

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

“NOTAS ACTUALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO”

Presentado por:

Paula Belén Hernández Montoya

DNI: 42220271-E

Tutelado por:

Juan Antonio García García

Convocatoria extraordinaria: Marzo 2021

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA FIGURA Y CONCEPTO DEL ABOGADO. SU TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.
- III. NATURALEZA DEL DEBER DE PRESTACIÓN QUE ASUME EL ABOGADO FRENTE A SU CLIENTE
- IV. TIPO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUE PUEDE INCURRIR EL ABOGADO
- V. ¿RESPONSABILIDAD POR CULPA O DE CARÁCTER OBJETIVO?
 - A) Incumplimiento de sus deberes profesionales: el módulo de cumplimiento o «lex artis».
 - 1. Principio general: no es una obligación de resultado, sino de medios
 - 2. Errónea interpretación de una norma jurídica
 - 3. Conductas omisivas o extemporáneas del Abogado
 - 4. Defectuoso planteamiento técnico del asunto
 - 5. Incumplimiento del deber de fidelidad
 - B) La prueba del incumplimiento
 - C) Existencia de un daño efectivo consistente en la disminución de las posibilidades de defensa
 - D) Valoración del daño
 - E) Nexo causal
- VI. CONCLUSIONES
- VII. BIBLIOGRAFÍA
- VIII. JURISPRUDENCIA

RESUMEN

En el presente Trabajo de Fin de Máster se analizan desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinal, las tendencias actuales en materia de responsabilidad civil que afectan a los profesionales de la abogacía, comentando el alcance y consecuencias que puede tener un actuar negligente en su actividad.

PALABRAS CLAVE

Abogado, responsabilidad civil, negligencia, daño moral, oportunidad procesal, responsabilidad contractual, obligación de medios, *lex artis*.

ABSTRACT: In the present Master's degree final project, current trends in terms of civil responsibility affecting legal professionals will be analysed, from a legal, jurisprudential and doctrinal framework, referring to the scope and consequences of the negligent conduct in their activity.

KEY WORDS: lawyer, civil responsibility, negligence, moral damage, procedural guarantee, contractual liability, obligation of means, *lex artis*.

I.- Introducción.

Desde finales del pasado siglo ha ido *in crescendo* en nuestro país una cierta tendencia a la judicialización de los casos de responsabilidad civil profesional, abarcando a todas las actividades. Las demandas más comunes en esta materia suelen versar sobre la muy conocida responsabilidad civil de los médicos, tanto en su vertiente pública (a través de la responsabilidad patrimonial) como privada, si bien es cierto que estos profesionales no son los únicos ya que el ejercicio de acciones por negligencias profesionales tiene cada vez un alcance mayor, quedando pocos profesionales exentos de ello.

En este sentido se nota una proliferación de acciones frente a los profesionales del Derecho¹, en concreto frente a las profesiones de abogado y procurador. Este auge de acciones y la muy variada casuística que engloban las mismas han ido perfilando una doctrina que, junto con textos normativos como el Código Deontológico y el Estatuto General de la Abogacía permiten delimitar y determinar si existe verdaderamente negligencia por parte del abogado y si la misma es consecuencia del daño producido.

Esta jurisprudencia ha ido matizando ideas clave que ayudan a determinar la existencia o no de negligencia, la determinación del daño, y la cuantificación del mismo. También pone de relieve esta jurisprudencia la diferenciación de la responsabilidad entre abogado y procurador que en determinadas ocasiones es difusa y ciertamente complicada de distinguir.

II.- La figura y concepto del abogado. Su tratamiento legal y jurisprudencial.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua abogar consiste en "defender en juicio, por escrito o de palabra", y, en su segunda acepción, "interceder, hablar en favor de alguien o de algo".

¹ Ya desde el año 2002 el número de quejas sobre las actuaciones profesionales de los abogados había aumentado significativamente, tal y como recogía MULLERAT BALMAÑA, en su artículo «La Responsabilidad civil del abogado», La Toga, ICAS, abril 2002, p. 15, señalando que algunos Colegios de Abogados ya habían experimentado como las quejas sobre los servicios prestados por los abogados se incrementaron en más de un ochenta por ciento.

En definitiva, siguiendo las palabras de la reciente Sentencia² del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2021, el letrado asume la obligación profesional de instar, defender, gestionar, preservar los derechos e intereses ajenos por los que debe velar, dada su pericia profesional y conocimiento de las normas jurídicas por las que se rige nuestra vida social y, entre ellas, las procesales, reguladoras del proceso debido, que debe aplicar en la prestación de sus servicios de la manera más favorable para los intereses de su patrocinado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 542.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es Abogado quien ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.

En parecidos términos, el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el actual y vigente Estatuto General de la Abogacía Española, declara que la abogacía *"asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas"* (art. 1.1), y en su preámbulo establece que *"la Abogacía, es una profesión multiseccular, dedicada a la defensa de los derechos e intereses jurídicos de los ciudadanos, cuya evolución discurre en paralelo a la del reforzamiento de los derechos y libertades, con el enorme salto cualitativo que supuso la Constitución de 1978. Su íntima conexión con la libertad y el derecho de defensa en nuestra Constitución así lo atestiguan; como también lo hace la labor de servicio público que toda la organización colegial y los profesionales de la Abogacía cumplen en el sistema de asistencia jurídica gratuita que, partiendo del artículo 119 de la Constitución, regulan la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y sus normas de desarrollo. La Abogacía es pieza esencial en el funcionamiento de uno de los poderes del Estado –el Poder Judicial– y en la satisfacción del derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva, lo que acredita la relevancia constitucional de los intereses públicos involucrados en su ejercicio."*

Rango constitucional, el del derecho de defensa, que es citado por toda la jurisprudencia³: *"el derecho de defensa alcanza incluso rango constitucional en los arts.*

² STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 375/2021 de 1 junio (RJ 2021\2615).

³ *Ibidem*, STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 375/2021 de 1 junio (RJ 2021\2615).

17.3 y 24.2 de la Carta Magna, y, por su parte, el art. 119 de la misma garantiza el derecho a la justicia gratuita.”

III.- Naturaleza del deber de prestación que asume el Abogado frente a su cliente.

Como punto de partida debemos analizar la figura del abogado desde un punto de vista profesional, atendiendo a las normas que le vinculan, en concreto a lo dispuesto para el ejercicio de la profesión en el Estatuto General de la Abogacía en donde se consagra su independencia en el artículo 47.3 de dicho cuerpo legal que reza así: *“En todo caso, deberá cumplir con la máxima diligencia la misión de asesoramiento o defensa que le haya sido encomendada, procurando de modo prioritario la satisfacción de los intereses de su cliente.”*

El hecho de que se hable de *“cumplir... la misión”* nos aproxima a la idea de que el tipo de contrato que vincula al cliente con el abogado se trata *a priori* de un arrendamiento de servicios que puede asemejarse al contrato de mandato, si bien en determinados asuntos el encargo que se encomienda al abogado puede encajar perfectamente en la definición de contrato de obra pues la conclusión del mismo depende de la voluntad del letrado. Pensemos por ejemplo en la redacción de minutas notariales, confección de contratos y otro tipo de actuaciones que los abogados llevan a cabo, cuyo resultado depende íntegramente de su voluntad y forma de actuar y no de terceros como sucede en vía judicial.

REGLERO CAMPOS, señala que *«la relación que une al Abogado con su cliente puede ser de muy variada condición, atendiendo al objeto de la obligación de aquél, y aunque en el ejercicio libre de la profesión, normalmente se concibe como un contrato de prestación de servicios, que en ocasiones se aproxima al contrato de mandato, sustentado en la buena fe y, sobre todo, en una relación de confianza entre Abogado y cliente, debe calificarse como contrato de obra cuando la prestación del Abogado consista en la realización de un trabajo cuya conclusión depende de su exclusiva voluntad, tal como la redacción de determinados documentos, etc. Con todo, no está clara*

la línea divisoria de los diferentes trabajos que pueden desempeñar estos profesionales»⁴.

Por tanto, cabe distinguir entre dos tipos de obligaciones, si consideramos que nos encontramos con un contrato de mandato la obligación será de medios mientras que si consideramos que estamos ante un contrato de obra la obligación será de resultado.

a) Obligación de medios, no de resultados.

Tal y como señala MONTERROSO CASADO, la relación contractual que se concierta entre un abogado y su cliente para asumir su defensa jurídica constituye una modalidad del contrato de arrendamiento de servicios, definido en el artículo 1544 del Código Civil como aquél en el que “una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto”, en consonancia con el artículo 25 del Estatuto de la Abogacía. En este sentido, el abogado será el arrendador, que se obliga a prestar su servicio profesional, y el cliente el arrendatario, que se obliga a pagar el precio cierto (artículo 1546 del Código Civil).⁵

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁶ es reiterada en mantener que la relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión, que la jurisprudencia construye con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (sentencias de 30 de marzo de 2006, rec. 2001/1999; 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532), rec. 971/1999; 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2115), rec. 715/2000; 2 de marzo de 2007 SIC (RJ 2007, 1542), rec. 1689/2000; 21 de junio de 2007, rec. 4486/2000; 18 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8621), rec. 4086/2000; 22 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5787), rec. 655/2003; 282/2013, de 22 de abril; 331/2019, de 10 de junio (RJ 2019, 2442) y 50/2020, de 22 de enero (RJ 2020, 61), entre otras).

