 CC, precepto éste relativo a la responsabilidad "contractual" [STS 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5121)¹⁷]. Los tribunales, por su parte, no oponen obstáculo alguno a la calificación de la responsabilidad del empleador del abogado (normalmente, empresa, sindicato o asociación) como extracontractual *ex art.* 1903.4º CC, ni a la consideración del abogado como "dependiente" a los efectos de dicho precepto [STS 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10715)].

Sin embargo, cabe plantearse si el régimen de responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno es idóneo para responsabilizar al despacho de abogados (u otro empleador) por los daños que el abogado, contratado laboralmente, ocasiona con sus actuaciones a los clientes del empleador.

A mi juicio, existiendo una relación contractual entre el perjudicado y el despacho de abogados el cauce adecuado para exigir responsabilidad civil a éste por la actuación del abogado será el de la responsabilidad contractual que deberá exigirse con base en los arts. 1101 y ss. CC y no en el art. 1903.4º CC¹⁸.

Estaríamos ante un supuesto de responsabilidad contractual indirecta o responsabilidad del deudor por hecho de los auxiliares¹⁹, cuya afirmación exige la concurrencia de determinados presupuestos: existencia de una relación obligatoria entre el empleador del abogado (deudor) y el cliente (acreedor), a la que el auxiliar (el abogado) es ajeno; intervención del auxiliar a iniciativa o por voluntad del deudor; conexión entre la actividad

dañosa del abogado y el cumplimiento de la prestación asumida contractualmente por el empleador frente al perjudicado y, por último, la actuación negligente del abogado auxiliar o dependiente. A estos efectos por "auxiliar" cabe entender no sólo el sujeto dependiente jurídicamente del deudor principal, sino también aquel que de alguna manera "colabora" o interviene en el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor, aun cuando no le una vínculo de subordinación alguno (cfr. art. 42 EGA), pudiendo incluso comprender al sustituto del deudor²⁰, teniendo cabida, sin mayores problemas, en dicho concepto el abogado dependiente que presta sus servicios en el seno de una organización (por una relación laboral común o especial).

2.2.4. El ámbito de la responsabilidad extracontractual: los daños ocasionados a terceros

Sólo cuando la conducta dañosa originadora de responsabilidad del profesional se produzca con total abstracción de la obligación contractual, esto es, suponga la violación del genérico deber de "*neminem laedere*" podría calificarse su responsabilidad de extracontractual, aplicándose a tal supuesto las previsiones de los arts. 1902 y ss. CC.

Así, podrá calificarse de extracontractual la responsabilidad del letrado o procurador en aquellos supuestos en que con su comportamiento lesione derechos e intereses de terceros sin que exista o incluso, existiendo, al mismo tiempo, violación de las obligaciones asumidas contractualmente. Tal sería el supuesto, por ejemplo, del abogado que, infringiendo su deber de confidencialidad, cause perjuicios no sólo a su cliente --frente al que incurrirá en responsabilidad contractual--, sino a terceros ajenos a su relación con éste --que deberá calificarse de responsabilidad extracontractual--; o del abogado que vertiera expresiones injuriosas o contra el honor de un colega que defendiera a la parte contraria.

En cualquier caso, en aquellos supuestos en que la naturaleza de la pretensión indemnizatoria ejercitada frente al abogado o el procurador sea de dudosa calificación lo más razonable será que el actor acumule ambas acciones eventualmente, debiendo constar en el *petitum* cuál es la principal y cuál la subsidiaria (cfr. art. 71.4 y 400 LEC). Es más, teniendo en cuenta el principio de preclusión que rige nuestro sistema procesal (art. 400.1º LEC), el actor deberá fundamentar su demanda en los distintos fundamentos o títulos jurídicos en que pueda basarse (en las distintas *causas petendi*), alcanzando los efectos de cosa juzgada y la litispendencia a los fundamentos jurídicos que, aun no invocados, hubieran podido aducirse en el litigio.

2.2.5. La responsabilidad civil derivada de delito

Es posible que el hecho dañoso del que se deriva la responsabilidad civil del profesional sea constitutivo de delito o falta. Entre las conductas tipificadas como delito, en que pueden incurrir el abogado o el procurador destacan: la incomparecencia voluntaria y sin justa causa ante la autoridad judicial en un proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral (art. 463.2 CP); la revelación de actuaciones procesales secretas y la vulneración del secreto profesional (arts. 466, 197 y 199); la sustracción, inutilización u ocultación de documentos que reciba, por razón de su profesión, de los órganos jurisdiccionales (art. 465 CP); la acción u omisión que perjudique manifiestamente los intereses que le estuvieran encomendados al abogado o procurador

(art. 467.2 CP). Tales conductas constituyen delitos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional.

Cuando el abogado o el procurador ocasionen daños al cliente con su conducta, tipificada como delito o falta, la normativa aplicable será la prevista en los arts. 109 y ss. CP, sobre responsabilidad civil derivada de delito, lo que ha suscitado en la doctrina un debate en torno a la naturaleza de la responsabilidad (contractual o extracontractual) consagrada en aquellos preceptos, dadas las diferentes consecuencias que se derivan, sobre todo, respecto del plazo de prescripción de la acción²¹.

3. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO Y DEL PROCURADOR

Según el art. 442.1 LOPJ los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda. El art. 78.2 EGA prevé 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". Con una dicción idéntica declara el art. 57 EGPT: "Los procuradores, en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya representación les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio".

Para afirmar la existencia de responsabilidad civil del abogado y del procurador han de concurrir los siguientes presupuestos: incumplimiento de la obligación o conducta negligente (si la responsabilidad es extracontractual), daño y relación de causalidad entre éste y el incumplimiento del profesional. Llegados a este punto, cabe advertir que, a diferencia de otros sectores de actividad, incluso de prestación de servicios profesionales (v. gr. médicos o personal sanitario) en la que la responsabilidad civil tiende a objetivizarse, el régimen de responsabilidad civil de abogados y procuradores es netamente subjetivo, basado en la culpa o negligencia del profesional, que opera como criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad [STS 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548), 21 de junio de 2007 (RJ 2007, 3783)].

3.1. El incumplimiento obligacional: obligación de medios y de resultado

En relación con el primero de estos presupuestos, el incumplimiento contractual o la conducta negligente del profesional, es conveniente traer a colación la distinción entre las llamadas obligaciones de medios o actividad y las obligaciones de resultado, que afecta sobre todo a la distribución de la carga de la prueba.

Así, si la obligación a la que se ha comprometido el deudor es de medios o de actividad, se entiende que éste cumple si ejecuta su prestación empleando la diligencia "media" exigible, con independencia del interés último perseguido por el acreedor, esto es, del resultado al que tiende la actividad diligente del deudor, cuya realización no se compromete a procurar, sino solamente a realizar un esfuerzo y poner todos los medios para obtenerlo. En cambio, en las obligaciones de resultado, es éste (concebido como un *opus*) el que se erige en

parámetro o medida de la exactitud del cumplimiento. Su no obtención o su consecución defectuosa se tiene por suficiente para tener por no cumplida la prestación.

Respecto a la actividad típica desarrollada por el abogado, en la mayoría de los casos la jurisprudencia ha considerado que su prestación constituye objeto de una obligación de medios o de actividad, al mismo tiempo que se enmarca su prestación en el arrendamiento de servicios²². Ello es así en tanto que el acreedor (cliente) pretende la realización de todas las actividades necesarias para la protección de sus intereses susceptibles de defensa jurídica, de manera que el deudor (abogado) se halla comprometido a la consecución de ese interés mediante el despliegue de sus conocimientos y técnicas, según la *lex artis ad hoc*, adoptando la diligencia y pericia exigibles, que, en condiciones normales, permitirían obtener el resultado favorable, aunque no lo garantice. El abogado no está obligado a la satisfacción del interés último del acreedor, como puede ser la obtención de una sentencia favorable en el litigio o el reconocimiento de su pretensión, a pesar de que, como consecuencia del cumplimiento de su prestación, se pudiera obtener. Este último resultado no es exigible al profesional, porque es aleatorio o eventual, no depende exclusivamente de su actuación diligente, sino de la actuación o convicción del órgano jurisdiccional [SSTS de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285) y 23 de febrero de 2010 (RJ 2010, 4341)] o de la propia "bondad" o "acierto" de la pretensión ejercitada.

Ahora bien, la complejidad de la actividad típica del abogado abarca múltiples actuaciones (desde procesales hasta el mero asesoramiento) que pueden concebirse como resultados 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)²³.

En algunas ocasiones, sin embargo, el abogado se compromete a la obtención de un resultado, de una obra en sí (*opus*), como sucede cuando asume el encargo de la elaboración de un informe o un dictamen jurídico o a la formalización o redacción de documentos, lo cual no significa que se obligue a la consecución de la pretensión última fundamentada en tal obra, que cae fuera de la prestación comprometida.

Respecto a la actividad típica desarrollada por el procurador no se observan relevantes diferencias con la del abogado, de modo que las consideraciones expuestas en relación con las obligaciones de éste pueden ser trasladadas a este profesional. La jurisprudencia sostiene que, como regla general, las obligaciones por él asumidas son de medios y no resultado, en cuanto que no pueden garantizar el éxito de la posición representada²⁴. Al igual que veíamos en relación con el abogado, aún calificando de medios o de actividad la obligación típica del procurador, lo cierto es que, en ciertos supuestos, ésta se descompone en fragmentarios resultados, cuya inobservancia pone de manifiesto por sí el incumplimiento de la prestación.

