

S A B E R E S

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 3 ~ AÑO 2005

Separata



**La responsabilidad civil del abogado:
criterios, supuestos y efectos.**

Esther Monterroso Casado



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© Esther Monterroso Casado

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 3, 2005

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos.

Esther Monterroso Casado. Profesora de Derecho civil. Doctora en derecho.

RESUMEN:

Las reclamaciones por mala *praxis* del abogado han experimentado un extraordinario incremento: el aumento del número de colegiados, la cada vez mayor complejidad y especialidad de las materias jurídicas, el desconocimiento de las normas deontológicas y profesionales, unidos al auge de la búsqueda del responsable civil cada vez que existe un daño. El objetivo del presente artículo es identificar las condiciones, circunstancias y consecuencias en las que un abogado es responsable en el ejercicio de su profesión.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil profesional.

ABSTRACT:

The average claimant in a legal malpractice has a significant growth in the volume of litigation. The article examines the attorney's liability for sustained damages.

KEY-WORDS: Professional Responsibility

Citas/Dedicatorias. La elaboración de este artículo ha sido posible gracias a la financiación de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid y del Fondo Social Europeo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Naturaleza jurídica. 3. Caracteres de la responsabilidad civil del abogado. 3.1. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. 3.2. Requisitos de la responsabilidad civil contractual. 3.3. La responsabilidad por culpa o negligencia del abogado. 3.4. La responsabilidad del abogado desde el análisis económico del derecho. 3.5. La carga de la prueba. 3.6. **El seguro de responsabilidad civil.** 4. Obligaciones contractuales y deberes profesionales: 4.1. Deberes establecidos en el Estatuto de la Abogacía. 4.2. Deberes establecidos en el Código Deontológico. 5. Supuestos de negligencia en su actividad profesional. 5.1. Falta de asistencia del abogado al acto de la vista. 5.2. Error de planteamiento del asunto. 5.3. Incuria o desidia profesional. 5.4. Tardío o extemporáneo ejercicio de las acciones reconocidas en derecho. 6. Concurrencia de culpas y exoneración de la responsabilidad. 7. Valoración de los daños e indemnización. 7.1. Posición resarcitoria. 7.2. Posición reparadora. 7.3. Postura crítica. 8. Bibliografía.

1. Introducción.

Las reclamaciones por mala *praxis* del abogado han experimentado un extraordinario incremento en los últimos años¹: el aumento del número de colegiados, la cada vez mayor complejidad y especialidad de las materias jurídicas, que exigen una mayor preparación y conocimientos, el desconocimiento de las normas deontológicas y profesionales, unidos al auge del fenómeno de la responsabilidad civil que promueve, cada vez que existe un daño, la búsqueda de un culpable al que atribuir la responsabilidad para reparar el daño se encuentran entre las causas. Esta circunstancia ha despertado la preocupación de nuestros colegios profesionales, que han promovido acciones para la adopción de mecanismos de prevención y gestión de tales conductas.

Precisamente, el objetivo del presente artículo es identificar las condiciones, circunstancias y consecuencias en las que un abogado es responsable en el ejercicio de su profesión.

2. Naturaleza jurídica.

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. Este negocio jurídico es 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 44 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).

La obligación contractual del abogado no es una obligación de resultado (por ejemplo, lograr la absolución del cliente), sino de medios: suministrarle todos sus conocimientos jurídicos y emplearlos diligentemente para alcanzar el mayor beneficio de sus intereses o protección de sus derechos. Sin que, por tanto, se encuentre obligado a garantizar un resultado concreto. De hecho, en ocasiones, el resultado y el éxito obtenido en la

¹ El número de quejas sobre las actuaciones profesionales de los abogados ha aumentado significativamente. De hecho, en los últimos años, algunos Colegios de Abogados han experimentado como las quejas sobre los servicios prestados por los abogados se incrementaron en más de un ochenta por ciento (véase [MULLERAT BALMAÑA, «La Responsabilidad civil del abogado», *La Toga*, ICAS, abril 2002, p. 15\).](#)

defensa encomendada no estarán en consonancia con la diligencia empleada por el letrado. En este sentido, véanse la SSTS de 23 de diciembre de 1992, 23 de octubre de 1995, 28 de diciembre de 1996, 28 de enero y 25 de marzo de 1998, 7 de febrero de 2000, 23 de mayo de 2001, 30 de diciembre de 2002 o de 12 de diciembre de 2003. Esta última, que recoge las dos anteriores (Ponente Sr. Martínez Calcerrada), ha señalado:

“En el encargo al Abogado por su cliente, es obvio que, se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o «locatio operarum» en mejor modo, incluso, siguiendo la nueva terminología del Proyecto de Reforma del Código Civil... «contrato de servicios», en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; 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”.

Y añade: “Por último, la Sala no tiene sino que resaltar dos afirmaciones apodícticas: por un lado -repetir una vez más- que tratándose en toda su complejidad negocial básicamente de una «locatio operarum» la prestación de servicios por parte del Abogado y Procurador con respecto a sus clientes, su contenido se integra en una obligación media y no de resultado, pues, notorio y sabido es, que nunca pueden citados profesionales garantizar el éxito de cualquier decisión judicial y, menos aún, la evitación de los perjuicios irrigados por un procedimiento judicial trabado contra quien confió la defensa de sus intereses a susodichos profesionales. En segundo lugar, es también una obviedad resaltar -y se reitera- que cualquiera que hubiera sido la actuación ejemplarizante o diligente en el supuesto de que así se actuara por parte de los profesionales del Derecho, ello no condicionaría el éxito seguro, no sólo de la pretensión en cuanto a la defensa de los intereses confiados por los clientes, sino también la elusión de cualquier tipo de perjuicio derivado de la existencia de un procedimiento litigioso, ya que -se repite una vez más- esos eventos dependen (o provendrán) de una decisión soberana totalmente independiente emitida por los órganos judiciales (lo que «pertenece de lleno al estricto campo de las conjeturas». SSTS 11 de noviembre de 1997 y 25 de junio de 1998; jurisprudencia actualizada, en lo esencial, por la didáctica Sentencia de 29 de mayo de 2003)”.

A mayor abundamiento, señala la STS de 28 enero de 1998 dice:

“La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en éste y en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones) de contrato de prestación de servicios que define el artículo 1544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación personal «intuitu personae» incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone

la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional”.

Esta doctrina ha sido recogida por una abundante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (entre las más recientes véanse, por ejemplo, las SSAP de Guadalajara de 8 de octubre de 2004, de Orense de 17 de junio de 2004, de Vizcaya de 13 de mayo de 2004, de Córdoba de 8 de marzo de 2004 y de 3 de febrero de 2003, de Badajoz de 25 de marzo de 2003, de La Rioja de 13 de marzo de 2003, de Cádiz de 23 de noviembre de 2002 y de Madrid de 28 de enero y 22 octubre de 2002), sin que exista duda de que nos encontramos ante una obligación de medios, por la que el abogado se obliga a desarrollar su conducta diligentemente para conseguir un resultado, no comprometiéndose a “asegurar” el mismo, sino únicamente a desarrollar su profesión en consonancia con la llamada *lex artis*.

