

MEMENTO

EXPERTO

FRANCIS LEFEBVRE

Responsabilidad Civil del Abogado

Fecha de edición: 31 de enero de 2019



Es una obra realizada por iniciativa
y bajo la coordinación de la Redacción de
Francis Lefebvre
sobre la base de un estudio técnico
cedido a la editorial por

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

Catedrático de Derecho Civil Universidad Complutense

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 37,44 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-17544-64-5
Depósito legal: M-4607-2019
Impreso en España
por Printing'94
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

| | <u>nº marginal</u> |
|--|------------------------|
| Capítulo 1. Directrices generales de la responsabilidad contractual del abogado | 100 |
| Capítulo 2. Hechos generadores de responsabilidad del abogado | 200 |
| Capítulo 3. Responsabilidad civil «derivada del delito» cometido por el abogado | 600 |
| Capítulo 4. La responsabilidad por el hecho de los auxiliares del abogado y el abogado en régimen de dependencia | 800 |
| Capítulo 5. Responsabilidad del abogado en los despachos colectivos. Régimen de la ley de sociedades profesionales | 1000 |
| Capítulo 6. Responsabilidad civil del procurador. Delimitación de funciones entre ambos profesionales de cara a la responsabilidad civil | 1300 |
| Capítulo 7. Valoración de los daños resarcibles. Mención especial de la pérdida de oportunidades: el «juicio dentro del juicio» | 1500 |
| Capítulo 8. Peculiaridades del seguro de responsabilidad profesional del abogado | 1700 |
| Anexo jurisprudencial | 2000 |
| Código Deontológico de la Abogacía Española | 2500 |
| | <u>Página</u> |
| Bibliografía | 221 |
| Tabla Alfabética | 227 |
| Índice Analítico | 241 |

Abreviaturas

| | |
|--------------------|--|
| AP | Audiencia Provincial |
| aptd. | apartado |
| art. | artículo/s |
| CC | Código Civil (RD 24-7-1889) |
| CDAE | Código Deontológico de la Abogacía Española |
| Const | Constitución Española |
| CP | Código Penal (LO 10/1995) |
| DGRN | Dirección General de los Registros y del Notariado |
| Dir | Directiva |
| disp.adic. | disposición adicional |
| disp.derog. | disposición derogatoria |
| disp.trans. | disposición transitoria |
| EDJ | El Derecho Jurisprudencia |
| EGAE | Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001) |
| L | Ley |
| LAJG | Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (L 1/1996) |
| LCS | Ley del Contrato de Seguro (L 50/1980) |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000) |
| LECr | Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD 14-8-1882) |
| LO | Ley Orgánica |
| LSP | Ley de Sociedades Profesionales (L 2/2007) |
| p.e. | por ejemplo |
| RD | Real Decreto |
| RDL | Real Decreto- Ley |
| RDLeg | Real Decreto Legislativo |
| Resol | Resolución |
| TCo | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |

P

Presentación del editor

La profesión de abogado se encuentra en una encrucijada parecida en su frecuencia a la que desde hace tiempo viene teniendo a los médicos como protagonistas. Las sentencias ya no se limitan a **condenar** a los **letrados** por errores de agenda (presentar tarde una demanda o un recurso), sino por no informar al cliente, por no diseñar bien las estrategias, por no seleccionar convenientemente la jurisprudencia o, en fin, por no estudiar. Por no caer en la cuenta de que el abogado que no estudia y se actualiza es cada día menos abogado.

Existían ya interesantes títulos sobre responsabilidad civil del abogado, pero hacía falta apreciar cuáles son las **obligaciones**, cuáles son los **incumplimientos**, cuáles son los **casos** que generan responsabilidad (y los que no la generan), cuáles son las **cuantías** que se conceden, qué sucede cuando la actuación profesional procede de un despacho colectivo o qué problemas están planteando las **pólizas de seguro** de los abogados.

En un puro estilo Memento, esta monografía constituye una verdadera novedad editorial que combina el trabajo académico con el tratamiento rabiosamente práctico.

CAPÍTULO 1

Directrices generales de la responsabilidad contractual del abogado

| | | | |
|----|--|-----|------------|
| A. | Naturaleza de la relación entre abogado y cliente | 110 | 100 |
| | Esquema clásico de incumplimiento obligacional | 120 | |
| B. | Obligaciones de medios, (casi) un lugar común que acaso requiera mayores reflexiones | 130 | |
| C. | El arrendamiento de servicios como cauce común | 150 | |
| D. | Contraprestación y daños, dos lenguajes diversos | 160 | |

A. Naturaleza de la relación entre abogado y cliente

A cualquier lector poco avisado le llamará la atención que este trabajo comience con una obviedad enorme: hoy día no degrada a los quehaceres propios de las profesiones liberales ser consideradas como objeto de un contrato de arrendamiento de servicios. Pero quien se sorprenda, debe saber, aunque solamente sea a título de anécdota lamentable, que durante muchos siglos se consideró que la eventual **responsabilidad** en que puede incurrir el profesional liberal ante su cliente tiene en todo caso carácter **extracontractual**.