Así, por ejemplo, para el procurador el art. 26 LEC incluye entre sus obligaciones, la de "transmitir al abogado elegido por su cliente o por él mismo, cuando a esto se extienda el poder, todos los documentos, antecedentes o instrucciones que se le remitan o pueda

adquirir, haciendo cuanto conduzca a la defensa de los intereses de su poderdante, bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario". Por ello, si el procurador da no traslado al abogado de la cédula de emplazamiento para personarse en un recurso o no entrega la copia de la resolución notificada al abogado para que éste pueda tener conocimiento del plazo para formalizar el recurso, la demostración de que la ejecución aislada de dicho acto no se produjo bastará para tener por acreditado el incumplimiento²⁵.

La diligencia y pericia exigibles al abogado y al procurador en la ejecución de su prestación se concreta en un modelo medio del buen profesional, atendiendo a las circunstancias concurrentes (cfr. art. 1104 CC). Este modelo de conducta diligente viene integrado por los deberes impuestos por las normas estatutarias y deontológicas (art. 42 EGA y arts. 37-39 EGPT).

En segundo lugar, y en relación con la distribución de la carga de la prueba se ha mantenido que para las obligaciones de medios y las de resultado rigen principios diversos. En virtud de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba (art. 217 LEC) corresponderá al actor (cliente-acreedor) que exija responsabilidad a estos profesionales probar, como hechos constitutivos de su pretensión, el incumplimiento de la obligación asumida por el profesional (o la conducta negligente), el daño sufrido por él y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño [STS 21 de junio de 2007 (RJ 2007, 3781) y 23 de febrero de 2010 (RJ 2010, 4341)].

Así, mientras en las obligaciones de resultado basta que el acreedor, a quien le incumbe la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, demuestre la existencia de la obligación y la no obtención del resultado comprometido, en las denominadas obligaciones de medios o de actividad le correspondería a aquél la carga de la prueba de la culpa, esto es, de la falta de diligencia exigible en dicho supuesto concreto, no siendo suficiente, por tanto, la constatación de la no consecución del resultado al que la actividad del deudor tendía, pero que no constituía su objeto principal.

Tratándose de obligaciones de medios o de actividad, la prueba del incumplimiento consiste en la demostración de que el abogado o el procurador incurrió en negligencia, imprudencia, impericia, es decir, en culpa en la ejecución de su prestación. En suma, incumbirá al cliente la demostración de la falta de diligencia o la pericia exigible en el caso concreto, teniendo siempre en cuenta que el resultado último (el éxito de la pretensión o del litigio) puede faltar aunque el profesional haya actuado de modo exquisito, adecuándose a las reglas de la profesión. Si se prueba la culpa o la negligencia, se habrá acreditado el incumplimiento (presupuesto de la responsabilidad), pero para afirmar la responsabilidad civil quedará por demostrar la realidad de los daños alegados y, lo que es más difícil, el nexo causal entre dicho incumplimiento y tales daños.

Podría incluso ocurrir que, a pesar de verificarse la negligencia o la impericia del abogado (el incumplimiento), el resultado último se obtuviera y el interés del cliente fuera satisfecho (por ejemplo: el abogado fundamentó erróneamente la pretensión indemnizatoria en la responsabilidad extracontractual, estando la acción prescrita, pero el tribunal, haciéndose eco de la doctrina de la unidad de la culpa civil o del concurso de normas, aplicó la contractual y condenó a indemnizar). En este caso, no habrá daño resarcible y, por tanto, responsabilidad civil. Sin embargo, el cliente podría rechazar la pretensión del abogado de cobro de sus honorarios, oponiendo *exceptio non rite adimpleti contractus*, o, en su caso,

resolver el contrato por incumplimiento, siempre que demostrara que el profesional no cumplió con su obligación, no se ajustó a las reglas de la profesión (a la *lex artis ad hoc*) en la ejecución del encargo; en suma, se acreditara su negligencia o impericia. Demostrada la negligencia del letrado, éste pierde el derecho al cobro de sus honorarios (y si el cliente los adelantó en concepto de provisión de fondos podrá reclamarlos)²⁶.

Frente a la pretensión indemnizatoria del cliente (el acreedor) el profesional (deudor) tratará de negar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad. Para ello podrá demostrar: 1) que los daños alegados no fueron causados por su conducta negligente, esto es, que no hay una relación de causalidad entre aquellos y ésta, porque los daños fueron ocasionados por un suceso extraño, inevitable e imprevisible (fuerza mayor), por la conducta del propio perjudicado²⁷ o de un tercero²⁸; o 2) que su conducta, aun negligente, no ha ocasionado daños al demandante; o 3) que no incurrió en culpa, negligencia o impericia, ya que su conducta se ajustó a los parámetros de diligencia exigible, del buen profesional, según la *lex artis*, desvirtuando con ello la prueba del incumplimiento. En cualquiera de estos casos la pretensión indemnizatoria deberá rechazarse. Sin embargo, en los dos primeros supuestos siendo suficiente la prueba de la negligencia o culpa del profesional, se confirmará que hubo incumplimiento, quedando privado de su contraprestación, de sus honorarios²⁹.

Más sencilla parece *a priori* la prueba del incumplimiento del profesional cuando la obligación asumida es de resultado. Al cliente le bastará acreditar que dicho resultado no se ha obtenido, sin necesidad de demostrar la negligencia o la culpa del profesional (que, por ello, perderá el derecho a la contraprestación, esto es, al cobro de honorarios). Para exonerarse de responsabilidad, corresponderá al abogado la demostración de que el incumplimiento (la no consecución del resultado aislado comprometido) no fue debido a su conducta, sino a un suceso extraño a su círculo de influencia, esto es la fuerza mayor (p. ej.: el abogado no pudo entregar el dictamen ya realizado porque un corte eléctrico destruyó todos los ordenadores que contenían todas las copias, incluso las de seguridad), a la conducta del perjudicado (p. ej. no le dio los datos necesarios para elaborar correctamente el dictamen) o al hecho de un tercero del que no deba responder (p. ej. un tercero provoca un incendio que destruye su informe).

3.2. La tipificación de conductas negligentes. Incumplimientos profesionales del abogado y del procurador

Llegados a este punto, cabe plantearse en qué supuestos concretos los tribunales han apreciado la existencia de conducta negligente e imperita (en suma, de incumplimiento contractual) en estos profesionales, susceptible de desencadenar la responsabilidad civil y cuando, por el contrario, han estimado que su conducta encajaba dentro de los parámetros de diligencia, adecuada a las reglas de la profesión forense, esto es, cuando ha habido cumplimiento de sus obligaciones. Esta exposición de casos-tipo o "familias de casos" resulta de indudable interés, ya que, de un análisis de la jurisprudencia, se desprende que la determinación de si hubo o no culpa en la conducta del abogado o del procurador y la fijación de la cuantía indemnizatoria divergen según el tipo de incumplimiento, del concreto deber infringido por estos profesionales³⁰.

A) En primer lugar, el incumplimiento imputable al profesional puede consistir en la errónea interpretación de una norma jurídica. Ahora bien, como sabemos, en la Ciencia del Derecho es frecuente que ante un mismo supuesto conflicto, la doctrina y la jurisprudencia propongan más de una solución. Por ello, si la cuestión suscitada es controvertida y el letrado opta, para resolverla, por una de las soluciones respaldadas por la doctrina y la jurisprudencia, no podrá ser calificado de imperito o negligente; no habrá, en consecuencia, incumplimiento³¹. Sin embargo, si existen varias interpretaciones de la cuestión discutida el abogado deberá adoptar la "postura menos arriesgada para los intereses de su cliente"³².

Esto demuestra que no todo error profesional supone por sí impericia o negligencia, ni mucho menos responsabilidad, sino que para ello sea así dicho error tendrá que ser ¿inexcusable¿; esto es, tiene que ser imputable a una falta evidente y relevante de diligencia, a su impericia, negligencia o imprudencia, que será valorada en atención a un modelo medio de diligencia y teniendo en cuenta, al mismo tiempo, las circunstancias concurrentes en la obligación (que podrán haber exigido, sin embargo, una atención especial o superior a la media)³³.

B) En segundo lugar, la mayoría de los supuestos en los que se suscita la responsabilidad del letrado y del procurador traen causa en "conductas omisivas" o extemporáneas que ocasionan al cliente los daños que se pretenden indemnizar.

En estos casos, el mayor obstáculo para estimar la pretensión indemnizatoria deriva de la prueba de la relación de causalidad entre la conducta del profesional (que, en la mayoría de los casos, sí que podrá ser calificada de negligente o imperita) y los daños alegados por el cliente, que suelen venir identificados con la pérdida de la oportunidad procesal.

Dentro de este grupo, podemos distinguir a su vez, en atención a los consecuencias que se enlazan a estas omisiones, diversas hipótesis:

Aquellos supuestos en que la negligencia consiste en la omisión de la proposición de un medio útil para fundamentar la demanda o la pretensión del cliente, o asegurar su resultado, o para oponerse a la demanda o pretensiones de la otra parte (en caso de que el profesional defienda los intereses del demandado), como, por ejemplo, la de oponer la excepción de cosa juzgada, de incompetencia judicial, de falta de listiconsorcio pasivo o activo necesario, alegar la caducidad o la prescripción de la acción, etc.