Ahora bien, a la hora de determinar la naturaleza jurídica hay que tener presente que no siempre la relación existente será la de arrendamiento de servicios, ya que puede existir algún supuesto en el que nos encontremos ante un contrato de obra, obligándose el abogado a producir un resultado a cambio de un precio, es el caso de la elaboración de un informe o un dictamen².

3. Caracteres de la responsabilidad civil del abogado.

En consonancia con el artículo 442 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 79 y 80 del Estatuto de la Abogacía, el abogado en su actuación negligente puede incurrir en responsabilidad civil (cuando su conducta dolosa o negligente ocasione unos daños y perjuicios en el patrimonio o en los intereses del cliente)³. Si bien, ésta no es la única responsabilidad en la que puede incurrir, ya que existirá responsabilidad penal cuando los daños ocasionados sean consecuencia de la prevaricación del abogado y disciplinaria cuando infrinja alguno de sus deberes profesionales o deontológicos.

3.1. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.

² Véase, en este sentido, las SSTS de 4 de febrero de 1950 y de 3 octubre 1998.

³ Ahora bien, se establece preceptivamente un deber al abogado que reciba el encargo de promover actuaciones contra otro sobre su responsabilidad profesional de informar al Decano del Colegio para que pueda realizar una labor de mediación (artículo 79).

Respecto a la responsabilidad civil, el abogado se encuentra sometido a responsabilidad contractual si existe una relación jurídica previa entre ambas partes en virtud de un contrato de arrendamiento de servicio. En este sentido, la responsabilidad civil derivada de la actuación negligente del abogado “es un tipo más de responsabilidad profesional, derivada de contrato de prestación de servicios” (SSTS de 28 de enero y 25 de marzo de 1998 y 8 de junio de 2000, entre otras). Así, por ejemplo, cuando un sujeto acude a un despacho profesional para encargarle la defensa de sus derechos o intereses a un abogado realiza un contrato de arrendamiento de servicios profesionales. A la luz de este acuerdo, es posible atribuir al abogado una responsabilidad contractual cuando el hecho que generó el daño se efectúa dentro del ámbito de lo pactado, mediante el ejercicio de una acción de responsabilidad civil profesional, derivada del artículo 1101 del Código civil⁴.

En relación con el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual en este ámbito se plantea el siguiente problema: al no existir en este tipo de responsabilidad una vulneración de una obligación producto de una relación jurídica previa, a priori, la indemnización por daños por la vía extracontractual procedería sólo en los supuestos en los que no exista relación contractual: por ejemplo, en casos de actuación gratuita del abogado (turno de oficio⁵), cuando la actividad profesional que ocasiona el daño se desarrolla fuera de los límites contractuales (SAP de Oviedo de 19 de junio de 1995), o cuando se causa un daño innecesario a un tercero (no cliente), por ejemplo, un testigo.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han acogido las normas de responsabilidad extracontractual a la hora de atribuir la responsabilidad a los profesionales (especialmente en materia sanitaria), difuminando ambos tipos de responsabilidad⁶. Desde esa posición, aunque

⁴ Se entiende por responsabilidad profesional aquella “que contraen o se atribuye a aquellas personas que en el ejercicio de su quehacer profesional (...) incurren en un ilícito o infringen un precepto que produce consecuencias perjudiciales para una persona” (MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1996, p. 17).

⁵ SERRA RODRÍGUEZ, *La Responsabilidad Civil del Abogado* Aranzadi, Madrid, 2000, p. 155. Opinión que resulta preciso matizar, si tenemos en cuenta que este servicio profesional se trata de un servicio público: existiría responsabilidad del abogado, que será resarcida por la Administración.

⁶ Véase ÁNGEL YÁGUEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1995, pp. 27 y 28. En sentido

exista una relación contractual se determina la existencia de una responsabilidad extracontractual si se aprecia una vulneración del artículo 1902 del Código civil, es decir, si se infringe el deber genérico de no causar un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia. En este sentido, resulta posible que concurren ambos tipos de responsabilidades, la contractual derivada de los artículos 1101 y ss. y la extracontractual de los artículos 1902 y ss. (constituyendo la prescripción uno de los aspectos más relevantes de la elección de uno u otro tipo de responsabilidad⁷). Sin embargo, a pesar de dicha postura, resulta peregrino que, en este ámbito de la responsabilidad del profesional, abogados y tribunales, aleguen y apliquen, únicamente las reglas relativas a la responsabilidad contractual, en base al artículo 1101 CC⁸.

3.2. Requisitos.

Es necesario constatar la existencia de los siguientes requisitos para el abogado responda contractualmente, en consonancia con el artículo 1101 del Código civil:

- *La existencia previa de una relación contractual entre el abogado y el cliente.* Es necesaria una vinculación contractual por la que el cliente encarga al abogado en consideración a su pericia y cualificación profesional la defensa de sus derechos o intereses y éste se compromete a realizar dicha labor a cambio de una contraprestación.
- *Una acción u omisión culposa del abogado en el cumplimiento de su obligación contractual.* El resultado dañoso debe ser producto de una acción u omisión de la actuación profesional del abogado causada, por

contrario, MARTÍNEZ-CALCERRADA sostiene que no resulta posible ejercitar la acción de carácter extracontractual cuando trata de los presupuestos integradores de la responsabilidad civil profesional («Responsabilidad civil del abogado», vol. 6, 1998, p. 2047).

⁷ Por un lado, el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual contra el abogado, establecido en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales, es de quince años, y por otro, el plazo para ejercitar una acción de responsabilidad extracontractual, en virtud del artículo 1968.2 del Código civil, es de un año. Para un mayor análisis, véase la STS de 8 de febrero de 2000.

⁸ Véanse, entre las más recientes, las SSTS de 12 de diciembre y 8 de julio de 2003, y SSAP de Navarra de 11 de junio de 2004, Cádiz de 23 de noviembre de 2002, Vizcaya 18 de noviembre de 2003, de Granada de 22 de octubre y 10 de junio de 2003.

ejemplo, por un error en el planteamiento del asunto, en la falta de asistencia del abogado al acto de la vista, o un ejercicio extemporáneo de las acciones reconocidas en derecho a su cliente. En estos casos, existe una conducta negligente en el cumplimiento del contrato al infringirse las normas profesionales que conforman la buena praxis.

- *Una conducta antijurídica o imputable subjetivamente.* Para que el abogado responda debe haber actuado antijurídicamente, es decir, su acción u omisión deberá ser contraria a derecho (por ejemplo, al vulnerar las normas profesionales contempladas en el Estatuto de la Abogacía o en su Código Deontológico). En este sentido, la realización de la actividad profesional del abogado, tanto en la representación judicial como extrajudicial, debe realizarse diligentemente, ya que, en caso contrario, si su conducta ocasiona un daño, se le atribuirá la responsabilidad⁹. Asimismo, existirá responsabilidad por hecho ajeno tanto del empresario respecto al abogado de empresa como del abogado autónomo respecto de su pasante o colaboradores¹⁰.
- *Un daño producto de esa acción u omisión.* Los daños y perjuicios han de ser probados y derivados del incumplimiento, aunque cabe establecerlos por presunciones, si el enlace es lógico (SSTS de 5 de junio de 1985, 17 de septiembre de 1987 o 29 de mayo de 2003). Respecto a los daños y perjuicios ocasionados, éstos pueden ser: (a) materiales o económicos (si bien, como veremos más adelante, la jurisprudencia se encuentra dividida al considerar que resulta imposible saber cuál hubiera sido el resultado, sin realizar conjeturas); o (b) morales: al verse privado el perjudicado del derecho de acceso a los

⁹ Véanse las SSTS de 8 de febrero de 2000, de 7 de febrero de 2000, de 26 de enero de 1999, 3 de octubre de 1998, de 25 de junio de 1998, de 25 de marzo de 1998, de 28 de enero de 1998, de 11 de noviembre de 1997, o de 16 de diciembre de 1996.