Si existe contrato entre ambos, a lo sumo podría ser de **mandato**, pero no de servicios.

Precisiones 1) «La obligación contraída por un médico de tratar una enfermedad o por un abogado de defender una causa no engendran ninguna acción contractual sino solamente la responsabilidad emanada de su **culpa**», decían AUBRY y RAU¹.

2) Aun más allá llegaba GUILLQUARD, cuando indicaba que los trabajos de las personas que ejercen profesiones liberales están fuera del comercio y no pueden dar lugar a un **contrato ni** a una **acción judicial**, quedando a merced de la buena fe de las personas cuyo encargo aceptan y ejecutan. Los actos profesionales no pueden así constituir contrato de servicios, pues ni la inteligencia del hombre ni sus productos están en el comercio, no pudiendo ser objeto de un contrato civilmente obligatorio².

No se trata de un simple *chascarrillo* histórico. Es que el Derecho romano, tan amigo de establecer una jerarquía de méritos entre las distintas profesiones, no concebía que el trabajo de un abogado pudiera ser retribuido con un **pretium**. Eso estaba para las actividades en las que predomina la destreza manual, y no para aquellas en las que es la actividad intelectual la que destaca (así también, los médicos, los preceptores y hasta los profesores de *ius*), y que daban lugar como mucho, a un **honos**.

Casi resulta enternecedor comprobar que, bastantes siglos después, los grandes autores que se ocupaban de los primeros comentarios del Código civil francés continuaban afirmando que el cauce natural para encuadrar los servicios que prestan los profesionales liberales tenía que ser forzosamente el del mandato.

En el mandato, su natural **gratuidad** hace que si «la ley autoriza al mandante para que reconozca por medio de recompensa el servicio por él encomendado y al mandatario para obtener la justa indemnización que la convención le ha prometido por sus fatigas, ella misma entiende que semejantes recompensa o indemnización no se asimilan al precio banal de las cosas que se alquilan»³.

Si el mandatario se ve movido a actuar por un sentimiento de servicio que no se paga, la ley se resiste a encontrar entre el hecho y la recompensa un equivalente; he ahí lo deliberadamente falible del **honorario**.

En el arrendamiento, en cambio, se pretende que exista equivalencia, y, tanto más se aleje el **precio** del valor real del servicio, tanto más se apartará de la naturaleza del contrato de servicios.

Precisiones El culmen de tanta pasión argumental lo puso TROPLONG: «no es posible incluir en las mismas categorías el trabajo mecánico y el **trabajo del espíritu**, el arte ejercido por interés y el ejercido por sacrificio, los servicios prestados de manera sórdida y los inspirados por amor a la gloria, a la patria y a la humanidad»⁴. Y como diría el castizo, si no quieres taza, toma taza y media: «En esta Francia tan apasionada por las glorias del espíritu, tan sensible a los nobles sacrificios, tan amante de las resoluciones y movimientos espontáneos, tan llena de reconocimiento por los servicios desinteresados (...) jamás veremos perecer las nociones que inundan el sentido moral y han colocado nuestro carácter nacional tan alto en la estima de Europa»⁵.

114 En fin... Ni que decir tiene que tesis como éstas se encuentran desde hace tiempo absolutamente superadas, y muy especialmente la idea de la **extracomercialidad**, absurda no ya solo desde el punto de vista jurídico sino también, y sobre todo, desde una perspectiva social y de propia dignidad profesional.

Tal vez la última razón de estas argumentaciones se encuentre en la aversión romana hacia la ejecución de las obligaciones de hacer, puesta de manifiesto en el principio *nemo potest praecise cogi ad factum*, dado que era difícil para los clásicos entender la eficacia de unas obligaciones en las que el cumplimiento forzoso en forma específica debía sustituirse por el cumplimiento por el equivalente.

De ahí que hubiese quien pensara que los actos de una profesión no son en sí mismos susceptibles de constituir el objeto de una **prestación obligatoria** para el que los promete, y, por lo mismo, tampoco constituyen causa suficiente para hacer valer la **promesa de remuneración** que haga la persona favorecida por los servicios profesionales.

115 La crítica a opiniones como éstas es hoy día muy sencilla. Nadie en su sano juicio entenderá que un profesional no puede contraer válida y eficazmente **obligaciones contractuales** relativas a su profesión o que sus servicios no son posibles de valorar⁶. Es tan evidente que no precisa demostración.

Todo profesional debe vivir de su profesión, porque todo trabajo merece una **retribución digna**, que en nuestro caso viene a fijarse de forma libre, con la debida atemperación de los usos y, en ocasiones de las tarifas prefijadas por los Colegios Profesionales.