En estos casos la cuestión de la apreciación del incumplimiento es siempre bastante compleja, ya que, según la naturaleza de la obligación asumida, el abogado no está obligado a un comportamiento determinado, sino genéricamente a actuar en dirección a un resultado (el éxito de la posición defendida) que, sin embargo, no viene comprometido. La condición de profesional que ostenta el deudor le permite la elección de aquellos medios que considere más idóneos para la ejecución de su encargo [STS de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372)]. Sin embargo, esta independencia o discrecionalidad técnica tiene siempre como límite la adecuación de la conducta del profesional a un modelo de profesional prudente y diligente, en aras satisfacer los intereses de su cliente. En suma, "aunque no toda deficiencia en dicha tarea es determinante de responsabilidad, sí lo es cuando, como sucede en el caso, se incurre en la omisión de alegación de un dato objetivo, ostensible e indefectible, de especial trascendencia para el resultado del proceso" [STS 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7859)].

Por ello, se apreciará incumplimiento y, en su caso, responsabilidad en el letrado que no solicitó la adopción de medidas cautelares, en aras a asegurar el eventual éxito de la pretensión defendida [STS de 28 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9509)]; no solicitó la prórroga de una anotación preventiva de embargo, dejando que la misma caducara [STS de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8735)³⁴]; o no propuso, ni en primera instancia ni en apelación, la práctica de la prueba pericial contradictoria necesaria para desvirtuar la presunción de acierto de los acuerdos del Jurado de Expropiación [STS 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956)]. Y, por la misma razón, es negligente el Procurador que no asistió la comparecencia señalada por el tribunal para que las partes se pusieran de acuerdo sobre el nombramiento de un perito a fin de practicar la prueba propuesta por la actora [STS de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3265)].

b) En otros supuestos, la conducta omisiva del abogado se traduce en la no observancia de los plazos legales, que desemboca en la no interposición en tiempo de la demanda³⁵; o de un recurso (del recurso de casación³⁶, del recurso de casación para unificación de doctrina³⁷, del recurso de revisión³⁸, del recurso contencioso-administrativo, o del recurso de apelación), provocando con esta conducta el cierre de una vía o instancia procesal al dejar prescribir la acción³⁹ o el delito [cfr. STS de 28 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9509)] o devenir definitiva la resolución contra la que se pretendía recurrir.

En ocasiones, es al Procurador de los Tribunales al que se imputan estas mismas o similares omisiones negligentes, al presentar extemporáneamente la demanda de retracto⁴⁰, o no personarse en plazo ante la Audiencia, en representación de los apelantes, provocando que se declaren desiertos los recursos de apelación interpuestos y las sentencias de instancia firmes⁴¹. En otros casos, su negligencia consiste en no haber dado traslado al Letrado de la resolución de la Audiencia Provincial por la que se tiene por preparado el recurso de casación, ni de la cédula de emplazamiento para comparecer ante el Tribunal Supremo⁴²; en fin, en no tener una eficaz y diligente comunicación con su abogado, provocando con ello que no se presenten en tiempo los escritos procesales⁴³.

Al respecto, cabe destacar que algunas sentencias no han deslindado con la claridad que sería deseable la distribución de competencias y responsabilidades imputables a abogado y procurador cuando ambos asumen la defensa y la representación procesal del mismo cliente. Así, ha existido cierta tendencia jurisprudencial a, en la resolución de demandas interpuestas contra ambos profesionales, condenar solidariamente a ambos por una omisión negligente imputable al Procurador, sobre la base de un deber del letrado de vigilar e instruir al Procurador⁴⁴.

A nuestro juicio, deberá indagarse si el error en el proceso proviene de una mala elección del medio de defensa o del medio de representación, atendiendo a las obligaciones derivadas de su *lex artis*. Esto es, habrá que determinar, en el caso concreto, a quién de los dos profesionales correspondía realizar el acto procesal que se omitió o ejercitó extemporáneamente, y sólo a quien corresponda podrá imputarse el resultado dañoso, sin haber, en principio, comunicación de responsabilidad. Se inclinan por este razonamiento las SSTS 27 de febrero de 2006 (RJ 2006, 1564), 11 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3950) y 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548)⁴⁵. En consecuencia, "la omisión por parte del procurador, cuando conlleva un interrupción o abandono del curso procesal o de algún trámite que causa perjuicios a su poderdante, integra un incumplimiento contractual, salvo en aquellos

supuestos en los cuales actúa con instrucciones del cliente o de su abogado o, incluso, cuando, no siendo las instrucciones claras y precisas, puede inferirse racionalmente de la conducta de aquéllos que una determinada actuación procesal no resulta necesaria o debe suspenderse"⁴⁶.

Todos estos comportamientos omisivos --denominados por algunos "culpas de agenda"⁴⁷-- tienen en común que de ellos se derivan consecuencias graves para el cliente, al quedar precluida cualquier posibilidad de hacer valer sus derechos (o pretensiones) ante un órgano jurisdiccional (o, en el caso de los recursos, volver a hacer valer)⁴⁸. La negligencia del profesional no estriba en el desconocimiento de especiales normas técnicas o interpretaciones jurisprudenciales, sino lisa y llanamente en la incuria, desidia o abandono de deberes básicos, manifestados en la omisión de las actuaciones descritas. Para la jurisprudencia, en tales casos, la obligación asumida por el profesional es de medios y no de resultado. Sin embargo, la pasividad del profesional o la realización extemporánea de un aislado acto procesal, que impide iniciar o continuar un procedimiento judicial donde dirimir el conflicto planteado y hacer valer el interés de su cliente, pone en evidencia que no ajustó su comportamiento al canon de diligencia exigible, el incumplimiento. Cuestión diversa será la de si se podrá hacer responsable al profesional de (todas) las consecuencias dañosas derivadas de dichas omisiones.

c) En otros supuestos, el objeto de la obligación asumida por el profesional consiste en la inejecución de una actuación aislada, que a diferencia de los supuestos anteriores, no va encaminada a iniciar o proseguir un procedimiento judicial, sino que se inserta dentro de actividades no procesales o posteriores a una resolución judicial ya firme.

Son los supuestos en que el profesional no reclama temporáneamente a un órgano administrativo ciertas cantidades ya acordadas por sentencia judicial firme⁴⁹, o incluso, no ejecuta en plazo la sentencia firme que había concedido al cliente determinadas cantidades.

d) Por último, existen ciertas conductas omisivas que ni siquiera pueden ser consideradas como relevadoras de la negligencia o de la impericia del profesional y, por tanto, del incumplimiento. Así, se ha entendido por los tribunales para los supuestos de incomparecencia del letrado a la celebración de la vista en apelación⁵⁰, o en el juicio de desahucio⁵¹, o la no comparecencia del letrado a la práctica de la prueba de confesión del cliente⁵²; o la no personación en el acto de designación de perito.

C) En tercer lugar, junto a los supuestos, mayoritarios, en que la negligencia del profesional se traduce en conductas omisivas o tardías, existen otros en que su comportamiento se muestra erróneo para la finalidad que pretendía satisfacer, porque hay un defectuoso planteamiento técnico del asunto, revelador de la impericia y de la carencia de los especializados conocimientos que un técnico en materias jurídicas ha de poseer. Así, las hipótesis de proposición de demanda ante un juez evidentemente incompetente por razón de la materia o del territorio [STS de 14 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2093)], la elección equivocada del procedimiento, la no citación de todos los demandados existiendo litisconsorcio pasivo necesario, etc.

No obstante, como hemos mantenido anteriormente, no todo error en la ejecución de su prestación constituye incumplimiento, desencadenante de responsabilidad, sino que aquél ha de poner de relieve una evidente impericia o descuido del profesional en el tratamiento o resolución de un problema de carácter técnico. Así, se ha considerado negligente al

abogado que solicitó erróneamente pensión alimenticia en un proceso de divorcio en lugar de la compensatoria "sin caer en la cuenta de algo que debiera ser de sobra conocido por un profesional de la abogacía" [SAP de Valladolid de 14 de octubre de 1998 (AC 1998, 2260)]; o que propuso deficientemente la prueba en un juicio de alimentos, lo que repercutió en el retraso de su percepción [SAP de Pontevedra de 18 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2090)]; o, en fin, que no solicitó el recibimiento a prueba del incidente [SAP de La Rioja de 29 de marzo de 2000].

D) Por último, especial relevancia adquiere como generador de responsabilidad el incumplimiento del deber de fidelidad que comprende, según la jurisprudencia, el deber de información, de guardar secreto, de custodiar la documentación y de entregarla una vez terminada la relación de servicios [STS 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651)].

El abogado y el procurador, en la ejecución de su prestación, además de observar la diligencia o pericia exigibles, deben adoptar ciertas conductas de marcado carácter ético o deontológico, y que aparecen recogidos en las normas estatutarias. La idea de confianza que subyace en estas relaciones y la frecuente presencia de las cualidades personales del profesional ("*intuitus personae*") explica que estos deberes de comportamiento (lealtad, fidelidad y secreto), que derivan del principio de buena fe e integran las obligaciones del abogado, asuman una especial relevancia jurídica.

Cronológicamente la primera obligación que le incumbe al abogado es informar a su cliente "de pros y contras, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso..." [STS 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372)]. Este deber información se mantiene durante toda la relación con el cliente y si el profesional decide no continuar prestando el servicio por el que fue contratado, deberá informar al cliente del estado de la situación a fin de que pueda seguir defendiéndose ante quien corresponda.