⁴ REGLERO CAMPOS, L.F., “La responsabilidad civil de abogados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña, 2007, 11: 785-813 ISSN: 1138-039X, págs. 788-789 (<http://hdl.handle.net/2183/2539>).

⁵ MONTERROSO CASADO, E., “La responsabilidad civil del abogado: criterios de imputación, supuestos y efectos”, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, ISSN-e 1695-6311, N.º. 3, 2005, pág. 2.

⁶ STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 375/2021 de 1 junio (RJ 2021\2615).

Sigue la jurisprudencia perfilando que *“se trata de una relación convencional fundada en la recíproca confianza y confidencialidad de la que deriva el deber del secreto profesional. Las personas depositan en manos de sus abogados asuntos en no pocas ocasiones de decisiva trascendencia vital en sus relaciones patrimoniales y personales. La aceptación de una defensa implica la asunción de las obligaciones de velar por tales intereses como si fueran propios, con sujeción a las normas del ordenamiento jurídico aplicable.”*

Matizando claramente que la obligación del abogado consiste en prestar sus servicios profesionales, tratándose de una obligación de medios⁷:

“Es una obligación de medios, también concebida como de actividad o comportamiento, consistente en la realización de un trabajo bajo pericia. El Abogado sólo se puede comprometer a prestar sus servicios conforme a las exigencias de la lex artis, que disciplinan tal actividad humana, sin que, por lo tanto, garantice o quepa exigirle el resultado pretendido, que no depende de forma exclusiva de la actividad desplegada, sino de la lógica propia del Derecho, que no se concilia con verdades absolutas, así como de la estructura del proceso, concebido como una técnica de confrontación entre intereses contrapuestos, que no son susceptibles, en muchas ocasiones, de compatibilidad jurídica, lo que determina necesariamente que uno haya de prevalecer sobre otro.”

Además, la jurisprudencia tiene proclamado que la prestación del abogado no comporta como regla general la obligación de lograr una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (sentencias de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532), 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, rec. 2001/1999; 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2115), rec. 715/2000; 282/2013, de 22 de abril y 331/2019, de 10 de junio (RJ 2019, 2442), entre otras).

Por tanto, podemos concluir que lo habitual o normal en la relación abogado-cliente, es que la obligación esencial de aquél en su prestación de servicios es la de llevar

⁷ STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 375/2021 de 1 junio (RJ 2021\2615).

la dirección técnica de un proceso, como obligación de actividad o de medios, no de resultado.

b) Obligación de resultados

Pero también cabe que esa relación deba calificarse como contrato de obra (arts. 1588 y siguientes del Código Civil) cuando la prestación del Abogado consista en la realización de un trabajo cuya conclusión depende de su exclusiva voluntad, tal como la redacción de determinados documentos, etc.

Como señala REGLERO CAMPOS⁸, la tradicional concepción de la obligación del Abogado como de medios y no como de resultado debe ser perfeccionada, de forma tal que puede entenderse que estamos ante una obligación de resultados cuando las tareas que se encomienden al Abogado (a través del oportuno encargo profesional) puedan derivar en un resultado que únicamente dependa de su buen actuar.

A modo de ejemplo se puede mencionar algunos actos procesales tales como la redacción de demandas, escritos etc. Y también otro tipo de actos jurídicos como minutas notariales, elaboración de cuadernos particionales, estatutos, entre otros.

A modo de conclusión, y siguiendo a SERRA RODRÍGUEZ⁹, tenemos que, «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 “servicios”», resaltando que para integrar la relación jurídica entablada con el abogado habrá que acudir a las normas del Código civil sobre obligaciones y contratos en general, a las previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Civil que afecten a su actividad, así como a las normas estatutarias o reglamentarias y las de carácter deontológico dictadas por los Colegios profesionales, proponiéndose, también, una aplicación analógica de ciertas normas del contrato de mandato, como así lo declara la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰ señalando que “*la relación contractual*

⁸ REGLERO CAMPOS, L.F., obra citada, pág. 791.

⁹ SERRA RODRÍGUEZ, A., “*La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español.*” Revista Justicia y Derecho, Santiago, v. 2, nº 2, 2019

¹⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 959/2008 de 22 octubre. RJ 2008\5787

existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato” (SSTS de 28 de enero de 1998 [RJ 1998, 357], 23 de mayo de 2006 [RJ 2006, 5827] y 27 de junio de 2006, 30 de marzo de 2006, rec. 2001/1999 [RJ 2006, 2129], 14 de julio de 2005, rec. 971/1999 [RJ 2005, 6701], 26 de febrero de 2007, rec. 715/2000, 2 de marzo de 2007, rec. 1689/2000, 21 de junio de 2007, rec. 4486/2000 [RJ 2007, 3783], 18 de octubre de 2007, rec. 4086/2000 [RJ 2007, 8621]).

IV.- Tipo de responsabilidad civil en que puede incurrir el Abogado.

Siguiendo la opinión doctrinal generalizada¹¹, resulta necesario detenerse en la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación entablada entre los Abogados y sus clientes, especialmente en el contenido de dicha relación y en los deberes derivados de la misma, a efectos de establecer si la responsabilidad en la que incurre el Abogado es una responsabilidad de tipo contractual o extracontractual, puesto que como señala la SERRA RODRÍGUEZ, según se trate de un tipo u otro de responsabilidad ello «*condicionará algunos aspectos relevantes del régimen de su responsabilidad civil (plazo de prescripción, organización de la pluralidad de responsables, criterio de imputación subjetiva, alcance de daños indemnizables, etc.)*»¹².

Ello resulta necesario, además, por cuanto no siempre la relación entre Abogado y cliente se produce de forma directa. Así, por un lado, tenemos 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). Debemos resaltar en este punto, las relaciones del Abogado que es designado por un Sindicato para la defensa jurídica de sus afiliados, o la del que es designado con base en una póliza de asistencia jurídica para la defensa de sus asegurados, en ambos casos el letrado percibe sus honorarios del sindicato o la

¹¹ BLASCO PELLICER, A.A. y SERRA RODRÍGUEZ, A., “*El trabajo profesional de los abogados*” Tirant lo Blanch, 2012, ISBN: 978-84-9004-821-4.

¹² SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada.

aseguradora que es quien le contrata, no del cliente a quien defiende. Es decir, coexisten diversas relaciones entre las partes:

-De un lado una relación contractual entre el afiliado/sindicato y asegurado/aseguradora.

- De otro lado una relación contractual entre la aseguradora y sindicato con el letrado.

- Y, además, una relación extracontractual entre el afiliado y asegurado con el letrado.

Así la sentencia dictada por la Sección 2ª de la AP de Toledo de 6 de marzo de 2020 dispone que “si la relación jurídica se entabla entre apelante/letrado estaríamos ante una relación contractual y si se entabla con el Sindicato y a través de éste se encomienda a un Letrado, estaríamos ante una relación extracontractual con diferente alcance a efectos de prescripción.”

La SAP de Guipúzcoa de 12 de abril de 2007 ha estudiado la cuestión y entendido que "la relación entre la central sindical y los afiliados o no afiliados por el servicio de asesoramiento deficiente prestado por los asesores contratados por aquella, algunos sectores jurisprudenciales lo integran en el ámbito laboral (SAP La Rioja de 11 de marzo de 1.999 o SAP de Murcia de 13 de febrero de 1.996), otros la integran en el ámbito civil, pero como responsabilidad extracontractual, con base en los arts. 1.902 y 1.903 del C. Civil (SAP de Madrid de 5 de diciembre de 1.997), tampoco faltan las que la enmarcan en el campo mixto de la culpa contractual y extracontractual (SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2000) y en la contractual derivada del vínculo de afiliación". Llegando a absolver al Sindicato a diferencia de lo que hacen otros Tribunales. Y en cuanto a la relación entre el sindicato y el Letrado señala la misma Sala que "se integra en un arrendamiento de servicios y por lo que se refiere a la relación entre los afiliados o no afiliados que acuden al sindicato y el letrado asesor del sindicato deberá integrarse en el arrendamiento de servicios, dado que esta es la relación que como se ha explicitado vincula a la central sindical con el Letrado para la prestación de servicios de asesoramiento y gestión jurídica de asuntos que surte sus efectos frente a terceros, los afiliados o los no afiliados que acuden al sindicato en búsqueda de asesoramiento y desde el momento en que el Letrado y la actora se conciertan, asume este la representación y

defensa de los intereses de la actora, nos hallaríamos ante una estipulación en favor de tercero ex art.1.257 del C. Civil, cuya eficacia deriva de la aceptación del obligado, del que debe prestar el servicio jurídico.”