Y si tiene derecho a los honorarios, ello será, indudablemente, porque constituyen la **contraprestación** de su actividad, de la misma manera que el cliente tiene derecho a exigir la actividad que el profesional se comprometió a desplegar⁷.

Por eso sigue llamando la atención que todavía hoy se vean casos de abogados que, ante la demanda planteada contra ellos por un cliente, acudan al desesperado y poco socorrido expediente de que la **acción** está **prescrita** porque si no existe contrato entre las partes, no puede haber más responsabilidad que la extracontractual o aquiliana, sujeta a la sazón en nuestro Derecho al ridículo plazo anual del CC art.1968.2º.

Un ejemplo de tan vergonzante defensa se encuentra, por ejemplo, en la TS-18-2-05 (EDJ 13265), que después tendremos ocasión de ver (nº 1322).

120 Esquema clásico de incumplimiento obligacional Admitido entonces que es en la esfera del incumplimiento del contrato de **arrendamiento de servicios** desde donde debe edificarse el régimen *común* de la responsabilidad civil del abogado, resulta conveniente recordar determinadas cuestiones generales.

En los Códigos civiles, el clásico esquema del incumplimiento obligacional aparece presentado sobre la **base** de dos ideas muy claras:

a) La responsabilidad del deudor por el incumplimiento se edifica sobre la noción de **culpa (o dolo)**, en su caso; y

b) Se trata de una culpa que **se presume** por el hecho de haberse producido el incumplimiento objetivo. Al acreedor pretendidamente perjudicado le bastará con demostrar la existencia del contrato («*incumbit probatio actore*»), para que tenga que

ser el deudor quien demuestre, en un segundo paso, que el incumplimiento se ha producido por una causa que no le es imputable.

Al mismo tiempo que se afirma a la culpa como eje del sistema de atribución, parece que en esta visión son sinónimas las nociones de **caso fortuito** (o, en sentido más amplio, causa ajena o ruptura del nexo causal) y de **ausencia de culpa**.

Existe en este esquema esa perfecta simetría de la que tan amantes eran los juristas romanos y los autores del Derecho intermedio: hay cumplimiento cada vez que el interés del acreedor queda satisfecho, e incumplimiento, cada vez que tal cosa no sucede. Y ahora podrá ocurrir que ese incumplimiento se deba a una causa ajena al deudor (o lo que es lo mismo, y merced a la anterior sinonimia, haya sobrevenido sin culpa del deudor), en cuyo caso hablaremos de **incumplimiento inimputable**; o que la causa no le sea ajena, en cuyo caso habrá culpa en cualquiera de sus grados y por tanto, incumplimiento **imputable**.

121

Los problemas comienzan cuando se observa la regulación a que los Códigos someten el fenómeno de la **imposibilidad del cumplimiento** en las obligaciones de hacer. Nuestro Código civil regula, en efecto, la imposibilidad casi en exclusiva atención a la noción de **pérdida o destrucción** de la cosa debida (CC art.1182) o **imposibilidad física o legal** de la prestación de hacer (CC art.1184, en clara alusión, por el encaje sistemático de la norma, a la obligación de hacer una cosa determinada), de la misma manera que el pago o cumplimiento se define teniendo a la vista precisamente el modelo de obligación más simple: el de las obligaciones de entregar o de hacer una cosa determinada: «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía», dice el CC art.1157.

122

Sobre esta base es muy cómodo predicar el esquema clásico: es evidente que, si no se ha obtenido el **resultado** concreto a cuya entrega o elaboración se había comprometido el deudor, la prestación ha quedado incumplida y el acreedor ha quedado por ello insatisfecho.

Muy cómodo también el trasunto del sistema en el **ámbito probatorio**: ahora tendrá que ser el deudor quien demuestre que ese incumplimiento –cuya evidencia ni siquiera él ha dejado de admitir– no le es imputable.

Y es que la idea de obligación que manejan los Códigos es aquella en la que el acreedor busca exclusivamente un fin, para lograr el cual **no** le **interesa** examinar los **medios** de que se valga el deudor (que serán, por lo general, los relativos a toda profesión o industria).

123

Una vez dicho que el abogado celebra normalmente arrendamientos de servicios, no sucede igual si se le encarga la redacción de un **dictamen**, pues entonces se tratará de un arrendamiento de obra, como cada vez que un acreedor quiere y contrata solamente un resultado económico determinado, siendo para él irrelevantes los caminos que la otra parte recorra para procurárselo, los riesgos que empeñe en la empresa y las demás contingencias del cumplimiento contractual.

124

Precisiones El deudor debe un **resultado** y responde por este resultado. Terminantemente señala MORENO QUESADA que «el deudor no promete solamente hacer lo posible para reembolsar al prestamista o pagar al vendedor; el acreedor no aceptaría que pueda existir duda, desde la conclusión del contrato, sobre la certidumbre del resultado esperado»⁸.