No es suficiente cualquier información, sino que ésta ha de ser lo más completa posible y, además, clara, teniendo en cuenta que el cliente suele ser lego en la materia, debiendo asegurarse el profesional de que comprende su contenido [STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106)⁵³]. El abogado debe informar, por tanto, de la existencia de las vías o cauces procesales que tiene el cliente para formular una pretensión o para continuar un procedimiento, interponiendo los recursos pertinentes⁵⁴.

De otra parte, junto a este deber de información accesorio y previo al inicio de la ejecución de la obligación principal (cuando ésta consiste en el cumplimiento de una actividad jurisdiccional), al abogado puede corresponderle como obligación principal la de aconsejar o asesorar al cliente, sin llevar aparejado el compromiso de iniciar o continuar actividad jurisdiccional alguna⁵⁵. En estos casos, podrá calificarse de incumplidor o negligente al abogado que emita un consejo "inveraz o inexacto", al ofrecer información falsa o errónea, por no ajustarse a los dictados legales, líneas jurisprudenciales asentadas o desconocer la doctrina científica, teniendo en cuenta que, como hemos puesto de manifiesto, si la cuestión, objeto del estudio y asesoramiento, no está pacíficamente resuelta por las normas, ni la doctrina, ni la jurisprudencia no incurrirá en negligencia el profesional que opte por una de las soluciones ofrecidas. En suma, el consejo o asesoramiento erróneo constituye incumplimiento si el error es reconducible a la impericia o negligencia del abogado⁵⁶. Cuestión diversa, propia ya del juicio de responsabilidad (más allá, por tanto, del

incumplimiento), será la de determinar si es posible constatar una relación de causalidad entre el consejo o información culposamente incorrecto y el daño alegado por el cliente, en tanto que habrá un grado de incertidumbre sobre cómo habría actuado el destinatario del consejo en caso de que la información hubiera sido adecuada⁵⁷.

Junto a la obligación de información, destaca el deber de guardar secreto que no desaparece tras la extinción de la relación contractual, sino que permanece tras ella. Tal como prevén las normas estatutarias, el deber de secreto impuesto al abogado o procurador que, constituye al mismo tiempo, un derecho para él, se concreta en no revelar ningún hecho o noticia que conozca por razón de su actuación profesional (arts. 32 y 42 EGA; arts. 2.2 y 39.e) EGPT). Su violación desencadenará la correspondiente responsabilidad disciplinaria y podrá, si se siguen daños y perjuicios, originar responsabilidad civil e incluso penal (delito de revelación de secretos, tipificado en el art. 199 CP, que sanciona la conducta del profesional que "con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona"). Por la misma razón, los expedientes y documentos, e incluso las agendas profesionales, que por razón de su condición tiene un abogado o un procurador en su despacho profesional, son secretos; por ello, su apoderamiento con la intención de descubrirlos, vulnerando la intimidad de los clientes, aparece tipificado en el art. 197-1º CP como delito de descubrimiento de secretos.

Por último, el abogado y el procurador han de custodiar diligentemente la documentación que referida a su cliente se haya originado en el desarrollo de su actividad profesional. Por consiguiente, una vez finalizada la relación contractual con su cliente habrá de entregarle, a su requerimiento, toda la documentación que pueda afectarle. Esta obligación es de inexcusable cumplimiento, aun cuando el cliente haya encomendado la dirección de sus asuntos a un nuevo letrado y el anterior le niegue la venia, ya que, si bien la "venia es una regla de cortesía, ..., no es una norma que impida el cumplimiento de preceptos del Derecho civil, ni, mucho menos, que sirva como arma de coacción frente al cliente que, tras la extinción del contrato precise y reclame información y devolución de documentación" [STS de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651)].

De este modo, la pérdida de la documentación imputable al abogado, a quien le incumbe su custodia, constituirá incumplimiento de las obligaciones derivadas de su relación profesional, originando, en su caso, responsabilidad del profesional si se acreditan que los daños sufridos por el cliente son objetivamente imputables a tal conducta negligente.

Dependiendo del contenido del encargo realizado por el cliente, el abogado podrá tener en su poder documentos de diversa índole y trascendencia, algunos de ellos fundamentales para la satisfacción del interés crediticio. Así, si al abogado se le encomendó la gestión del cobro de una deuda (reclamación judicial o extrajudicial) normalmente el cliente le habrá hecho entrega de los documentos que acrediten la realidad de la deuda. Por ello, el extravío de dichos documentos justificativos de la deuda, imputable a la negligencia del letrado (colaboradores o dependientes), provocará, sin duda, un perjuicio al cliente, cual es, la pérdida de la expectativa razonable de cobro (siempre que efectivamente se acredite que los documentos probaban la existencia y cuantía de la deuda)⁵⁸.

3.3. La configuración del daño y la relación de causalidad entre el incumplimiento profesional y el daño

Uno de los mayores obstáculos para la estimación de las demandas de responsabilidad civil del abogado y procurador estriba en la demostración de la certeza del daño sufrido por el cliente y de la relación de causalidad entre el incumplimiento del profesional y tal daño. Sin daño no hay responsabilidad civil; por ello, su prueba deviene en presupuesto ineludible para su afirmación.

Ocurre, sin embargo, que el daño imputable al incumplimiento del abogado o del procurador puede ser configurado de distinta manera, pudiendo venir identificado con la pérdida del litigio o la pretensión, con la pérdida de la oportunidad o la privación del derecho a la tutela judicial efectiva. De la determinación, en cada caso, del daño sufrido por el cliente e imputable a la conducta del profesional dependerá el desenlace de la reclamación de responsabilidad civil.

3.3.1. Las posiciones de la jurisprudencia sobre la identificación del daño: el daño por la pérdida de la oportunidad

El panorama jurisprudencial no permite llegar a conclusiones suficientemente claras sobre la identificación del daño sufrido por el demandante, una vez apreciada la culpa o negligencia del abogado o del procurador, lo que, a su vez, influirá en la determinación de la cuantía indemnizatoria, a pesar de que cada vez son más numerosas las sentencias dictadas sobre esta materia por la Sala 1ª del TS. No obstante, de éstas sí podemos extraer determinados criterios que adoptar frente a la cuestión de la responsabilidad civil de estos profesionales.

Así, en primer lugar, son mayoría las sentencias que niegan que el daño generado por la impericia o negligencia del abogado o del procurador venga identificado con la falta de prosperidad de la pretensión del cliente deducida en el pleito, con la pérdida del litigio o la privación de la pretensión. La imposibilidad de acreditar un nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño así configurado justifican la desestimación de estas pretensiones indemnizatorias.

De este modo, según el Tribunal Supremo, emergerá la responsabilidad del abogado, cuando se acredite la relación de causalidad entre su incumplimiento y el daño, "sin que, *por lo general*, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una conducta diligente del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o la respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión sólo provendrá de la exclusiva e intrasferible integración de la convicción del juzgador" [SSTS de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372) y 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285)].

Por el contrario, si el cliente (demandante) consigue demostrar que el resultado desfavorable --la privación de la pretensión--, en que se ha concretado el daño, deriva causalmente de una actuación negligente del profesional, y puede ser imputado objetivamente a dicha conducta, la responsabilidad deberá ser afirmada y la cuantía indemnizatoria deberá coincidir con dicho resultado no obtenido. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en relación con las reclamaciones extemporáneas ante órganos administrativos (FOGASA) de cantidades acordadas por sentencia judicial firme [SSTS de 28 de enero de 1998, (RJ 1998, 357) y 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587)⁵⁹]. En estos supuestos no existe incertidumbre sobre cómo hubiera finalizado el proceso, ya que se

tratan de cantidades reconocidas judicialmente, en virtud de sentencia firme, a los clientes de los abogados --a los que se exige responsabilidad civil--. Por ello, si el letrado reclama fuera de plazo dichas cantidades no les está privando de "una oportunidad" o de una expectativa de obtener ciertos ingresos, sino de las propias cantidades, ya ciertas y determinadas⁶⁰.

En segundo lugar, el daño puede identificarse con la "pérdida de la oportunidad", sobre todo en aquellos supuestos en que el incumplimiento del profesional ha impedido definitivamente al cliente la prosecución normal de una instancia procesal (impidiendo el inicio del proceso o de una ulterior instancia), dejando prescribir o caducar las acciones y los derechos. Sin embargo, con tal aseveración, lejos de resolverse el problema surgen inmediatamente otras cuestiones: ¿es la pérdida de la oportunidad un daño moral o material?; ¿cómo se demuestra la certeza de dicho perjuicio, requisito imprescindible de su resarcibilidad? Y, por último, ¿cómo se valora este daño?.

En relación con la pérdida de la oportunidad podemos constatar distintas tendencias en la jurisprudencia española.

A) Para la mayoría de las sentencias se considera un daño moral que se cuantifica económicamente por el Juez, según su prudente arbitrio, y sin conexión alguna con el montante de la pretensión frustrada por la conducta del profesional, sin entrar tampoco a valorar las probabilidades de éxito de la demanda o el recurso no interpuesto por la negligencia del abogado. De este modo, se desvincula el daño por la pérdida de la oportunidad del hipotético juicio sobre las pretensiones u actos procesales omitidos por el letrado. Se afirma que para el tribunal que resuelve sobre el juicio de responsabilidad del abogado o procurador es imposible plantearse cuál hubiera sido el resultado (estimatorio o desestimatorio) de las acciones o recursos frustrados, "pues ello pertenece al estricto campo de las conjeturas"⁶¹.

