LA CONFIGURACIÓN DEL DAÑO Y SU RELACIÓN CON EL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

Consejo Thomson Reuters Aranzadi

D. JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ
Presidente

D. LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO
Vicepresidente

VOCALES

D. ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

Dª. ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO

D. ÁNGEL CARRASCO PERERA

Dª. CARMEN CHINCHILLA MARÍN

D. FAUSTINO CORDÓN MORENO

D. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

D. MARIO GARCÉS SANAGUSTÍN

D. JOSÉ LUIS GARCÍA DELGADO

D. EUGENIO GAY MONTALVO

D. JACOBO BARJA DE QUIROGA

D. LUIS MARTÍN REBOLLO

D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

D. JULIO MUERZA ESPARZA

D. ALFONSO MUÑOZ PAREDES

D. ALBERTO PALOMAR OLMEDA

D. GONZALO QUINTERO OLIVARES

D. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

D. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

D. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

Dª. Mª LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

D. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

D. EUGENIO SIMÓN ACOSTA

Autor

LORETO CARMEN MATE SATUÉ

LA CONFIGURACIÓN DEL DAÑO Y SU RELACIÓN CON EL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

PRÓLOGO

María Teresa Alonso Pérez

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2021

THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

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) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Loreto Carmen Mate Satué]
© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1390-529-7
DL NA 1679-2021
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

Busca siempre la Justicia por el camino de la sinceridad,
sin otras armas que las de tu saber
(Decálogo del Abogado según Ángel Ossorio)

A mis padres y a mis abuelos Ángel y Concha,
a quienes debo todo lo que soy

Sumario

Página

PRÓLOGO 21

INTRODUCCIÓN 29

CAPÍTULO I

LA RESPONSABILIDAD DEL LETRADO: RESPONSABILIDAD CIVIL, PENAL Y DISCIPLINARIA 33

1. La responsabilidad civil del letrado: los distintos regímenes de responsabilidad aplicable 34

1.1. La responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil 34

1.2. La responsabilidad civil contractual y extracontractual: diferencias ... 36

1.2.1. Las diferencias entre el régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual 37

1.3. La responsabilidad del abogado como una responsabilidad fundamentalmente, contractual y de corte subjetivo 43

1.3.1. La excepcionalidad de los supuestos de responsabilidad extracontractual del abogado 43

1.3.2. La responsabilidad del abogado: una responsabilidad de corte subjetivo 46

1.4. La posibilidad de aplicación de otros regímenes de responsabilidad al Letrado 50

1.4.1. ¿Es posible la aplicación a los servicios jurídicos del régimen previsto en el artículo 147 del TRLGDCU? ... 50

1.4.2. El régimen de responsabilidad por la actuación negligente de sus auxiliares: especial referencia a la Ley de Sociedades Profesionales 57

1.4.3. La actuación del letrado constitutiva de «intromisión ilegítima»: el régimen de responsabilidad previsto en la LO 1/1982 64

Página

2. La responsabilidad penal del letrado: en concreto, el delito de deslealtad profesional 67

2.1. La responsabilidad penal del letrado: su delimitación con la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad contractual del profesional de la Abogacía 67

2.2. El delito de deslealtad profesional: el artículo 467.2 del Código Penal 70

2.2.1. Los elementos del tipo penal del artículo 467.2 del Código Penal 70

2.2.2. El delito de deslealtad profesional y el concurso con otros delitos 75

2.2.3. Reflexiones sobre el delito de deslealtad profesional del artículo 467.2 del Código Penal 78

2.3. Las especialidades que en esta materia plantea la responsabilidad civil ex delicto: el plazo de prescripción y la extensión del daño indemnizable 79

2.3.1. Punto de partida: la responsabilidad civil en el proceso penal 79

2.3.2. Las especialidades de la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil contractual en la responsabilidad civil derivada del delito 82