Y en este tipo de obligaciones es fácil –insisto– hablar de un incumplimiento objetivo y material como *paso previo* a un incumplimiento que permita imputar los eventuales **daños**: se ha incumplido porque «la mercancía no está entregada», «la renta no se ha pagado», «el capital no se ha devuelto», «la edificación no se ha concluido». O, en el ámbito que aquí interesa, el dictamen no se ha entregado al cliente.

125

Y ahora, como segundo paso (el primero ya lo ha dado el cliente probando las anteriores afirmaciones), habrá de determinarse si el abogado incurrió en **culpa** o se trató de una **causa ajena** (caso fortuito o ausencia de culpa), pesando además sobre él la **presunción** de lo primero:

- a) A efectos de determinar si la obligación se ha extinguido o subsiste.
 b) Pero pesando sobre el acreedor la prueba de la culpa en orden al juicio de responsabilidad por daños.

Está claro, en fin, que de cara al efecto a), en ese modelo (pretendidamente) único de los Códigos, algo falla. Avancemos para comprobarlo.

B. Obligaciones de medios, (casi) un lugar común que acaso requiera mayores reflexiones⁹

- 130** No todas las obligaciones tienen ese aspecto, pues la cuestión deja de estar clara cuando el deudor se compromete solamente a **hacer lo posible** para procurar al acreedor la prestación que éste espera, como sucede cuando un abogado asume un pleito de su cliente o cada vez que un médico se compromete a tratar una enfermedad.
 Ciertamente todos, acreedor y deudor, cliente y profesional, desean el éxito, pero el compromiso no es el de procurar, cueste lo que cueste, un resultado, sino el de **actuar diligentemente**.
 No es que el **interés del acreedor** esté presente en las obligaciones de resultado, y ausente en las obligaciones de actividad o de medios: el interés del acreedor está presente en el objeto de toda obligación, sea de medios o de resultado.
- 132** No puede decirse que en las **obligaciones de actividad** el interés final del acreedor no forma parte del **objeto** de la obligación, porque si esto fuera cierto, no se justificaría la celebración del contrato: el acreedor no concertaría la obligación, pues carecería de sentido para él contratar a alguien con la sola idea platónica de los cuidados diligentes.
 Nadie visita al médico «para que le cuiden», sino «para que le curen», de la misma manera que nadie recurre a los servicios de un abogado «para que le lleven el caso», sino «para que se lo ganen».
 Pero se trata de obligaciones en las que normalmente el resultado perseguido por el acreedor, y que el deudor se esforzará en alcanzar, es demasiado contingente como para constituir el objeto de la misma; depende demasiado poco de la sola diligencia del deudor para que las partes puedan hacerlo el objeto de la obligación. En ellas la **actividad diligente** pasa a ser el propio objeto.
- 133** En las **obligaciones de medios** el interés final, el fin último esperado por el acreedor, aun formando parte de su objeto, es solo *interés empírico*, no coincidente con el *interés jurídico* comprometido por el deudor: éste cumple cuando observa una conducta prudente y diligente según las circunstancias del caso (CC art. 1104 párrafo 1º), siendo el resultado algo contingente o potencial.
 Ciertamente, al enfermo que no sana o al cliente que pierde el pleito le resultarán poco consoladores los esfuerzos desplegados por el profesional; pero esta valoración retrospectiva de la utilidad de la prestación no coincide con la consideración normativa de la obligación, que tenía como resultado inmediato, como programa de prestación («*Leistungsprogramm*») una simple actividad diligente, suficiente para satisfacer el **interés contractual**.
- 134** Por el contrario, en las **obligaciones de resultado** la simple conducta diligente no satisface la prestación, pues es necesario que se alcance el fin perseguido por el acreedor: también en ellas el deudor compromete su cooperación, pero el resultado es de consecución imprescindible.
 Suele admitirse la distinción en lo que se refiere al **objeto** de las respectivas obligaciones.
 También en lo que toca a la **distribución de riesgos** entre las partes:
 – quien debe un **resultado**, si éste no se obtiene, no cobra su contraprestación (y ello aunque la no obtención se haya debido a una circunstancia fortuita);

– quien debe una **actividad diligente**, cobra cuando haya diligencia, por más que el resultado (deseado, pero no exigible), no se haya obtenido.

Pero donde ya no coinciden los autores es en orden a distinguir las consecuencias de la misma en orden a la **carga de la prueba** y, en general, en orden a si la distinción ha de tener repercusiones en el régimen de la responsabilidad contractual.

A mi entender, en una obligación de resultado incumbe al **acreedor** probar que el resultado no se ha obtenido, debiendo ser el **obligado** quien, para exonerarse, habrá de probar una causa ajena (caso fortuito, fuerza mayor, conducta de la víctima o intervención de tercero).

No le bastará demostrar que actuó sin culpa, sino que deberá acreditar la ruptura del **nexo causal**.

No habiéndose obtenido el resultado comprometido, habrá ya habido incumplimiento, pero los **daños** derivados de éste no serán imputables al deudor si éste consigue demostrar que detrás de la causa que desencadenó esa falta de éxito no se encuentra su conducta.