Así mismo la Sentencia de la A.P. Málaga 104/2012 de 4 de diciembre señala que *“en efecto, atendiendo a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2008, si bien dictada en el ámbito de la responsabilidad médica, se concluye que la negligencia de los profesionales, en este caso sanitarios, que prestan sus servicios en virtud del seguro que ésta tiene con una entidad aseguradora es extracontractual. Aplicando esta doctrina al caso ahora analizado, es indiscutido que la parte recurrente no contrató directamente a la letrada a la que ahora demanda, sino que le fue designada por el Sindicato al que pertenece en virtud de la relación de afiliación sindical existente ente él y el referido Sindicato. Por tanto, en este caso como en el analizado por la sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada, la relación entre el abogado y el cliente no podría calificarse de contractual porque entre ellos no se celebró ningún contrato ni de arrendamiento de servicios ni de gestión ni de ninguna otra clase. Producido el hecho, el Sindicato, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, le designó un letrado para la defensa de sus intereses, pero de ahí no surge un contrato entre el letrado designado y el cliente, pues no hubo acuerdo en ese sentido. En todo caso, al aceptar el letrado la defensa del recurrente se obligaba al cumplimiento de los deberes inherentes a la función encomendada, dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual. Consecuentemente el plazo de prescripción es el de un año de las acciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el artículo 1.902 del Código Civil, en relación con el artículo 1.968, y no el quince años de las acciones personales del artículo 1.964 del Código Civil.”*

También el Abogado 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, siendo así que, por aplicación de dicha norma, cuando los letrados actúan de manera colectiva, podemos encontrarnos en dos escenarios distintos:

- Que los profesionales actúen de forma colectiva, constituidos debidamente como sociedad profesional conforme a la LSP.

- Que los profesionales actúen de forma colectiva sin constituirse como sociedad conforme a la LSP.

En el primero de los casos, y en virtud del artículo 11 de la LSP, la sociedad y los profesionales responden solidariamente de las deudas contraídas por la sociedad como consecuencia del *facere* profesional de los letrados que la integran. Ahora bien, esta responsabilidad que recae sobre los profesionales es acorde a su nivel de implicación o actuación en el caso del que deriva la responsabilidad.

A ese respecto, señala REGLERO CAMPOS¹³ que *“se trata de una previsión particularmente desafortunada (con mayor motivo si se tiene presente que la constitución de la sociedad profesional tiene carácter obligatorio) en la medida en que se hace responsables solidarios a todos los profesionales que hayan intervenido en un asunto, con independencia de su grado de participación en el mismo y de la naturaleza de su vinculación con la sociedad. El régimen de responsabilidad debió haberse guiado o bien por los principios del art. 1903 CC, o bien atendiendo al criterio de la participación significativa, según los casos.”*

Por otro lado, cuando no están constituidos como sociedad, la responsabilidad se extiende a todos los profesionales que la integran con independencia de su grado de implicación, esto es, de forma personal e ilimitada. Una cuestión interesante aquí es determinar cuándo estamos ante una sociedad profesional colectiva, que resuelve la disposición adicional segunda de la LSP del siguiente modo: *“Se presumirá que concurre esta circunstancia cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación.”*

Cobra importancia el deber de contratar un seguro de responsabilidad para las sociedades profesionales constituidas, que tengan como cobertura el objeto social de las mismas.

Por lo que respecta al Abogado designado en el turno de oficio, se ha llegado a sostener por algún sector doctrinal¹⁴, que como quiera que el cliente del abogado tiene

¹³ REGLERO CAMPOS, L.F., obra citada.

¹⁴ CRESPO MORA, M^a Carmen (2005): *“La responsabilidad del abogado en el Derecho civil”* (Madrid, Thomson-Civitas).

derecho a asistencia jurídica gratuita, de la conducta dañosa del profesional deberá responder la Administración Pública, al desempeñar aquél un servicio público, siempre que tal conducta haya ocasionado un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, con base en el artículo 26 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que establece que *“en lo que afecta al funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita, los Colegios de Abogados y de Procuradores estarán sujetos a los mismos principios de responsabilidad patrimonial establecidos para las Administraciones públicas (...)”* y el artículo 32.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público que recordemos que establece que *“los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*, por lo que el abogado no respondería 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, la jurisprudencia es reiterada y pacífica al sostener que lo que existe es una responsabilidad civil derivada de contrato porque la relación es contractual (STS 3340/2013 de 5 de junio), entendiéndose que la relación entre abogado y cliente es de contrato de arrendamiento de servicios, por tanto la naturaleza es contractual incluso en el caso de los letrados designados por turno de oficio y así también cuando le venga reconocido al ciudadano el derecho de justicia gratuita la relación seguirá siendo de arrendamiento de servicios y naturaleza contractual. Del mismo modo la responsabilidad del abogado no queda anulada ni debilitada por el hecho de que se pudiera actuar por amistad y sin cobrar honorarios (STS de 16 de diciembre de 1996).

Alguna suerte de responsabilidad extracontractual puede darse en relaciones enmarcadas en la responsabilidad por hecho ajeno (STS 4798/2007 de 22 de mayo) como en el caso de los pasantes.

En suma, como dice la SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 5 de octubre de 2017 de 5 octubre (JUR\2017\292574) la responsabilidad del abogado será extracontractual cuando el perjudicado acreedor de la indemnización no fuera previamente acreedor en

una relación obligatoria existente entre ambos (art. 1903.4 C.C.), pero no es el caso donde hubo una contratación y relación directa abogado/cliente.

V.- ¿Responsabilidad por culpa o de carácter objetivo?

He establecido previamente que, con carácter general, la naturaleza de la obligación asumida por el Abogado respecto de su cliente, cabe calificarla como de contrato de prestación de servicios, y, como tal, cae dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [LGDCU]), particularmente en lo relativo al régimen de responsabilidad (capítulo VIII).

En estos términos cabe afirmar entonces que el abogado al que se le encomienda un encargo por parte de su cliente a lo que se obliga es a prestar unos servicios concretos, siendo por tanto el contrato que une al abogado con su cliente un contrato con obligación de medios que no puede garantizar un resultado específico, salvo algunos casos concretos.

Para desempeñar estas funciones se exige al profesional actuar con el máximo celo y diligencia en el desarrollo de sus cometidos y ajustándose a la *lex artis*.

Así lo plasma MARTÍNEZ CALCERRADA cuando dice que *«el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde a su “lex artis”, sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma, -“locatio operis”- el éxito de la pretensión;»*.¹⁵

En este orden de cosas y teniendo presente que la responsabilidad civil del abogado se trata de una responsabilidad contractual y subjetiva en la que no opera la inversión de la carga de la prueba, todo parece indicar que corresponde al cliente acreditar de forma fehaciente la existencia de responsabilidad por parte del abogado *“el cual “ab initio”, goza de presunción de diligencia en su actuación profesional”*.¹⁶

¹⁵ MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio”, Dykinson, 2000, pág. 340.

¹⁶ MARTÍNEZ CALCERRADA, L., obra citada, pág. 341.

Pero no basta únicamente con probar la falta de diligencia del profesional en cuestión. Es de aplicación la teoría general aplicada al Derecho de Daños que exige para la determinación de la existencia o no de la producción del daño que se cumplan tres requisitos: 1) La existencia de un incumplimiento consistente en una acción u omisión; 2) La producción de un daño o perjuicio; 3) Existencia de nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido.

El antiguo artículo 78,2 del Estatuto General de la Abogacía Española¹⁷ declaraba 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"* y aunque, curiosamente, el actual¹⁸ guarda silencio sobre este extremo, es lo cierto que es doctrina jurisprudencial pacífica y reiterada¹⁹, la que afirma que para la existencia de responsabilidad civil del abogado han de concurrir los antes citados presupuestos: incumplimiento de la obligación o conducta negligente, 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 la 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 (también de procuradores) es netamente subjetivo, basado en la culpa o negligencia del profesional, que opera como criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad.

Es más, añade la STS de 12 de diciembre de 2003 que «será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual "ab initio", goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional».

¹⁷ Real Decreto 685/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española

¹⁸ Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española

¹⁹ Así, entre otras, la STS, Civil, Sección 1ª de 14 de octubre de 2013 o la STS de 14 de julio 2010.

De forma extensiva y detallada, y a mayor abundamiento, la STS, Civil, Sección 1ª de 14 de octubre de 2013, establece que la responsabilidad civil profesional del abogado exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Incumplimiento de sus deberes profesionales.
- Prueba del incumplimiento.
- Existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa.
- Nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva.
- Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades.

Pasemos a analizar cada uno de los requisitos.

A) Incumplimiento de sus deberes profesionales: el módulo de cumplimiento o «lex artis».

Señala la jurisprudencia que el marco donde se condensan los deberes profesionales del Abogado, se ciñen al respeto de la «lex artis» (reglas del oficio), esto es, *“de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso.”*

A priori la *lex artis* parece englobar de forma general un conjunto de normas que rigen en el actuar de los distintos profesionales de la sociedad en sus relaciones laborales, esperándose de ellos un determinado comportamiento. De hecho, el diccionario de la Real Academia Española lo define como el *“conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio.”*

Pero cuando se trata de la *lex artis* que se aplica a los profesionales de la abogacía, la jurisprudencia ha ido matizando este concepto y ajustándolo a la realidad de esta profesión. Existe obligación de respetar las “reglas técnicas” que regulan el ejercicio de la abogacía – Código Deontológico y Estatuto General de la Abogacía Española – y además *“adaptadas a las particulares circunstancias del caso”*.²⁰

²⁰ ST, Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5ª, Sentencia núm. 86/2015 de 7 de abril (AC 2015\1223).

Así se asemeja el notorio concepto de *lex artis ad hoc* propia de otras profesiones como las relacionadas con el ámbito de la salud y exigible en su actuación profesional a los abogados que deben amoldarse a cada caso.

Se pueden observar dos momentos en el actuar del abogado: fase extrajudicial y fase judicial. Y en ambas fases se han ido componiendo acciones concretas tendentes a agrupar ciertos comportamientos que nos indican si el abogado ha actuado conforme a la *lex artis*.