3. La responsabilidad disciplinaria del letrado 84

3.1. La responsabilidad disciplinaria colegial 84

3.2. La responsabilidad disciplinaria jurisdiccional 86

3.3. Los efectos de la responsabilidad disciplinaria colegial en la responsabilidad civil del abogado: interrupción de la prescripción y presunción de culpa 87

A) ¿Se interrumpe el plazo de prescripción? 88

B) ¿Existe una presunción de culpa en el letrado si el procedimiento disciplinario finaliza con una resolución sancionadora? 90

CAPÍTULO II

LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE ABOGADO Y CLIENTE 91

1. La relación jurídica entre el cliente y el letrado: del contrato de servicios al contrato de gestión 91

Página

2. La integración del contrato de servicios jurídicos 94

3. El prestador del servicio: el abogado en ejercicio 97

3.1. Los requisitos para el ejercicio de la profesión 97

A) Titulación universitaria 99

B) La colegiación 100

3.2. Las modalidades en el ejercicio de la Abogacía 102

3.2.1. El abogado adscrito al Turno de Oficio 102

3.2.2. El abogado en régimen de dependencia laboral 104

4. Las obligaciones de las partes: especial referencia a las obligaciones del prestatario del servicio 106

4.1. La obligación principal del cliente: el pago del precio 107

4.2. El deber de colaboración del cliente en las Propuestas de modernización del contrato de servicios 109

5. La perfección y forma del contrato: las hojas de encargo y la contratación de servicios jurídicos a través de internet 111

5.1. El reconocimiento normativo de las hojas de encargo profesional 111

5.2. La virtualidad de las hojas de encargo 113

A) Las hojas de encargo como medio para acreditar la existencia y el objeto del encargo 113

B) Las hojas de encargo como vía para la determinación del acuerdo económico 115

C) Las hojas de encargo como acreditación del cumplimiento de obligaciones del prestador del servicio 116

5.3. La contratación de servicios jurídicos a través internet 118

CAPÍTULO III

LOS REMEDIOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ... 121

1. La acción de cumplimiento 125

1.1. Las modalidades de la acción de cumplimiento 127

1.2. Los límites al cumplimiento in natura de la obligación del letrado: la infungibilidad de la prestación y la imposibilidad física o jurídica de efectuar el cumplimiento 130

Página

A) La infungibilidad de la prestación 130
B) La imposibilidad física o jurídica de ejecutar la obligación 133

2. La acción de resolución del artículo 1124 del Código Civil 134

3. La acción resarcitoria del artículo 1101 del Código Civil 135

CAPÍTULO IV
LAS OBLIGACIONES DEL LETRADO Y SU INCUMPLIMIENTO NEGLIGENTE 139

1. La obligación principal del letrado: su actuación dentro y fuera del proceso 139

1.1. Las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado: virtualidad y criterios para su distinción 140

1.2. El deber del abogado de desarrollar la prestación conforme a la «lex artis» 146

2. Los «deberes accesorios» que conforman la prestación del servicio conforme a la «lex artis» 151

2.1. Los «deberes accesorios» que conforman la «lex artis» de la Abogacía 151

2.2. La obligación de conocer el Derecho aplicable: la dificultad de su determinación como causa de incumplimiento contractual y su alcance ... 155