¹⁰ En este último caso, el artículo 27 del Estatuto de la Abogacía dispone que *no se perderá la condición de abogado que ejerce como titular de su propio despacho individual cuando, por ejemplo, el abogado tenga en su bufete pasantes o colaboradores, con o sin relación laboral con los mismos.* En este sentido, *el abogado titular de un despacho profesional responderá profesionalmente frente a su cliente de las gestiones o actuaciones que efectúen sus pasantes o colaboradores, sin perjuicio de la facultad de repetir frente a los mismos si procediera. No obstante, los pasantes y colaboradores quedan sometidos a las obligaciones deontológicas y asumirán su propia responsabilidad disciplinaria.*

recursos o de la tutela judicial efectiva, por ejemplo, al haber prescrito una acción por desidia del letrado¹¹.

- *Una relación de causalidad entre la acción u omisión culposa del abogado y el daño ocasionado al cliente.* La conducta del obligado a indemnizar debe ser causa, o una de las causas, de la producción del daño¹². En este sentido, la vulneración de las normas profesionales no significan *per se* que sea atribuible una responsabilidad al abogado, sino que es necesario que esa negligencia sea la causa del resultado dañoso¹³. Por tanto, la declaración de responsabilidad exige la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del abogado y el hecho que se estima productor del daño ocasionado, lo que plantea un problema de prueba (pues la constatación de dicha relación causal, en ocasiones, resulta complicada). Resulta interesante, al respecto, la distinción que efectúa la SAP de Albacete de 20 de noviembre de 2002, señalando que “cuando se trata de negligencias por omisión, que han sido causa de la pérdida del derecho (acción por despido, acción de retracto, acción por responsabilidad extracontractual, etc., no ejercitadas en tiempo oportuno), es obvio que existe el daño y que media la relación de causalidad; sin embargo, cuando se trata de un planteamiento erróneo, no puede aceptarse que ello haya sido la causa de pérdida del derecho, porque esto equivaldría a afirmar que otro distinto hubiese prosperado, cosa que no es posible, ya que se trata de algo futurible”.

3.3. *La responsabilidad por culpa o negligencia del abogado.*

Cuando el abogado incurre en negligencia en el cumplimiento de su actividad profesional se encuentra obligado a reparar el daño causado por su

¹¹ SSTS de 4 de junio de 2003, 26 de enero de 1999 y 25 de junio de 1998.

¹² Respecto a la relación de causalidad material entre el incumplimiento del abogado y el daño sufrido por el cliente, véase el exhaustivo análisis de SERRA RODRÍGUEZ, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, *op. cit.*, pp. 205-273.

¹³ Así sucede, por ejemplo, en la SAP de Asturias de 19 de junio de 1995, en donde no se personó en apelación el abogado, si bien el cliente había sido advertido de las escasas posibilidades de éxito debido a la eventual prescripción de la acción ejercitada. En tal caso, únicamente existirá una relación causal entre la conducta negligente del abogado y la “pérdida de una posibilidad efectiva de defensa, si bien tamizada por la prescripción”.

negligente actividad profesional según los artículos 1101, 1103, 1104 y 1106 del Código Civil y el artículo 78 del Estatuto General de la Abogacía.

El abogado se encuentra sujeto a dicha responsabilidad si no proporciona los medios y cuidados adecuados en consonancia con el estado de la ciencia. Será preciso, por tanto, constatar su conducta negligente en relación con su *lex artis*¹⁴, con el fin de determinar si su conducta se ajusta a la diligencia exigida al profesional abogado medio (en relación con el artículo 1104 del Código civil). Ahora bien, el abogado no sólo se encuentra obligado por las normas generales establecidas en el Código civil, sino también por las normas reguladoras de su actividad profesional, ya que los cánones profesionales recogidos en su Estatuto “sirven de buena y estricta medida de su actuación” (STS de 4 de febrero de 1992).

Respecto a cuál es el nivel de diligencia exigible del abogado, la respuesta es el grado medio, en consonancia con los conocimientos medios de un profesional técnico en materias jurídicas, lo que quiere decir, que no se le impone el deber más alto posible, sino que se atenderá al del profesional medio como referencia para analizar y calificar su actuación¹⁵. En este sentido, entiendo que la interpretación del artículo 42 del Estatuto de la Abogacía del desarrollo de su función “con el máximo celo y diligencia” debe realizarse en consonancia con dicha *lex artis*. En esta línea, la SAP de Toledo de 7 de junio de 2000 considera que debe valorarse la conducta enjuiciada atendiendo al baremo general del profesional, es decir, atendiendo a la conducta que habría observado un letrado en ejercicio medio en una situación pareja con similares conocimientos y aptitudes.

Por eso, el abogado no debe ser declarado responsable por el fracaso de la acción, ni tampoco cuando hubiera ejercitado una acción de entre las posibles alternativas, pues su responsabilidad no depende del éxito de la defensa encomendada, sino del empleo u omisión de la diligencia debida

¹⁴ Véase MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La responsabilidad civil profesional, op. cit.*, p. 18; y «Especial estudio de la denominada Lex artis ad hoc en la función médica», *Actualidad Civil*, núm. 542, 1986, pp. 1697-1709.

¹⁵ En este sentido, la SAP de La Rioja de 13 de marzo de 2003 señala que: “Para la determinación de la existencia de negligencia en la actividad del abogado, debe estarse, a falta de pacto entre las partes sobre esta cuestión, a la regla de diligencia descrita en el artículo 1104 del Código Civil, relativizada en este caso como la diligencia exigible a un buen profesional, adecuando esta obligación a la naturaleza de la actividad técnica contratada, lo que orienta este concepto a la exigencia de una determinada pericia o en ejecución de la actividad conforme a la *lex artis ad hoc*”.

conforme a dicha *lex artis*. Ahora bien, este nivel de diligencia no será el mismo en el supuesto de que nos encontremos ante un especialista (por ejemplo, un abogado laboralista, mercantilista, penalista o canonista) que ante un abogado generalista. Si bien, en este último caso, podría existir responsabilidad, si no remite a un colega el asunto cuando no se encuentra capacitado en función de sus conocimientos y dedicación profesional; sin olvidar tampoco el deber de reciclaje de sus conocimientos jurídicos, exigido en este tipo de profesión¹⁶.

3.4. La responsabilidad del abogado desde el análisis económico del derecho.

En virtud de la fórmula de análisis coste-beneficio, conocida como la fórmula *Learned-Hand*, se atribuye esta responsabilidad en función de la adopción de medidas para evitar un resultado dañoso dependiendo de la probabilidad del daño, el coste del mismo y el gasto para prevenir el daño¹⁷. En definitiva, esta fórmula compara los beneficios derivados de la reducción del daño con el coste de prevención, en contraposición con el tradicional sistema de responsabilidad, que impone un deber de diligencia para evitar el daño, sin considerar estos parámetros.