[Precisiones] En este tipo de obligaciones sí vale lo que antes calificué como **esquema clásico** de la carga de la prueba (bien entendido que aquí no vale con la simple ausencia de culpa para provocar la exoneración del deudor, y bien entendido también que la causa ajena es una noción a mi entender distinta de la ausencia de culpa).

Por el contrario, en las **obligaciones de actividad o de medios** el problema no es de causalidad/no causalidad sino de culpabilidad/no culpabilidad: si convenimos en que el objeto de la obligación consiste en una actividad diligente, no importa que el paciente no sane o que el abogado pierda el pleito: habrá incumplimiento, y siempre imputable, cada vez que la actividad no haya sido diligente; y cuando el deudor haya observado la **diligencia** debida, no es que el deudor se libere de responsabilidad por ser inimputable el incumplimiento, es que, sencillamente, ha cumplido con su obligación.

En una palabra, y según este esquema:

a) En las **obligaciones de resultado** caben tres posibilidades:

- cumplimiento;
- incumplimiento inimputable; e
- incumplimiento imputable.

No basta la ausencia de culpa para que el deudor se exonere, pues en estas obligaciones no es la culpa o no culpa lo que se discute, sino la **causa**.

b) En las **obligaciones de actividad** solo caben dos:

- cumplimiento (diligencia); o
- incumplimiento imputable (culpa).

¿No cabe aquí el incumplimiento inimputable? No en un sentido propio: si a lo que se ha debido el desenlace es a una **causa ajena** y estamos admitiendo que en estas obligaciones «cumplir» es «ser diligente», las causas ajenas no componen casos de incumplimiento inimputable, sino de cumplimiento cabal, pues el objeto de análisis no es un objetivo frustrado sino un actuar del deudor. Y si el actuar ha sido diligente, se ha cumplido.

[Precisiones] El pleito encargado al abogado se ha perdido, pero el abogado ha sido diligente. El paciente ha muerto en el quirófano, pero el cirujano ha cumplido su obligación.

Creo que admitir la clasificación hasta sus últimas consecuencias ha de implicar, por lo tanto, admitir al mismo tiempo que *ausencia de culpa* y *caso fortuito* **no** son nociones **sinónimas**.

Es cierto que en los Códigos civiles parecen coincidir, pero ello se debe a que los ordenamientos civiles inspirados en el *Code* se edificaron en realidad sobre la noción exclusiva de la obligación de resultado.

Probar el **caso fortuito** implicará establecer el hecho preciso que ha impedido el resultado apetecido y *exigido*.

135

136

137

138

Probar la **ausencia de culpa** supone evidenciar que las precauciones normalmente requeridas y los actos que normalmente debían conducir al resultado apetecido *pero no exigible*, se han cumplido.

- 139** Es tradicional distinguir en la **actividad médica** aquellas intervenciones en las cuales no se puede garantizar la eficacia del resultado (como son normalmente las de cirugía terapéutica o curativa) de aquellas en las que la garantía de la eficacia en el resultado es contenido de la prestación debida (así, las de cirugía estética o embellecedora).

En términos muy generales, cabe decir que en las primeras se actúa sobre un cuerpo enfermo, mientras que en las segundas las condiciones son muy distintas, pues el paciente solo se somete a ellas si se le asegura un perfeccionamiento físico.

Una tesis de tanta simetría llevaría a decir, simplificando las cosas, que en el primer caso existe un *contrato de servicios médicos*, y en el segundo un *contrato de obra*.

- 140** De este modo, el **esquema probatorio teórico** sería éste:

a) Tratándose de **obligaciones de resultado**, al paciente le basta con probar la no obtención del fin último exigible, dato éste claramente constatable, que evidencia el incumplimiento (aún no sabemos si imputable) y que actúa como hecho constitutivo de la pretensión de resarcimiento; acto seguido, el médico intentará, por medio de la prueba de la ruptura del nexo causal, deducir que ese incumplimiento no le es imputable.

b) Si se trata de una **obligación de medios** o actividad (que es la común en materia médica), no habrá esos ideales *prius* y *posterius* probatorios, pues si la prestación consistía precisamente en una actividad diligente, es impensable que pueda adelantarse el paciente demostrando la actividad no diligente (con lo que ya habría probado el incumplimiento imputable) y que a continuación pueda el médico contraprobar demostrando la ausencia de culpa (con lo que quedaría claro, no que hubo un incumplimiento inimputable, sino un efectivo cumplimiento de la obligación).

- 142** Pero lo cierto es que en la práctica las cosas no suceden como en este esquema teórico.