2.2.1. El alcance del deber de conocimiento en las «cuestiones jurídicas indubitadas» 158

2.2.2. El alcance del deber de conocimiento en las «cuestiones jurídicas opinables y controvertidas» 158

2.2.3. El alcance del deber de conocimiento en las «cuestiones jurídicas especialmente complejas» 160

2.3. El deber de información del abogado 161

2.3.1. El régimen jurídico aplicable al deber de información en la Abogacía 161

2.3.2. El fundamento y alcance del deber de información en las distintas fases del contrato de servicios jurídicos 167

2.4. El deber de custodia de la documentación 171

2.4.1. El régimen jurídico aplicable al deber de custodia de la documentación 171

Página

2.4.2. Contenido, alcance y obligaciones que comporta para el abogado el deber de custodia de la documentación 173

2.5. El deber de secreto y confidencialidad profesional 175

2.5.1. El régimen jurídico aplicable al deber de secreto y confidencialidad profesional 175

2.5.2. El fundamento del secreto profesional 176

2.5.3. El contenido y alcance del deber de secreto profesional: la dispensa 177

2.6. El deber de usar adecuadamente la tecnología en el desarrollo de la prestación 179

CAPÍTULO V

EL DAÑO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EN ESPECIAL EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL LETRADO 183

1. El daño en la responsabilidad civil del letrado: una visión jurisprudencial y doctrinal sobre el estado de la cuestión 183

1.1. El daño patrimonial puro 184

A) Cuando la pretensión del cliente es de naturaleza patrimonial y no existe ningún tipo de incertidumbre respecto a la vinculación causal entre el daño y el incumplimiento profesional 184

B) Los gastos derivados del proceso 185

C) Los daños derivados de la incorrecta liquidación de impuestos 187

1.2. El daño por pérdida de oportunidad 188

A) El daño patrimonial por pérdida de oportunidad procesal 188

B) La pérdida de oportunidad procesal como daño moral ... 189

C) La valoración de la oportunidad perdida 190

1.3. El daño moral por privación de la tutela judicial efectiva 193

1.4. El daño moral derivado de la afectación psíquica del cliente 194

1.5. La dualidad de daños: el daño patrimonial y el daño moral 195

2. Los factores que influyen en la configuración del daño 196

Página

2.1. La configuración de la obligación del abogado como una «obligación de medios» y el resultado siempre incierto del proceso 197

2.2. La no manifestación exterior del resultado dañoso 198

2.3. La dificultad para su reparación: el instituto de la «cosa juzgada» ... 199

3. El concepto de daño y los requisitos del «daño jurídicamente relevante» 200

3.1. Teorías sobre el concepto del daño 204

3.1.1. Teoría de la diferencia 205

3.1.2. Teorías de la concepción objetiva o del daño concreto 206

3.1.3. Teoría subjetiva o real concreta 206

3.2. Los requisitos del «daño jurídicamente relevante» en la responsabilidad civil de los abogados 207

3.2.1. El daño antijurídico 208

3.2.2. El daño cierto y definitivo: la incertidumbre del proceso y su incidencia en este presupuesto de la responsabilidad civil 210

3.3. El daño en la responsabilidad contractual: la previsibilidad como posible criterio de delimitación de su alcance 214

A) El artículo 1107.1 del Código Civil: La previsibilidad del daño en el incumplimiento contractual 215

B) El artículo 1107.2 del Código Civil: el deudor de buena y mala fe 218

4. Los tipos de daño: en especial el daño moral 220

4.1. Los daños patrimoniales: el daño emergente y el lucro cesante 220

4.1.1. El daño emergente 222

4.1.2. El lucro cesante 223

4.2. Los daños morales 225

4.2.1. Los supuestos de reconocimiento legal y jurisprudencial del daño moral 231

4.2.2. El daño moral en los *Principles of European Contract Law* y en los *Principles of European Tort Law* 237

5. El daño moral en la responsabilidad civil del letrado: la privación del derecho a la tutela judicial efectiva y el *pretium doloris* 241

Página

5.1. El punto de partida: Aspectos críticos que plantea la configuración del daño como privación de la tutela judicial efectiva 241

5.2. El daño moral por afectación de derechos fundamentales, la privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva 243

5.2.1. La automaticidad del daño por vulneración de derechos fundamentales 244

5.2.2. ¿Un particular puede privar a otro de un derecho fundamental? 251

5.2.3. ¿Puede un abogado privar a su cliente del derecho a la tutela judicial efectiva? 259

5.2.4. ¿Es el Abogado un «Poder Público»?: Análisis de la función del abogado como cooperador de la Justicia y la configuración de la postulación procesal como garantía del ciudadano 267

