

RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL DEL ABOGADO: RETRASO EN LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE CONCURSO VOLUNTARIO

José Ignacio Atienza López

Secretario del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

EXTRACTO

En el encargo al abogado por su cliente se está en presencia de un arrendamiento de servicios, de forma que el abogado 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. 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 pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, pero pueden estimarse como imprescindibles: informar de «pros y contras», riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costes, 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. Imposibilidad de dar explicación razonable en términos de prueba al retraso en casi dos años de ejecutar el encargo de presentar la solicitud de concurso, provocando la acción sancionadora de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Palabras claves: responsabilidad civil contractual profesional, abogado, *lex artis* y retraso culpable.

Fecha de entrada: 18-05-2016 / Fecha de aceptación: 26-05-2016

ENUNCIADO

Los tres administradores solidarios de una empresa textil, siendo conscientes del estado de insolvencia de la empresa, contratan en enero de 2012 los servicios de un abogado con objeto de que en el plazo legal presente la solicitud de concurso voluntario, evitando así los problemas que pueden derivarse de tal incumplimiento legal a la hora de comparecer en concurso. En febrero de 2012 acudieron los tres a un notario al objeto de otorgar poderes al abogado y a un procurador y se especificó en el poder que los poderes eran también para presentación de solicitud de concurso. La contratación de los servicios del abogado no se verificó en documento alguno.

Esta solicitud de concurso fue presentada el 10 de diciembre de 2013. Meses antes de esta fecha, ha sido incoado expediente por la Tesorería General de la Seguridad Social de derivación de responsabilidad por deudas contraídas por la empresa, frente a los administradores, al no haberse solicitado la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que se conoció o se debería de haber conocido el estado de insolvencia de la sociedad. La resolución adoptada en el expediente administrativo es firme y se está exigiendo la responsabilidad derivada por deudas contraídas con la Seguridad Social en cuantía de 50.000 euros.

Ante estos hechos, informemos sobre las posibilidades de exigencia de responsabilidad profesional del letrado en el retraso a la hora de cumplir con el plazo legal del artículo 5 de la Ley Concursal.

Cuestiones planteadas:

- La responsabilidad civil contractual del abogado.
- Valoración de prueba.
- Jurisprudencia en la materia.

SOLUCIÓN

Entendemos que los hechos que se han descrito son lo bastante evidentes a la hora de permitir accionar contra el abogado al resultar debidamente acreditado que la derivación de respon-

sabilidad a los administradores por deudas contraídas con la Tesorería General de la Seguridad Social es atribuible al abogado por no haber presentado la solicitud de concurso voluntario en el plazo establecido en el artículo 5 de la Ley Concursal, si los administradores de la sociedad conocieron, con razonable grado de certeza, la situación de insolvencia en la fecha en la que se confirió el encargo al abogado. Se abre expediente por la Tesorería General de la Seguridad Social de derivación de responsabilidad por deudas contraídas por la empresa, frente a los administradores, al no haberse solicitado la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que se conoció o se debería de haber conocido el estado de insolvencia de la sociedad. La resolución adoptada en el expediente administrativo es firme y se está exigiendo la responsabilidad derivada por deudas contraídas con la Seguridad Social en cuantía de 50.000 euros. Este tipo de expediente de Seguridad Social es una manifestación expresa de dejación a la hora de cumplir con la obligación legal en el ámbito de la insolvencia.

Y así resulta de la aplicación combinada de los siguientes preceptos legales: el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 367, bajo la rúbrica «Responsabilidad solidaria de los administradores», establece, por lo que ahora interesa, que «1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. 2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior».

Por su parte, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su artículo 5 («Deber de solicitar la declaración de concurso»), dispone que: «1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente».

