



Abogacía y responsabilidad civil profesional: prosperabilidad en la práctica de las demandas reclamando indemnización

María Victoria Álvarez Buján

Abogada. ICA de Ourense

Doctora en Derecho

victoriaalvarezbujan@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Icíar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

El principal propósito de este trabajo estriba en proporcionar una visión global e ilustrativa de los elementos que, con arreglo a la doctrina y jurisprudencia de aplicación en la materia, conforman la responsabilidad civil de los profesionales de la abogacía, analizando por extensión los aspectos que necesariamente debe incluir toda demanda en la que se reclame una indemnización con motivo de la actuación errónea o negligente de un letrado, para que la misma pueda llegar a ser estimada. Pero este último punto no será el único abordado desde un enfoque práctico, dado que, al mismo tiempo, se aprovechará la ocasión para tratar de proporcionar, a partir de hipótesis concretas que constituyen supuestos de responsabilidad profesional, algunas claves de actuación a la hora de asumir y llevar a cabo la dirección letrada de asuntos, con la finalidad de evitar el problema de incurrir en negligencias. Asimismo, se facilitarán ciertos consejos y aclaraciones de interés sobre cómo reaccionar en la praxis ante la eventual comisión de una negligencia y, más en singular, frente a la interposición de una demanda en la que un cliente solicite una indemnización en tal sentido, tomando en consideración, además, la existencia y papel que juega el seguro de responsabilidad civil en este contexto.

Palabras clave: abogacía; negligencia; error; responsabilidad civil; indemnización.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Álvarez Buján, M. V. (2021). Abogacía y responsabilidad civil profesional: prosperabilidad en la práctica de las demandas reclamando indemnización. *Revista CEFLegal*, 242, 5-38.



Legal profession and civil responsibility: prosperity in the practice of lawsuits claiming compensation

María Victoria Álvarez Buján

Abstract

The main purpose of this study is to provide a global and illustrative vision of the elements that, according to the doctrine and jurisprudence of application in the matter, make up the civil liability of legal professionals, analyzing by extension the aspects that must be included in any demand in which compensation is claimed due to the erroneous or negligent action of a lawyer, so that it can be estimated. But this last point will not be the only one examined from a practical point of view, given that, at the same time, will be offered, based on concrete hypotheses that constitute assumptions of professional responsibility, some keys in order to assume and carry out the legal direction of issues, with the purpose of avoiding the problem of committing negligence or mistakes. Besides, certain advices and clarifications of interest will be provided on how to react in practice before the eventual commission of negligence and, more specifically, against the filing of a lawsuit in which a client requests compensation in such meaning, taking into consideration, in addition, the existence and role that civil responsibility insurance plays in this context.

Keywords: legal profession; negligence; error; civil responsibility; compensation.

Citation: Álvarez Buján, M. V. (2021). Abogacía y responsabilidad civil profesional: prosperabilidad en la práctica de las demandas reclamando indemnización. *Revista CEFLegal*, 242, 5-38.



Sumario

1. Consideraciones introductorias
 2. Requisitos y pautas para determinar la existencia de responsabilidad civil profesional: falta de diligencia/negligencia, obligación de medios y teoría de la pérdida de oportunidad
 3. Hipótesis de responsabilidad civil profesional en la praxis: algunas particularidades
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Consideraciones introductorias

Como punto de partida de este trabajo no podemos hacer otra cosa que no sea ofrecer una definición del instituto de la responsabilidad en el ámbito del derecho civil que nos permita comprender su sentido y finalidad, y, a tal efecto, hemos optado por hacernos eco, entre otros, de Martínez-Calcerrada (1996, p. 20), autor que explicita que:

La responsabilidad implica el sometimiento a la reacción jurídica frente al daño. La finalidad de esa reacción, que equivale a la represión del daño, se logra por el derecho transfiriendo el peso del daño a sujeto distinto del perjudicado; este otro sujeto está obligado a soportar la reacción jurídica, independientemente de su voluntad.

En suma, y siguiendo, entre otros, a Cornet (2000, pp. 63-64), los presupuestos de la responsabilidad civil se pueden sintetizar básicamente en cuatro:

- a) La existencia de una conducta antijurídica, lo que significa que es preciso que se haya efectuado una acción ilícita o que suponga un incumplimiento de alguna norma del ordenamiento jurídico.
- b) La producción de un daño (material, personal, moral, etc.). Si no se sufre un daño o perjuicio, no cabrá ejercitar ninguna acción de responsabilidad civil.
- c) La concurrencia del nexo de causalidad, puesto que para poder exigir responsabilidad a una concreta persona es necesario que entre su acto/conducta y el daño provocado medie una relación de causa-efecto.
- d) La verificación de un factor de atribución, que puede ser subjetivo (dolo o culpa) u objetivo (la teoría del riesgo, la equidad, la garantía o la solidaridad social en relación con supuestos de derecho del trabajo), y supone el fundamento que justifica la obligación o deber de reparar¹.

¹ Esa reparación, a los efectos que nos conciernen en el presente trabajo, se materializará en una indemnización. En este sentido, como bien precisa Ortega Piana (2011, p. 59), la responsabilidad civil

implica finalmente asignar a determinada persona la asunción de un pago indemnizatorio como consecuencia de un daño o perjuicio generado, sea en el ámbito contractual o extracontractual, demanda con relación a dicha persona que se cumpla lo que bien puede denominarse como elementos o presupuestos constitutivos, siendo que la ausencia de uno solo de ellos es más que suficiente para que no se genere finalmente la referida obligación legal (heterónoma) de indemnizar.

Las anteriores matizaciones se encuentran plenamente relacionadas con la abogacía y la responsabilidad en el ejercicio de esta profesión, por cuanto al proceder al desempeño de la misma es claro que los abogados pueden cometer errores o negligencias que causen perjuicios a sus clientes y, en consecuencia, deriven en responsabilidad civil. Habida cuenta de tal potencial situación, el artículo 9 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales, dispone en su primer apartado que «los y las profesionales con titulación tienen el deber de cubrir mediante un seguro o garantía equivalente los riesgos de responsabilidad en que puedan incurrir a causa del ejercicio de su profesión»². Y a continuación, en su apartado segundo, añade que «en el supuesto de profesiones colegiadas, los colegios profesionales deben adoptar las medidas necesarias para promover y facilitar el cumplimiento del deber de seguro de sus colegiados en forma suficiente»³.

Asimismo, Cornet (2000, p. 64), haciéndose eco de Trigo Represas, afirma que:

La responsabilidad profesional es aquella en la que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión, al faltar a los deberes específicos que ella impone; o sea, que tal responsabilidad deriva de una infracción típica de ciertos deberes

² Monterroso Casado y Escudero Herrera (2018, p. 204) precisan que

el seguro de responsabilidad civil proporciona una cobertura a la obligación que tiene una persona de reparar los daños y perjuicios causados a un tercero como consecuencia de una acción u omisión por la que deba responder. En cada póliza de seguro encontramos la extensión y los límites de los riesgos cubiertos.

³ Así, lo habitual en la práctica es que desde los colegios profesionales y, más en particular, por ser aquellos de concreto interés en atención a la temática de nuestro trabajo, por parte de los colegios de abogados se negocien las condiciones de las pólizas colectivas de responsabilidad civil con compañías o corredurías de seguros, para tratar de conseguir una mejores y más amplias coberturas con primas asequibles y, en su caso, franquicias más reducidas para sus colegiados. De esta forma se persigue la obtención de ventajas en la contratación del seguro (especialmente, en relación coberturas-precio), para lograr mejoras respecto de las condiciones que incluirían las pólizas de responsabilidad civil que individualmente (al margen de los colegios profesionales) puedan negociar los abogados por su cuenta. También es frecuente que las asociaciones de jóvenes abogados negocien, en similares términos, la contratación de pólizas colectivas de responsabilidad civil profesional al objeto de que sus miembros puedan decidir qué póliza les conviene o interesa más: la suscrita por el colegio de abogados, la concertada por la asociación o alguna otra que concierten a título individual (siendo esta opción la menos usual en la práctica, debido al coste que supone).

Resulta de interés reseñar que

el seguro de responsabilidad civil profesional del abogado nace ante el aumento en los últimos tiempos de las reclamaciones de los clientes a los Letrados, y ello dentro de una dinámica general que comenzó afectando a profesionales liberales como médicos, ingenieros, etc. llegando plenamente al colectivo de la Abogacía con posterioridad (González Ferrer, 2005, p. 55).

Además, como matiza Alonso Soto (2000, p. 195), el seguro de responsabilidad civil en general es un seguro moderno, ya que no surgió en su concepción actual hasta el primer tercio del siglo XIX.

propios de esa determinada actividad, ya que todo individuo que practique una profesión debe poseer los conocimientos teórico-prácticos de la misma, y obrar con la diligencia y la previsión necesarias ajustándose a las reglas y los métodos que corresponden.

Con certeza, la relación existente entre el abogado y su cliente, al no existir una figura expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico a tal fin, se incluye dentro del arrendamiento de servicios (Reglero Campos, 2007, pp. 790-791)⁴, siendo por tanto aplicable el régimen previsto en el Código Civil para la responsabilidad contractual en los supuestos en que se causen daños y perjuicios en el desempeño del encargo profesional⁵. En este contexto rige el plazo de prescripción de las obligaciones en general, esto es, 15 años (González Ferrer, 2005, p. 55). En consonancia, con tales ideas, como bien se precisa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 164/2015, de fecha 9 de junio de 2015, que se hace eco de la STS 283/2014, de 20 de mayo de 2014, rec. núm. 710/2010 (NCJ058520), no podemos perder de vista que

como recuerda la jurisprudencia (entre las más recientes, STS de 5 de junio de 2013, rec. núm. 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 mandato⁶.

Por otro lado, y si bien en el presente trabajo nos dedicaremos a abordar la responsabilidad de los profesionales de la abogacía a título individual (como profesionales liberales que trabajan por cuenta propia), no podemos obviar el hecho de que los abogados tam-

⁴ La STS 482/2006, de 23 de mayo, rec. núm. 3365/1999 (NCJ050028), afirmaba que

la calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones), de contrato de prestación de servicios, que define el art. 1.544 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 art. 1.258 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 (Sentencia de 28 de enero de 1998). Incumplimiento total o cumplimiento defectuoso que da lugar a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que en ellos traigan su causa.