Aunque en nuestro ordenamiento se utiliza el modelo de diligencia profesional para determinar la existencia o no de negligencia del abogado, comparando su conducta con la de un buen abogado, entiendo que, en la práctica, estos costes de prevención pueden implícitamente utilizarse al atribuir la responsabilidad del abogado en determinados casos. Se entenderá que el abogado resulta responsable si su coste de prevención es menor que el daño previsto multiplicado por la probabilidad del mismo; por ejemplo, si no asiste al acto de la vista o si ejerce tardíamente las acciones judiciales oportunas. En el caso contrario, no se le podría atribuir la responsabilidad al abogado como sucedió en los supuestos contemplados por las SSAP de Cádiz de 23 de noviembre de 2002 y de Cantabria de 20 de octubre de 2000, en los que el abogado no interpuso recurso al considerar la no procedencia y prosperabilidad del mismo.

¹⁶ Véase el Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española.

¹⁷ Esta fórmula tiene en cuenta tres factores: la probabilidad de que el accidente ocurra, los daños que pueden resultar y el coste de las medidas para evitar el daño: $V < Sq$ (donde «V» es el coste de prevención del daño, «S» el daño previsto y «q» la probabilidad del daño).

3.5. La carga de la prueba.

En el ámbito de la responsabilidad civil de los abogados no opera la inversión de la carga de la prueba a favor del cliente demandante, por lo que éste debe probar la realidad de los hechos y el nexo causal existente entre la conducta negligente del abogado y el daño sufrido, en consonancia con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000). En este sentido, se pronuncia la jurisprudencia en las SSTS de 12 de diciembre de 2003, 30 de diciembre de 2002, 23 de mayo de 2001, 7 de febrero de 2000, 3 de octubre de 1998, 23 de octubre de 1995, 23 de diciembre de 1992, 5 de julio de 1991 o 24 de mayo de 1990. Señala la STS de 30 de diciembre de 2002 que “será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que debe probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual *ab initio* goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional”. Esta doctrina ha sido recogida reiteradamente por las Audiencias¹⁸.

Por lo tanto, respecto a la prueba de la actuación negligente del abogado, el cliente debe probar la omisión por parte del abogado de la diligencia exigida a otros profesionales en un supuesto similar al acontecido, cotejándola, así, con la llamada jurisprudencialmente como *lex artis ad hoc*. Esta afirmación no implica entender como presunción de culpabilidad la falta de éxito judicial¹⁹. En este sentido, el cliente debe probar que “la

¹⁸ Véanse las SSAP de Orense de 17 de junio de 2004, de Navarra de 11 de junio de 2004, de Las Palmas de 28 de abril de 2004, La Rioja de 13 de marzo de 2003, de Cádiz de 23 de noviembre de 2002 y de Albacete de 20 de noviembre de 2002. Esta última desestima la responsabilidad del abogado señalando que “el hecho de no haber tenido éxito judicial en su cometido no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad” (STS de 3 de octubre de 1998), con la consecuencia de imponerle la carga de probar que aquella falta de éxito no fuera debida a su actuación profesional.

¹⁹ Señala, a este respecto, la STS de 3 de octubre de 1998 y 8 de junio de 2000 que “el hecho de no haber tenido éxito judicial en su cometido, no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad”. En la misma línea, la STS de 30 de diciembre de 2002, que recoge la de 23 de mayo de 2001 ha señalado que “la obligación del Abogado, de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión sólo

resolución judicial ha sido consecuencia de la incuria, deficiente actuación o desconocimiento de las normas profesionales del letrado encargado de la defensa” y que el resultado del juicio hubiera sido distinto si su defensa se hubiera efectuada correctamente, acorde con la *lex artis*, propia de un diligente abogado (STS de 4 de febrero de 1992). En consecuencia, el cliente que persiga la declaración de responsabilidad contractual de su abogado deberá probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, entre ellos su negligente actuación profesional. De otro modo, la conducta del abogado se encontrará protegida por una presunción de diligencia.

Ahora bien, es necesario realizar dos salvedades respecto a esta doctrina general.

1) En primer lugar, cuando nos encontremos ante una obligación de resultado (por ejemplo, un contrato suscrito entre abogado y cliente para la elaboración de un informe). En este caso, será suficiente con que el cliente acredite el incumplimiento del resultado pactado²⁰.

2) En segundo lugar, si nos encontramos ante una *omisión* del abogado que no actúa en cumplimiento de sus obligaciones profesionales (por ejemplo, no interpone un recurso o no asiste al acto de la vista). En tal caso, deberá ser el abogado el que pruebe que ese daño no fue debido a su actuación por encontrarse en mejor posición para justificar su conducta (en consonancia con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La STS de 28 de enero de 1998 (transcurridos casi dos años sin que el abogado hubiera ejercitado la acción, cuyo plazo de caducidad era de un año, estima que además de existir una imputación objetiva, el daño ocasionado a los actores, hay una imputación subjetiva a título de culpa por el retraso o un desconocimiento normativo) considera que “cuando se produce un incumplimiento de la obligación se presume que lo ha sido por culpa del deudor”²¹. Y, en la misma línea, sostiene la SAP de Madrid de 12 de marzo

provenirá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador”. Doctrina que es recogida por las SSAP de Orense de 17 de junio de 2004, de Vizcaya de 13 de mayo de 2004, de Madrid de 18 de marzo de 2004, entre las más recientes.

²⁰ Véase SERRA DOMÍNGUEZ, [La Responsabilidad Civil del Abogado](#), *op. cit.*, p. 163.

²¹ En este sentido, considera la STS de 28 de enero de 1998 que “la conducta humana se supone voluntaria y es el deudor que incumple el que debe probar que ha sido sin culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor; se prevé en el artículo 1183 del Código Civil respecto a obligaciones de dar, pero se extiende no tanto por analogía sino como principio general, según doctrina y jurisprudencia, a todo tipo de obligaciones, como las de hacer o no hacer”. Para un mayor análisis, véase SERRA RODRÍGUEZ, «Responsabilidad civil del abogado (Comentario a la STS 28 enero 1998)», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 1, 1998, pp. 301-308.

y de 22 octubre de 2002 que en los supuestos de omisión se debe presumir la culpa del profesional, invirtiéndose al respecto la carga de la prueba (para lo que se acude al artículo 1183 del Código Civil, “aplicándolo bien por analogía o por entender que recoge un principio general aplicable no sólo a la obligación de entregar una cosa sino también a la de hacer -SSTS de 28 de enero y de 3 de octubre de 1998”).