Finalmente, el artículo 2 («Presupuestos objetivos») de la Ley Concursal, en su apartado 4.4º, significa que: «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

El otorgamiento de un poder para pleitos en el inicio del año 2012 en el que específicamente se concretaban facultades concursales resulta ser un indicio evidente de que los tres administradores eran conscientes de la situación de insolvencia en que se hallaba la empresa, habiendo quedado demostrado que, efectivamente, el abogado contratado por los administradores no presentó la solicitud de concurso voluntario en el plazo establecido en el artículo 5 de la Ley Concursal, conforme al encargo recibido, por causa que ha sido imputable a la parte actora. Ciertamente, no consta acreditación auténtica de la fecha exacta en la que le fue encomendado el encargo al abogado, pero sí existe aporte probatorio suficiente que permite aseverar, con las necesarias garantías, que el referido encargo se hizo en la fecha que sostienen los administradores, a quienes no se les puede exigir una prueba imposible si el contrato de arrendamientos de servicios profesionales no se documentó por escrito. Los administradores tenían un conocimiento fundado de la situación de insolvencia de la sociedad, pretendiendo –como resulta lógico– que se presente la solicitud de concurso voluntario.

En relación con la atribución de responsabilidad civil al abogado como consecuencia de su actuación profesional, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2003, con cita de las Sentencias del mismo Tribunal de fechas 23 de mayo de 2001 y 30 de diciembre de 2002, ha declarado que 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 en cuanto a los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del abogado, 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.

Por 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 medial en pos de 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, como no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la ley y del Derecho; por tanto y, ya en sede

de su responsabilidad, todo lo que suponga un apartamiento de las circunstancias que integran esa obligación o infracción de esos deberes, y partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como *prius* en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al abogado interviniente (sin que se dude de que, a tenor del principio general del artículo 1.214 en relación con el 1.183 del Código Civil, *a sensu* excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, 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) sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención.

Señala, asimismo, el Alto Tribunal 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 aquel 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 solo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador.

Por otro lado y, con cita de la Sentencia de 11 de noviembre de 1997, el Tribunal Supremo indica que ha de tenerse en cuenta que los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante, sino también los daños morales que directamente se deriven de aquel, siempre que unos u otros (o los dos) aparezcan debidamente probados. Efectivamente, el objeto de este contrato es la prestación de servicios y estos pueden ser predominantemente intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos los propios de las profesiones liberales, como la de abogado (Sentencias de 6 de octubre de 1989, 24 de junio de 1991 o 23 de octubre de 1992).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo resalta, asimismo, por un lado, que, tratándose en toda su complejidad negocial básicamente de una *locatio operarum*, la prestación de servicios por parte del abogado y el procurador con respecto a sus clientes, su contenido se integra en una obligación medial 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 irrogados por un procedimiento judicial trabado contra quien confió la defensa de sus intereses a susodichos profesionales, y, por otro, 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 solo 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 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 –Sentencias de fecha 11 de noviembre de 1997, 25 de junio de 1998 y de 29 de mayo de 2003–).

Sobre la cuantía de la indemnización, el Tribunal Supremo –con remisión a sus Sentencias de fecha 20 de mayo de 1996 y de 16 de diciembre del mismo año– significa que aún cuando la cuantía reclamada en concepto de daños y perjuicios derivados de culpa contractual por la pérdida de un pleito por negligencia de un letrado o procurador no puede corresponderse con la cuantía que se hubiera podido obtener en caso de que la acción se hubiere ejercitado en tiempo, pues ello es tarea imposible, puede razonarse sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, fijando a tal efecto la indemnización procedente, aludiendo asimismo y en este sentido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Sentencias de 8 de abril de 1984 y de 12 de febrero de 1985). En orden a la indemnización derivada del hecho causante de los daños y perjuicios, el Alto Tribunal acoge la doctrina ya decantada de que –sin que, por otro lado, pueda revisar el juicio firme de prescripción de la acción dictado por la sentencia firme– ese óbice procesal impidió a los interesados (o los privó de su legítimo derecho) acudir a los tribunales o, más bien, que estos dieron cabal respuesta a su pretensión indemnizatoria y ello integra el componente del daño moral, añadiendo (Sentencias de 25 de junio de 1998, 14 de mayo de 1999, 30 de diciembre de 2002 y de 8 de abril de 2003) que parece más indicado tener en cuenta lo que la doctrina denomina «pérdida de oportunidad» que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quién por la impericia o la falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos, de modo que (Sentencia de 29 de mayo de 2003) el juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para este ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido, como expresión de la llamada «pérdida de oportunidad». Este criterio se recoge, igualmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2004 al señalar –con cita de la Sentencia del mismo tribunal de fecha 8 de abril de 2002– que, en casos como el presente más que tratar de determinar cuál podría haber sido el desenlace de la contienda judicial si el abogado demandado no se hubiese retrasado en la interposición de la demanda, parece aconsejable tener en cuenta la llamada «pérdida de la oportunidad» que se ha ocasionado al interesado, al habersele impedido, por la falta de diligencia del letrado, acceder a los tribunales en las condiciones precisas para demandar ante los mismos la tutela de sus intereses.