⁵ Como recuerda Gaviria Londoño (2005, p. 29), «será civil contractual la obligación de asumir las consecuencias derivadas del hecho, acto o conducta que implica la violación de un deber regulado por la autonomía de las personas».

⁶ *Vid.* también SSTS 374/2013, de 5 de junio, rec. núm. 301/2010; 633/2005, de 14 de julio, rec. núm. 971/1999 (NCJ044746); 293/2006, 30 de marzo, rec. núm. 2001/1999; 186/2007, de 26 de febrero, rec. núm. 715/2000 (NCJ048250); 387/2007, de 2 de marzo, rec. núm. 1689/2000; 729/2007, de 21 de junio, rec. núm. 4486/2000 (NCJ042109), y 1133/2007, de 18 de octubre, rec. núm. 4086/2000 (NCJ038968).

bién pueden constituir una sociedad⁷, a través de la que facturen, existiendo aquí dos entes independientes: el abogado y la entidad, de suerte que en el caso de que algún cliente considerase que un trabajo/encargo no se ha efectuado diligentemente, podría reclamar tanto al profesional de la abogacía como a la sociedad, y esto último, con singularidad en los supuestos en que para la sociedad trabajen, como empleados, es decir, contratados por cuenta ajena, otros abogados y sea alguno de estos quien haya cometido o podido cometer la negligencia o el error⁸.

Con todo, la responsabilidad ante una eventual negligencia, error o mala praxis no nace automáticamente, sino que es preciso e inexcusable que se cumplan determinados requisitos o presupuestos, respecto de los cuales la carga de la prueba recaerá en la parte demandante, esto es, aquella que reclame una indemnización derivada de los daños y perjuicios causados por una determinada actuación –o falta de actuación– en el ejercicio de la profesión de la abogacía. En síntesis, deberá acreditarse la falta de diligencia o la negligencia / error / mala praxis en la prestación de los servicios, la concurrencia de un nexo de causalidad entre dicha negligencia y el daño producido y la existencia, así como el alcance de dicho daño o perjuicio, cuestión esta última que se encuentra en plena sintonía con la justificación de la pérdida de oportunidad, concepto al que nos referiremos más adelante en este trabajo⁹. Así, si acudimos a la jurisprudencia dictada en lo que concierne al ámbito de estudio que aquí nos concierne, podemos señalar que, para que surja la responsabilidad, se exige la presencia de determinados presupuestos:

- a) El incumplimiento de un deber.
- b) La prueba de dicho incumplimiento.
- c) La producción de un daño efectivo consistente en la disminución de las posibilidades de defensa.

⁷ De hecho, es muy habitual, por las ventajas fiscales que ello implica, que cuando se supera un determinado importe de facturación (100.000 euros al año) se conformen sociedades profesionales (sobre todo en formato sociedad limitada profesional, SLP).

⁸ Debemos tener claro que aquí, según lo previsto en el artículo 11 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales:

1. De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

2. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.

3. Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que estas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social.

⁹ El cual, *mutatis mutandis*, también se aplica en lo que atañe a la responsabilidad médico-sanitaria.

- d) La existencia de un nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva, teniendo en cuenta que «el nexo de causalidad debe existir entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y solo se da si este último es imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado»¹⁰.
- e) La fijación de la indemnización equivalente al daño proporcional a la pérdida de oportunidades¹¹.

En síntesis, en el presente estudio abordaremos los elementos que legal, doctrinal y jurisprudencialmente se requieren para establecer que de un determinado supuesto práctico se deriva responsabilidad por la actuación profesional de un abogado y para que, consiguientemente, una demanda en la que se reclame una indemnización en ese sentido pueda prosperar y ser estimada. A tal fin, partiremos de la ineludible premisa de que la obligación de todo letrado es, con carácter general, de medios y no de resultados, sin obviar que la comisión de una negligencia *per se* no implica que se haya incurrido en responsabilidad y que, por ende, deba otorgarse automáticamente una indemnización al cliente, sino que debe determinarse, acreditarse y cuantificarse la pérdida de oportunidad efectiva y concreta que ese cliente ha sufrido producto de la negligencia en cuestión.

Asimismo, descendiendo a un plano de corte más práctico, donde consideramos que reside el especial interés o enjundia de este trabajo, haremos referencia a diferentes y concretos supuestos de negligencias profesionales que en el ámbito de actuación de la abogacía conllevan responsabilidad, distinguiéndolos de aquellos otros que no derivan en ninguna responsabilidad, pese a poder parecerlo en línea de principio. Asimismo, por su estrecha conexión profesional en la esfera de la praxis judicial con los letrados, aludiremos a las funciones y obligaciones propias de los procuradores, poniendo, con peculiaridad, el acento en discernir las concretas actuaciones que resultan exigibles a estos últimos y cuyo incumplimiento deriva también en responsabilidad profesional, con independencia de la intervención y actuación del abogado que haya asumido la dirección técnica/letrada del asunto en concreto. Y todo ello se realizará con el propósito de poder proporcionar ciertas directrices o pautas prácticas que posibiliten, por una parte, hacerse una mejor composición de lugar sobre los aspectos y obligaciones clave a tener en cuenta como elementos integrantes de la *lex artis* por la que han de regirse los abogados a la hora de llevar un asunto (particularmente en el ámbito judicial) y, por otra parte, conocer el modo en el que un profesional de la abogacía debe reaccionar y actuar en el supuesto de que haya cometido (o considere que haya podido cometer) alguna negligencia en el desempeño de su actividad letrada¹².

¹⁰ Vid. SAP de La Coruña, Sección núm. 5, núm. 149/2018, de 16 de mayo.

¹¹ Vid. entre otras, SSTS 283/2013, de 22 de abril, rec. núm. 2040/2009, y 283/2014, de 20 de mayo, rec. núm. 710/2010 (NCJ058520).

¹² La negligencia se produciría cuando el profesional omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, no haga aquello que debe o haga menos de lo que debiera. Pero la negligencia no es la única

2. Requisitos y pautas para determinar la existencia de responsabilidad civil profesional: falta de diligencia/negligencia, obligación de medios y teoría de la pérdida de oportunidad

Enlazando con las ideas avanzadas en los últimos párrafos del epígrafe introductorio y como primer aspecto que tratar indefectiblemente en este apartado, hemos de incidir en el hecho de que la obligación del letrado es, en líneas generales, al igual que la de un médico¹³, de medios y no de resultados¹⁴. Para ofrecer mayor exactitud, siguiendo las palabras de Reglero Campos (2007, p. 791) debemos explicitar que:

Existirá obligación de medios (y no de resultados) en los casos en los que el resultado final pretendido por el cliente no dependa de forma exclusiva de la voluntad del abogado, sino de un tercero (Juez, contraparte [v. la STS de 25 noviembre 1999 (NCJ047236)], etc.).

En cambio,

habrá obligación de resultados, cuando habiendo recibido y aceptado el encargo del cliente, la obtención de aquellos dependa de forma exclusiva de la voluntad del Abogado. Así sucede cuando lo que debe hacer el Abogado es redactar informes, dictámenes, otros documentos (contratos, estatutos,...), realizar otros actos jurídicos (constitución de sociedades,...), etc. Como señala la citada STS de 3 octubre 1998 (RJ 8587; FD 3.º), se trata de 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 dictamen¹⁵.

faceta de la culpa. Esta también se puede proyectar a través de la comisión de una imprudencia, es decir, cuando se actúa precipitadamente, sin prever las consecuencias que derivarán de esa conducta irreflexiva. Asimismo, la culpa puede manifestarse a través de una impericia, lo que implica que el profesional haya actuado con desconocimiento o desatención de las reglas y métodos pertinentes y propios de su profesión (Cornet, 2000, p. 65).

¹³ Salvo en lo que concierne a supuestos relativos a ciertas intervenciones y tratamientos de medicina estética y odontología, donde se puede entender que la obligación es de resultados, especialmente cuando se pacta o garantiza un concreto resultado. *Vid.* STS 583/2010, de 27 de septiembre, cuyo ponente fue José Antonio Seijas Quintana.

¹⁴ Cornet (2000, pp. 66-72) detalla pormenorizadamente la disimilitud entre obligación de medios y de resultados, haciendo particular mención a la naturaleza jurídica de la obligación de los abogados y el contenido de su prestación. También efectúa una interesante alusión a esta dicotomía Espinoza Espinoza (2000, pp. 557-558).

¹⁵ Como ya hemos dejado entrever en la nota a pie de página núm. 13, algo similar sucede en relación con la profesión de la medicina, donde con carácter general las obligaciones son de medios (léase un diagnóstico), pero existen determinadas obligaciones parciales de resultado, como la

Así las cosas, podemos aseverar que cuando el encargo efectuado por un cliente consiste en llevar/tramitar un asunto ante un órgano judicial, dependiendo la decisión final de un tercero, es decir, el órgano judicial, no se puede predicar, respecto de los profesionales de la abogacía, el deber de conseguir una estimación de las pretensiones ejercitadas o una resolución favorable para su cliente¹⁶, sino que esto último dependerá de la prueba y de la convicción del órgano juzgador acerca de las alegaciones y de la inferencia probatoria que realice.

En sintonía con lo anterior y con una intención aclaratoria amén de complementaria, debemos matizar que, como se ha venido estableciendo jurisprudencialmente,

el juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad 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

obligación del médico de información asistencial previa al consentimiento del paciente, que es de resultado, y que puede convertir la obligación general de medios también en una de resultado, mediante la asunción de los riesgos inherentes a la intervención que no hayan sido previamente informados (Arbesú González, 2015, p. 84).

Asimismo, debe aclararse que

dentro de este tipo de intervenciones en las que el médico responde por la consecución de un resultado, se han encasillado las actuaciones médicas de la cirugía estética, de la vasectomía y la ligadura de trompas y de la odontología y, secundariamente, de algunos aspectos de la ginecología, análisis clínicos y la oftalmología (Arbesú González, 2015, p. 83).