1º Fase extrajudicial

En fase extrajudicial, el encargo que encomienda el cliente al letrado implica actuaciones de carácter extraprocesal tendentes a la evitación de un hipotético ulterior procedimiento judicial.

Pues bien, atendiendo estrictamente a lo pactado se podrían distinguir dos tipos de responsabilidad en función de si nos encontramos ante una “*locatio operis*” (una persona se obliga a realizar una obra para otra persona) o una “*locatio operarum*” (una persona se obliga a realizar una determinada actividad a favor a de otra).

En la mayoría de los casos nos encontramos ante un supuesto de “*locatio operarum*” pues no es común que los abogados se comprometan a un resultado en función de la gestión que ellos mismos desarrollan puesto que ni tan siquiera en fase extraprocesal o extrajudicial pueden garantizar el mismo.

En dicho caso, hay que probar que el letrado actúa “*con negligencia, con falta de celo, con falta de probidad, con relaciones indebidas*”²¹ para que dicha conducta sea “*evento de responsabilidad, pues, en esos supuestos, es indiscutible la negligencia por no haberse desplegado el “facere” profesional con la diligencia debida, por lo que se ha incurrido en el ilícito, siendo en ese caso perfectamente factible plantear una pretensión de responsabilidad civil contra el abogado por una actuación negligente de carácter extrajudicial.*”²²

Ahora bien, la duda surge en aquellos supuestos en los que el letrado se compromete al buen fin de la gestión. ¿Es suficiente con el compromiso del letrado para

²¹ MARTÍNEZ CALCERRADA, L., obra citada, pág. 343

²² *Ibidem* MARTÍNEZ CALCERRADA, L., obra citada, pág. 343

poder exigir un resultado en su actuación? La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y las normas deontológicas parecen indicar que no.

Aunque esa forma de actuar por parte del letrado no es la adecuada, pues no se puede garantizar en ningún caso el buen resultado de la gestión, se tendrán en cuenta las reglas aplicables a la “*locatio operarum*” con independencia de la promesa que en su actuar profesional haya garantizado el abogado.

Y así lo recuerda la doctrina cuando afirma que “*el abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su "lex artis", sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma, - locatio operis - el éxito de la pretensión;*”²³

2º) Fase judicial

En esta fase lo mismo que se ha venido explicando en párrafos anteriores es de aplicación aquí. De hecho, cobra más sentido en esta fase aplicar toda la doctrina de la imputación objetiva del hecho dañoso ya que cuando pensamos en abstracto en las funciones que se le pueden encomendar a un abogado, tendemos a imaginar algún tipo de actuación procesal.

Quizás sea una labor más compleja aquí para el cliente determinar que el caso se ha perdido por razones imputables al abogado, pues no es fácil determinar el momento procesal el que se ha cometido el fallo.

Sin embargo, las normas deontológicas y estatutarias han ido perfilando una serie de deberes y obligaciones del letrado para con su cliente que nos pueden aproximar a una conducta medianamente exigible por parte del profesional, pero que en ningún caso se trata de una lista *numerus clausus*. En ese sentido, la jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado, tal y como nos recuerda la STS de 14 de julio de 2005, que indica como “*se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos*

²³ ST, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, Sentencia núm. 75/2020 de 11 de marzo (JUR 2020\197676).

del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos.”

Por tanto, en fase judicial o procesal lo que importa es el resultado del pleito y poder imputar ese resultado a una acción u omisión del letrado, a algún tipo de fallo o negligencia por su parte, cuando se pueda arrojar sobre el caso concreto una cierta certidumbre de cuál podría haber sido el resultado previsible si el abogado hubiera actuado diligentemente.

Por otro lado, como señalan BLASCO PELLICER Y SERRA RODRÍGUEZ²⁴ no podemos 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».*

Entonces cobra importancia el determinar si efectivamente se utilizaron todos los medios a su alcance para asegurar una posible estimación de las pretensiones. Ahí es donde se centra la responsabilidad civil del abogado.

Es evidente que aún cuando se actúa con la diligencia debida y se utilizan todos los medios al alcance del abogado para que la pretensión sea estimada no se puede garantizar la prosperabilidad del caso, pues depende de otros factores (pruebas que se puedan aportar de contrario, declaraciones de testigos, inadmisión de pruebas, etc).

Reiterando que, en cuanto los deberes que comprende la obligación del Abogado, tal y como dice la jurisprudencia, *“no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido –se repite una vez más– como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien,*

²⁴ BLASCO PELLICER, A.A. y SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada.

con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente” y sin ánimo de ser exhaustivos, vamos a realizar una tipificación de conductas negligentes o de incumplimientos del Abogado, siguiendo para ello tanto a DE ÁNGEL YÁGÜEZ²⁵ como a SERRA RODRÍGUEZ²⁶, aportando un elenco de casos, a efectos de agrupar en tipos o familias las diversas modalidades en las que se puede producir culpa del abogado.

§ 1. — Relacionado con el principio general de que no es una obligación de resultado, sino de medios.

Debe tenerse en cuenta que en el ejercicio de la abogacía los planteamientos, la fundamentación o la argumentación jurídica están sometidos en muchos casos a la decisión subjetiva de un tercero (como puede ser un juez). Incluso, debe considerarse el tipo de procedimiento, la cuestión planteada o la actuación ante la que nos encontramos. De este modo, resulta de lo más ilustrativa que se ha considerado improcedente la responsabilidad del letrado cuando la frustración de la acción obedeció a circunstancias externas. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 23 febrero de 2010 considera que la desestimación de la demanda fue debida, más que a errores y omisiones del abogado demandado, a circunstancias objetivas relacionadas con la dificultad del caso en sí, o cuando se trata de cuestiones jurídicas donde existen diferentes criterios. Recordemos, en este sentido, la naturaleza de su obligación que, con carácter general, no es una obligación de resultado, sino de medios.

De esta manera señala el TS, en sus SSTS de 22 de abril, 3 de junio y 14 de octubre de 2013, 28 de junio de 2012, 27 de septiembre de 2011, 22 de febrero, 31 de marzo y 14 de julio de 2010, y 15 de febrero y 22 de octubre de 2008, que «la propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco

²⁵ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2008): “*La responsabilidad civil del abogado*”, Indret, pp. 1-54. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf

²⁶ SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada.

del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005)».

Para ganar el juicio no solo hay que tener razón y saber pedirla, sino que te la quieran dar, es decir, debe lograrse la convicción del juzgador. Es por ello por lo que si no se logra un resultado favorable no implicaría una responsabilidad objetivamente imputable al abogado. Este criterio impone descartar la responsabilidad civil del abogado cuando concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia de su conducta en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial (STS de 23 de julio de 2008).

Como señala la STS, Sala de lo Civil, de 3 octubre de 1998 [RJ 1998\8587]): *“Es éste un caso de incumplimiento contractual, cuya prueba debe incumbir al que lo alega. Además, ha de tenerse en cuenta que el Abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados. Es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (artículo 1258 CC). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas.”*

§ 2. — Errónea interpretación de una norma jurídica.

Debe recordarse que el artículo 47 del vigente Estatuto General de la Abogacía deberá cumplir con la máxima diligencia la misión de asesoramiento o defensa que le haya sido encomendada, procurando de modo prioritario la satisfacción de los intereses de su cliente, ateniéndose a las exigencias técnicas y deontológicas adecuadas a la tutela jurídica del asunto.

En esta línea, la doctrina más autorizada viene entendiendo que la responsabilidad puede fundamentarse, en la errónea invocación de normas jurídicas; lo cual supone que

cuando existen diversas posibilidades o criterios interpretativos ha de optarse por la solución menos arriesgada para los intereses del cliente; postura seguida por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587) que sostiene que es deber del Abogado el conocimiento de la Legislación y la Jurisprudencia con criterios de razonabilidad si hubiere interpretaciones no unívocas.

No puede haber incumplimiento si la cuestión suscitada es controvertida y el Abogado opta, para resolverla, por una de las soluciones respaldadas por la doctrina y la jurisprudencia, así tal y como señala la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 23 marzo de 2007 (RJ 2007\1542): *“Mal puede decirse, por tanto, que el letrado demandado desempeñó sus servicios profesionales sin la competencia o la prontitud requeridas por las circunstancias del caso; por el contrario, actuó con diligencia, demostrando su conocimiento de la legislación y de la doctrina aplicable al caso, promoviendo el litigio por el cauce procedimental que reputó adecuado conforme a criterios de racionalidad, ante la existencia de interpretaciones no unívocas, sin que le fuera exigible, pues, un determinado juicio de valor, y, subsiguientemente, una concreta actuación profesional por virtud de la mayor o menor previsibilidad de la respuesta judicial, que en este caso determinó la declaración de ser inadecuado el procedimiento escogido, pero reiteramos, a través de una sentencia de la Audiencia disconforme con la del Juzgado, y contraria al criterio seguido por otros órganos jurisdiccionales. Cabe añadir que no puede exigirse responsabilidad al abogado demandado por el hecho de no haber obtenido una respuesta judicial ajustada a su planteamiento del proceso y, en definitiva, a sus tesis, al margen, por tanto, del deber de diligencia, pues tal cosa supondría articular la responsabilidad profesional en torno a un título de imputación de carácter objetivo, desconocido en el sistema de responsabilidad contractual, por lo general, y, en particular, en el propio de los profesionales del derecho, de corte subjetivo y asentado en la culpabilidad del agente.”*

Pero si habrá incumplimiento cuando, si existen varias interpretaciones de la cuestión discutida, el abogado no adopta la “postura menos arriesgada para los intereses de su cliente.”