5.2.5. Recapitulación sobre la configuración del daño ocasionado por el abogado como privación del derecho a la tutela judicial efectiva 283

5.3. El pretium doloris como único daño moral que puede generar el letrado 285

CAPÍTULO VI

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL 289

1. Aspectos generales de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil 289

1.1. La causalidad material y la imputación causal o causalidad jurídica 291

1.2. ¿Es posible el reconocimiento del nexo causal en las omisiones? 293

1.2.1. Las «omisiones de diligencia» y las «omisiones puras» 294

1.2.2. El tratamiento del nexo causal en las omisiones 296

1.3. La relación de causalidad y la responsabilidad objetiva 298

2. Las principales teorías sobre la relación de causalidad 300

2.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones 300

2.2. La teoría de la causalidad adecuada o teoría de la causa eficiente ... 302

2.3. La teoría de la causa próxima o de la causa inmediata 304

Página

3. La relación de causalidad y la teoría de la imputación objetiva 305

3.1. Las bases de la teoría de la imputación objetiva 305

3.2. Los criterios de imputación objetiva 308

4. La prueba de la relación de causalidad 310

4.1. La carga de la prueba y los mecanismos de facilitación probatoria de la relación de causalidad 310

4.2. La revisión en casación del presupuesto del nexo causal 316

5. Otros factores que influyen en la determinación de la relación de causalidad 318

5.1. La relación de causalidad en supuestos con pluralidad de responsables 318

5.1.1. La concurrencia de causas por intervención de la propia víctima: en concreto, la actuación culposa del propio cliente 319

5.1.2. La concurrencia de causas por intervención de un tercero: la intervención culposa del procurador de los tribunales 324

5.1.3. El daño causado por un miembro indeterminado de un grupo 326

5.2. El caso fortuito y la fuerza mayor: la relación de causalidad 327

CAPÍTULO VII

EL DAÑO OCASIONADO POR EL LETRADO: ¿EL DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O LA PRETENSIÓN COMO DAÑO INDEMNIZABLE? 329

1. El punto de partida: la teoría de la pérdida de oportunidad y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad profesional 329

1.1. La pérdida de oportunidad como daño indemnizable: la teoría ontológica y su configuración como daño patrimonial o como daño moral ... 334

1.1.1. El daño por pérdida de oportunidad: La teoría ontológica del perjuicio patrimonial. La patrimonialidad de la *chance* 338

1.1.2. El daño por pérdida de oportunidad: La teoría ontológica del perjuicio moral. La dificultad de su admisión 342

Página

1.1.3. ¿Existe un reconocimiento normativo de la pérdida de oportunidad? 346
1.1.4. La inadecuación de la teoría ontológica de la pérdida de oportunidad 348
1.2. La teoría de la pérdida de oportunidad y la relación de causalidad ... 350
A) La pérdida de oportunidad y la teoría de la causalidad física 351
B) La pérdida de oportunidad y la teoría de imputación objetiva 352
C) La pérdida de oportunidad y las teorías de la responsabilidad proporcional 352

2. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria: la oscilación entre el daño y el nexo causal 355

2.1. Las características de la prestación sanitaria: la justificación de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad 355
2.2. Los errores diagnósticos y el retraso en la realización de pruebas 358
2.3. Las infracciones del deber de información o de consentimiento informado 360
A) La identificación del perjuicio con el daño corporal 363
B) El daño como lesión del derecho de autodeterminación del paciente 364
C) La lesión del derecho a la información y la teoría de la pérdida de oportunidad 366
2.4. Los errores de diagnóstico prenatal (wrongful birth) 367
A) El daño indemnizable en los wrongful birth 370
B) La relación de causalidad en los wrongful birth 376
2.5. Recapitulación sobre la aplicación de la doctrina de la chance en el ámbito de la responsabilidad sanitaria 377