¹⁶ No obstante lo anterior, debe precisarse que

existen casos en los que el actuar negligente del abogado causa un daño cierto al cliente que se concreta en la insatisfacción de un concreto interés estipulado en una determinada norma. Así ocurre, por ejemplo, cuando no se reclama, o se reclama de forma extemporánea, una indemnización a la que se tiene derecho (v. g., una prestación del FOGASA). En estos supuestos, el Supremo ha considerado que tal obligación del abogado no es de medios, sino de resultado, condenándole en consecuencia a abonar al cliente lo no percibido como consecuencia de no efectuar la reclamación (o de efectuarla tardíamente). Junto a ello, puede ocurrir también que la pretensión tenga un porcentaje de viabilidad del cien por cien. El caso aquí estudiado cuenta con la particularidad, a diferencia de otros resueltos por el Tribunal Supremo, de que existe una sentencia que concede una determinada indemnización a la que podrían haber accedido los demandantes de no ser por la negligencia del abogado. Es decir, la solución resulta más sencilla porque no hay que hacer una valoración de las posibilidades de éxito de la acción que se hubiera ejercitado, sino que existe ya una sentencia que tomar como base de comparación. Por tanto, el Supremo, concediendo idéntica cantidad, está entendiendo, en cierta manera, que no ejercitar la acción para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración constituye la frustración de la pretensión en sí misma, pues ha quedado patente su viabilidad atendiendo a las indemnizaciones concedidas a otros perjudicados (Chaparro Matamoros, 2014, p. 155).

(STS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 26 de febrero de 2007, entre otras)¹⁷.

En efecto, el cumplimiento de las obligaciones que nacen de un contrato ha de ajustarse a la diligencia media razonable exigible según su naturaleza y circunstancias. Si un abogado incumple las obligaciones contratadas con su cliente o las que derivan de su actividad profesional, nos situaremos ante un supuesto de responsabilidad contractual. Además, «el resultado dependerá no solo del correcto actuar del Letrado (*lex artis ad hoc*), sino también de la pericia de la parte contraria y en todo caso de la valoración judicial de las pretensiones de las partes» (González Ferrer, 2005, p. 55).

La jurisprudencia es meridiana cuando declara que el deber de defensa judicial debe ceñirse al cumplimiento de la *lex artis* (esto es, las reglas del oficio o reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particularidades y circunstancias del caso en cuestión¹⁸. Así, entre los principales y más destacables deberes de los profesionales de la abogacía pueden enumerarse, a título ejemplificativo, los siguientes, a los que hace mención la STS 633/2005, de 14 de julio (NCJ044746):

- Informar de la gravedad de la situación.
- Informar de la conveniencia o no de acudir a los tribunales y de los costes del proceso, así como 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.
- Aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos¹⁹.

Allende lo anterior y en relación con el deber de información, según la STS 293/2006, de 30 de marzo, rec. núm. 2001/1999, los profesionales de la abogacía deben «informar de «pros y contras», riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad del éxito o fracaso». Asimismo, declara la citada sentencia que el letrado debe actuar con «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»²⁰.

¹⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo, núm. 492/2018, de 18 de septiembre.

¹⁸ STS 283/2013, de 22 de abril, rec. núm. 2040/2009.

¹⁹ *Vid.* ibídem.

²⁰ También hace alusión a la responsabilidad por incumplimiento del deber de información y del deber de no revelar secretos confiados por el cliente Crespo Mora (2006, p. 262). No obstante, en relación con la vulneración del deber de guardar secreto, esta autora plasma una reflexión de interés al explicar que

En definitiva, la esencia o *busilis* para determinar si existe responsabilidad profesional del abogado radica en examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio (el cual debe ser probado), se ha ocasionado (siempre y cuando 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, que, según la jurisprudencia existente en la materia, ha de ser 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 1101 del CC (STS 719/2008, de 23 de julio, rec. núm. 98/2002 [NCJ047556]). Esa disminución de posibilidades se identifica, entre otros extremos, con la denominada teoría de la pérdida de oportunidad (Martí Martí, 2012, pp. 25-30).

Al hilo de lo precedente, debe hacerse una disquisición acudiendo a la STS 739/2013, de 19 de noviembre, la cual recuerda que la doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo (SSTS 123/2011, de 9 de marzo, rec. núm. 1021/2007 [NCJ055272]; 628/2011, de 27 de septiembre, rec. núm. 1568/2008 [NCJ056206]; 772/2011, 27 de octubre, rec. núm. 1423/2008 [NCJ055817], y 437/2012, de 28 de junio, rec. núm. 546/2009 [NCJ057451]) que:

Quando 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.

Y a renglón seguido, la citada STS 739/2013, de 19 de noviembre, precisa que justamente

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

pese a que la obligación de no revelar el secreto del cliente es uno de los deberes profesionales de más antigua tradición en nuestro ordenamiento jurídico (de hecho, pueden encontrarse vestigios del mismo incluso en el Digesto), y a pesar de que en la actualidad el secreto profesional disfruta de un amplio desarrollo legislativo, hasta la fecha nuestro Tribunal Supremo no se ha interesado por él. La razón que explica la ausencia de sentencias en este ámbito es, de nuevo, que el letrado frecuentemente infringe este deber sin que el cliente tenga conocimiento de ello y, en consecuencia, sin que llegue a interponer la correspondiente reclamación de responsabilidad civil contra el mismo (pp. 269-270).

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 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 (SSTS de 20 de mayo de 1996, rec. núm. 3091/1992, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2008, rec. núm. 110/2002, 23 de julio de 2008, rec. núm. 98/2002 [NCJ047556], 23 de octubre de 2008, rec. núm. 1687/03, y 12 de mayo de 2009, rec. núm. 1141/2004 [NCJ050070]).

En el orden de composición que nos atañe resulta, asimismo, reseñable como, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 198/2016, de 24 de mayo, a la vista de la jurisprudencia existente en esta materia, y cuyos términos de mayor relevancia ya hemos citado *ut supra*, que afirma que para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad debe urdirse 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, 30 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). En efecto «el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no haya una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado».

Consecuentemente, y en atención a lo ya declarado en la STS 801/2006, de 27 de julio, rec. núm. 4466/1999 (NCJ047141) o en la STS 157/2008, de 28 de febrero, rec. núm. 110/2001 (NCJ045926),

la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales²¹.

De modo complementario a lo anterior, De Cuevillas Matozzi (2005, p. 18) detalla, tomando también como referente la doctrina jurisprudencial y con adecuado criterio, en qué

²¹ *Vid.* también aquí STS 303/2009, de 12 de mayo, rec. núm. 1141/2004 (NCJ050070).

consiste la teoría de la pérdida de oportunidad como mecanismo para cubrir el daño mora²². Así, puntualiza que esta teoría

prevé la indemnización de la chance misma y no de la ganancia que era objeto de ella, es decir, que estamos ante una indemnización que se orienta a reparar el daño que se produce cuando el acto perjudicial ha frustrado la posibilidad –todavía no era una certidumbre– de obtener una cierta ventaja patrimonial o evitar una pérdida. La pérdida de la chance resulta así ser un daño actual, no hipotético, indemnizable porque implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que es frustrada. Es por ello que la chance puede ser valorada en sí misma, aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico que resulta frustrado por culpa del responsable. Aun cuando el resultado de la chance es siempre incierto, la chance y el perjuicio que se derivan de su frustración deben ser ciertos.

Además, el referido autor fija su mirada en la jurisprudencia italiana y, al amparo de la misma, colige que

es resarcible el daño derivado de la pérdida de una chance porque esta ya existe en el patrimonio del perjudicado y esta chance era idónea para producir, aunque solo probablemente y no con certeza absoluta, un determinado rédito.

En definitiva, para poder establecer que existe responsabilidad civil del profesional de la abogacía por la frustración en el ejercicio de una acción administrativa o judicial, es necesario que

el resultado dañoso se concrete, al menos, en una pérdida de oportunidades de buen éxito de la pretensión suficientemente justificada, lo cual exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas, ya que, siendo el daño derivado de dicha pérdida meramente hipotético, no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad de alcanzar un resultado favorable, debiéndose revelar la existencia del daño, atendidas las circunstancias, de forma patente e indiscutible (SSTS 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 27 de julio de 2006, 26 de febrero de 2007, 14 de julio de 2010 y 5 de junio de 2013)²³.

²² En efecto, tal y como explica De Cuevillas Matozzi (2005, p. 17)

hay sueños que son meras ilusiones, meros deseos, expectativas dejadas a la mano de Dios, cuyas posibilidades de realización no pueden ser previstas y que se encuentran más allá de lo jurídico. Sin embargo, existen otros sueños, otras ilusiones que podemos calcular, a los que llamamos probabilidades y que pueden ser objeto de consideración jurídica, en definitiva, el azar caprichoso, impredecible, por un lado, y el sueño calculable, objetivable, por otro.

A este último tipo de sueños o expectativas alude precisamente la teoría de la pérdida de oportunidad.

²³ *Vid.* SAP de La Coruña, Sección núm. 5, núm. 149/2018, de 16 de mayo.

Por su parte, y tratando de completar la idea anterior, hemos de reseñar que ya declaró la STS 296/2006, de 21 de marzo, rec. núm. 3752/1999 (NCJ050350), que

en supuestos de daños materiales, como son los aquí reclamados, esta Sala ha fijado el «quantum» indemnizatorio en lo dejado de percibir o que pudiera haberse obtenido, de no mediar la conducta negligente del Abogado o Procurador, así en sentencias, entre otras, de 17 de noviembre de 1995, 28 de enero y 3 de octubre de 1998, pero siempre cuando la existencia del daño, atendidas las circunstancias, se revelaba de forma patente e indiscutible.

Hasta aquí hemos ofrecido las principales pinceladas en lo que respecta al plano, más bien, teórico de lo que entraña y significa la teoría de la pérdida de oportunidad, en atención al criterio mantenido por la jurisprudencia en lo tocante a este concepto y a la materia relativa a la responsabilidad por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de la abogacía. En resumidas cuentas y, desde un punto de vista práctico, el *quid* tanto para colegir la existencia o no de una falta de diligencia o de una negligencia que implique responsabilidad como para determinar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, delimitando el alcance de la misma, reside en la prueba que se pueda proponer y practicar. Esta concepción obedece, fundamentalmente, a la circunstancia de que la responsabilidad de los profesionales de la abogacía en el ejercicio de su actividad como tal es subjetiva y de carácter contractual. En este sentido, la carga de la prueba de los elementos concernientes a la falta de diligencia en la prestación profesional, el nexo de causalidad con el daño producido y la existencia y alcance del mismo, corresponde a la parte que solicita la indemnización por incumplimiento contractual (STS 633/2005, de 14 de julio, rec. núm. 971/1999 (NCJ044746) y 729/2007, 21 de junio, rec. núm. 4486/2000 [NCJ042109])²⁴.