En efecto, las dificultades probatorias del daño concretado en la "pérdida de la oportunidad" llevan, con cierta frecuencia, a los tribunales a sostener que la mera privación del derecho a iniciar o continuar el pleito, consecuencia de la conducta negligente del letrado o del procurador, puede ser considerada en sí mismo un perjuicio, si bien de carácter moral. Ahora bien, este perjuicio moral y la pérdida de la oportunidad son daños muy cercanos pero diferentes.

El resarcimiento del daño moral por la privación del derecho a la tutela judicial efectiva o, más correctamente, por privación del derecho a los recursos o a que la pretensión sea examinada por los tribunales⁶², no exige la previa indagación de las oportunidades o expectativas del cliente. Dicho de otro modo, aún no existiendo dichas oportunidades, podrá existir daño moral, porque al cliente se le impidió, por la actuación negligente del profesional, con carácter definitivo, su legítima expectativa a obtener un pronunciamiento de un órgano judicial.

En ocasiones, este daño moral no existirá, a pesar de que los intereses económicos afectados por el conflicto judicial sean muy elevados, porque no se le ha privado definitivamente del acceso a los tribunales. Así, por ejemplo, si el abogado plantea demanda ante un juzgado incompetente territorialmente, que provoca su desestimación y la condena en costas del demandante (perjuicio, este sí, patrimonial). Sin embargo, si el demandante puede volver a entablar demanda ante el tribunal competente no habrá daño

moral por la privación del derecho a que la pretensión sea examinada por los órganos judiciales--STS de 14 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2093)--. Tampoco habrá daño moral por la privación del derecho de acceso a los tribunales --a que examinen la pretensión o el recurso-- si, antes de encomendar el asunto al letrado, el cliente ya no contara con el citado derecho (por estar ya prescrito o caducada la acción)⁶³.

B) En una línea parecida, pero no idéntica, otras sentencias califican de daño moral la pérdida de la oportunidad, pero toman como pautas para cuantificarlo diversos factores, entre los que se encuentran, la valoración de las expectativas del cliente, junto con los antecedentes y circunstancias concurrentes en el proceso en que se privó a aquél del acceso a la justicia (por ejemplo, cuantía de las costas, valor económico del asunto). En tal sentido, las STSS de 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 323) y 29 mayo de 2003 (RJ 2003, 3914) y SAP Islas Baleares de 26 de mayo de 2006 (JUR 2003, 183399).

El juicio sobre la prosperabilidad de la pretensión del cliente, frustrada por la conducta negligente del abogado o procurador, no sirve, según esta línea jurisprudencial, para acreditar la existencia del daño, calificado de moral, sino que es un criterio más para su cuantificación.

C) Otras sentencias, no muy numerosas, califican el daño por la pérdida de la oportunidad como daño material o patrimonial, vinculando su valoración económica con la viabilidad de la pretensión frustrada por la conducta negligente del abogado o procurador, previo su completo examen, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Se entiende necesario, para acreditar la existencia de daño indemnizable, que el órgano judicial realice el llamado "juicio sobre el juicio"⁶⁴.

Por ello, si del examen de la prosperabilidad de la pretensión, frustrada por el abogado o el procurador, se desprende que hubiera prosperado si el profesional hubiera actuado con la diligencia y pericia exigibles, la cuantía indemnizatoria coincidirá con la cuantía que dejó de percibir por el incumplimiento de aquél: SSTSS de 30 de noviembre de 2005 (EDJ 207174) y 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587)⁶⁵.

3.3.2. Crítica sobre las posiciones jurisprudenciales. La prueba del daño por la pérdida de la oportunidad

Llegados a este punto, conviene realizar un análisis crítico a las posiciones jurisprudenciales expuestas en torno a la noción del daño por la pérdida de la oportunidad. En primer lugar, se constata la facilidad con que los tribunales reconocen la existencia del daño moral, que se convierte así en un remedio para solucionar esta clase de conflictos sin entrar en la complejidad probatoria que implica valorar el éxito de una pretensión no planteada o mal planteada. Sin embargo, a través de este daño moral se acaba admitiendo el resarcimiento de pérdidas de tienen un estricto carácter económico o patrimonial.

Frente a este supuesto daño moral identificado con la "privación del derecho de acceso a la justicia" (a la tutela judicial efectiva *ex art.* 24 CE o al derecho a que la pretensión sea examinada por los tribunales), la "pérdida de la oportunidad" es un daño, como regla general, de naturaleza patrimonial o económica⁶⁶, que exige una labor investigadora de las probabilidades de éxito de las pretensiones cliente en la demanda o el recurso *non nato*, a través de cualquiera de los métodos que expondremos, ya que de otro modo no podrá

mantenerse que se ha sufrido un perjuicio consistente en la pérdida efectiva de unas expectativas razonadas y fundadas de obtener un resultado útil.

Con la "pérdida de la oportunidad" no se trata de indemnizar al cliente unos lucros que hubiera podido obtener de haber visto estimada su pretensión (ya que esto, normalmente, no se podrá saber con certeza), sino de resarcir la privación de unas oportunidades reales de obtener determinadas ventajas o resultados útiles⁶⁷, e incluso de evitar determinados perjuicios o riesgos, lo que tan sólo será posible si se constata que aquellas oportunidades existían.

De otra parte, el daño por la pérdida de la oportunidad no es identificable con el daño moral consistente en los padecimientos o sufrimientos del cliente a lo largo de un proceso, cuyo resultado se le aparece como incierto y que, según el criterio del riesgo general de la vida, no cabría imputar automáticamente a la conducta del abogado⁶⁸.

En segundo lugar, y conforme a lo anterior, la acreditación del perjuicio "pérdida de la oportunidad" exige la demostración de que el actor tenía unas "serias o razonadas probabilidades" de ver estimada su pretensión y de que éstas se frustraron por la conducta negligente del profesional (relación de causalidad e imputación objetiva del daño). "La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas" [STS 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548)].

Para acreditar la certeza de este daño, de que el actor tenía razonadas y fundadas probabilidades de éxito, de que tenía, por tanto, oportunidad, son dos los procedimientos que pueden emplearse y que pueden concurrir al no ser excluyentes: uno, el estadístico, referido al estudio comparativo de las soluciones que los tribunales ofrecen a los mismos asuntos en el que el profesional incurrió en negligencia⁶⁹; el otro, basado en la realización de un estudio particular sobre las probabilidades de éxito en el caso concreto, el denominado "juicio sobre el juicio".

Las SSTS de 29 de mayo y 28 de julio de 2003 (RJ 2003, 3914 y 5989) se plantean la utilización de este último método ("el juicio sobre el juicio"), lo que implica realizar un juicio de probabilidad sobre cuál hubiera sido el resultado final del conflicto de haber actuado con la diligencia y pericia exigible el profesional, para lo que se deberán tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la obligación.

El TS ha objetado al empleo del método basado en el "juicio sobre juicio" la posible vulneración de la cosa juzgada, que aparece como un límite infranqueable para el tribunal ya que no puede reexaminar la causa en la que el profesional se comportó negligentemente. Sin embargo, para que se vulnere la cosa juzgada es necesario que entre el pleito inicial y aquel en que se hace valer ésta coincida tanto el objeto material del proceso como los sujetos (cfr. art. 222 LEC), lo cual no sucede en el caso que nos ocupa. Tampoco, sea cual sea el resultado del "juicio sobre el juicio" realizado por el tribunal que conozca de la demanda de responsabilidad frente al abogado, se modifica la situación jurídica declarada por la sentencia firme que puso fin al proceso en que aquél incurrió en negligencia, por lo que la eficacia de cosa juzgada no queda afectada⁷⁰.

Se ha dicho también que la utilización de este método para valorar las probabilidades de éxito del cliente, en los casos de pretensiones no civiles (penales, administrativas o laborales) supondría realizar por parte del órgano jurisdiccional civil que conoce de la

demanda de responsabilidad del letrado un juicio de probabilidad sobre otra jurisdicción que resulta "totalmente inadmisibile". Sin embargo, no puede olvidarse que el ordenamiento jurídico prevé que los jueces resuelvan cuestiones prejudiciales aplicando normas ajenas a su ámbito jurisdiccional⁷¹.

Es cierto que, como tienen declarado muchas de las sentencias apuntadas, nadie puede prever con absoluta seguridad que la demanda, el recurso o la reclamación judicial, frustradas o mal planteadas, hubieran sido acogidas, pero también lo es que, como dicen otras e incluso las mismas sentencias, sí pueden ser examinadas las posibilidades de que la acción o el recurso, de haber sido ejercitados diligentemente hubieran prosperado, como único medio para aproximarse al alcance de los daños. No se trata de que los Tribunales del orden civil realicen un exhaustivo enjuiciamiento de las pretensiones de las partes (una de ellas, el cliente-demandante) cuyo efectivo conocimiento por el órgano judicial no fue posible por la conducta negligente del letrado. Se trata más bien de realizar un análisis valorativo de la posición del cliente en aquel procedimiento, similar al que se realiza para determinar el resarcimiento del lucro cesante, con la finalidad de determinar si la pretensión frustrada era o no razonable y, en consecuencia, si a la conducta del letrado se le puede atribuir una efectiva pérdida de las oportunidades del cliente. Por ello, si del examen de esta valoración (juicio sobre el juicio) se desprende que las probabilidades de éxito del recurso no interpuesto o de la acción frustrada por la negligencia del abogado o del procurador eran nulas o escasas, no habrá perjuicio (por pérdida de oportunidad) y, en consecuencia, responsabilidad⁷².