3. El daño en la responsabilidad civil del letrado: ¿el daño como pérdida de oportunidad o como la privación de la pretensión? 379

3.1. Las características de la prestación del abogado: la justificación de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad 379
A) La incertidumbre inherente al proceso y otros factores que se encuentran fuera del ámbito de control del letrado 379
B) La obligación de medios del abogado 380

Página

3.2. La dificultad de identificar el daño indemnizable: ¿la privación de la pretensión o la pérdida de oportunidad de obtener un beneficio favorable? 381

3.2.1. El daño como la pérdida de oportunidad procesal ... 383

3.2.2. La pretensión del cliente como el daño indemnizable y la doctrina de la chance como una teoría de causalidad probabilística 388

3.2.3. El daño causado por el letrado como la privación de la pretensión del cliente y la teoría de la chance como una manifestación de la causalidad probabilística: su aplicación 400

4. Otros daños patrimoniales que puede generar la actuación negligente del letrado: los gastos procesales 406

5. La propuesta del «daño jurídicamente relevante» en la responsabilidad civil del letrado: recapitulación 410

CONCLUSIONES 413

BIBLIOGRAFÍA 419

JURISPRUDENCIA 455

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Prólogo

Las páginas que preceden a una obra adquieren una significación especial cuando se trata de una monografía científica que ha permitido a su autor alcanzar el grado de Doctor, como es el caso de este libro titulado «La configuración del daño y su relación con el nexo causal en la responsabilidad civil del Abogado», que contiene la tesis de la ya Doctora Loreto Carmen MATE SATUÉ y que ha sido realizada bajo mi dirección. Normalmente, la tesis doctoral constituye el primer resultado –o, al menos, el primero de entidad– que el autor presenta a la comunidad científica y que somete a la sana crítica de los expertos en la materia, debate científico siempre enmarcado en el mundo universitario; de ahí, precisamente, la importancia de presentar adecuadamente al autor, avalar convenientemente su obra destacando la seriedad con la que se ha realizado, la relevancia de sus aportaciones y el avance que supone para el conocimiento de esa concreta materia. Espero, en las páginas que siguen, cumplir fielmente este cometido.

Conocí a la autora de esta monografía, Doña Loreto Carmen Mate Satué, cuando asistía como alumna a las clases de Licenciatura. Concretamente cursó dos asignaturas optativas cuya docencia me fue –junto a otros compañeros del Área– encomendada, Derecho del Consumo y Derecho de Daños, las cuales constituyen, dicho sea de paso, dos líneas de investigación que pueden apreciarse de manera clara en su trayectoria científica. Tras culminar brillantemente entre los primeros expedientes de su promoción la Licenciatura en Derecho, quiso iniciar sus estudios de Doctorado bajo mi dirección. Pese al desolador panorama que se extiende ante quien pretende desarrollar una carrera científica y docente en la Universidad española y que tuve que mostrarle para hacerle ver el incierto futuro profesional al que se enfrentaba, su vocación era firme; me atrevo a decir que estaba decidida a optar por la carrera universitaria mucho antes de acabar su Licenciatura. Por mi parte, asumí la responsabilidad que la decisión de hacerme cargo de su formación implicaba con bastantes dudas sobre mi capacidad para hacerlo al nivel requerido en el Área de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza y siendo consciente de que pasaban a ser comunes las enormes dificultades que plantea actualmente la carrera académica, las cuales debía ayudarle a superar. La formación de investigadores es una de nuestras mayores responsabilidades como universitarios y no es propio de mi naturaleza hacer dejación de funciones, menos aun

cuando lo importante, que era mi confianza en las enormes capacidades de quien en ese momento requería mi esfuerzo y su decidido empeño en conseguirlo y hacerlo bien, concurría.

Así las cosas, emprendimos con gran ilusión una aventura en el más propio sentido de la palabra, de la que esta obra es uno de sus resultados; con toda seguridad el más significativo al marcar el devenir de la dedicación científica de su autora.