Expresado lo anterior en otras palabras, es la parte actora quien debe

probar la culpabilidad y los presupuestos de la responsabilidad del abogado, como es el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, el cual «ab initio» goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional, siendo al cliente que alega la negligencia del abogado al que le corresponde acreditar este incumplimiento contractual, que no puede ser presumido por el mero hecho de que la parte defendida por el letrado haya visto insatisfechas las expectativas en defensa de su interés o desestimadas las pretensiones formuladas en el juicio en el que este haya intervenido profesionalmente, ya que su éxito dependerá, al margen de una diligente conducta profesional, de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del Juzgador (SSTS 12 diciembre 2003, 14 de julio 2005, 23 marzo 2007, 23 julio 2008 y 14 julio 2010)²⁵.

²⁴ Vid. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo, núm. 492/2018, de 18 de septiembre.

²⁵ Vid. SAP de La Coruña, Sección núm. 5, núm. 149/2018, de 16 de mayo.

A mayores, en lo que respecta a la existencia de relación causal, podemos hacer referencia a la STS 293/2006, de 30 de marzo, rec. núm. 2001/1999 y poner aquí de relieve el hecho de que

cuando se acredita la producción de una negligencia profesional por incumplimiento de algunas de las obligaciones imputables al abogado, la apreciación del nexo de causalidad no se desenvuelve por lo general en un plano único de la causalidad física, cuya apreciación está reservada al tribunal de instancia como cuestión fáctica, sino 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 esta 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 relación jurídica y de la previsibilidad del daño con sujeción a reglas de experiencia, atendida la naturaleza de dicha función.

En definitiva, debe tener lugar una conjunción de factores, pues en la práctica no basta en modo alguno, al margen de lo que *a priori* podría pensarse, con que se haya producido un error o negligencia (o en su caso, una falta de diligencia) por parte del abogado, sino que es requisito *sine qua non* para poder determinar la existencia de responsabilidad y otorgar, en caso de que así proceda, una indemnización a favor del cliente que haya resultado perjudicado, la concurrencia acreditada de una pérdida de oportunidad, que además habrá de concretarse, delimitarse o moderarse, tarea esta que será en última instancia competencia del juez que conozca del asunto en cuestión.

La indemnización que se pueda reconocer ha de ser siempre equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades. En este sentido, no es preciso que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de las obligaciones del abogado. Empero, no podrá reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no se logre probar que la defectuosa actuación por parte del abogado disminuyó, por lo menos en un grado apreciable, las oportunidades de éxito de la acción. Y si efectivamente se verifica dicha disminución, podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

Por consiguiente, y llegados a este punto, podemos aseverar, a modo de conclusión/reflexión, que nos encontramos ante un tipo de responsabilidad civil por culpa y no de carácter objetivo²⁶, motivo por el cual

²⁶ «Se puede decir que el "dolo" y la "culpa" son la base de este tipo de responsabilidad, sin que pueda atribuirse a la actuación del letrado una responsabilidad por mero riesgo y así lo ha dicho T.S. que negó la responsabilidad objetiva» (Veiras Suárez y Villafáñez Gallego, 2006, p. 222).

las dudas u oscuridades sobre los hechos relevantes perjudicarían a la parte demandante al corresponderle pechar con la demostración plena de la actuación u omisión profesionalmente negligente, el daño y la relación de causalidad con el incumplimiento de los deberes profesionales. Una vez acreditado todo eso procedería entrar a valorar sobre el alcance de los perjuicios según las expectativas o posibilidad mayor o menor de la respuesta judicial frustrada (pérdida de oportunidades)²⁷.

Desde luego, una forma ilustrativa amén de didáctica de relacionar las cuestiones teóricas que afectan a nuestro concreto objeto de estudio, y que hemos sintetizado a lo largo de este epígrafe, es ver cómo se trasladarían las mismas a determinados supuestos de hecho, razonando sobre ello (a partir de una simbiosis entre pautas teóricas y supuestos prácticos) para poder colegir cuáles constituyen casos de responsabilidad profesional que den lugar al derecho a cobrar una indemnización, cuáles no y por qué. Acerca de estos extremos, entre otros de aquellos que hemos anunciado ya en la introducción, disertaremos en el siguiente apartado del presente trabajo.

3. Hipótesis de responsabilidad civil profesional en la praxis: algunas particularidades

En la práctica existen distintos supuestos que pueden originar responsabilidad derivada de la actuación profesional del abogado, destacando verbigracia las que menciona Salas Carceller (2007, pp. 421-424) y que explicamos someramente a continuación:

- a) No proponer en forma una prueba pericial, debiendo valorarse en este caso la pertinencia, necesidad, utilidad y relevancia de esta prueba a la hora de acreditar los hechos alegados, así como la imposibilidad de demostrar los mismos mediante otro medio de prueba que sí haya sido debidamente propuesto, admitido y practicado. Aquí, en suma, en caso de que se desestimase la demanda interpuesta, habría que razonar de forma argumentada y valorar debidamente si el motivo para dictar el fallo desestimatorio fue la falta de prueba de los hechos y si la forma (única e idónea en relación con el caso en concreto) de probar los mismos era precisamente por medio de una prueba pericial.
- b) Promover una acción una vez prescrita o caducada²⁸, puesto que dicho en sencillos términos, la acción ejercitada por medio de la demanda presentada estará abocada al fracaso de antemano, ya que la misma será desestimada por tales

²⁷ Vid. SAP de La Coruña, Sección núm. 5, núm. 149/2018, de 16 de mayo.

²⁸ Hemos de recordar aquí, con carácter incidental, que mientras la caducidad se aprecia de oficio, la prescripción solamente puede ser apreciada una vez que ha sido invocada a instancia de parte.

motivos, con una muy probable condena en costas ex artículo 394 de la LEC y sin que el juzgador entre siquiera a examinar el fondo del asunto. Tal situación, al margen de la imposibilidad de obtener la estimación de las pretensiones ejercitadas, conllevará una pérdida económica (los costes procesales) para ese cliente.

- c) No formular recurso de apelación y preparar fuera de plazo el recurso de casación, si bien en estos casos, al objeto de poder analizar si de tales negligencias debería dimanar responsabilidad y concederse alguna indemnización, habría que valorar y ponderar las posibilidades reales y efectivas de éxito de dichos recursos.
- d) Incurrir en falta de actuación, léanse los supuestos de no contestar a una demanda, no acudir a una audiencia previa o a un juicio o vista, no acometer un concreto encargo así pactado. etc.²⁹, sin perjuicio de que en estos casos tendremos que valorar y ponderar el daño efectivo que haya causado al cliente la ausencia de intervención o actuación por parte del abogado³⁰.
- e) Eludir el deber información³¹. Disponer de información es un derecho que asiste al cliente en primer término en su calidad de consumidor. Deontológicamente

²⁹ «En el supuesto contemplado por la STS de 3 de julio de 2001 se condena al abogado a indemnizar los daños causados a su cliente por no ingresar la cantidad que este último había puesto a su disposición para evitar la subasta de su vivienda que finalmente fue adjudicada a un tercero» (Salas Carceller, 2007, pp. 423-424).

³⁰ En palabras de Crespo Mora (2006, p. 261),

el comportamiento susceptible de generar responsabilidad puede producirse en momentos procesales diferentes. En primer lugar, en un elevado número de sentencias, el abogado incurre en responsabilidad civil por haber presentado la querrela una vez prescrito el delito o por haber interpuesto la acción fuera del plazo legal (*v. gr.*, la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, la presentación fuera de plazo de la demanda laboral, etc.). En segundo lugar, la inactividad procesal puede consistir en la falta de contestación a la demanda o, posteriormente, en la falta de asistencia o personación al acto del juicio. Una vez iniciado el juicio, el comportamiento negligente del letrado puede producirse durante la tramitación del mismo (por ejemplo, por no aportar un elemento probatorio determinante para el éxito de la acción o recurso interpuesto). Terminado el juicio, la actuación negligente del abogado puede provenir de la no formalización o presentación extemporánea de los recursos correspondientes, error que resulta más frecuente en las jurisdicciones civil y laboral, debido, principalmente, a la brevedad de los plazos que establecen sus respectivas legislaciones para interponer recursos.

³¹ Igualmente recuerda el citado autor que se consideró como un supuesto de responsabilidad profesional el hecho de no reclamar (mediante petición expresa) los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de contrato de seguro, cuando el recargo del 20 % no resultaba aplicable de oficio. *Vid.*, en tal sentido, STS 1231/2002, de 30 de diciembre, rec. núm. 1908/1997. Asimismo, dicho autor refiere como otros supuestos constitutivos de responsabilidad profesional el de no reclamar el lucro cesante, sobre la base de lo declarado en la STS 996/2005, de 14 de diciembre, rec. núm. 1690/1999 (NCJ045495), y el de no acreditar ante un Juzgado de lo Social la representación de los clientes que se había asumido, conforme a lo explicitado en la STS 482/2006, de 23 de mayo, rec. núm. 3365/1999 (NCJ050028), en la que se sostiene que la falta de diligencia consistente en no obtener los poderes notariales, que justificasen la representación asumida por el letrado en cuestión, en el tiempo procesal oportuno, fue lo que dio lugar al archivo declarado por

te, informar de manera integral al cliente de los pormenores de su asunto es un deber de todos los letrados y se refiere no solo al deber de dar la opinión sobre las pretensiones del cliente, sino la forma de ejercitarlas (extrajudicial o judicialmente) y las posibilidades de éxito, el importe de sus honorarios y los criterios de aplicación de los mismos³², la evolución del asunto encargado, dando cuenta de todas las novedades, particularmente relativas a trámites procesales y resoluciones de relevancia y recursos que se puedan interponer contra las mismas, así como posibilidades de alcanzar un arreglo amistoso o transacciones³³. Igualmente es obligación del abogado advertir al cliente de las posibilidades de solicitar el beneficio de asistencia jurídica gratuita ante la posibilidad de que, por los datos facilitados por este pudiera reunir los requisitos preceptivos a tal fin. Y todo ello, sin dejar de lado el deber de comunicar las situaciones que pudieran afectar a la independencia y buen hacer del abogado en cuestión, verbigracia, relaciones familiares, de trabajo o de amistad con la parte contraria que puedan suponer un conflicto de intereses³⁴. Asimismo deberá informarse al cliente de la necesidad de intervención de otro profesional (procurador, perito judicial, etc.) y el coste que ello puede suponer³⁵.

el Juzgado de lo Social. En este caso, se entendió que la actuación negligente del abogado privó a sus clientes (los actores) de la oportunidad de someter sus pretensiones a la consideración del órgano judicial competente, vulnerándose con ello su derecho de acceso a la jurisdicción, como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española.