3.3.3. La determinación del quantum indemnizatorio por el daño por la privación de la oportunidad

Una vez concluida la anterior operación y constatada la existencia de un perjuicio cierto, al quedar probado que el cliente tenía fundadas probabilidades de ver estimada su pretensión o recurso resta la segunda operación, esto es, la de valorar dicho daño en orden a fijar la cuantía indemnizatoria. Esta operación implica la estimación o cuantificación económica de la oportunidad perdida. En ella, son dos los parámetros básicos que el Tribunal deberá tener en cuenta: de una parte, las efectivas probabilidades de éxito de la pretensión o el recurso frustradas, expresadas en un porcentaje, y que ya habrá calculado para tener por acreditado el daño; de otra, la cuantía litigiosa de la pretensión frustrada (y que se podría haber obtenido con cierta probabilidad), teniendo siempre presente que esta última no puede venir identificada con el perjuicio ocasionado al cliente (esto es, la "pérdida de la oportunidad")⁷³.

No obstante, es posible que la operación de constatación de oportunidades, a través del "juicio sobre el juicio" y del recurso a la estadística, arroje el resultado de que el cliente tenía un 100% de probabilidades de ver estimada su pretensión. En tal caso, como venimos sosteniendo, el daño sufrido ya no será la "pérdida de la oportunidad", sino la pérdida de la pretensión, la privación de un derecho, de una ganancia (ahora sí) efectiva y cierta dejada de obtener. Así, se ha resuelto en algunas sentencias ya mencionadas. En estos casos, el cliente, antes del incumplimiento del profesional, no tiene una mera expectativa o una oportunidad de obtener un beneficio, sino el derecho a obtener una cantidad cierta reconocido por un órgano judicial.

3.3.4. Otros daños derivados del incumplimiento profesional: los gastos y costas procesales

Junto con los anteriores, el incumplimiento del abogado o del procurador suele causar otro tipo de daños, claramente materiales o patrimoniales, cuya demostración, además, no suele ocasionar tantos problemas.

Se trata de aquellos gastos que, por razón de la actuación del profesional, ha tenido que desembolsar el cliente y que pueden comprender tanto las costas procesales a las que fue condenado en el pleito en el que el profesional incurrió en negligencia o impericia⁷⁴, como los gastos derivados del proceso en el que se exige responsabilidad al profesional. Estos gastos y costas procesales, siempre que se soliciten debidamente en el *petitum* de la pretensión y resulten acreditados, podrán quedar comprendidos en el ámbito de los daños resarcibles, en cuanto daño emergente derivado de la actuación negligente del procurador o del abogado.

Además, el cliente podrá oponer la excepción de contrato incumplido o defectuosamente cumplido (*exceptio non rite adimpleti contractus*) ante la pretensión de cobro de honorarios ejercitada por profesional, o, en su caso, resolver el contrato y reclamarlos si ya los satisfizo o anticipó como provisión de fondos. Esto, sin embargo, como vimos, no es propiamente una consecuencia de la responsabilidad del profesional, sino del incumplimiento de la prestación por él asumida. Por eso, como vimos, no resulta acertado considerar que el abogado o procurador tiene derecho a sus honorarios, a pesar de haber incurrido en negligencia, como hizo la STS 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7649)⁷⁵.

De otra parte, cuando el abogado desempeña actividades no jurisdiccionales (p. ej. asesoramiento fiscal) es posible que su actuación negligente ocasione daños patrimoniales, fácilmente valorables, como el importe de las sanciones económicas por retraso en la declaración fiscal o irregularidades cometidas o los intereses de demora⁷⁶.

NOTAS:

¹ Vid. Alonso Pérez, M^a T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997; Serra Rodríguez, A., *La relación de servicios del abogado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, págs. 78 y ss.

² No obstante, encuadran en el contrato de mandato los servicios prestados por los profesionales liberales, Alonso Pérez, M^a T.: *Los contratos de servicios...*, op. cit., págs. 162 y ss.; Cervilla Garzón, M^a D.: *La prestación de servicios profesionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 93.

³ Serra Rodríguez, A.: *La relación de servicios...*, op. cit., págs. 172-174; Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad...*, op. cit., pág. 103. En particular, resulta controvertida la aplicación del art. 1733 CC, que prevé el desistimiento *ad nutum* por el mandatario, al contrato de servicios del abogado cuando es de duración determinada. Para determinado sector doctrinal la quiebra de la confianza del cliente en la actuación del abogado es justa causa para desistir del contrato, debiendo el cliente reembolsar al abogado sólo los gastos y actuaciones hasta dicho momento efectuados, pero no indemnizar los daños ocasionados por dicha extinción unilateral del contrato (Alonso Pérez, M^a T.: *Los contratos de servicios...*, op. cit., pág. 163; Rodríguez Guitián, A. M^a: "El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales", *ADC*, 2001, págs. 716 y ss.).

[4](#) SSTS 12 de julio de 2000 (RJ 2000, 6751), 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3003) y 11 de abril de 2006 (RJ 2006, 3950).

[5](#) Así, las SSAP de Murcia de 17 de mayo de 2002 (EDJ 2002/31695), AP de Sevilla de 13 de febrero de 2002 (EDJ 2002/25169) y STS 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548).

[6](#) Serra Rodríguez, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2001, págs. 157-ss.

[7](#) SSTS 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819), 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8735), 12 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3838), 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357), 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651), 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 842), 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098), 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372), 2 de noviembre de 2001 (EDJ 2001, 37636), 25 de abril de 2002 (EDJ 2002/10139), 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285), 28 de abril de 2005 (RJ 2005, 3646), 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532), 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548).

En alguna ocasión la existencia de un seguro de responsabilidad civil del abogado ha llevado al perjudicado a fundamentar su pretensión indemnizatoria en el art. 1902 CC y los preceptos estatutarios correspondientes, a pesar de la existencia indubitada de una relación contractual, al ejercitar la acción directa contra la aseguradora [STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106)].

[8](#) SSTS 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) y 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548).

[9](#) En este sentido, las SSAP de Málaga de 26 de abril de 1996 (AC 727, 1996) y León de 17 de marzo de 1997 (AC 1997, 422).

[10](#) Vid. el análisis de Crespo Mora, Mª C.: *La responsabilidad...*, op. cit., págs. 271-307.

[11](#) En concreto, corresponde a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita la resolución de los expedientes de justicia gratuita, pero en la tramitación asume un relevante papel los Colegios de Abogados y Procuradores competentes territorialmente (cfr. art. 9 Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita). Según el art. 22 LAJG corresponden a los Colegios de Abogados y Procuradores, a través de sus Juntas de Gobierno, organizar los servicios de asistencia letrada y defensa y representación gratuita. Además, estos Colegios se encargan de seleccionar a los profesionales del turno de oficio y de poner a disposición de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita la lista de colegiados ejercientes adscritos a los servicios de justicia gratuita, con indicación, en su caso, de las especializaciones.

[12](#) Crespo Mora, Mª C.: *La responsabilidad...*, op. cit., págs. 279 y ss. Dispone el art. 26 LAJG: "En lo que afecta al funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita, los Colegios de Abogados y Procuradores están sujetos a los mismos principios de responsabilidad patrimonial establecidos para las Administraciones Públicas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Esta previsión se reitera en el art. 34 Reglamento de asistencia jurídica gratuita, que prevé el procedimiento a seguir en la reclamación.

[13](#) Crespo Mora, Mª C.: *La responsabilidad...*, op. cit., págs. 287-303. En esta línea, la anteriormente citada SAP León de 17 de marzo de 1997 (AC 1997, 422) sostiene que "por el hecho de que a una persona se le nombren los referidos profesionales de oficio e incluso aunque después se le reconozca el derecho a litigar gratuitamente, no por ello y por esos solos hechos puede predicarse que no hay relación contractual entre éstos últimos y su cliente", concluyendo que el plazo para exigir responsabilidad es el de quince años, de acuerdo con el art. 1964 CC, y no el del año del art. 1968 CC, previsto para las acciones dimanantes de la culpa extracontractual.

[14](#) Ello es debido a que, normalmente, el profesional no puede determinar el precio antes de prestar el servicio, en cuanto que aquél se hace depender de diversos factores que pueden variar conforme a las circunstancias y que no pueden ser previstas, en muchas ocasiones, en el momento de estipular el contrato como, por ejemplo, el tiempo empleado en su ejecución, la dificultad de estudio del asunto que se le ha confiado, conocimiento especializado en materias particulares, etc. Es, por tanto, el contenido variable de la prestación asumida por el profesional lo que determina en gran medida la indeterminación inicial de la retribución del servicio comprometido.

[15](#) En este sentido, entre otras, las SSTs 20 de marzo de 1947 (RJ 1947, 355), 22 de diciembre de 1954 (RJ 1954, 3013), 4 de julio de 1961 (RJ 1961, 2880), 7 de octubre de 1964 (RJ 1964, 4326), 10 de octubre de 1970 (JC 1970, 439) y 6 de junio de 1983 (RJ 1983, 3291).

Sin embargo, en la actualidad, tras la reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, se prohíben a los Colegios profesionales establecer baremos orientativos, ni cualquier otra recomendación sobre honorarios profesionales, salvo a los exclusivos efectos de tasación de costas y jura de cuentas de los abogados (art. 14 y Disp. Adic. 4ª Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales).

[16](#) Para un análisis de estos supuestos y sus consecuencias jurídicas vid. Serra Rodríguez, A.: "El régimen de responsabilidad civil derivada del ejercicio de la abogacía por cuenta ajena", *Indret*, 3/2008, www.indret.com.