3.6. Seguro de responsabilidad civil.

La responsabilidad civil profesional del abogado se encuentra cubierta por la aseguradora con la que tiene suscrito una póliza a estos efectos. El artículo 78 del Estatuto de la Abogacía establece la voluntariedad del seguro de responsabilidad civil en el ejercicio profesional de los abogados. Sin embargo, el artículo 21 del Código Deontológico obliga al abogado “a tener cubierta, con medios propios o con el recomendable aseguramiento, su responsabilidad profesional, en cuantía adecuada a los riesgos que implique” y si presta sus servicios profesionales en otro Estado Miembro de UE “deberá cumplir las disposiciones relativas a la obligación de tener un seguro de responsabilidad civil profesional conforme a las exigencias del Estado Miembro de origen y del Colegio de acogida”. Los Colegios de Abogados suelen suscribir un seguro que cubre a sus colegiados con un límite de cobertura. Por ejemplo, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid tiene suscrito (como tomador del seguro) un seguro para todos los abogados que cubre una responsabilidad civil de 15.000 euros, pudiendo contratar el abogado, para complementar la anterior cobertura, un seguro voluntario de responsabilidad civil ampliado.

4. Obligaciones contractuales y deberes profesionales.

El objeto del contrato de este profesional liberal es la prestación de un servicio, incluyéndose generalmente entre las obligaciones concertadas la defensa ante los tribunales de los derechos y libertades de los ciudadanos o el asesoramiento, consejo jurídico y negociación de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados. Ahora bien, además de las obligaciones derivadas de sus relaciones contractuales, el abogado debe cumplir con su normativa profesional. Así, por ejemplo, los abogados deberán respetar el

Código Deontológico de la Abogacía Española, el Código Deontológico Europeo, el Estatuto de Abogacía Española, la normativa desarrollada por los Consejos de Colegios autonómicos y los Estatutos del Ilustre Colegio al que pertenezca, así como los del Colegio de acogida o en el que desarrolle una determinada actuación profesional.

En virtud de su pertenencia colegial, el abogado se encuentra vinculado por las normas del Código Deontológico de la Abogacía, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 30 de junio de 2000 (en vigor desde el 1 de octubre del mismo año) y que asume el Código Deontológico Europeo el 28 de noviembre de 1998, estableciendo unas normas de comportamiento que permiten garantizar el derecho de defensa de una forma efectiva y satisfacer los derechos del cliente. También se encuentra vinculado por el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que en su Título tercero regula, en los artículos 30 a 46, los [derechos y deberes de los abogados: de carácter general](#) (Capítulo I); [en relación con: el Colegio y con los demás colegiados](#) (Capítulo II), [con los Tribunales](#) (Capítulo III), [con las partes](#) (Capítulo IV); [respecto a honorarios profesionales](#) (Capítulo V); y [en relación con la asistencia jurídica gratuita](#) (Capítulo VI). Dichas normas ofrecen las pautas de la buena praxis profesional, elemento primordial a la hora de determinar la existencia de responsabilidad civil profesional del abogado. En este sentido, el artículo 1.2 del Estatuto de la Abogacía dispone que: *En el ejercicio profesional, el abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía y al consiguiente régimen disciplinario colegial.* Se trata de normas corporativas sobre la materia sin relevancia casacional (SSTS 6 de febrero de 1996, 25 de junio de 1998, 30 diciembre de 2002, entre otras).

A continuación se analizarán únicamente los deberes del abogado en relación con las partes, para evitar alejarnos del objeto de estudio. Por su interés, se transcribe a continuación el contenido de estas normas mínimas de actuación obligatorias para cualquier abogado, deteniéndonos únicamente en los artículos más interesantes al respecto.

4.1. Deberes establecidos en el Estatuto de la Abogacía.

El abogado que acepta la defensa de su cliente se encuentra sometido a los siguientes deberes generales y especiales.

4.1.1. Deberes generales:

- Cooperar con la Justicia. El artículo 30 establece que el deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada.
- Cumplir las normas legales, estatutarias y deontológicas, así como los acuerdos de los diferentes órganos corporativos (artículo 31.1).
- Guardar secreto profesional de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, de conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 32).

4.1.2. Deberes especiales en relación con las partes:

- El cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional (artículo 42.1). En este sentido, el abogado realizará diligentemente las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto y pudiendo auxiliarse de sus colaboradores y otros compañeros, quienes actuarán bajo su responsabilidad (artículo 42.2).
- El trato considerado y cortés, así como la abstención u omisión de cualquier acto que determine una lesión injusta para la otra parte (artículo 43).

4.2. Deberes establecidos en el Código Deontológico de la Abogacía Española.

Respecto a los deberes generales, la actuación del abogado deberá ser acorde con los principios de independencia, libertad de defensa,

confianza e integridad y secreto profesional (artículos 2 al 5), actuando *siempre honesta y diligentemente, con competencia, con lealtad al cliente, respeto a la parte contraria, guardando secreto de cuanto conociere por razón de su profesión* (Preámbulo del Código). Respecto a las especiales, se encuentra obligado a cumplir con los siguientes deberes en las relaciones con sus clientes y con la parte contraria.

4.2.1. Respecto a las relaciones con los clientes (artículo 13 del Código Deontológico):

- La relación del Abogado con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza. Dicha relación puede verse facilitada mediante la suscripción de la recomendable Hoja de Encargo.
- El Abogado sólo podrá encargarse de un asunto, por mandato de su cliente, encargo de otro Abogado que represente al cliente, o por designación colegial. El Abogado deberá comprobar la identidad y facultades de quien efectúe el encargo.
- El Abogado tendrá plena libertad para aceptar o rechazar el asunto en que se solicite su intervención, sin necesidad de justificar su decisión. Así mismo el Abogado podrá abstenerse o cesar en la intervención cuando surjan discrepancias con el cliente. Deberá hacerlo siempre que concurran circunstancias que puedan afectar a su plena libertad e independencia en la defensa o a la obligación de secreto profesional. El Abogado que renuncie a la dirección Letrada de un asunto habrá de realizar los actos necesarios para evitar la indefensión de su cliente. Cuando se trate de defensa asumida por designación colegial, la aceptación, rechazo, abstención o cese habrá de acomodarse a las normas sobre justicia gratuita y sobre este tipo de designaciones.
- El Abogado no puede aceptar la defensa de intereses contrapuestos con otros que esté defendiendo, o con los del propio abogado. En caso de conflicto de intereses entre dos clientes del mismo Abogado, deberá renunciar a la defensa de ambos, salvo autorización expresa de los dos para intervenir en defensa de uno de ellos. Sin embargo el Abogado podrá intervenir en interés de todas las partes en funciones de mediador o en la preparación y redacción de documentos de

naturaleza contractual, debiendo mantener en tal supuesto una estricta y exquisita objetividad.

- El Abogado no podrá aceptar encargos profesionales que impliquen actuaciones contra un anterior cliente, cuando exista riesgo de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con el antiguo cliente pueda ser violado, o que de ellas pudiera resultar beneficio para el nuevo cliente.
- El Abogado deberá, asimismo, abstenerse de ocuparse de los asuntos de un conjunto de clientes afectados por una misma situación, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, exista riesgo de violación del secreto profesional, o pueda estar afectada su libertad e independencia.
- Cuando varios Abogados formen parte o colaboren en un mismo despacho, cualquiera que sea la forma asociativa utilizada, las normas expuestas serán aplicables al grupo en su conjunto, y a todos y cada uno de sus miembros.
- El Abogado no aceptará ningún asunto si no se considera o no debiera considerarse competente para dirigirlo, a menos que colabore con un Abogado que lo sea.
- El Abogado tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo:
 - Su opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y resultado previsible del asunto.
 - Importe aproximado, en cuanto sea posible, de los honorarios, o de las bases para su determinación.
 - Si por sus circunstancias personales y económicas tiene la posibilidad de solicitar y obtener los beneficios de la asistencia Jurídica Gratuita.
 - Todas aquellas situaciones que aparentemente pudieran afectar a su independencia, como relaciones familiares, de amistad, económicas o financieras con la parte contraria o sus representantes.