³² En relación con este extremo, resulta de suma importancia que se confeccione por el abogado un presupuesto detallado (hoja de encargo) que se explicará al cliente al objeto de que lo firme. De tal forma, y en atención a la premisa de libertad de honorarios que rige respecto de los letrados, si el cliente conoce (y así puede acreditarse) el importe de los honorarios por los trabajos encargados con anterioridad a la realización de los mismos y los acepta, tal circunstancia limita sus posibilidades de reclamación, tanto a la hora de impugnar/discutir los honorarios (por ejemplo, en un eventual procedimiento de jura de cuentas regulado en el art. 35 de la LEC) como de cara a reclamar por alguna negligencia (léase falta de información respecto del cobro e importe de los honorarios).

³³ Dentro del deber de información por parte de los abogados, Ángel Yáguez (2008, pp. 4-6) destaca la obligación de informar sobre la existencia de una vía procesal para formular una pretensión o cualquier otro acto, informar sobre la marcha de un proceso, informar sobre la inviabilidad de una demanda, entregar al cliente la documentación del proceso y, de ser el caso, comunicar en debido tiempo la necesidad de consignar o avalar ante el juzgado la cantidad objeto de la condena.

³⁴ Hemos de reseñar aquí, a modo de matización, que

la obligación de información no viene recogida o establecida de forma general en los encargos a los letrados, a pesar de que la normativa deontológica sí obliga a ello, la obligación de información se configura como una obligación accesoria y viene encuadrada o recogida dentro de los deberes estatutarios del abogado (Delgado Alemany, 2019, p. 31).

³⁵ También deberá informarse al cliente, de ser el caso, de la posibilidad de solicitar la colaboración de otro profesional de la abogacía cuando la complejidad del asunto lo requiera, lo que resulta de interés en la práctica teniendo en cuenta que, en relación con determinados temas, muchos profesionales de la abogacía optan por mantener una relación de colaboración con otros despachos o profesionales dedicados específicamente a algún o algunos temas en particular.

A efectos prácticos, debemos hacernos el siguiente planteamiento, con carácter explicativo. Si la negligencia por la que pretende reclamarse es, por ejemplo, un supuesto relativo al transcurso de un plazo sin que se haya presentado una demanda o un recurso, el simple hecho de que dicho plazo haya transcurrido no implica que la indemnización se vaya a conceder directamente, sino que habrá que acreditar cuáles eran las posibilidades de que esa demanda o ese recurso fuesen estimados, es decir, cuál era su viabilidad y prosperabilidad y en qué porcentaje. En el supuesto de que se entienda, verbigracia, en atención a determinada doctrina jurisprudencial existente en la materia en cuestión, que la demanda o el recurso no tenían visos de prosperar, no habrá que indemnizar nada, porque la pérdida de oportunidades será aquí nula.

Del mismo modo, si el plazo que deja transcurrir negligentemente un abogado es el concedido para contestar a una demanda, habrá que ver y analizar la repercusión de no contestar a la misma. Igualmente deberá constatarse si la situación que se decretara al no presentar el escrito de contestación a la demanda, esto es, la denominada rebeldía, se prolonga en momentos posteriores y hasta que se dicte y notifique la sentencia o si, por el contrario, el abogado se persona (con procurador, salvo en los supuestos en que no sea preceptiva la representación)³⁶ y comparece con posterioridad, por ejemplo en la audiencia previa o incluso antes de que tenga lugar la misma, pero después de que haya expirado el plazo para contestar a la demanda. Hemos de tener muy presente en este contexto que la circunstancia de no contestar a una demanda no implica la asunción de los hechos relatados en la misma, antes bien viene a significar que la parte demandada se opone a la misma (de una forma genérica). Además, la carga de la prueba residirá igualmente en la parte actora, que deberá probar (con el objetivo de que la demanda interpuesta pueda prosperar) los hechos constitutivos de su pretensión³⁷.

Lógicamente, al no presentar escrito de contestación/oposición a la demanda, la parte demandada no podrá esgrimir en el marco del procedimiento alegaciones/motivos de oposición concretos ni hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Tampoco podrá proponer prueba documental ni pericial en relación con los mismos, puesto que tales facultades/posibilidades habrán precluido. Ahora bien, si comparece en la audiencia previa, todavía podrá proponer otro tipo de prueba, testifical o testifical/pericial (que no pretenda propo-

³⁶ Ex artículo 23 de la LEC.

³⁷ En este sentido, hemos de matizar que

la rebeldía no implica allanamiento ni implica admisión de hechos, salvo que la Ley lo disponga expresamente (art. 496.2; por ejemplo *vid.* 440.3 para el juicio de desahucio). Ni siquiera implica la rebeldía *ficta confessio*, pues al contrario de las respuestas evasivas en la contestación, que sí pueden tomarse como *ficta confessio*, la no contestación (con rebeldía o sin ella) no tiene regulado en la Ley procesal española ese efecto; mucho menos supone aceptación de la existencia de hechos, como en el caso del interrogatorio, pues el juez no podría valorar la ausencia del litigante, y por ende la falta de contestación a las preguntas del interrogatorio como aceptación de los hechos que ellas puedan contener (Cortés Domínguez y Moreno Catena, 2015, pp. 155-156).

ner obviamente con el objetivo de encubrir una pericial) que sirva al objeto de desvirtuar la prueba y los hechos alegados por la parte actora³⁸.

En definitiva, el hecho de no presentar una contestación a la demanda en el plazo conferido a tal efecto³⁹, aunque ello sea en sí una actuación negligente cuando el abogado hubiera olvidado hacerlo o la hubiera presentado fuera de plazo, no implica directamente la concesión, por parte del órgano judicial competente, de una indemnización en caso de que se interponga una demanda reclamando la misma por responsabilidad profesional del letrado, pues en este supuesto tendrá que comprobarse en qué medida perjudicó a la persona en cuestión (cliente) la no presentación de esa contestación a la demanda y habrá, asimismo, que valorar y ponderar qué papel desempeñó el abogado después, en la audiencia previa y en el juicio.

No podemos olvidar que una demanda puede ser desestimada aunque la parte demandada permanezca durante todo el proceso en situación de rebeldía, y en la hipótesis de que

³⁸ Sin olvidar que en el supuesto de que se produzca algún hecho nuevo o de nueva noticia sí se podría alegar el mismo y proponer la práctica de cualquier medio de prueba al respecto, y ello en los términos previstos en el artículo 286 de la LEC, el cual dispone que:

1. Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes.
2. Del escrito de ampliación de hechos el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega. En este caso, podrá aducir cuanto aclare o desvirtúe el hecho que se afirme en el escrito de ampliación.
3. Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales.
4. El tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos.

En este último caso, si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de 120 a 600 euros.

³⁹ Diez días hábiles en el caso del juicio verbal (ex art. 438.1 de la LEC) y veinte días hábiles (ex art. 404.1 de la LEC) con respecto al juicio ordinario, contados a partir del día siguiente a aquel en que se reciba la notificación de la demanda.

la misma fuese estimada, habiéndose producido negligencia por parte de abogado de la persona demandada, habría que considerar cuáles eran las posibilidades reales de que la postura que pretendía mantener esta última parte prosperase. Dicho de otro modo, habría que examinar los motivos de oposición que podrían esgrimirse y cómo y hasta qué punto podrían probarse, es decir, en resumidas cuentas, habría que analizar cuáles eran las posibilidades de que la contestación-oposición a la demanda prosperase y en qué medida la inactividad del abogado perjudicó al cliente, en concreto y cuál fue la pérdida de oportunidades real y efectiva que este sufrió. Sobre este punto debería centrarse precisamente la dirección letrada de cualquier asunto en el que se reclame una indemnización en relación con la actuación de un letrado, ya sea si se asume la defensa de la entidad aseguradora del profesional o la del propio profesional o, incluso, cuando el mismo letrado se encargue de la defensa de ambos⁴⁰.

Al hilo de lo anterior, hemos de poner de manifiesto que en la práctica lo más correcto, con el ánimo de evitar problemas relativos a franquicias, es demandar tanto al letrado en cuestión como a su compañía aseguradora, dado que puede existir en la póliza alguna franquicia de cuyo importe, en su caso, haya de hacerse cargo el abogado. No obstante, también podría demandarse solo al abogado, en cuyo caso, obviamente, la compañía respondería igualmente, una vez que, si es el supuesto, se dicte sentencia condenatoria concediendo una indemnización en favor del cliente que reclama. De hecho, la defensa del letrado negligente puede ser asumida por el letrado de la compañía de seguros si así lo solicita aquel tras poner en conocimiento de la entidad aseguradora el siniestro en cuestión.

También podría demandarse solamente a la compañía aseguradora, particularmente si se tiene conocimiento de que no existe ninguna franquicia en la póliza de seguro de responsabilidad civil del abogado, pues, de lo contrario, al no demandar a ambos (compañía y abogado) o únicamente al abogado, el cliente que reclama su indemnización perdería el importe relativo a la franquicia, aun cuando se estimase su demanda. En otras palabras, si le concediesen una indemnización, a título de ejemplo, de 15.000 euros, de la misma habría que descontar el importe correspondiente a la franquicia, el cual perdería la parte actora al no haber demandado al abogado negligente y dirigir su demanda únicamente contra la compañía aseguradora.