En ese sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003\333) señala que: *“aplicando esa jurisprudencia al caso debatido, es claro, que procede la acogida*

del Motivo, porque, no se comparte la especulación que efectúa la Sala «a quo» respecto a que ese recargo del 20% fijado por el art. 20 en su redacción vigente de la Ley 50/1980, podría entenderse en la precisión que se acordara el mismo «de oficio», o sea, sin necesidad de que lo postulara la parte interesada, por lo que, sería irrelevante que su Abogado no lo hubiera planteado o pedido en la defensa de los derechos del actor a él confiados, ya que, al contrario y sin duda alguna, en aquella normativa regía el principio de rogación para que se concediera o no el susodicho recargo por los órganos judiciales y, prueba de ello es que la posterior reforma de ese art. 20 por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre en su núm. 3, prescribe que la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial. Por todo ello, resta por examinar si el referido recargo no se impuso por la Sentencia de lo penal de la Audiencia Provincial de 2-9-1995, a causa de su no postulación previa, o bien, porque en cualquier caso, el órgano judicial entendiera que no procedía ese gravamen en virtud de la conducta desplegada por la Aseguradora recurrida. Basta para esclarecer ese dilema, la lectura del F. Segundo de aquella Sentencia en donde se dice: «... Los intereses del 20% no se solicitaron expresamente en la primera instancia, por lo que, fue correcta la decisión de su no concesión». Sin duda, esa «ratio decidendi» determinante de la no concesión de ese 20% y, por tanto, de la privación de su montante económico a favor del actor recurrente, se debió, no a la antes aludida «conjetura» o «aleas del 'dictum' judicial» sino, en exclusiva, a la no petición de ese concepto por parte del profesional, y ello, sin más, es una conducta negligente de la que se deriva la responsabilidad del Abogado interviniente, todo lo cual conlleva a la acogida del Motivo.»

En definitiva, tal y como señala SERRA RODRÍGUEZ²⁷, 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”, y que, es más, algunas Sentencias²⁸ tildan de “error grosero” que pudiera inducir a considerar infringidas las normas de la Lex Artis que deben informar en todo momento la actuación del profesional de la abogacía.

§ 3. — Conductas omisivas o extemporáneas del Abogado.

²⁷ SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada, pág. 88.

²⁸ Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8a), núm. 78/2012 de 13 febrero (JUR 2012\158608) y de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1a), núm. 20/2004 de 23 enero (JUR 2004\144851).

Siguiendo a SERRA RODRÍGUEZ²⁹ tenemos que la mayoría de los supuestos en los que se suscita la responsabilidad del letrado traen causa en “conductas omisivas” o extemporáneas que ocasionan al cliente los daños que se pretenden indemnizar, constituyendo el mayor obstáculo para estimar la pretensión indemnizatoria en estos casos, la prueba de la relación de causalidad entre la conducta del profesional y los daños alegados por el cliente, que suelen venir identificados con la pérdida de la oportunidad procesal, señalando que dentro de estos supuestos se puede hablar de cuatro grupos.

a) *Omisión de la proposición de un medio útil para fundamentar la pretensión del cliente, o asegurar su resultado, o para oponerse a las pretensiones de la otra parte.*

Efectivamente, señala la mencionada autora que este primer grupo estarían los casos donde «la negligencia consiste en la omisión de la proposición de un medio útil para fundamentar la pretensión del cliente, o asegurar su resultado, o para oponerse a las pretensiones de la otra parte (si defiende los intereses del demandado), como, por ejemplo, la de oponer la excepción de cosa juzgada, de incompetencia judicial, de falta de litisconsorcio pasivo o activo necesario, alegar la caducidad o la prescripción de la acción, etc.»³⁰

Acreditar o constatar el incumplimiento del abogado no resulta fácil en estos casos, toda vez que el Abogado no está obligado a un comportamiento determinado, sino genéricamente a actuar en dirección a un resultado favorable a su cliente, y en su actuación puede elegir aquellos medios que considere más idóneos para la ejecución de su encargo (STS de 23.5.2001 [RJ 2001, 3372]), pero dicha discrecionalidad de la que goza el Abogado, tendrá como límite la adecuación de su conducta a un modelo de profesional prudente y diligente. Como dice la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7859) “*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 de, como es una cláusula de limitación de responsabilidad civil de una póliza de seguro.*”

²⁹ SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada, pág. 88.

³⁰ SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada, pág. 89

En el caso tratado en la citada STS 30.11.2005, se determinó que la mera falta de alegación de la cláusula de limitación de responsabilidad civil de una póliza de seguro *“determinó una condena cuantitativamente superior a la que se hubiera producido por la simple invocación; y dicha falta obedeció única y exclusivamente, como resulta con claridad meridiana de las actuaciones, a un olvido del Letrado, el cual constituye un error de bulto (como, por lo demás, señala la propia resolución recurrida) que no se habría producido de haberse observado la diligencia que exigía la prestación contractual realizada y las circunstancias de tiempo y lugar, a lo que debe añadirse que el olvido no se produjo en un instante o momento procesal (mero desliz o descuido), sino durante un tiempo amplio, que debió haber permitido advertir sin dificultad la problemática de la póliza. Y dado lo anterior, no es de ver cual puede ser la falta de diligencia en que incurrió la entidad aseguradora, ni siquiera que es lo que no hizo, y le era exigible, y de haber hecho habría evitado el daño, pues ni existía una situación de extravío de la póliza, ni era preciso que una persona distinta del Abogado tuviera que comparecer en el Juzgado a presentar la misma, pues ya se personó el Letrado en representación de la Compañía reconociendo su existencia, ni le era exigible a la entidad aseguradora efectuar comunicación alguna al órgano jurisdiccional acerca del límite máximo de responsabilidad, pues tal circunstancia era conocida por su Letrado defensor y a él la incumbía la alegación correspondiente.”*

En la STS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2003 (RJ 2003\2956) se establece que existe negligencia en el Abogado por aportación de dictamen elaborado extrajudicialmente en lugar de proponer prueba pericial contradictoria.

Se había entablado demanda contra la aseguradora de responsabilidad civil de un abogado. La demanda se fundaba en que el letrado, a quien se había encomendado la impugnación en vía contencioso-administrativa de resoluciones adoptadas por el Jurado Provincial de Expropiación, había omitido, tanto en primera instancia como en la apelación, la proposición y práctica de la prueba pericial necesaria para desvirtuar la presunción de acierto de que -según reiterada doctrina jurisprudencial- gozan los acuerdos de dicho Jurado. Desestimada la demanda por la Audiencia, el TS la estimó. Declaró la Sala Primera: *“Aunque no se trata, por tanto, de que el Abogado haya de garantizar un resultado favorable a las pretensiones de la persona cuya defensa ha asumido, si es exigible que ponga a contribución todos los conocimientos, la diligencia y la prudencia*

que, en condiciones normales, permitirían obtenerlo, como son -a título de simple ejemplo- la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de plazos y términos legales, etc. (...)”

Integrables dentro de este apartado estaría lo que DE ÁNGEL YÁGÜEZ³¹ denomina como «*actuaciones procesales incorrectas en cuanto al fondo (es decir, no “culpas de agenda”)*» aportando una nutrida serie de sentencias, de entre las cuales, destacamos las siguientes:

- SAP Asturias, Civil, 23.12.1995. Culpa del abogado por un inadecuado planteamiento técnico de las pretensiones de su cliente y una continuada sucesión de errores, también técnicos, que provocó una innecesaria multiplicación de procedimientos, imposibilitando la recuperación de la finca reclamada.
- SAP Valladolid, Civil, Sec. 1ª, 14.10.1998 (AC 2260). Culpa del abogado por la errónea solicitud de alimentos, en lugar de pensión compensatoria.
- STS, 1ª, 26.1.1999 (RJ 323). El abogado no interpuso el recurso de revisión a que se había comprometido. No fue un problema de retraso, sino de omisión del recurso. La Audiencia desestimó la demanda, pero el TS la estimó en parte.
- STS, 1ª, 3.7.2001 (RJ 2002/1701). El abogado incurrió en culpa en la defensa de su cliente dentro de un procedimiento de medidas provisionales, tanto al ingresar en la cuenta de consignaciones el principal adeudado cuando la subasta del piso del actor ya se había celebrado y existía un rematante, como por hacerlo de manera insuficiente, al no incluir las costas presupuestadas, con lo que no pudo liberar la vivienda de su cliente.
- SAP Barcelona, Civil, Sec. 1ª, 6.9.2002 (JUR 275680). En este caso, se imputaban al abogado negligencias o impericias en cuanto al fondo de la defensa de su cliente. Dijo en este sentido la resolución: “*Respecto a la*

³¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., obra citada, pág. 9 y siguientes

actuación del abogado en el juicio verbal, es de interés destacar que en su escrito de demanda, la supuesta responsabilidad del demandado se exponía lacónicamente y además, la actividad probatoria desplegada se limitó a solicitar la confesión en juicio del conductor demandado y a pedir testimonio de las actuaciones penales, diligencias ambas de evidente insuficiencia porque, como recogió la sentencia de 24 de octubre de 1994 (f.20) que puso fin al indicado juicio, el atestado policial atribuyó la responsabilidad del accidente, de forma exclusiva, al hijo de los actores ‘sin actuación culpable alguna previa o simultánea por parte del conductor’. En consecuencia, en el supuesto enjuiciado se detecta una doble omisión: la falta de completa información acerca de la escasa viabilidad de la demanda y de las consecuencias de su desestimación, y la insuficiente fundamentación de la misma y de la actividad probatoria desplegada en el juicio verbal, hechos ambos de los que es responsable en exclusiva el abogado demandado.”