- La evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas; posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio.
- El Abogado asesorará y defenderá a su cliente con diligencia, y dedicación, asumiendo personalmente la responsabilidad del trabajo encargado sin perjuicio de las colaboraciones que recabe.
- El Abogado tiene la obligación, mientras esté asumiendo la defensa, de llevarla a término en su integridad, gozando de plena libertad a utilizar los medios de defensa, siempre que sean legítimos y hayan sido obtenidos lícitamente, y no tiendan como fin exclusivo a dilatar injustificadamente los pleitos.
- La documentación recibida del cliente estará siempre a disposición del mismo, no pudiendo en ningún caso el Abogado retenerla, ni siquiera bajo pretexto de tener pendiente cobro de honorarios. No obstante podrá conservar copias de la documentación.

4.2.2. Respecto a las relaciones con la parte contraria (artículo 14 del Código Deontológico):

- El Abogado ha de abstenerse de toda relación y comunicación con la parte contraria cuando le conste que está representada o asistida por otro Abogado, manteniendo siempre con éste la relación derivada del asunto, a menos que el compañero autorice expresamente el contacto con su cliente.
- Cuando la parte contraria no disponga de abogado, deberá recomendarle que designe uno. Y si a pesar de ello, insistiera en su decisión de no tener Abogado propio, el interviniente deberá evitar toda clase de abuso.

5. Supuestos de negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales.

Los abogados serán responsables en su ejercicio profesional cuando no ejerciten el nivel de diligencia exigible. Aunque, a priori, no resulte posible

establecer pautas de todos los tipos de negligencia o impericia del abogado, al prestar los abogados diversas funciones y servicios²², sí es posible establecer unos claros supuestos y circunstancias en los que el abogado incurre en negligencia.

5.1. Falta de asistencia del abogado al acto de la vista²³.

En tales casos, será precisa la existencia de una relación causal entre esa falta de asistencia y el resultado judicial obtenido (SAP de Madrid de 7 de mayo de 2004), ya que si la modificación de la sentencia en segunda instancia no puede atribuirse a esta circunstancia (sino a que no se ajustaba a derecho la sentencia dictada en primera instancia), no será posible atribuir la responsabilidad al letrado (SAP de Madrid de 14 de mayo de 1997), al igual que si no se acredita que la falta de asistencia a la última sesión de la vista del juicio penal produjera perjuicio alguno al defendido (STS de 13 de octubre de 2003).

5.2. Error de planteamiento del asunto.

²² En este sentido, la STS de 30 de diciembre de 2002, que recoge la de 23 de mayo de 2001 ha señalado que “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, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente. De consiguiente, también en otra versión podían desmenuzarse todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa prestación o en las respectivas conductas a que pueda dar lugar o motivar el ejercicio de esa prestación media en pos a la cual, se afirma la responsabilidad; «ad exemplum»: informar de «pros y contras», riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho”.

²³ Véanse la STS de 11 de noviembre de 1997 y SAP de Girona de 20 de noviembre de 2000 (relativas al Procurador) y las SSAP de Valencia de 16 de enero de 2002, de León de 22 de noviembre de 2001, de La Coruña de 30 de septiembre de 2000, o Asturias de 19 de junio de 1995, entre otras. Análogamente, será aplicable a los supuestos de falta de personación en el recurso de apelación (SAP de Cádiz de 2 de mayo de 2002).

En principio, no existe inconveniente en apreciar negligencia del abogado que plantea inadecuadamente el caso por desconocimiento de la normativa legal, la técnica jurídica o las estrategias procesales. Se plantearía esencialmente un problema de prueba, debiendo existir “base suficiente para entender que la sentencia hubiera sido más favorable con otra defensa” (STS de 23 de diciembre de 1992), ya que si el resultado hubiera sido el mismo, no procede estimar la responsabilidad del abogado (STS de 20 de octubre de 1989). Precisamente es esta dificultad de prueba la que lleva a la jurisprudencia a considerar que no existe negligencia cuando se alega la realización de un planteamiento técnico erróneo del asunto, ya que “no puede aceptarse que ello haya sido la causa de pérdida del derecho, porque esto equivaldría a afirmar que otro distinto hubiese prosperado, cosa que no es posible, ya que se trata de algo futurible” (SSTS de 7 de febrero y 8 de junio de 2000, y SAP Albacete de 20 de noviembre de 2002). Si bien, sería deseable que la jurisprudencia matizara dicho aspecto relativo a la prueba en las resoluciones relativas a estos supuestos.

5.3. Incuria o desidia profesional.

El abogado debe prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud (STS de 3 de octubre de 1998). Por eso, en consonancia con su normativa profesional, el abogado responderá por incuria o desidia profesional, por ejemplo: si omite instar la prórroga de la anotación de embargo que ocasiona que posteriormente fuera denegada la inscripción en el Registro de la Propiedad al constar una segunda escritura de compraventa por parte de tercero (SAP de Tarragona de 20 de marzo de 1982); si permite la prescripción de una acción (SAP de Madrid de 13 de febrero de 2004); por dejar transcurrir, sin dar indicación alguna al cliente, el plazo en el que debía enervar la acción de desahucio (SAP de Navarra de 11 de junio de 2004); o si no se presentan las pruebas esenciales para el procedimiento (SAP de Girona de 27 de noviembre de 2000).

5.4. Tardío o extemporáneo ejercicio por parte del letrado demandado de las acciones reconocidas en derecho.

5.4.1. Ejercicio de la acción o interposición de recurso fuera de plazo legal.

Una de las actuaciones por las que los abogados incurren con mayor frecuencia en negligencia es la dilatación de la interpelación judicial, dando lugar al fracaso de la acción por prescripción. Así sucede, por ejemplo, si el abogado no interpone en tiempo y forma el recurso de casación (SSTS de 29 de mayo de 2003, o 25 de junio de 1998). Entre las sentencias más recientes de las Audiencias Provinciales: véanse, las de Pontevedra de 5 de julio de 2001 y de Castellón de 2 diciembre de 2002 (que declara la responsabilidad de letrado por no interponer recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); de León de 23 de septiembre de 2004, de Barcelona de 19 de febrero de 2004, de Cádiz de 28 de mayo de 2003 de Madrid de 12 de marzo de 2002 (en el que el abogado omite interponer el recurso de apelación contra la sentencia dictada en la primera instancia dentro del plazo legal); o SSAP de Las Palmas de 9 de marzo de 2004 y de Barcelona de 12 de julio de 2004 (por la no interposición de un recurso de casación).