- Ciertamente es que el médico (Corte de Turín, 6-10-44) «no necesita un hecho no imputable, positivamente identificado como causa de imposibilidad sobrevenida del exacto cumplimiento: le es suficiente con la prueba negativa de **ausencia de culpa**». Ciertamente también que cuando la obligación sea de resultado, la prueba del **incumplimiento objetivo** descarta el análisis de la culpa, y no porque no la haya, sino porque no interesa su evaluación: ni siquiera es que se presuma, es que queda fuera de toda cuestión en un litigio en el que la prestación consistía en un resultado determinado exigible.

- Pero no menos cierto es que, al inicio de un proceso, no sabemos con entera seguridad ante qué **tipo de obligación** nos encontramos. Ni siquiera en lo que «desde fuera» pudiera parecer una clarísima obligación de resultado queda acreditado nada definitivo con ese primer paso *teórico* que da el demandante con su material probatorio.

- 143** Es que no hay propiamente ni primer ni segundo paso, sino que ambas partes aportarán sus pruebas, de tal forma que el demandante intentará hacer ver que la obligación era de resultado y el demandado dirá que lo era de actividad.

Lo único que está claro al comienzo es que el interés final del acreedor no se obtuvo, pero todavía no sabemos (podremos, como mucho, sospecharlo) si la insatisfacción de ese interés final es al tiempo insatisfacción del interés primario.

La utilidad práctica de la distinción está, propiamente, no en la posibilidad de «**etiquetar**» la **obligación ab initio** (cosa siempre difícil para una persona ajena a la esfera técnica a la que pertenecen las actividades médicas y en general, a la que pertenecen muchas de las actividades que deben enjuiciarse cuando el litigio ha de consistir precisamente en una evaluación de la corrección técnica de las mismas) sino en el tramo **final del litigio**, cuando las pruebas aportadas o la capacidad discursiva

de una de las partes haya logrado convencer al juez de cuál era el verdadero contenido del programa de prestación.

En definitiva, es siempre un **juicio a posteriori** el que permite decir al Tribunal Supremo que «la obligación del médico no es la de obtener la recuperación del enfermo, como obligación de resultado, sino más bien una obligación de medios».

144

Precisiones 1) Véanse, entre otras muchas, la siguientes sentencias: TS-7-2-90 (EDJ 1168); TS 29-6-90 (EDJ 6969); TS 6-7-90; TS 8-5-91; TS 25-4-94 (EDJ 3636); TS 12-7-94 (EDJ 11719); TS 11-2-97 (EDJ 258); TS 4-2-99 (EDJ 931); TS 18-4-00 (EDJ 5929); TS 30-9-00 (EDJ 30764) y TS 23-3-01 (EDJ 6230).

2) El propio Tribunal Supremo se ocupa de relativizar la distinción cuando, enfrentado a reclamaciones de quien fue **vasectomizado sin éxito**, dice que «*el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue*» [TS 25-4-94, EDJ 3636 y TS 11-2-97, EDJ 258].

3) En materia de **cirugía voluntaria**, la jurisprudencia ha reorganizado el esquema anterior: la obligación es de medios, sin que el hecho de que la intervención sea voluntariamente asumida por el paciente (p.e., cirugía estética) signifique que exista garantía del resultado. Recientemente, la TS 13-4-16 (EDJ 40509) contiene una severa crítica a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia: «*si bien es cierto que su obtención [del resultado] es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, [lo que significaría poner] a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala*».

Tras años de sorpresas en la Sala 1ª, la regla general ha vuelto a ser, en efecto, general. Recientemente, el Tribunal Supremo ha dicho, para un caso de **nacimiento de una niña sin antebrazo** ni mano izquierdos, que las ecografías, realizadas durante la gestación en número superior al habitual, no presentaban anomalías, que los medios técnicos utilizados fueron suficientes para practicar la prueba diagnóstica y que, en definitiva, el criterio de imputación exige del paciente la demostración de la relación de causalidad, pero también la de la **culpa**, «*en el sentido de quedar plenamente acreditado que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo*» [TS 6-3-18, EDJ 18323].

145

Ese mismo juicio es el que permite que el Tribunal Supremo diga que las obligaciones que asume el **abogado** cuando se compromete a defender una causa ante los Tribunales son también de medios, como tantas sentencias han dicho en los últimos tiempos, aunque probablemente en esta profesión sea más fácil *poner etiquetas* desde el principio (ver Precisiones, pues no debe haber duda de que el **éxito** de la sentencia favorable **no es a priori asumible** por ningún profesional.

Precisiones Me refiero, claro está, a la obligación, típicamente de medios, de **llevar adelante una causa ante los Tribunales** (no así la de entregar un informe o dictamen, claro está). Así, por citar algunas de las de las últimas dos décadas, puede leerse en las siguientes sentencias: TS 8-6-00; TS 23-5-01 (EDJ 5999); TS 28-1-02; TS 30-12-02; TS 7-4-03; TS 8-4-03 (EDJ 9751); TS 29-5-03 (EDJ 17185); TS 4-6-03; TS 28-7-03 (EDJ 80466); 12-12-03 (EDJ 186265); 14-12-05; 23-5-06 (EDJ 71175); TS 23-3-07 (EDJ 16950); TS 22-10-08; TS 31-3-10; TS 22-4-13 (EDJ 92441); TS 20-5-14 (EDJ 82619).