[17](#) El hecho dañoso constituirá normalmente violación de alguna de las obligaciones esenciales derivadas del contrato, en cuya celebración y perfección, sin embargo, no ha intervenido el abogado causante del daño. Esto justificaría que, aunque no exista vínculo directo entre el agente y el perjudicado, y no asuma aquél la condición de deudor del servicio profesional, los litigantes hagan referencia, en sus escritos procesales, a preceptos de la responsabilidad contractual para afirmar o negar la responsabilidad del profesional dependiente.

[18](#) Serra Rodríguez, A.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., págs. 342-344, y en "El régimen de responsabilidad...", op. cit., pág. 15; Crespo Mora, Mª C.: *La responsabilidad...*, op. cit., págs. 317-320 y 340-341. Considero que en tal hipótesis sería de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la existencia de una previa relación obligatoria excluye el juego de las normas de la responsabilidad extracontractual, de manera que "aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento ello excluye la aplicación del art. 1902 CC, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual" [STS 26 de enero de 1984 (RJ 1984, 386); Pantaleón Prieto, F., "Comentario al art. 1902", en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, 1ª ed., Madrid, pág. 1981 e Yzquierdo Tolsada, M.: *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid 2001, pág. 449.

[19](#) En el mismo sentido, Crespo Mora, Mª C.: "Responsabilidad civil derivada de los servicios de asesoría jurídico-laboral de un sindicato. Comentario a la STS de 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5121)", *RDPat.*, núm. 15, págs. 251 y 252, y en *La responsabilidad...*, op. cit., págs. 317-320 y 340-341; Serra Rodríguez, A.: "El régimen de responsabilidad...", op. cit., pág. 16. Así lo entendió, también, la SAP Madrid de 3 de octubre de 2006 (JUR 2007, 54870), para la actuación negligente del graduado social y su empleadora.

[20](#) Yzquierdo Tolsada, M.: "Responsabilidad civil de abogados y procuradores. El quid, pero sobre todo el quantum", www.asociacionabogadosrcs.org, pág. 48.

[21](#) Sin embargo, pone de relieve Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad...*, op. cit., pág. 257, la Sala Primera del Tribunal Supremo sostiene mayoritariamente que el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad civil derivada de delito es de quince años, por aplicación del art. 1964 CC. Considera la autora que cuando el acto constitutivo del delito o falta, guarde una conexión con el contrato que vincula al profesional y al cliente, esto es, constituya un incumplimiento contractual, la responsabilidad será contractual, debiendo aplicarse las normas del Código civil (cit., pág. 259).

[22](#) Entre otras, las SSTS 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651), 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013), 7 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3368), 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 283), 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285), 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532), 14 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 1225) y 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2129).

[23](#) Para un exhaustivo análisis de la configuración de la obligación del abogado como de medios o de resultado y sus consecuencias, vid. Serra Rodríguez, A.: *La relación de servicios...*, op. cit., págs. 30-59 y 131-147; y en *La responsabilidad civil...*, op. cit., págs. 163-186, y Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad...*, op. cit., págs. 81-89.

[24](#) SSTS 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871), 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548)

[25](#) SSTS de 28 de julio de 2003 (RJ 2003, 5989), 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3303) y 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548).

[26](#) Por ello es criticable la STS 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7649) que, ante la exigencia de responsabilidad y la reclamación de honorarios al Letrado, reconoce que en virtud de los arts. 1544 y sigs. CC y art. 56 EGA "la retribución es un derecho del Letrado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir por negligencia...". Sorprende a Rebolledo Varela, Á. L.: "Comentario a la S.T.S. de 16 de diciembre de 1996", *CCJC*, núm. 44, abril/agosto 1997, pág. 486, esta decisión "desde el momento en que se permite exigir la prestación del cliente a pesar del incumplimiento de la suya", poniendo de relieve, además, que la Sentencia que comenta viene a rectificarla "desde el momento en que se condena al abogado además de a la indemnización de los daños y perjuicios, a pagar a los actores la cantidad abonada a él por honorarios y a los procuradores que intervinieron en instancia y apelación".

[27](#) No puede imputarse responsabilidad al abogado cuando su error procede de los datos suministrados por su cliente [STS 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2115)]. Tampoco si el daño que se pretende imputar (la desestimación de la demanda en que se ejercitaba una acción reivindicatoria) es debida a circunstancias objetivas relacionadas con la dificultad de identificación de las fincas reivindicadas y la complejidad de la reparcelación que las había afectado --hecho éste que operaría aquí como un hecho ajeno al control de la actividad del letrado-- y a las circunstancias subjetivas relacionadas con el desconocimiento por los demandantes de la ubicación físicas de aquéllas [STS 23 de febrero de 2010 (RJ 2010, 4341)].

[28](#) Así, para la STS 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 6045) no es imputable al abogado las consecuencias dañosas derivadas de haber dirigido la acusación penal contra persona distinta de la causante del siniestro, al apreciarse "una dificultad objetiva en la determinación del sujeto responsable contra quién debía dirigirse la demanda, derivado de la intervención de un tercero con especial autoridad, la Inspección de Trabajo, al elaborar el correspondiente informe en el que se identificaba al propietario como persona que manejaba la grúa".

[29](#) En este sentido, según la STS 20 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3265) el Procurador que no compareció al acto de nombramiento de perito es negligente y por ello, deberá abonar a su representado la cantidad que en la tasación de costas del proceso en que fue negligente se fije en concepto de derechos arancelarios.

[30](#) Ángel Yáguez, R. De: "La responsabilidad civil del abogado", *Indret*, enero 2008, pág. 3, www.indret.com.

[31](#) SSAP Huesca de 26 de junio de 2000 (EDJ 2000/22883) y Segovia de 26 de enero de 2000 (AC 2000, 96); SSTS 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2115) y 23 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1542).

[32](#) Así, sobre si debía solicitarse o podía ser acordada de oficio, en el juicio de faltas, el recargo del 20% por intereses por demora, es negligente el letrado que no la solicitó: STS de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 333) y SAP Málaga de 13 de enero de 1996 (AC 1996, 307).

[33](#) Muestra de este razonamiento es la STS de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 842), que confirmó la condena por responsabilidad civil del letrado que, en su actuación profesional en defensa de la actora, erró al calcular el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción por despido improcedente no informando adecuadamente a su defendido. En este supuesto, el error en el cálculo del plazo de caducidad de la acción determinó "la pérdida de las oportunidades procesales" de su defendido, al presentar la demanda laboral fuera de plazo. Dicha conducta evidencia, a juicio del Tribunal Supremo, una actuación profesional del abogado "carente de la diligencia debida", y ello, porque, aunque no se diga expresamente en la sentencia, dicho error es inexcusable, ya que la norma en tal sentido es clara y no da lugar a interpretaciones diversas.

[34](#) La misma conducta es imputable al Procurador que aceptó realizar dicha gestión en la SAP Granada 12 de julio de 2001 (EDJ 2001, 40205). Es negligente el abogado que deja transcurrir extensos plazos sin instar la prosecución de procedimiento judicial de cobro de la deuda, cumpliendo tardíamente los mandamientos de anotación preventiva de embargo y no adoptando las medidas para asegurar la efectividad del cobro de una deuda cuya gestión le fue encomendada [STS 21 de junio de 2007 (RJ 2007, 3781)].

[35](#) SSTS 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4630), 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285) y 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5121).

[36](#) SSTS 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013) y 8 de julio de 2003 (RJ 2003, 4613).

[37](#) STS 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914).

[38](#) STS 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 323)

[39](#) SSTS 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971), TSJ de Navarra de 9 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9414).

[40](#) STS 24 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7436).

[41](#) SSTS 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871), 18 de junio de 2004 (RJ 2004, 3629) y 11 de mayo de 2006.

[42](#) SSTS de 28 de julio de 2003 (RJ 2003, 5989) y 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548).

[43](#) Según la STS 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682) al Procurador no sólo le compete la obligación de comunicación con el Abogado, lo que es práctica habitual, sino también la comunicación a su poderdante (cliente) de las vicisitudes que le puedan afectar en las fases del proceso, como se desprende del art. 26.2º y 3º LEC. Para la SAP Sevilla 13 de febrero de 2002 (EDJ 2002, 25169) es negligente el Procurador que desconoce que el letrado director mantiene el horario de verano durante los quince primeros días de septiembre, con el fax sin funcionar y la dependencia cerrada, por lo que el fax por aquel remitido --que

contenía la cédula de emplazamiento ante el Tribunal Supremo-- no pudo llegar a su destinatario (el letrado).

[44](#) STS 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682). Condena solidariamente a abogado y procurador la SAP Murcia 17 de mayo de 2002 (EDJ 2002, 31695), al considerar que no se puede culpar totalmente a uno, ni siquiera fraccionando su responsabilidad, de la omisión en la recogida de la notificación, que impidió realizar en tiempo una actuación procesal.

[45](#) Según tienen declarado el Tribunal Supremo, en estas Sentencias, "el abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores, los cuales deben tener conocimiento de cuáles son sus obligaciones y facultades en relación las particularidades impuestas por su función de representación procesal en cada caso".

[46](#) SSTs 26 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8882) y 11 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3950).

[47](#) Ángel Yágüez, R. De: "La responsabilidad civil del abogado", cit., pág. 9.

[48](#) Tienen, también, cabida en estos supuestos la omisión por el abogado de un concepto indemnizable en una demanda por responsabilidad [STS 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1225)].