- SAP Barcelona, Civil, Sec. 17ª, 2.1.2003 (JUR 108269). El abogado había sido demandado porque, además de tramitar la solicitud de invalidez permanente de su cliente, tenía que haber solicitado las prestaciones a que éste tenía derecho como consecuencia del expediente de regulación de empleo de su empresa. La Audiencia mantuvo sustancialmente la condena establecida por el Juzgado.
- SAP Zaragoza, Civil, Sec. 4ª, 13.1.2003 (JUR 44638). La abogada había interpuesto recurso de apelación sin haber observado un requisito esencial, cual es el de formular alegaciones en el escrito de interposición; circunstancia que convertía la causa de inadecuación en causa de desestimación.
- SAP Cádiz, Civil, Sec. 15ª, 28.5.2003 (JUR 211347). El abogado no interpuso el recurso de apelación anunciado. No se trata de retraso o intempestividad del recurso, sino de ausencia del mismo. La Audiencia redujo sensiblemente la condena del Juzgado.

- SAP Cádiz, Civil, Sec. 2ª, 8.10.2003 (JUR 2004/56202). Se demandó al abogado por no haber propuesto prueba alguna en un juicio en el que defendía a una comunidad de propietarios. Ello dio lugar al desistimiento, como mal menor, dando lugar a que la comunidad actora tuviera que hacer frente a elevadas costas. También se imputaba al abogado haberse ausentado del Juzgado sin terminar el trámite de excepciones planteadas por los demandados, no pudiendo, por ello, causar protesta a efectos de una posterior apelación. La Audiencia mantuvo la condena acordada por el Juzgado.
- STS, 1ª, 13.10.2003 (RJ 7031). Junto con otro motivo, se imputaba al abogado la impericia profesional consistente en no haber solicitado la suspensión de la última sesión del juicio oral, al no poder asistir a la misma el acusado, y no haber sido debidamente citado para ello.
- SAP Barcelona, Civil, Sec. 14ª, 12.7.2004 (JUR 218603). Se imputaba a la abogada demandada no haber formulado un recurso de casación para la unificación de doctrina; es decir, no era un problema de intempestividad o retraso, sino de ausencia de recurso. El Juzgado había desestimado la demanda, pero la Audiencia la estimó en un 60%, por “valorar” en ese porcentaje la probabilidad de éxito del recurso no formulado.
- STS, 1ª, 14.12.2005 (RJ 2006/1225). Se atribuyó al abogado la culpa consistente en haber omitido la reclamación del lucro cesante derivado de la destrucción de una máquina retroexcavadora del actor.
- SAP Albacete, Civil, Sec. 2ª, 27.6.2006 (JUR 229931) estimó la demanda entablada contra un abogado, por no haber propuesto prueba en un procedimiento, lo que llevó a la desestimación de la demanda por despido encomendada por su cliente.

b) No observancia de los plazos legales.

SERRA RODRÍGUEZ³² engloba en este grupo aquellos otros supuestos, donde la conducta omisiva del abogado se traduce en la no observancia de los plazos legales y *“que desemboca en la no interposición en tiempo de la demanda; o de un recurso (del recurso de casación, del recurso de casación para unificación de doctrina, del recurso de revisión,...), provocando con ello el cierre de una vía o instancia procesal al dejar prescribir la acción o el delito, o devenir definitiva la resolución contra la que se pretendía recurrir.”*

Estos comportamientos omisivos que DE ÁNGEL YÁGÜEZ³³ denomina como “culpas de agenda” tienen como denominador común la preclusión de la posibilidad de hacer valer sus derechos o pretensiones ante un órgano jurisdiccional, teniendo cabida en estos supuestos según Serra Rodríguez la omisión por el abogado de un concepto indemnizable en una demanda por responsabilidad [STS 14.12.2005 (RJ 2006, 1225)].

Se puede hablar de que el abogado responde por dejar transcurrir plazos sustantivos, de prescripción (o caducidad), para la presentación de la demanda, o plazos procesales para la contestación a la demanda o para la presentación de recursos.

Es lo que se ha denominado como pérdida de oportunidad procesal, que la jurisprudencia ha conceptualizado como *“la pérdida del derecho a optar a algo, cuyo resultado es incierto. En definitiva, lo que se pierde de forma inmediata, no es un bien que vaya a entrar en un patrimonio, ni un derecho concreto adquirido, sino lo que se pierde es la posibilidad genérica que un bien o derecho sea adquirido por una persona, no porque no tenga derecho a ello, sino por que ha perdido las opciones a hacer valer dicho derecho.”* (SAP de Málaga, Sección 4ª, de 23 de abril de 2019 [AC 2019\1293])

En palabras de SERRA RODRÍGUEZ³⁴ 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, siendo que la pasividad del profesional o la realización extemporánea de un aislado acto procesal, impide iniciar o continuar un

³² SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada, pág. 89.

³³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., obra citada, pág. 9 y siguientes

³⁴ SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada, pág. 89.

procedimiento judicial donde dirimir el conflicto planteado y hacer valer el interés de su cliente.

Para la jurisprudencia, en tales casos, la obligación asumida por el profesional es de medios y no de resultado, por lo que habrá que dilucidar en cada caso si se puede responsabilizar al Abogado de las consecuencias dañosas que puedan derivarse de dichas omisiones.

Entre otras muchas, y como ejemplo, destaquemos la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 28 de junio de 2012 (RJ 2012\10403) donde en el caso examinado se advierte que *“la conducta del abogado demandado es susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional, pues la demanda por responsabilidad civil se presentó cuando había transcurrido más de un año desde la notificación al procurador del referido auto y la inactividad del abogado determinó que el procedimiento iniciado no pudiera cumplir su fin de reconocimiento de la pretensión de responsabilidad civil. De lo expuesto, resulta que el daño consistió en la frustración de la acción judicial.”*

- REGLERO CAMPOS enumera diversas Sentencias³⁵ donde, en primer lugar, se aprecia la existencia de responsabilidad en el Abogado por dejar transcurrir plazos sustantivos, es decir, por caducidad o prescripción de la acción ejercitada por presentación de la demanda fuera de plazo. En este sentido, alude dicho autor, en especial, a acciones en materia de la jurisdicción social, entre otras: 1) presentación de demanda cuando ya ha pasado el genérico plazo de 20 días desde el acto de conciliación (STS de 9 julio 2004 (RJ 2004\5121)); 2) el Abogado que se confunde en el cómputo del plazo para ejercitar la acción de despido improcedente y no informa a su cliente (STS de 8 febrero 2000 [RJ 842]); 3) habiendo transcurrido el plazo fijado en las leyes para ejercitar los derechos de sus clientes frente al FOGASA, el letrado interpone demanda fuera de plazo (STS de 3 octubre 1998 (RJ 8587) y STS de 28 enero 1998 (RJ 1998, 357).

³⁵ REGLERO CAMPOS, L.F., obra citada.

- Aunque también hace este autor menciones a otros supuestos como el clásico de interponer la demanda transcurrido el plazo de un año para las acciones extrajudiciales. Así de ejemplo, las sentencias STS de 14 julio 2003 (RJ 2003, 4630), STS de 16 diciembre 1996 (RJ 8971) y la STSJ Navarra, de 9 diciembre 1997 (RJ 9414) .

También, en segundo y tercer lugar, por dejar transcurrir plazos procesales y por transcurso del plazo para presentar el recurso de casación siempre que la culpa sea imputable al abogado y no al procurador. Y menciona las siguientes sentencias: STS de 8 julio 2003 (RJ 2003, 4613), STS de 29 mayo 2003 (RJ 2003, 3914) y STS de 25 junio 1998 (RJ 1998\5013)

Debemos incluir también en este grupo de no observancia de plazos legales, y más concretamente procesales, aquellos supuestos donde el Abogado asume también la representación del cliente, como es habitual en la jurisdicción social o contencioso-administrativa, y no se persona ante el Tribunal correspondiente -segunda instancia- que en caso de intervenir Procurador, sería responsabilidad exclusiva de éste, o no atender otros plazos procesales, como la de no subsanar los defectos de representación apreciados por el Juzgado, como así se recoge en la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 23 de mayo de 2006 (RJ\2006\5827) que estima la existencia de un incumplimiento total o cumplimiento defectuoso por el Abogado que da lugar a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que en ellos traigan su causa, señalando que *“en el presente caso, el Abogado ahora recurrente, había asumido, dentro de sus obligaciones profesionales, la de representar a sus clientes en el procedimiento a seguir ante la jurisdicción de lo social y a tal efecto designó su domicilio para oír notificaciones de acuerdo con los arts. 18.1 y 19.1 de la LPL; debió de actuar, por tanto, con la diligencia necesaria para obtener los poderes notariales que acreditasen la representación asumida, en tiempo hábil procesalmente. Fue esa falta de diligencia lo que dio lugar al archivo declarado por el Juzgado de lo Social.”*