Un buen resumen lo tenemos en un supuesto resuelto por la TS 12-12-03 (EDJ 186265): una vez acreditado el **nexo causal** entre la conducta negligente del letrado y el **daño** sufrido por el cliente hará surgir la obligación de repararlo, «*sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial, evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá, al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión solo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador*» [...]. Ver nº 2120.

146

Muy clara también la sentencia del mismo Tribunal que señala que: «*el abogado no puede ser responsable de un **acto de tercero** (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados. Es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con **competencia y prontitud** requeridas por las circunstancias de cada caso (CC art.1258). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas*» (TS 3-10-98, EDJ 26459).

C. El arrendamiento de servicios como cauce común

- 150** Aunque no constituya una novedad en nuestra jurisprudencia civil, a la vista está que la doctrina jurisprudencial contenida en TS 20-5-14 (EDJ 82619) está llamada a convertirse en auténtico guión argumental de:
- la **naturaleza jurídica** de la relación entre el abogado y su cliente;
 - las **características** de los servicios profesionales que el abogado se compromete a prestar;
 - de los concretos **deberes** que asume; y
 - de la carga de la **prueba** en un litigio de responsabilidad profesional.
- En el caso, sucedía que el abogado había tardado más de un año en informar a sus clientes, perjudicados por la tragedia del camping «XXX» (Biescas), del sobreesimiento y archivo de las actuaciones penales. Ello había comportado fatalmente la **prescripción** de la **acción de responsabilidad patrimonial** contra la Administración, cosa que no les había sucedido a los perjudicados que habían puesto sus intereses en manos de abogados más diligentes. Ver nº 2151.
- 152 Antecedentes** Aquel abogado se había hecho cargo de la dirección jurídica de sus clientes en las diligencias previas seguidas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Jaca. Tales **actuaciones penales** fueron objeto de sobreesimiento provisional y archivo por auto de 4-10-1999, reservándose a los perjudicados el ejercicio de las correspondientes acciones en la vía civil o en la contencioso-administrativa; contra el auto de archivo y sobreesimiento provisional el abogado interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, y este último fue desestimado por auto de 14-7-2000 de la Audiencia Provincial de Huesca que fue notificado a la procuradora de los demandantes el 17-7-2000.
- Después de transcurrido el plazo de prescripción de **un año desde el archivo** de la **causa penal** para que pudiera formularse reclamación por responsabilidad patrimonial contra la Administración (que establecía la L 30/1992 art.142), el abogado demandado comunicó a los demandantes el cambio de tramitación de las actuaciones y les indicó que, por no ser especialista en la jurisdicción contencioso-administrativa, no continuaría con el caso, recomendando para la defensa de los intereses de los demandantes a otro abogado, a quien remitió la documentación el 8-3-2002.
- 153** Y como era previsible, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia en el 21-12-05 (EDJ 213864), reconociendo la **indemnización** correspondiente a aquellos perjudicados que sí habían ejercitado oportunamente la acción. Y como era previsible también, los que no lo hicieron demandaron a su abogado, entendiendo que su daño material coincidía con la **pérdida de oportunidad procesal**, por la imposibilidad de obtener una indemnización por el fallecimiento de sus familiares similar a la reconocida en dicha sentencia a los que sí habían reclamado a tiempo.
- Y que el **daño moral**, añadido al anterior, se justificaba por la circunstancia de que los demandantes tuvieron que soportar cómo otros perjudicados sí eran indemnizados, tras diez años de espera, y empezaban a cobrar las indemnizaciones judicialmente reconocidas.

La **reclamación** contra el abogado era, en fin, de 360.000 euros por daños materiales y 60.000 por daños morales para cada uno de los demandantes. **154**

Se desestimó su pretensión en la primera y segunda instancia, que centraron el punto de atención en que la reclamación contra la Administración no se encontraba prescrita, pues no era relevante la notificación del auto de archivo al procurador, sino que el *dies a quo* debía fijarse en la notificación a los interesados, que nunca llegó a hacerse.

Pero el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación: la **negligencia** estaba en que no se advirtió a los clientes la notificación hecha al procurador ni su contenido, «privándoles en definitiva del conocimiento del cierre del proceso penal y de la posibilidad de encauzar desde ese instante su reclamación por otras vías, en particular la consistente en la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración como hicieron los demás perjudicados» (TS 20-5-14, EDJ 82619).

Contenido doctrinal La sentencia parte de una base muy clara acerca de la naturaleza de la **relación contractual** que existe entre un **abogado y su cliente**: **155**

«Como recuerda la jurisprudencia (entre las más recientes, TS 5-6-13 y las que en ella se citan), la relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un **contrato de gestión** que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (TS 14-7-05; 30-3-06; 26-2-07; 2-3-07; 21-6-07; 18-10-07).