Resulta especialmente interesante la reciente STS de 29 mayo de 2003 (que declara la responsabilidad del abogado por presentar fuera de plazo el escrito de preparación de recurso de casación para unificación de doctrina en proceso de despido) que plantea expresamente el problema y las soluciones posibles en estos supuestos:

El caso que nos ocupa consiste en determinar si existe culpa en el Abogado por no entablar una demanda a tiempo (la acción prescribe o caduca), o por no interponer un recurso dentro del plazo establecido. (...) Y en ellos se plantea una primera y principal disyuntiva, que es la siguiente: cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del Abogado, ¿puede o no -o tiene o no- que realizar ese órgano judicial una «operación intelectual» consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo? (a) Si contestamos afirmativamente a esta pregunta, el juzgador podrá condenar al Abogado a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito (prosperabilidad que suelen decir los Tribunales) que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos. (b) Si la respuesta es negativa, el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada «pérdida de oportunidad». Otra posibilidad, en este segundo caso, es la de que el Juez señale en favor del cliente una indemnización (también de discrecional estimación) por el daño moral que al cliente le ha supuesto verse privado de acceso a la Justicia.

5.4.2. Presentación de demanda con posterioridad a la caducidad del plazo.

También resulta imputable la responsabilidad al abogado por los daños ocasionados a su cliente cuando deja transcurrir el plazo legal sin ejercitar las acciones oportunas y sin efectuar requerimiento para interrumpir la prescripción (SSTS de 9 de julio de 2004, de 21 y 28 de enero de 1998 o 16 de diciembre de 1996).

En este sentido, existe una amplia jurisprudencia de las Audiencias Provinciales relativas a la presentación la demanda cuando ya había caducado el plazo y, especialmente en dos supuestos concretos: (a) en las demandas de despido (SSAP de Madrid de 23 de abril de 2004 y de 16 de mayo de 2000 y de Barcelona de 20 de enero de 2004) y en las acciones extracontractuales (SSAP de Badajoz de 8 de marzo de 2004, de León de 17 de octubre de 2002, de Barcelona de 6 de septiembre de 2001, de Valencia de 6 de abril de 2000 y de 16 de julio de 2001 y de Toledo de 7 de junio de 2000)²⁴.

5.4.3. Supuesto de solicitud fuera de plazo de la prestación del Fondo de Garantía Salarial.

En relación con el anterior supuesto, son frecuentes los casos en los que el abogado efectúa fuera de plazo la reclamación ante el Fondo de Garantía Salarial de los salarios e indemnizaciones debidos al cliente. En este sentido, las SSTS de 28 de enero y de 3 de octubre de 1998 declaran la responsabilidad del abogado que deja transcurrir el plazo de un año en la reclamación desde el momento en que pudo legalmente actuar. Entre las SSAP, véanse las de Toledo de 5 de marzo de 2003 y de Madrid de 6 octubre y 25 de junio de 2003, y de 22 octubre 2002 (esta última no admite el entender que, en estos casos, la relación contractual hubiera quedado extinguida con la notificación del auto de insolvencia).

²⁴ En este sentido, la SAP de Barcelona de 6 de septiembre de 2001 señala que “estamos ante una clara imputación objetiva, en el sentido de que el abogado causó daño a la actora, con su actuación profesional, consistente en no interrumpir la prescripción o presentar demanda declarativa en reclamación de daños y perjuicios, y a esta imputación hay que sumar la subjetiva a título de culpa, ya que cuando se produce un incumplimiento de la obligación, se presume que ha sido por culpa del deudor, siendo éste el que debe demostrar que ha sido sin su culpa o bien debido a caso fortuito o fuerza mayor, lo que no ha intentado ni siquiera alegado, por lo que el demandado, cuya relación contractual queda acreditada de los hechos declarados probados y no por simples presunciones, viene obligado a reparar el daño causado”.

6. Concurrencia de culpas y exoneración de la responsabilidad.

Cuando, unido a la falta de diligencia del abogado, las pruebas revelen que otras conductas negligentes han concurrido a la causación del daño, podrá apreciarse una concurrencia de culpas. Esta excepción, oponible por el abogado a la reclamación del cliente, entraña una distribución de responsabilidades, que conlleva una rebaja de la cuantía indemnizatoria, en aplicación del artículo 1103 del Código Civil, cuando ambas conductas, la del abogado y la del cliente (o la de un tercero), sean concurrentes y desencadenantes del resultado dañoso.

Por lo tanto, en el supuesto de que resulte probado que una de las conductas no intervino causalmente en el resultado, esa parte quedará exenta de responsabilidad. En este sentido, las Audiencias rechazan que se impute al cliente culpa o negligencia por: (a) el incumplimiento de su obligación de provisión de fondos “pues ello en ningún caso puede justificar la dejación y abandono de la defensa de los intereses encomendados” (SAP de León de 17 de octubre de 2002); o (b) por la tardanza en el otorgamiento de poderes para personarse en las diligencias (SAP de Valencia de 6 de abril de 2000), salvo que el abogado acredite los requerimientos efectuados a su cliente (STS de 2 de diciembre de 2003) o la notificación del riesgo de prescripción de la acción e, incluso, la renuncia a la defensa debido a la escasa colaboración del cliente (SAP de Valencia de 6 de abril de 2000). Respecto a la desidia o desinterés del cliente, atendiendo al supuesto concreto se admitirá (SAP de Madrid de 6 de abril de 2004) o no la exoneración de responsabilidad del abogado (SAP de Madrid de 22 octubre 2002);

Respecto a la exoneración de responsabilidad del abogado, se considera que queda exonerado si sigue las instrucciones de su cliente²⁵. Sin embargo, esta postura se contrapone con el artículo 2.2 del Código Deontológico que dispone la independencia del abogado, lo que “le permite rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia”.

²⁵ Véase, [MULLERAT BALMAÑA](#), «La Responsabilidad civil del abogado», *op. cit.*, p. 11 (con cita de la STS de 4 de febrero de 1992).

7. Valoración de los daños e indemnización.

El artículo 1101 dispone que quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados “los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier formas contravinieren al tenor de aquella”.

La reparación del daño ocasionado al cliente como respuesta a esta actuación negligente del abogado precisa valorar tales daños. El debate surgido en torno a los artículos 1106 y 1107 del CC²⁶, que plantea dos soluciones relativas a si la indemnización ha de ser o no igual a la suma que podría haberse reclamado y que no se obtuvo por la negligencia del profesional jurídico, mantiene enfrentadas a las siguientes dos posturas²⁷.

7.1. Una posición resarcitoria.

Esta postura sostiene que el abogado debe resarcir al cliente por la totalidad de la prestación malograda con su negligente actuación, abonándole aquello que hubiera obtenido o aquello desprendido de su patrimonio. Esta posición se apoya en que el lucro cesante debe ser

²⁶ El artículo 1106 dispone: *La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.* El artículo 1107 establece: *Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.*

²⁷ SERRA RODRÍGUEZ, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, op. cit., pp.307-318; MARTÍNEZ-CALCERRADA, «Responsabilidad civil del abogado», op. cit., pp. 2046 y ss; MULLERAT BALMAÑA, «La Responsabilidad civil del abogado», op. cit., p. 11-14. Debe tenerse presente que no incurre en incongruencia procesal la sentencia que condene a indemnizar el daño moral (acude al criterio reparador) “cuando en la demanda única y exclusivamente se hubiera solicitado la condena indemnizatoria en base al criterio resarcitorio (sin referencia alguna al daño moral y al criterio reparador), por entenderse que ello no constituye un cambio de la causa de pedir” (STS de 11 de noviembre de 1997, referida a un procurador). Véase el análisis de GARCÍA VARELA, «La apreciación del daño moral en el acto negligente del procurador», *La Ley*, vol. 2, pp. 1982-1983; y el de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Responsabilidad de abogados y procuradores (Comentario a la STS de 11 noviembre 1997)», *Aranzadi Civil* Vol. III, 1997, pp. 20-21.