Y también es responsabilidad del Abogado el supuesto donde se produce la caducidad del embargo preventivo de una finca al no solicitarse su prórroga, puesto que no es responsabilidad ni obligación del Procurador instar la prórroga de la anotación preventiva de un embargo ya que no puede considerarse un acto de impulso procesal, al tratarse de

una medida cautelar para garantizar el buen fin del procedimiento, como así recoge la jurisprudencia, concretamente la Sentencia núm. 336/2017 del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil de 29 de mayo de 2017: *«Esta sala, en supuestos de hecho semejantes, ya se ha pronunciado en alguna ocasión y ha considerado que el obligado a instar la prórroga de la anotación preventiva de embargo es el abogado, y ha indicado que dicha prórroga no puede considerarse como mero acto de impulso procesal al tratarse de una actuación encaminada a asegurar la eficacia de medida cautelar para garantizar el buen fin del procedimiento.(...) Ahora bien, la afirmación de que entra dentro de las competencias del procurador el cumplimiento de obligaciones como la que aquí se suscita de solicitud de prórroga para evitar la caducidad preventiva del embargo, no se ajusta a esta normativa, por lo que la inactividad del procurador contra el que se dirige la demanda no genera incumplimiento contractual como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional. Y es que, al margen del auxilio que el procurador pueda prestar en este aspecto al abogado, no es un acto de impulso procesal, como ha dicho esta sala, ni es un efecto de las funciones que tiene encomendadas de representación o de seguimiento del asunto. Se trata de una iniciativa propia del abogado en la defensa y dirección del proceso en cuanto supone una actuación de contenido jurídico-económico, y que es ajena a la capacidad de decisión del procurador, que no es otra que la de notificar, como argumenta la sentencia recurrida, «la existencia de un plazo procesal y el momento en que este comienza conforme a la notificación recibida o el acto por el realizado, pero no le corresponde un deber legal de velar porque ese plazo sea respetado adecuadamente por el Abogado y, por ello, no tiene una función específica de avisar de la proximidad de su vencimiento. Es el Abogado quien ha de conocer los plazos perentorios, como el que nos ocupa, y en función de ellos debe adoptar las decisiones técnicas correspondientes en consonancia con las instrucciones del cliente, sin que sea el Procurador quien vele por el correcto cumplimiento de lo que es deber del Abogado. Entenderlo de otro modo supone atribuir una función al Procurador que le convertiría en auténtico controlador de los tiempos procesales que, evidentemente, trasciende a la misión que le atribuye la ley».*

- c) No ejecución de actuaciones posteriores a una resolución judicial o administrativa ya firme.

Siguiendo con SERRA RODRÍGUEZ³⁶, hay supuestos donde *“la conducta del 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 o administrativa ya firme. Tienen aquí cabida los casos en que el profesional no reclama en tiempo a un órgano administrativo ciertas cantidades ya acordadas por sentencia judicial firme, o incluso, no ejecuta en plazo la sentencia firme que había concedido al cliente determinadas cantidades.”*

El caso más recurrente, es el del Abogado que deja transcurrir el plazo de un año en la reclamación al Fondo de Garantía Salarial de las indemnizaciones debidas a sus clientes.

d) Incomparecencia a actos procesales.

Indica por último, SERRA RODRÍGUEZ³⁷, que también 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, como así se ha entendido por los tribunales para los supuestos de incomparecencia del letrado a la celebración de la vista en apelación, o en el juicio de desahucio, o la no comparecencia del letrado a la práctica de la prueba de confesión del cliente; o la no personación en el acto de designación de perito.”*

En cualquier caso, habrá de acreditarse por quien reclama que esa incomparecencia tuvo una relevancia efectiva en el resultado final dañoso (relación de causalidad).

Así, por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil) de 4 febrero 1992 (RJ 1992\819) que trata de la incomparecencia del Abogado en las instancias, declara la no existencia de responsabilidad, señalando que *“la denunciada incomparecencia del Letrado en la primera instancia no está demostrado que obedeciera a desidia o abandono de su función de defensa, y se da la circunstancia de que además la sentencia le fue favorable. La incomparecencia en la apelación no necesariamente comporta negligencia ni mucho menos que sea decisiva para la revocación. En todo caso la sentencia recurrida contiene*

³⁶ SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada, pág. 89.

³⁷ SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada, pág. 90.

la declaración de ser gestión en la que el letrado se atuvo a las exigencias concretas del cliente tras asesorarle de las consecuencias de su conducta.”

O la SAP de Jaén de 7 noviembre 1994 (AC 1994\1929) que establece la inexistencia de negligencia en el Abogado por falta de intervención en la prueba de confesión, al no ser preceptiva.

§ 4. — Defectuoso planteamiento técnico del asunto.

Nos encontramos en este grupo, con un defectuoso planteamiento técnico del asunto por parte del Abogado, evidenciado en aquellos supuestos donde por ejemplo se presenta una demanda ante un juez evidentemente incompetente por razón de la materia o del territorio, la elección equivocada del procedimiento, la no citación de todos los demandados existiendo litisconsorcio pasivo necesario, etc.

La STS, Sala de lo Civil, de 14 febrero de 2033 (RJ 2003\2093) señala que *“en cuanto la demanda de desahucio formulada en representación de los hoy actores, fue desestimada por haberla presentado ante Juzgado incompetente para conocer del juicio de desahucio, y ello lo fue por negligencia profesional del Letrado, que debía saber las reglas de competencia, actuación profesional, que ha producido un daño, manifiestamente derivado de la misma, cual ha sido la condena al pago de las costas causadas por la demandada en ese juicio sumario.”*

SERRA RODRÍGUEZ³⁸ añade el caso donde se considera 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 14.10.1998 (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 18.11.1996 (AC 1996, 2090)]; o, en fin, que no solicitó el recibimiento a prueba del incidente [SAP de La Rioja de 29.3.2000].

Sin embargo, también señala la misma autora, que no hay negligencia en la actuación de la Abogada que al redactar un recurso de casación omitió justificar la relevancia de la infracción de las normas estatales o comunitarias europeas en el fallo de la sentencia que se pretendía recurrir, ya que es una de las *“actuaciones profesionales que presenta más*

³⁸ SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada, pág. 90.

dificultad en la práctica procesal, sino la que más”, atendiendo, además de que, la sentencia que se pretendía recurrir fundó la desestimación de la reclamación en una valoración probatoria [STS 20.5.2015 (RJ 2015, 2056)].

§ 5. — Incumplimiento del deber de fidelidad.

El incumplimiento del deber de fidelidad 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 25.3.1998 (RJ 1998, 1651)], y efectivamente puede ser generador de responsabilidad.

Tal y como enfatiza SERRA RODRÍGUEZ³⁹ *«el abogado, en la ejecución de su prestación, además de observar la diligencia o pericia exigibles, debe 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»*.

Sostiene la citada autora que 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 23.5.2001 (RJ 2001, 3372)], deber éste que 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.

Este deber de información es completo, en el sentido de que debe el abogado asegurarse de que su cliente comprende el alcance y consecuencias del servicio que se va a prestar. Además, debe comunicar todas las posibles vías por las que se puede defender la pretensión en su caso, o los cauces por los que se puede desarrollar el procedimiento de estar éste ya iniciado. Este deber de información abarca, como es de lógica, a las posibilidades de interposición de recursos.

³⁹ SERRA RODRÍGUEZ, A., obra citada, pág. 90.

Ahora bien, puede suceder que el abogado simplemente desempeñe funciones de asesoramiento legal y jurídico, que no impliquen la intervención judicial en sí. En estos casos el deber de información también le vincula, desde el punto de vista de la calidad de la información que le transmita al cliente, pues cualquier tipo de información incierta que pueda suponer un mal asesoramiento pueden convertir al abogado en responsable civil por no ajustarse a la realidad técnica de la Ciencia del Derecho vigente en ese momento. Cosa diferente es que no exista doctrina pacífica acerca de algún aspecto legal, o que simplemente se venga admitiendo soluciones diferentes para casos que a priori pueden resultar iguales.

Unido a este deber de información, y como una característica más del buen *facere* profesional del abogado nos encontramos con dos obligaciones: por un lado el secreto profesional y el deber de custodia de documentos.

El secreto profesional supone el deber de no revelar o hacer públicos los hechos y noticias que conozca a consecuencia de su actuar profesional. Al abogado le vincula este secreto profesional aún cuando el encargo que le une con su cliente ha finalizado.

El deber de custodia de documentos por parte del letrado no impide al cliente la recuperación de los mismos en cualquier momento que éste los solicite. Lo que supone para el abogado es un deber de conservación de los mismos en un lugar seguro alejado del alcance de terceros ajenos a la relación que une al abogado con su cliente.

Si el abogado fallara en este deber de custodia y extraviara los documentos que le han sido confiados, podría ser constitutivo de incumplimiento de sus obligaciones, y de producirse algún daño para el cliente podría ser responsable de los mismos si se puede hacer una imputación objetiva de los daños a la pérdida de los documentos.

B) La prueba del incumplimiento.

En cuanto a la prueba del incumplimiento se refiere, hemos de reiterar que la carga de la prueba la tiene el cliente-demandante que demanda la indemnización por ese supuesto

incumplimiento contractual. Se trata de responsabilidad subjetiva o por culpa, y no operan aquí las normas de la inversión de la carga de la prueba.

El abogado goza de presunción de actuación diligente en las gestiones que le son encomendadas y por tanto corresponde a quien alega la existencia de responsabilidad probar esa falta de diligencia en el ejercicio de sus funciones, la existencia de un daño, y que haya nexo causal entre esa falta de diligencia y el resultado dañoso.

C) Existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa.

El daño producido por la frustración de una acción judicial debe calificarse como patrimonial cuando la acción judicial que queda frustrada tuviera como objetivo la obtención de una ventaja de contenido económico. Por tanto, lo que se produce con esa frustración de la acción es una pérdida de oportunidad procesal que requiere, para poder calcular el importe de la indemnización, realizar una valoración acerca de la prosperabilidad de la acción.

Dicha valoración, según dispone la sentencia de la AP de Madrid (Sección 8a) Sentencia num. 110/2016 de 7 marzo *“es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC.”*

D) La valoración del daño

Probada la existencia de una negligencia del abogado y determinado el nexo causal hay que entrar a valorar el daño producido, pues, en este tipo de responsabilidad no es suficiente con que haya relación entre los hechos que provocan el daño y el daño en sí.

Hay que ir un paso más allá “*que penetra en el terreno de la llamada imputación objetiva, que consiste en un proceso de valoración jurídica para determinar si, producida la negligencia, puede atribuirse a ésta el daño o perjuicio producido con arreglo a los criterios de imputabilidad derivados de las circunstancias que rodean el ejercicio de la profesión desde el punto de vista de su regulación jurídica y de la previsibilidad del daño con sujeción a reglas de experiencia, atendida la naturaleza de dicha función.*”⁴⁰ y centrarse -por el tipo de servicios que ofrecen estos profesionales- en la búsqueda de la pérdida de oportunidad procesal.

Este concepto jurídico que ha ido siendo matizado por la jurisprudencia a lo largo de este milenio supone, en palabras de nuestro Alto Tribunal, “*La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTs de 26 de enero de 1999 , 8 de febrero de 2000 , 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 1896) y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548)). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC.*”⁴¹

La STS Civil sección 1 del 27 de octubre de 2011 en cuanto a la valoración concreta de la pérdida de oportunidad de carácter pecuniario establece que se “*abre un abanico*

⁴⁰ REGLERO CAMPOS, L.F., obra citada.

⁴¹ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 600/2013 de 14 de octubre (RJ 2013\7440).

que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente. "

Y es que cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil se basa en la frustración de una acción judicial, implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, -en palabras de la jurisprudencia- el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada⁴², y en suma, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 28 de febrero de 2008 [RJ 2008, 4035]) resultando necesario realizar un juicio o valoración razonable sobre el éxito del recurso de apelación que nunca fue presentado, lo que se ha denominado el “juicio sobre el juicio”.

En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2015 [Sentencia: 583/2015. Recurso: 2017/2013. Ponente: José Antonio Seijas Quintana] establece que *“la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad.”*

Pero es que además nuestra jurisprudencia niega *“la posibilidad de alegación del daño moral cuando lo que se reclama es un perjuicio patrimonial, cuando el daño cuya indemnización se pretende incide sobre bienes económicos a modo de una ampliación o derivación del daño patrimonial”* (STS de 8 de octubre de 2013 [RJ 2013, 6913] y las que cita).

⁴² Vide, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006 y 27 de julio de 2006.

Tampoco cabe hablar de que todo daño moral sea compensable cuando no se acredita que exista cosa distinta a esa pérdida de oportunidad, y eso tiene carácter patrimonial, ya que cuando lo que se plantea es la pérdida de oportunidad no cabe otro daño que el patrimonial.

Así, dice la STS de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7448), que en materia de responsabilidad civil por negligencia profesional de abogados y procuradores:

«En relación con la identificación del tipo de daño causalmente vinculado con aquella, la doctrina jurisprudencial viene manteniendo (entre las más recientes, SSTS de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011, 4250), rec. n° 1021/2011; 27 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7423), rec. n° 1568/2008; 27 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7313), rec. n° 1423/2008, y 28 de junio de 2012 (RJ 2012, 10403), rec. n° 546/2009) que cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones -y, desde luego, en el caso enjuiciado-, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico. De ahí que, en orden a su valoración económica, no pueda confundirse la valoración discrecional de la compensación que corresponde al daño moral con el deber de hacer un cálculo prospectivo de oportunidades del buen éxito de la acción, que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales. Mientras todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización».

Es con base en ello, que algunos autores y tendencias jurisprudenciales, afirmen que la mera privación del derecho al acceso a la tutela judicial es un daño moral que “*debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima*”, sin exigir por tanto una indagación de las oportunidades perdidas.

Sin embargo, la doctrina no parece tener muy claro ese concepto de «pérdida de oportunidad» como algo subsumible en el genérico de «daño moral», y es que, si incluye como una especie de «daño moral» cabría indemnizar casi cualquier pretensión al amparo de ese «daño moral». Tal y como sostiene REGLERO CAMPOS: *“La «pérdida de oportunidad» debe tener un contenido fundamentalmente patrimonial, pues de otra manera habría que indemnizar por pretensiones no ya con escasas, sino con nulas probabilidades de éxito o manifiestamente infundadas.”*⁴³

E) El nexo causal

La imputación objetiva del daño a la actuación del abogado se perfila necesaria para poder determinar la existencia del nexo causal. Y es que, como se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores, este tipo de arrendamiento de servicios suponen una obligación de medios y no de resultados, y así lo ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo al afirmar que: *“El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005 , 14 de diciembre de 2005 , 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5074) , 30 de marzo de 2006, RC núm. 2001/1999 , 26 de febrero de 2007, RC núm. 715/2000 (RJ 2007, 2115) , entre otras).”*⁴⁴

VI. CONCLUSIONES:

Se ha apuntalado en nuestro país la tendencia social a exigir responsabilidad civil al abogado por su actuar profesional, cuando en ella exista negligencia o impericia.

⁴³ REGLERO CAMPOS, L.F., obra citada.

⁴⁴ *Ibidem*, STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 600/2013 de 14 de octubre (RJ 2013\7440).

La doctrina y la jurisprudencia han consolidado que la obligación que asume el Abogado es de medios o actividad. En muy pocos supuestos la obligación es de resultado.

La responsabilidad civil del abogado se trata de una responsabilidad contractual y subjetiva en la que no opera la inversión de la carga de la prueba.

Para la prosperabilidad de la acción de responsabilidad civil profesional del Abogado deben cumplirse tres requisitos: 1) La existencia de un incumplimiento consistente en una acción u omisión; 2) La producción de un daño o perjuicio; 3) Existencia de nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido.

Los dos mayores obstáculos para afirmar la responsabilidad del abogado son la acreditación del daño ocasionado al cliente y la relación de causalidad entre la conducta negligente y el daño alegado.

Cuando el abogado con su conducta provoca que el cliente no pueda ver examinada su pretensión o recurso por un órgano judicial, el daño ocasionado es la pérdida de oportunidad procesal que exige una indagación de las efectivas oportunidades que tenía el cliente de ver estimada su pretensión, un cálculo prospectivo de las probabilidades de que aquella fuera acogida por el tribunal, en base al denominado “juicio sobre el juicio” donde el juzgador debe realizar una valoración sobre la prosperabilidad atendiendo a todas las circunstancias del caso concreto.

Una cosa es el daño por la pérdida de la oportunidad y otra el daño moral sufrido por el cliente del letrado negligente, que es indemnizable sólo si se demuestra que con su conducta incrementó el riesgo de producción de dicho daño, un estado de incertidumbre no necesaria, más allá de estar inmerso en un proceso judicial.

Por último, algunas sentencias consideran que la mera privación del derecho al acceso a la tutela judicial, a que la causa sea examinada por un tribunal es un daño calificado de moral, sin exigir una indagación de las oportunidades perdidas, y que por ello siempre debe ser indemnizado aunque sea en cuantía mínima.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BLASCO PELLICER, A.A. y SERRA RODRÍGUEZ, A., “*El trabajo profesional de los abogados*” Tirant lo Blanch, 2012, ISBN: 978-84-9004-821-4.

CRESPO MORA, M^a Carmen (2005): “*La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*” (Madrid, Thomson-Civitas).

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2008): “*La responsabilidad civil del abogado*”, Indret, pp. 1-54. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf

MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio”, Dykinson, 2000, pág. 340.

MONTERROSO CASADO, E., “*La responsabilidad civil del abogado: criterios de imputación, supuestos y efectos*”, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, ISSN-e 1695-6311, N.º. 3, 2005

MULLERAT BALMAÑA, en su artículo «La Responsabilidad civil del abogado», La Toga, ICAS, abril 2002

REGLERO CAMPOS, L.F., “*La responsabilidad civil de abogados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña, 2007

SERRA RODRÍGUEZ, A., *“La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español.”* Revista Justicia y Derecho, Santiago, v. 2, nº 2, 2019

VIII. JURISPRUDENCIA

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 375/2021 de 1 junio.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 600/2013 de 14 de octubre.

STS de 14 de julio 2010.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 959/2008 de 22 octubre.

STS, de 27 de julio de 2006.

STS, de 30 de mayo de 2006.

STS, de 8 de abril de 2003.

STS, de 8 de febrero de 2000

STS, de 26 de enero de 1999.

ST, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, Sentencia núm. 75/2020 de 11 de marzo.

ST, Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5ª, Sentencia núm. 86/2015 de 7 de abril.

ST, Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª), núm. 78/2012 de 13 febrero.

ST Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1ª), núm. 20/2004 de 23 enero.