En contraposición a lo hasta aquí expuesto, hemos de señalar que puede considerarse que no son hipótesis generadoras de responsabilidad, a las que ya aludía también Salas Carceller (2007, pp. 424-425), las que a continuación se reseñan:

1. No solicitar mayor indemnización, modificando conclusiones provisionales en un proceso penal, a la vista del informe forense sobre secuelas. Ello por cuanto no podría concluirse, al hilo de lo declarado en la STS 293/2006 de 30 de marzo, rec.

⁴⁰ En la praxis judicial, abogado y entidad aseguradora pueden actuar representados y asistidos por el mismo procurador y abogado o por profesionales jurídico-procesales distintos. Los codemandados podrían actuar también representados por el mismo procurador y asistidos de diferente letrado.

núm. 2001/1999, que la consecuencia de no recibir una indemnización de mayor cuantía puede ser objetivamente imputada a la conducta de letrado, teniendo en cuenta que en esta sentencia se afirma que

el resultado objetivo consistente en la asignación de una determinada indemnización por la secuela padecida revelada en el nuevo informe forense no puede imputarse con certeza razonable (no ya con absoluta seguridad, puesto que no es este, como se ha visto, el canon aplicable) a la falta de modificación de la cuantía de la indemnización solicitada por parte del abogado defensor. La sentencia recurrida pone de manifiesto, en efecto, que la sentencia penal no hace ninguna referencia a este tipo de limitación, y que la indemnización concedida, equivalente a la solicitada también por el Ministerio Fiscal, no se ofrece en una apreciación jurídica como manifiestamente improcedente desde el punto de vista de su cuantía (circunstancia que pondría de relieve que esta había sido impuesta por la limitación derivada de la solicitud formulada), puesto que la trascendencia de la invalidez que podía derivarse de la limitación funcional destacada en el informe forense aparecía vinculada a un posible empeoramiento de las lesiones que el tribunal penal no pudo tener en cuenta en el momento de dictar la sentencia, como corroboró el Tribunal Supremo al inadmitir el recurso de casación que se fundaba en la opinión contraria.

2. No proponer la comparecencia de determinados testigos, y ello por cuanto no podrá determinarse que la intervención y declaración de tales testigos o incluso la aportación de un informe de un detective privado hubiera sido determinante, esto es, decisiva para variar el sentido del fallo⁴¹.
3. Presentar demanda ante un juzgado que se declara territorialmente incompetente, pues en estos casos se procederá de acuerdo con lo dispuesto en la LEC, en función de si nos encontramos ante un fuero imperativo (de acuerdo con lo establecido en el artículo 54.1 de la LEC)⁴², supuesto en el cual la competencia territorial es indisponible por las partes y regirá la revisión de oficio, teniendo en cuenta que, incluso ex artículo 67 de la LEC, se admitirán alegaciones de falta de competencia territorial, en el marco de los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal cuando, en el caso de que se trate, fueren de aplicación

⁴¹ Vid. en relación con esta peculiar cuestión, STS 498/2001, de 23 de mayo, rec. núm. 914/1996.

⁴² Conforme al cual

las reglas legales atributivas de la competencia territorial solo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción. Se exceptúan las reglas establecidas en los números 1.º y 4.º a 15.º del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 52 y las demás a las que esta u otra Ley atribuya expresamente carácter imperativo. Tampoco será válida la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal.

normas imperativas. Si el fuero no es imperativo (y, por ende, la competencia territorial es materia disponible por las partes), cabría interponer, si así interesa al demandado, declinatoria en los términos y plazo que establecen los artículos 63 y siguientes de la LEC en relación con el artículo 59 del mismo cuerpo legal⁴³.

4. No vigilar la actuación del procurador, profesional judicial independiente y con funciones distintas y claramente discernibles a las del abogado.

Con certeza, y en relación con el último de los supuestos mencionados que, en principio, no implican responsabilidad de los abogados, hemos de precisar que estos no son los únicos profesionales del ámbito judicial a los que se les puede exigir responsabilidad civil, sino que la misma, por razones obvias, también resulta predicable respecto de los procuradores y los peritos judiciales⁴⁴. En el escenario que plantea un procedimiento judicial puede ocurrir que se confundan las obligaciones de unos y otros profesionales, de suerte que en un inicio no parezca claro, en el caso de que se haya producido algún perjuicio a un cliente, a quién ha de imputarse la negligencia o falta de diligencia y, por tanto, a quién debe achacarse la responsabilidad del mismo.

En este orden de cosas, y a título ejemplificativo de la casuística que en la praxis se puede plantear, debe especificarse que no vigilar la actuación del procurador no puede considerarse como una hipótesis susceptible de generar responsabilidad para el abogado, ya que según se indicaba en la STS 213/2006, de 27 de febrero, rec. núm. 1950/1999, a la que alude Salas Carceller (2007, p. 425), relativa a un caso en que el procurador actuante no había informado oportunamente al abogado de la emisión, en el marco de un proceso penal, de un auto fijando la cuantía máxima que podría reclamarse al amparo del seguro obligatorio de automóviles en el ulterior proceso civil,

no puede exigirse al abogado una obligación de vigilancia sobre el cumplimiento por el procurador de las obligaciones profesionales que le incumben y que derivan tanto de la relación de mandato con su cliente como de su propio estatuto profesional.

⁴³ Vid. al respecto de este particular aspecto STS 598/2000, de 8 de junio, rec. núm. 2446/1995 (NCJ045242), la cual consideró, en relación con el asunto que en cuestión era objeto de discusión, que

la presentación de la demanda en el Juzgado territorialmente competente, desconociendo la cláusula de sumisión de un contrato cuya nulidad de postula, es una cuestión jurídica, no solo discutible, sino perfectamente atendible (motivo sexto); en uno y otro supuesto, no cabe imputar incumplimiento contractual y derivar responsabilidad.

En cuanto a la declinatoria cabe matizar colateralmente que también podría interponerse la misma cuando nos encontremos en un caso de existencia de un fuero imperativo, sin perjuicio de que si la misma no se interpone, el juez pueda examinar de oficio la competencia territorial, apreciar su falta y proceder en los términos que la ley procesal le permite.

⁴⁴ Resultan de interés la información y reflexiones plasmadas en lo que concierne a la responsabilidad de procuradores en Salas Carceller (2007, pp. 428-432).

En la misma línea, la STS 460/2006, de 11 de mayo, recuerda que:

Esta Sala tiene declarado que el abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores (STS de 27 de febrero de 2006), los cuales deben tener conocimiento de cuáles son sus obligaciones y facultades y de cómo las particularidades de la representación de oficio les imponen especiales deberes de vigilancia para garantizar la continuidad de las acciones procesales cuando la posible sustitución de unos profesionales por otros, permitida por la ley, puede redundar en perjuicio de quienes han obtenido la declaración de justicia gratuita⁴⁵.

Deteniendo por un momento nuestra atención en la profesión de la procura (a modo de comparanza con la profesión de la abogacía), debemos tener presente que el artículo 26.2.3.º de la LEC dispone que:

Aceptado el poder, el Procurador quedará obligado: 3.º A tener al poderdante y al Abogado siempre al corriente del curso del asunto que se le hubiere confiado, pasando al segundo copias de todas las resoluciones que se le notifiquen y de los escritos y documentos que le sean trasladados por el Tribunal o por los Procuradores de las demás partes.

Además, tal y como resalta la STS 598/2017, de 8 de noviembre, rec. núm. 1562/2015 (NCJ062867), el procurador se halla vinculado su cliente por

un contrato de mandato (art. 27 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil que indica la aplicación de las normas de este contrato a falta de disposiciones expresas), con su contenido obligacional, singularmente la confianza, que está obligado a cumplir, ajustándose a las instrucciones del mandante y respondiendo de los daños y perjuicios que pudiera causar (arts. 1709 a 1739 CC); en concreto la LEC le impone (art. 26) tener al cliente y al letrado siempre al corriente del negocio que se le hubiere confiado, hasta haber concluido el pleito.

Es cierto que el deber de los/ profesionales de la procura de mantener informados de las novedades del asunto a sus clientes se diluye en la práctica judicial por el hecho de que a quien se informa (por costumbre) es al letrado que ejercita la dirección técnica del asunto, profesional que, además, mantiene un contacto más próximo o directo con el cliente. De hecho, la estrategia defensiva que los procuradores hacen valer, en ocasiones, en la práctica, cuando se ven involucrados en procesos judiciales donde se les reclama una indemnización por un supuesto de negligencia, y consiguiente responsabilidad, por falta de información,

⁴⁵ Cfr. también STS 702/2005, de 26 de septiembre, rec. núm. 698/1999 (NCJ043776).

notificación a los clientes, pasa por esgrimir como argumento el hecho de que al abogado sí le remitieron en tiempo y forma la notificación sobre la que pivote la controversia (cuando ello lógicamente se haya efectuado). Cabe entonces preguntarse, necesariamente, hasta qué punto esto es efectivamente así, cuando *de facto* incluso existen circulares internas de los colegios de procuradores que avalan la práctica de notificar a los abogados que llevan la defensa de los asuntos y no a los clientes (poderdantes) directamente.

Pues bien, en relación con esta cuestión, la STS 250/2010, de 30 de abril, cuyo ponente fue Xiol Ríos, concluía que el ejercicio de la profesión de la procura

comporta no sólo la recepción y diligente transmisión de las resoluciones judiciales al abogado, sino también un análisis de tales resoluciones suficiente al menos como para captar los perjuicios que puede causar al cliente una determinada omisión y advertirle de ello.

Por otro lado, debe advertirse que cuando el procurador no disponga de instrucciones o estas fueran insuficientes, deberá actuar conforme a lo que requiera la naturaleza o índole del asunto, y ello por cuanto

la adecuación de la conducta del Procurador a la «práctica habitual» no puede exonerarle de responsabilidad, siquiera sea por la elemental razón de que los tribunales no pueden legitimar prácticas no ajustadas al estatuto legal de una profesión por más habituales que sean, ya que entonces caería por su base el enjuiciamiento de la responsabilidad civil profesional desde la perspectiva de las reglas o normas rectoras de la profesión de que se trate⁴⁶.