Igualmente, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1.^a), en Sentencia número 283/2014, de 20 mayo, ha establecido, en términos literales, que: «Como recuerda la jurisprudencia (entre las más recientes, STS de 5 de junio de 2013, rec. n.º 301/2010, y las que en ella se citan), la relación contractual 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.

El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado

con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual. (...) Con relación a estas obligaciones del abogado, también declara la jurisprudencia (STS de 22 de abril de 2013, rec. n.º 2040/2009) que el deber de defensa judicial debe ceñirse 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. 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. 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 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 (STS de 14 de julio de 2005).

La jurisprudencia también ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, rec. n.º 971/1999, y 21 de junio de 2007, rec. n.º 4486/2000). 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 30 de marzo de 2006, rec. n.º 2001/1999, y 26 de febrero de 2007, rec. n.º 715/2000, entre otras). Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido –siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia 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 de la actuación judicial no susceptible de ser corregida por medios procesales– una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte, suficiente para ser configurada como un daño que deba ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1.101 del CC (STS de 23 de julio de 2008, rec. n.º 98/2002)».

Finalmente, el Alto Tribunal (Sala de lo Civil, sección 1.ª), en Sentencia 728/2007, de 21 de junio, también en términos literales, ha significado que: «En efecto, abordando el estudio del mismo, en el que la parte recurrente discute, en síntesis, la falta de los presupuestos precisos para el éxito de la acción de responsabilidad entablada, consistentes en el incumplimiento culpable del demandado de sus deberes profesionales y en la existencia y prueba del daño indemnizable, se debe partir de los hechos que, tanto la sentencia de primera instancia, como la de apelación – que recoge expresamente los de la de primer grado– consideran acreditados, tal y como han sido transcritos en el precedente fundamento de derecho primero de esta resolución, y que evidencian la falta de diligencia del demandado en el desempeño de su actuación profesional, y, en definiti-

va, la falta de cumplimiento de las obligaciones –aun entendidas como de medios, estrictamente– exigibles en el marco de los deberes profesionales, por un lado, y el daño ocasionado a resultas de ella, consistente en el quebranto económico sufrido como consecuencia de su falta de diligencia, por otro lado; de manera que, con independencia de lo que seguidamente se dirá al examinar los restantes motivos del recurso, debe rechazarse, como ya se ha dicho, sin paliativos este primer motivo de impugnación, pues la denuncia casacional se erige eludiendo el substrato fáctico consignado en las resoluciones de instancia sin haber logrado desvirtuarlo previamente, incurriendo, por ello, en el defecto de razonamiento consistente en la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, que debe ser rechazado de plano, como también el alegato impugnatorio que se construye incurriendo en tal vicio argumentativo».

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, arts. 1.101, 1.183 y 1.214.
- Ley 22/2003 (Concursal), art. 2.4, 5.
- Real Decreto Legislativo 1/2010 (Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), art. 367.
- SSTs de 14 de julio de 2005, 21 de junio de 2007 y 23 de julio de 2008.