indemnizado, en virtud del artículo 1106 del Cc. En este sentido, la STS de 16 de diciembre de 1996 fija la indemnización examinando las posibilidades que hubiera tenido de prosperar la acción (si hubiera sido temporáneamente ejercitada), la cuantía litigiosa y la causa de que la demanda no llegase a ser examinada en cuanto al fondo del asunto. En esta línea, la STS de 28 de enero y 3 de octubre de 1998 obliga al abogado a indemnizar a su cliente el *petitum* del pleito perdido, dada la justificada certeza sobre el resultado positivo de las reclamaciones frustradas por la negligencia del abogado²⁸. Del mismo modo, la SAP de León de 17 de octubre de 2002 fija la suma indemnizable sobre la base de las cantidades que los perjudicados podrían haber obtenido de haberse ejercitado temporáneamente las acciones pertinentes, “pues las probabilidades de éxito de la misma es evidente desde el momento en que el fallecido es un tercero ajeno a la mecánica siniestra) (ocupante de un vehículo) y que la responsabilidad del conductor del vehículo en que viajaba (también fallecido) se presenta nítida, no cuestionándose tampoco la existencia y vigencia de cobertura del seguro que amparaba la circulación del turismo”.

7.2. *Una posición reparadora.*

Este criterio indemniza únicamente el daño emergente (gastos ocasionados) y el daño moral o daño derivado de la pérdida de oportunidades, como señala la STS 8 de febrero de 2000, sufridos por el cliente al verse privado de su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 del texto constitucional, y generarle indefensión, al no ser posible establecer de manera anticipada el éxito o resultado de la pretensión, extremo “que resulta totalmente imposible saber sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas”. En esta línea, véanse las SSTS de 4 de febrero y de 23 de diciembre de 1992, 16 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997, 25 de junio y 3 de octubre de 1998, 26 de enero de 1999, 3 de mayo de 2001 y

²⁸ Véase el análisis de las SSTS de 28 de enero y de 3 de octubre de 1998 de GARCÍA VARELA, en «La responsabilidad civil de los abogados», *La Ley*, vol. 3, 1998, pp. 1527-1528; y «La conducta desidiosa del abogado y la responsabilidad civil», *La Ley*, vol. 6, 1998, pp. 2265-2267, respectivamente; y de YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la Sentencia de 28 de enero de 1998», *CCJC*, abril-agosto, 1998, pp. 673-688. Así como la crítica efectuada por ALBANÉS MEMBRILLO, en «La responsabilidad civil del abogado: quantum indemnizatorio», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 26 de febrero de 1998, pp. 2 y ss.

30 de diciembre de 2002)²⁹. Doctrina que es recogida por las SSAP de Granada de 16 de febrero de 2004 y 16 de marzo de 2002, de La Rioja de 13 de marzo de 2003, de Madrid de 12 de marzo de 2002 o de Asturias de 17 de julio de 2001.

Este último criterio, plantea la dificultad de la cuantificación de la indemnización, ya que, por ejemplo, mientras que la SAP de Guipúzcoa de 12 de septiembre de 1994 concede una indemnización por el doble de la minuta que hubiera correspondido al letrado, la STS de 29 mayo de 2003 y la SAP de Madrid de 22 de octubre de 2002 valora el daño en doce mil euros.

7.3. Postura crítica.

Entiendo que resultan desacertadas ambas alternativas, tanto la reparación íntegra como la indemnización únicamente del daño moral. Defender a ultranza el criterio resarcitorio entrañaría un enorme riesgo para la profesión de la abogacía, ya que abriría una vía para reclamar judicialmente al abogado, siempre que no se hubiera logrado la satisfacción de su pretensión. Sin embargo, tampoco sería justo defender una postura por la que el abogado negligente respondiera únicamente por el daño moral (que algunas resoluciones cuantifican de manera reducida, por ejemplo, en el doble de su minuta), alegando la incapacidad de fijar una correcta compensación por los daños y perjuicios reales causados por el actuar negligente del letrado (postura ésta que, analógicamente, nunca sería defendible en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones de los profesionales sanitarios).

Nos encontramos en definitiva ante un problema de causalidad entre la conducta del letrado y la realidad del daño. Al encontrarse sometido el abogado a una responsabilidad por culpa, no es posible hacer recaer sobre este profesional toda la responsabilidad cuando en el resultado dañoso interfieren otras causas. En tal caso, habrá que moderar su responsabilidad en consonancia con las condiciones y circunstancias de su actuación y las probabilidades de éxito de la reclamación frustrada. Para ello, habrá que realizar un estudio sobre su omisión, qué consecuencias ocasionó y qué

²⁹ En este sentido, la jurisprudencia recuerda que incumbe al Tribunal de instancia la apreciación de los presupuestos fácticos del cumplimiento o incumplimiento contractual (SSTS de 24 de noviembre de 1998, 17 de marzo de 1999 y 22 de julio de 2000).

posibilidades denegó a su cliente. Es necesario, por tanto, *resolver* estas cuestiones para poder determinar el daño indemnizable; sin olvidar que en los supuestos en los que se atribuye a la actuación del abogado la falta de éxito judicial debe presumirse la diligencia del abogado, pues, de otro modo (paradójicamente) tendría que probar la desestimación de la reclamación o pretensión, contando además con una barrera: su obligación de guardar el secreto profesional “de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”, incluyendo las confidencias y propuestas del cliente (artículo 32 del Estatuto de la Abogacía y el 5 de su Código Deontológico).

8. Bibliografía.

ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio; «La responsabilidad civil del abogado: quantum indemnizatorio», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 26 de febrero de 1998.

ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de; *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993.

- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1995.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; «Responsabilidad de abogados y procuradores (Comentario a la STS de 11 noviembre 1997)», *Aranzadi Civil* Vol. III, 1997, pp. 20-21.

GARCÍA VARELA, Román; «La responsabilidad civil de los abogados», *La Ley*, vol. 3, 1998.

- «La conducta desidiosa del abogado y la responsabilidad civil», *La Ley*, vol. 6, 1998.
- «La apreciación del daño moral en el acto negligente del procurador», *La Ley*, vol. 2.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis; *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1996.

- «Responsabilidad civil del abogado», *La Ley*, vol. 6, 1998.
- «Negligencia profesional del abogado que deja prescribir la acción», *CCJC*, abril-agosto, 1998.
- «Especial estudio de la denominada Lex artis ad hoc en la función médica», *Actualidad Civil*, núm. 542, 1986.

[MULLERAT BALMAÑA, Ramón: «La Responsabilidad civil del abogado», *La Toga*, ICAS, abril 2002.](#)

SERRA RODRÍGUEZ, Adela; [*La Responsabilidad Civil del Abogado*](#), Aranzadi, Madrid, 2000.

- «Responsabilidad civil del abogado (Comentario a la STS 28 enero 1998)», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 1, 1998.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; «Comentario a la Sentencia de 28 de enero de 1998», *CCJC*, abril-agosto, 1998.