El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la **diligencia media** razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una **responsabilidad contractual** (TS 20-5-14, EDJ 82619).

Con relación a estas obligaciones del abogado, también declara la jurisprudencia (TS 22-4-13) que el deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las **reglas técnicas** de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: **informar** de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de **lealtad y honestidad** en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables **conocimientos jurídicos** (TS 14-7-05). La jurisprudencia también ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la **carga de la prueba** de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (TS 14-7-05; 21-6-07; 20-5-14, EDJ 82619). **156**

El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una **obligación de medios**, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (TS 30-3-06; 26-2-07, entre otras). Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido –siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto de la actuación judicial no susceptible de ser corregida por medios procesales– una disminución notable y cierta de las **posibilidades de defensa** de la parte, suficiente para ser configurada como un daño que deba ser resarcido en el **157**

marco de la responsabilidad contractual que consagra el CC art.1101 (TS 23-7-08)» (TS 20-5-14, EDJ 82619).

Por lo tanto, tengamos claro el marco del arrendamiento de servicios¹⁰. Y las piezas del tablero, las obligaciones de medios o actividad, la conducta probada como negligente y, por supuesto como elementos comunes a cualquier forma de responsabilidad, el daño cierto para el cliente, que resulte vinculado causalmente a esa **conducta imprudente**.

D. Contraprestación y daños, dos lenguajes diversos

160 En cualquier caso, se hace obligado insistir en la necesidad de diferenciar entre lo que es el lenguaje propio de la responsabilidad por los daños causados por la actividad del abogado, y lo que es el referente a la prestación en sí, y a su correspondiente contraprestación en forma de derecho al cobro de los honorarios.

Verdaderamente, donde tiene particular importancia la distinción entre obligaciones de actividad y obligaciones de resultado es en punto al objeto de las respectivas **obligaciones de profesional y cliente**.

El deudor de una obligación de **resultado** que no logra obtener el mismo, ha incumplido su obligación. Ello es claro, tan claro como lo está la consecuencia, que no es otra, por ahora, que la pérdida del derecho a la percepción de los **honorarios**.

El que ahora ese incumplimiento sirva para imputar o no al profesional los **daños y perjuicios** que sobrevengan al cliente por la no consecución del *opus* ya dependerá de la **causa** por la que el fracaso tuvo lugar.

Precisiones Si el abogado tributarista o el **asesor fiscal** no tienen hecha la declaración de Hacienda de su cliente a tiempo para ser presentada, no cobrarán sus honorarios, y ello, ya sea porque les han incendiado el despacho, porque les han robado los papeles la noche anterior a su entrega o, sencillamente, porque se han descuidado en la consecución del encargo. Pero de los daños que todo ello provoque al cliente en forma de multas, recargos, etc., solo responderá el profesional si el fracaso se ha debido a una causa ajena. Y, naturalmente, si la Administración tributaria opta por no sancionar al contribuyente (porque no le somete a inspección o por la razón que sea) y éste no sufre entonces daño alguno, el abogado no responde por no haber daño, pero sigue sin cobrar sus honorarios porque él comprometió un resultado feliz.

162 Pensemos ahora en la obligación, típicamente de medios, asumida por el abogado de llevar adelante un pleito. Y pensemos que la **demanda no** se presenta **a tiempo**.

Pero pensemos también que la parte contraria no opone la **prescripción**, o que, una vez opuesta, el juez decide que no prospere la excepción (ver Precisiones), y ello determina que el pleito se gana.

No hay daño alguno para el cliente, pero la **incompetencia** del letrado no le debe hacer merecedor de honorarios.

El cliente no ha sufrido daños, y no hay responsabilidad civil del abogado, pero al mismo tiempo, éste no ha cumplido el encargo, o lo ha cumplido mal... y no debería **cobrar**.

Pasa lo mismo que si un **cirujano** opera ebrio, sin lavarse las manos ni hacer uso de guantes de quirófano, fumando puros habanos durante la intervención y experimentando sobre el aparato digestivo del sufrido paciente con instrumental sucio y oxidado..., pero sucede que éste, a pesar de todo, sana.

Precisiones Le doy mi palabra al lector de que una sentencia (AP Barcelona 12-9-89 -Secc. 14), entendió que una **demanda de responsabilidad extracontractual** presentada un año y algunos días después de iniciado el cómputo del plazo se consideró no prescrita, pues «no hay que dar a la prescripción un alcance meramente matemático» (?)

164 En ambos ejemplos, la obligación de medios (actividad diligente) se ha incumplido, pero la Diosa fortuna ha procurado que el pleito «se gane» o la dolencia «se cure». No sabemos quién lo ha conseguido, pero sí, desde luego, quién no. A la hora de la verdad, no habrá problemas: el cliente está satisfecho con el resultado, y nada pedirá.