[49](#) Así, las SSTs 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357) y 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587) estimaron la responsabilidad de los letrados al reclamar fuera de plazo al FOGASA ciertas cantidades que habían sido acordadas judicialmente en virtud de sentencia firme.

[50](#) STS 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819).

[51](#) STS 20 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6947).

[52](#) SAP Jaén 7 de noviembre de 1994 (AC 1994, 1929).

[53](#) En esta Sentencia entendió el Tribunal Supremo que la diligencia exigida al letrado, que defendió a los actores en una diligencias penales abiertas por la muerte de su hijo, comprendía no sólo la comunicación a sus clientes de que las diligencias habían sido archivadas, sino también cerciorarse de la recepción de la misiva, de si sus clientes comprendían su contenido y, en consecuencia, informarles de los efectos jurídicos y vías procesales que, a partir de dicho momento, se abrían para su posible ejercicio en plazo.

[54](#) Vid. Ángel Yágüez, R. De: "La responsabilidad civil del abogado", cit., págs. 4 y 5.

[55](#) Como modalidad de esta prestación profesional, el abogado puede comprometerse a la elaboración de un dictamen o informe en que el que además de plasmar su consejo o asesoramiento venga recogido, con mayor o menor exhaustividad, el apoyo legal, doctrinal o jurisprudencial a las opiniones vertidas o conclusiones. En estos supuestos, doctrina y jurisprudencia califican la obligación asumida como de resultado, sobre la base de que lo comprometido no es una mera actividad, sino el resultado de ésta, un "opus". Ahora bien, el profesional no queda obligado a garantizar la consecución de un ulterior resultado (la estimación de la pretensión o el éxito del pleito) sobre la base del dictamen o informe emitido.

[56](#) En este sentido, la SAP Valencia de 23 de abril de 1998 (*Ar. Civ.* 488, 1998) desestimó la exigencia de responsabilidad a la abogada encargada de asesorar al demandante en sus obligaciones fiscales, que le imputaba una conducta negligente en la forma de tributación de la declaración del IRPF e IVA para la actividad empresarial (al haberse efectuado por el sistema de estimación objetiva por coeficientes y no por el sistema de módulos, signos e índices, sin haberse renunciado a este último). La actuación de la abogada al adoptar para el actor en sus declaraciones fiscales un sistema retributivo no fue considerada reveladora de negligencia, en cuanto que existía una norma reglamentaria que, si bien era ambigua en

relación con un criterio sistemático con el resto de textos legales de rango superior, apoyaba dicha decisión.

[57](#) Ángel Yágüez, R. De: "La responsabilidad civil del abogado", cit., págs

[58](#) En este sentido, la SAP Zaragoza de 16 de abril de 1993 (AC 417, 1993) declaró responsable al abogado por su inactividad, al no plantear demanda reclamando la cantidad que se le adeudaba a su cliente y por la pérdida de los documentos justificativos de la realidad de tal deuda. La Audiencia, frente al parecer del Juzgado, estimó la responsabilidad del letrado al entender que sí quedaban justificados los daños y perjuicios ocasionados a la actora, que se concretaron en la cantidad que, estando acreditada en los documentos extraviados, no pudo reclamarse judicialmente. Para la Audiencia existía de parte del demandante "una expectativa razonable en percibir, mediante la promoción de un proceso y contando con la prueba documental entregada" dicha cantidad.

[59](#) La SAP Segovia de 13 de abril de 2000 (EDJ 13168, 2000) condenó al Letrado a indemnizar a sus clientes la cantidad que éste debía haber reclamado ante el FOGASA y que no hizo, al entender que su relación de servicios con aquellos no se extendía a la presentación de los formularios pertinentes antes el órgano administrativo laboral. La Audiencia estimó que el letrado incumplió el encargo encomendado, ya que la adecuada tutela jurídica de los intereses de su cliente incluía la actividad que omitió.

[60](#) Serra Rodríguez, A.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., págs. 279-281; Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad del abogado...*, op. cit., págs. 362 y 363, que lo califica de daño emergente, "ya que al producirse el evento dañoso el derecho al cobro de estas cantidades ya formaba parte del patrimonio de la víctima".

[61](#) Así, la STS 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) que, para un supuesto de responsabilidad del procurador, que no se personó en varios recursos de apelación interpuestos por sus poderdantes, lo que determinó que se declararan desiertos, consideró con base en dicho razonamiento que lo que ocasionó fue un "evidente y ostensible daño moral a los allí apelantes, que consistió en dejarles irremisiblemente privados del conocimiento y resolución, por el Tribunal competente, de dichos recursos de apelación y, en su caso, también de los posteriores recursos de casación". En el mismo sentido, para responsabilidad del abogado, las SSTS 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013), 8 de julio de 2003 (RJ 2003, 4613) y SAP Cantabria de 10 de septiembre de 2003 (JUR 2004, 41142).

[62](#) Pone de relieve Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad del abogado...*, op. cit., págs. 402-404, que el daño por la privación del derecho a que la pretensión examinada por órganos jurisdiccionales no es una vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, ya que, según la interpretación mantenida por el TC, la tutela judicial efectiva se satisface siempre que se obtenga una resolución fundada en Derecho, aunque sea de inadmisión del recurso o pretensión. Además, siguiendo al TC, el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se tiene frente a los poderes públicos, y no frente a los particulares (el abogado al que se imputa la conducta negligente).

[63](#) Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad del abogado...*, op. cit., pág. 402, nota 153.

[64](#) Un análisis de este criterio para apreciar la existencia de daño por pérdida de la oportunidad y su valoración económica, teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia francesa e italiana, puede verse en Serra Rodríguez, A.: *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 233-268. Propone, también, el recurso al "juicio sobre el juicio" como método para demostrar un perjuicio cierto Yzquierdo Tolsada, M., "Comentario a la S.T.S. de 28 de enero de 1998", *C.C.J.C.*, núm. 47, abril/agosto 1998, pág. 679.

[65](#) Sin embargo, en estos casos en el que el examen de las probabilidades de éxito de la pretensión o acción no interpuesta en plazo arroje, como resultado, que aquéllas eran del 100%, el daño no podrá ser la "pérdida de la oportunidad", sino la "pérdida de un derecho cierto".

[66](#) Según Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad del abogado...*, op. cit., págs. 387 y 388, para determinar el carácter moral o patrimonial del daño por la pérdida de la oportunidad procesal habrá que atender a la naturaleza de la pretensión fallida, de modo que las pérdidas de pretensiones procesales no patrimoniales (derecho de rectificación, por ejemplo) generarán daños morales, mientras que la privación de pretensiones patrimoniales sólo provocará daños de este mismo tipo. En el mismo sentido, la STS 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548).

[67](#) Para Gómez Pomar, F.: "Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral. Comentario a la STS de 8 de abril de 2003", *Indret*, julio, 2003, págs. 5 y sigs., la noción de "pérdida de la oportunidad" hace referencia al valor esperado, que resulta de la probabilidad de éxito y de la cuantía del pleito.

[68](#) Según el criterio de imputación objetiva del "riesgo general de la vida" al cliente no le pueden ser garantizados aquellos riesgos a los que se vería igualmente expuesto, aunque el incumplimiento del abogado no se hubiera producido. En tal sentido, Serra Rodríguez, A.: *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 279; Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad del abogado...*, op. cit., pág. 387.

[69](#) Parece inclinarse por este recurso Gómez Pomar, F.: "Pleitos tengas...", cit., pág. 7.

[70](#) Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad del abogado...*, op. cit., pág. 394.

[71](#) Es más, como advierte Ángel Yágüez, R. De: "La responsabilidad civil...", cit., pág. 40, "en no pocas veces un tribunal tiene que resolver también sobre la base de lo que *habría ocurrido*, pero no en relación con una incógnita jurídica, que para un órgano judicial es, por así decirlo, *menos incógnita*, sino sobre acontecimientos ajenos al mundo del derecho", poniendo como ejemplo el de la Medicina.

[72](#) SSTs 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548), 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2115), 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 7063) y 23 de febrero de 2010 (RJ 2010, 4341). Según la primera de las sentencias, si no se logra la prueba de que el perjudicado estaba en situación fáctica o jurídica idónea para realizar las oportunidades perdidas "no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales".

[73](#) SSTs 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) y 21 de junio de 2007 (RJ 2007, 3781). La primera valora el daño por la pérdida de la oportunidad, que califica de "patrimonial", en función de las "posibilidades de buen éxito del recurso interpuesto en relación con el interés económico objeto de reclamación". A tal fin, efectúa una previsión en relación con las posibilidades de éxito del recurso de casación tardíamente presentado --contra la Sentencia del TSJ Navarra, que había condenado al posteriormente demandante de responsabilidad--, teniendo en cuenta el importe de la condena recaída, la naturaleza del asunto, las características limitadas del recurso de casación y el examen del dictamen Colegio del Abogados, concluyendo las escasas posibilidades de éxito de aquel recurso extemporáneamente presentado. Pese a ello, fija la indemnización en 12.000 euros "indemnización similar a la otorgada en supuestos similares de escasas posibilidades de procedibilidad del recurso". Misma cantidad condenó el TS en la Sentencia 21 de junio de 2007 (RJ 2007, 3781).

[74](#) SSTS 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971), 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871), 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013) y 18 de junio de 2004 (RJ 2004, 3629).

[75](#) Critican este pronunciamiento Rebolledo Varela, Á. L.: "Comentario...", cit., pág. 486; Serra Rodríguez, A.: *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 220; Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 408.

[76](#) Crespo Mora, M^a C.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 409