Esta idea debe ser conjugada con la postura mantenida en la STS 598/2017, de 8 de noviembre, rec. núm. 1562/2015 (NCJ062867), resolución en la cual se declara que:

La diligencia del procurador en su actuación ante los tribunales es la que resulta de las obligaciones legalmente impuestas y el cumplimiento de estas obligaciones en modo alguno resultaba de imposible cumplimiento. La sentencia 3003/2009, de 12 de mayo, declara que «el cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias» y «la responsabilidad por negligencia o morosidad concurre cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber concurrido

⁴⁶ *Vid.* SAP de Álava núm. 25/2014, de 3 de febrero (FJ 5.º).

circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos».

En este orden de composición cabría, pues, plantearse la responsabilidad del procurador en un supuesto en que le hubiese realizado las notificaciones directamente al abogado que dirige el asunto y que este no le haya contestado, ni acusado recibo, ni respondido a llamadas telefónicas, haciendo caso omiso de los intentos de puesta en comunicación efectuados por el procurador, hasta el punto de, por ejemplo, no presentar escritos de tramitación procesal o no acudir a la audiencia previa, al juicio o a la vista. Se suscita aquí la duda de si existiría una responsabilidad solidaria entre ambos profesionales judiciales o si habría que deslindar las responsabilidades de uno y otro en el caso de que, ante la actitud omisiva y de inactividad del abogado, transcurriese algún plazo o el justiciable, como consecuencia de la inactividad del abogado, sufriese algún perjuicio que suponga una pérdida de oportunidad acreditada.

Antes de finalizar este epígrafe, no podemos sino referir algunas pautas o consejos a tener en cuenta desde el punto de vista del ejercicio profesional de la abogacía. Así, en primer término debe resaltarse la importancia de explicar al cliente todos los pormenores del asunto cuya gestión/solución haya encomendado, incluidas las dificultades, posibilidades de éxito/fracaso y coste. Indudablemente, la mejor opción, como ya hemos comentado con anterioridad, es dejar constancia por escrito de que el cliente ha recibido esta información. Como, en la práctica, entregar un documento, en el que consten las complejidades y posibilidades de fracaso del asunto para que el cliente lo lea y firme, puede generar una cierta desconfianza para este, una posibilidad aceptable es la de utilizar, a tal efecto, una hoja de encargada detallada en la que figuren todas las actuaciones que se prevea efectuar y los honorarios que abonar en función de la efectiva realización y resultado de las mismas. De esta suerte, se estarían mostrando indirectamente las complejidades del asunto y las posibilidades de éxito o fracaso de las pretensiones de cliente.

En segundo término, debemos saber cómo actuar en el momento en que se advierta que se ha cometido o podido cometer una negligencia. Resulta aquí de suma importancia, por un lado,

intentar minorar las consecuencias económicas del posible error mediante las acciones que correspondan y siempre mediante instrucciones por escrito del cliente y, por otro lado, no asumir pagos derivados del error, por cuenta del cliente, sin conocimiento y consentimiento de la aseguradora (González Ferrer, 2005, p. 57).

Por último, hemos de traer a colación que, ante un supuesto de comisión de una negligencia de un abogado, no es inusual que, previamente a la vía judicial, se lleve a cabo un proceso de mediación extrajudicial en el marco del colegio de abogados al que pertenezca el abogado que supuestamente haya cometido o podido cometer la negligencia. La perso-

na que actúa en calidad de mediador suele ser el decano del referido colegio profesional, y las partes entre las que va a mediar serán el abogado negligente y el abogado que ahora represente al cliente descontento con la actuación de su primer abogado. La principal pretensión de estos procesos de mediación radica en aproximar posturas y llegar a un acuerdo, no tanto en relación con el fondo del asunto, cuanto en lo que respecta a la decisión de dar parte del posible siniestro a la compañía de seguros con la que se encuentre suscrita la póliza colectiva de responsabilidad civil profesional negociada a través del colegio de abogados. Si se llega a un acuerdo en tal sentido, se levanta acta del mismo, que se traslada a la compañía aseguradora, con la finalidad de que por parte de sus tramitadores y asesores jurídicos se estudie el asunto, se valore si efectivamente puede considerarse que se ha producido un siniestro relativo a la concreta actuación negligente o constitutiva de mala praxis por parte del letrado en cuestión y, en su caso, se examinen las posibles vías/soluciones que adoptar.

Si posteriormente se acude a la vía judicial, ha de recordarse que si el mediador es citado por alguna de las partes litigantes o por ambas para declarar como testigo, podrá y deberá acogerse a su deber de secreto profesional. En este sentido, salvo que las partes involucradas en el proceso de mediación lo hubiesen dispensado expresamente de tal obligación⁴⁷, podrá negarse a responder a aquellas preguntas que comprometan su deber de confidencialidad⁴⁸, y ello en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6

⁴⁷ No podemos olvidar que el principio de confidencialidad tiene excepciones o límites en determinados casos y, en síntesis, en los siguientes: cuando exista aceptación expresa de las partes al respecto, a efectos elaboración de estadísticas, cuando la información no es personalizada y se emplea para fines formativos o de investigación, cuando se revela información por razones de orden público, es decir, porque dicha información supone un peligro para la vida o la integridad física o moral de una persona y, finalmente, cuando las partes acuerdan ejecutar, ratificar u homologar el resultado de la mediación (Viola Demestre, 2010, p. 7).

⁴⁸ Toda mediación debe estar impregnada por un conjunto de principios que sustancialmente son: voluntariedad y libre disposición de las partes, igualdad, imparcialidad y neutralidad de los mediadores y confidencialidad. Para un estudio a mayor abundamiento de los principios informadores de la mediación, resultan, entre otros varios, de sumo interés los trabajos de López Fernández (2017, pp. 29-46) y Ortiz Pradillo (2011, pp. 2-34).

Asimismo, debe ponerse de manifiesto que Magro Servet (2017), tras un concienzudo análisis, aboga por la posibilidad de que mediante una reforma *de lege ferenda* se introduzca la mediación civil y penal con carácter preceptivo en los asuntos de reclamaciones por responsabilidad profesional, en relación con abogados, procuradores, profesionales sanitarios, economistas, titulados mercantiles, administradores de fincas, ingenieros, etc. (todos ellos colegiados). Como principales ventajas de su idea destaca, entre otras, el hecho de agilizar la resolución de la controversia y de evitar la estigmatización que para el profesional supone verse inmerso en un proceso judicial.

Asimismo, en relación con la anterior idea, con la que convenimos, Iturmendi Morales (2012, p. 17) opina que

la mediación puede solucionar extrajudicialmente, de forma económica, rápida y sin causar daño a la reputación, gran cantidad de conflictos de responsabilidad civil que saturan los ór-

de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁹ en relación con lo previsto en los artículos 307, 371 y concordantes de la LEC⁵⁰.

4. Conclusiones

A modo de colofón, tras todo lo analizado a lo largo del presente trabajo, hemos de plasmar las siguientes reflexiones críticas y de implicación práctica, referidas tanto desde

ganos jurisdiccionales, mediante procedimientos adaptados a cada modalidad de riesgo de responsabilidad civil y las necesidades de las partes.

⁴⁹ Dicho precepto se encuentra literalmente redactado en los siguientes términos:

Artículo 9. Confidencialidad. 1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

⁵⁰ El artículo 307 de la LEC preceptúa que:

1. Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

2. Cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior.

Por su parte, el artículo 371 de la LEC dispone lo siguiente:

1. Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroge, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta.

2. Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter.

El tribunal, comprobado el fundamento de la alegación del carácter reservado o secreto, mandará unir el documento a los autos, dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial.

la perspectiva del abogado que pueda haber cometido una negligencia profesional como desde la óptica de aquellos clientes que, ante un descontento justificado por una posible negligencia, error o falta de diligencia profesional del abogado que habían contratado para un determinado asunto, tengan como pretensión la de reclamar una indemnización por responsabilidad civil en el ejercicio de la profesión a dicho profesional.

Pues bien, en primer lugar, desde la óptica del abogado hemos de indicar que ante una eventual negligencia debería comunicar el siniestro/problema a su compañía aseguradora, verificando primero si en su póliza de responsabilidad civil existe franquicia y el importe de la misma, que será, en última instancia, la cantidad que haya de sufragar con cargo a su disponibilidad económica.

Con todo, el abogado deberá valorar que la compañía de seguros tratará de defender sus intereses y, en su caso, abonar la indemnización de menor cuantía posible, lo que implica que, salvo que la cuestión esté muy clara y no haya lugar a dudas, no admitirá un acuerdo amistoso y defenderá la oposición a la demanda del cliente, lo que hará que el procedimiento se alargue en el tiempo. En este contexto el abogado demandado o que potencialmente pueda llegar a ser demandado, deberá valorar qué le interesa más desde su óptica profesional, esto es, si tratar de llegar particularmente a un arreglo con premura (para evitar revuelo) con el cliente, asumiendo el pago del mismo, antes de dar parte a la compañía aseguradora, o incluso después, si la compañía aseguradora no está de acuerdo con abonar la indemnización (y menos en la cuantía total que se reclama). En este sentido, el arreglo al que llegue el abogado debería plasmarse por escrito, haciendo que el cliente se comprometa a no reclamar ninguna indemnización al margen de la recibida por esa negligencia y las cuestiones relacionadas a la misma ni al abogado ni a la compañía aseguradora. Esto último es de relevancia a efectos de que el acuerdo suscrito entre cliente que reclama y abogado resulte válido y eficaz, visto que de conformarse un acuerdo solamente entre abogado y cliente, este último podría plantearse reclamar con posterioridad las cantidades que pudieran faltar en concepto de indemnización a la entidad aseguradora y, según el caso y el enfoque, dicha reclamación podría prosperar, suponiendo un problema nuevamente para el abogado que no vería zanjado el asunto. Y tal situación, a su vez, podría generar un problema o controversia entre el abogado asegurado y la compañía en cuestión.

No obstante, tampoco puede perderse de vista que formalizar un acuerdo con prontitud para impedir que se extiendan valoraciones negativas acerca de la profesionalidad del abogado en concreto es solamente conveniente en caso de que la negligencia cometida no resulte defendible. De lo contrario, entendemos que debería tratar de defenderse el asunto, porque un arreglo, al fin y a la postre, implica un reconocimiento de que se ha cometido una negligencia. Y como ya hemos reseñado, aun cuando se haya incurrido en una negligencia o falta de diligencia, la misma puede ser intrascendente si no lleva aparejada una pérdida efectiva de oportunidad para el cliente debidamente acreditada y, en todo caso, la indemnización reclamada inicialmente por el cliente puede ser moderada y, por ende, minorada,

lo que de cara al público también tendrá repercusión⁵¹. Todos estos aspectos deben ser tenidos en cuenta por el abogado supuesta o potencialmente negligente para tomar una decisión al respecto de la tramitación de la eventual reclamación que su cliente formule.

En lo que concierne a los intereses de un cliente potencialmente perjudicado por una supuesta negligencia, hemos de incidir en la necesidad de corroborar primeramente la existencia de tal negligencia y el alcance y perjuicios provocados por la misma. Como hemos visto, no es suficiente para poder obtener una indemnización por responsabilidad profesional de un abogado el mero hecho de que se haya cometido una negligencia o un error, léase, que al abogado se le haya pasado un plazo sin interponer la demanda que tenía encargada o sin interponer un recurso, etc., sino que será necesario que ese error/negligencia haya causado un perjuicio efectivo y cuantificable, además de acreditable a dicho cliente, es decir, es imprescindible (así lo ha venido estableciendo la jurisprudencia) que se haya originado una pérdida de oportunidad real, que habrá de cuantificarse/ponderarse/valorarse, al objeto de determinar la responsabilidad del letrado y, de forma subsiguiente, calcular la indemnización que correspondería al cliente perjudicado.

En resumidas cuentas, si ese recurso/medio de impugnación o esa demanda no tenían visos de prosperar o si, pese a los motivos de oposición a esgrimir en una contestación a la demanda, era fundadamente previsible que las pretensiones del cliente resultasen desestimadas (estimándose, por consiguiente, la demanda interpuesta por la parte actora), y ello, particularmente, por motivos legales o jurídicos de fondo (normas o jurisprudencia de aplicación a una determinada materia), poca o ninguna relevancia va a desplegar a efectos prácticos la comisión de la negligencia, dado que si las pretensiones que iba a ejercitar el cliente no resultaban viables/prosperables⁵², no habrá pérdida de oportunidad

⁵¹ Probablemente, sobre todo en ciudades de pequeña población donde los profesionales del ámbito jurídico y esferas afines se conocen, si un abogado comete una negligencia, la misma se conocerá (al margen de lo que pueda publicarse en medios de comunicación). En este sentido, es muy importante la decisión y actitud que tome el abogado en cuestión al respecto. Por ejemplo, si inicialmente salta a la luz una noticia sobre una reclamación de miles de euros contra un abogado y después resulta que no se concede indemnización alguna al cliente o que se le otorga una indemnización mucho menor, estimamos que ello sería positivo para rehabilitar la imagen del abogado. En cambio, si se llega a un acuerdo para tratar de zanjar las consecuencias del «rumor», indirectamente se estará asumiendo la efectiva comisión del mismo, lo que jugará en detrimento de la imagen/reputación profesional.

⁵² Con independencia de esto, recordemos que un abogado puede defender a un cliente ejercitando pretensiones que *a priori* puedan resultar inviables, siempre que informe a este de la situación y dificultades. Inviabilidad e insostenibilidad son extremos desemejantes. Mientras una pretensión no sea insostenible no hay inconveniente para que un abogado la ejercite, siempre que su cliente esté claramente informado.

A título aclaratorio, podemos indicar que la insostenibilidad rozaría los límites de una aberración jurídica por suponer una manifiesta carencia de fundamento, mientras que la inviabilidad estaría relacionada con las dificultades para que una concreta acción pueda prosperar y que pueden referirse a problemáticas de prueba, a la existencia de una concreta doctrina jurisprudencial que perjudique los intereses y pretensiones del cliente, etc. No obstante, la acción, aunque en prin-

efectiva⁵³. En otras palabras, la actuación o falta de actuación del letrado se considerará irrelevante, ya que se concluirá que el resultado, tanto con la comisión de la negligencia en cuestión como sin ella, sería el mismo y se traduciría en la desestimación de las pretensiones del cliente y, así las cosas, ninguna indemnización correspondería a este.

En atención a lo anterior, y a título de sugerencia, no conviene precipitarse a la hora de reclamar una indemnización a un abogado por una presunta negligencia, sino que es recomendable cerciorarse previamente de la prosperabilidad de una demanda en tal sentido, puesto que de lo contrario, amén del perjuicio que ya ha sufrido (o cree que ha sufrido) el cliente por mor de la supuesta negligencia por la que desea/prende interponer demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad civil profesional, podría arriesgarse a que se desestimaran las pretensiones ejercitadas en la misma con una condena en costas, con lo que ello supone desde el punto de vista económico, particularmente si la cuantía de la demanda reclamando indemnización por la actuación irregular o indebida o la falta de actuación negligente de un letrado es elevada. Y este singular aspecto debe ser especialmente tomado en consideración por el abogado que asesore a un cliente para reclamar contra otro letrado.

cipio sea inviable, podría ejercitarse igualmente, considerándose que el abogado actúa diligentemente, puesto que las tornas pueden cambiar y en el momento del juicio puede conseguirse la prueba, o el juzgador puede considerar suficiente la prueba practicada (aunque aparentemente al inicio no lo fuese). Incluso recordando la característica de independencia judicial, el concreto juez competente podría (aunque no sea lo más habitual) apartarse de la línea jurisprudencial dominante y, ante tal situación, quedaría la pelota en el tejado de la parte contraria para decidir, siempre que hubiese lugar a ello, si interponer o no el ulterior recurso que proceda. Y también podría darse una coyuntura (no previsible inicialmente) de cambio de criterio jurisprudencial durante la tramitación procesal del asunto en cuestión que afectase favorablemente a la hora de dictarse sentencia en relación con el mismo.

Asimismo, hemos de reseñar que la diferencia existente entre insostenibilidad e inviabilidad de las pretensiones puede inferirse del contenido de los artículos 15 y 32 a 35 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita.

⁵³ Esto sería lo que se denomina como criterio o juicio de prosperabilidad (Martí Martí, 2012, pp. 28-30). Así, el órgano judicial competente para conocer del asunto deberá llevar a efecto

un razonamiento en torno a la verosimilitud del éxito (o grado del mismo) de la pretensión del cliente que la culpa del abogado frustró. Esta línea de pensamiento, que en el Derecho anglosajón se conoce como «juicio dentro del juicio», entiende que no cabe atribuir al abogado, sin más, el resultado negativo del asunto confiado por el cliente. Y establece la condena, en su caso, en función, como decía, de las posibilidades razonables de éxito de la pretensión que el cliente dice habersele frustrado. Se entiende, que en casos como estos, el tribunal pueda llegar a la conclusión de que el daño del cliente fue la totalidad del interés que él tenía en juego en el asunto. Si, por ejemplo, el órgano judicial partiera de la consideración de que, de no haber sido por la culpa del abogado, toda la pretensión del cliente habría hallado éxito (Ángel Yáñez, 2008, p. 39).

Referencias bibliográficas

- Alonso Soto, R. J. (2000). Responsabilidad civil y seguro. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 193-204.
- Ángel Yágüez, R. de (2008). La responsabilidad civil del Abogado. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-54.
- Arbesú González, V. (2015). La naturaleza jurídica de la obligación en odontología curativa y estética. *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, 16, 81-120.
- Cornet, M. (2000). Responsabilidad civil del abogado. *Anuario de Derecho Civil*, 5, 61-87.
- Crespo Mora, M. C. (2006). La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: perspectiva jurisprudencial. *Revista de Derecho. División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 25, 257-285.
- Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (2015). *Derecho Procesal Penal. Parte General*. (8.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Cuevillas Matozzi, I. de (2005). Indemnizar los sueños: reflexiones al hilo de una sentencia del Tribunal Supremo. *La Toga*, 153, 15-24.
- Delgado Alemany, R. (2019). El deber de información del abogado como fuente generadora de Responsabilidad Civil. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 70, 27-44.
- Espinoza Espinoza, J. (2000). La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 53, 549-582.
- Gaviria Londoño, V. C. (2005). Responsabilidad Civil y Responsabilidad Penal. *Derecho Penal y Criminología*, 26(78), 25-52.
- González Ferrer, J. J. (2005). El aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del abogado. *La Toga*, 152, 55-57.
- Iturmendi Morales, G. (2012). La mediación en conflictos de Responsabilidad Civil. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 41, 9-40.
- López Fernández, R. (2017). Los principios que informan el procedimiento de mediación. En Quesada López, P. M. (Coord.), *La mediación como método para la resolución de conflictos* (pp. 29-46). Dykinson, Universidad de Jaén.
- Magro Servet, V. (2017). La mediación obligatoria en materia de responsabilidad profesional. *Diario La Ley*, 8913.
- Martí Martí, J. (2012). Doctrina jurisprudencial reciente sobre el error de abogado. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 44, 23-30.
- Martínez-Calcerrada, L. (1996). *La responsabilidad civil profesional. De los Teleinformáticos, Auditores de Cuentas, Periodistas, Arquitectos-Peritos, Médicos-Peritos y de los Peritos Judiciales en general*. Colex.
- Monterroso Casado, E. (Coord.) y Escudero Herrera, C. (2018). *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*. Ediciones CEF.-
- Ortega Piana, M. A. (2011). Responsabilidad civil y seguros. *Ius et Veritas*, 43, 58-75.
- Ortiz Pradillo, J. C. (2011). Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 65(2.135), 2-34.
- Reglero Campos, L. F. (2007). La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia



dencia del Tribunal Supremo. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, 785-814.

Salas Carceller, A. (2007). La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la Propiedad. En Seijas Quintana, J. A. (Coord.), *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales* (pp. 415-448). Sepín.

Veiras Suárez, C. y Villafañez Gallego, R. (2006). La responsabilidad profesional en la juris-

prudencia reciente del Tribunal Supremo (médicos, abogados, procuradores y notarios). En Rodríguez-Montero, R. P. (Coord.), *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios: Aspectos nacionales e internacionales* (pp. 183-234). Netbiblo.

Viola Demestre, I. (2010). La confidencialidad en el procedimiento de mediación. *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, 11, 1-10.