Sin entrar en pormenores, diré que tras obtener una beca oficial para formación de investigadores e incorporarse al Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza como profesora en formación, la autora se dedicó, con el mismo tesón y seriedad de los que había hecho gala durante su formación como Licenciada, a desarrollar todas las labores que ahora se exigen al profesorado en formación. Así, ha impartido el mayor número de clases posible habiendo sido evaluada con las mejores calificaciones por sus estudiantes; algunas de estas clases las viene impartiendo desde hace varios años y de manera regular en la Université de Rouen en Francia; ha recibido cursos de formación para la docencia y ha elaborado materiales docentes. En el plano científico ha publicado ya un libro sobre el análisis de los contratos de servicios jurídicos desde la perspectiva del Derecho del Consumo –editorial Reus– y, dentro de esa línea muy marcada en su curriculum sobre Derecho del Consumo, ha publicado en revistas de reconocido prestigio en nuestra disciplina, como la Revista de Derecho Civil (2019-1) o la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (2019-772), entre otras, varios artículos relacionados con las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda. También ha tenido oportunidad de organizar Congresos y de asistir a Jornadas en las que ha expuesto los resultados de sus investigaciones. Además, ha sido investigadora visitante en el Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne de la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Todas estas actividades cuya realización ha acometido la Dra. Mate Satué las ha resuelto brillantemente, gracias a su forma de trabajar, seria y dedicada. Como no podía ser de otro modo, también su tesis doctoral que aparece contenida en esta monografía y a cuya presentación dedico las siguientes líneas es de una excelente calidad como podrá apreciar quien la ley y estudie.

Como digo, la Dra. Mate cursó la asignatura de Derecho de Daños que era optativa en el Plan de Licenciatura que se implementó el año 2000 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. En el Área de Derecho civil diseñamos esta asignatura y la preparamos con mucha dedicación y cuidado esmero sabiendo que los resultados docentes podían ser excepcionales pues es una materia entretenida en la que se consigue fácilmente la implicación de los estudiantes. Y, efectivamente, así ocurrió, fueron años en los que disfruté como nunca de la docencia, al hilo de la cual aprendí mucho y pude introducir una innovación docente basada en un estudio intensivo y dirigido

de jurisprudencia que sigo aplicando para explicar responsabilidad civil en el poco margen que nos dejan los infaustos planes de estudio marcados por las rígidas y nefastas exigencias del Espacio Europeo de Formación Superior –Plan Bolonia–.

Y en ese marco de dedicación cuidada a la docencia –no es casualidad– es donde la autora de esta monografía toma contacto con la responsabilidad civil, ámbito en el que manifiesta posteriormente su deseo de investigar. El tema concreto sobre el que debían discurrir sus reflexiones había que concretarlo con el cuidado que merece una elección que marca definitivamente la carrera científica de un investigador. Las cuestiones que suscita la responsabilidad del abogado por incumplimiento contractual siempre me habían parecido especialmente complejas; había cuestiones y dudas sobre las que, por mucho que se leyera y estudiara, no quedaban claras, de modo que había aspectos que desentrañar y, en relación con los cuales probablemente, si se trabajaba bien, algo que aportar. Me gustaría señalar que las referencias doctrinales –casi todas ellas, curiosamente, tesis doctorales– que pueden considerarse como obras fundamentales en la materia (CRESPO MORA en 2005, SERRA RODRÍGUEZ en 2001) y que preceden a esta investigación doctoral son de una excelente calidad, lo que contribuyó a confirmar el campo de estudio pues permitiría a Loreto trabajar en torno a un debate científico bien perfilado y estructurado. A todo ello se unía que había ejercido durante algún tiempo la abogacía antes de poder centrarse con exclusividad en el desarrollo de su carrera universitaria como investigadora y docente universitaria, lo que garantizaba no sólo la motivación suficiente para afrontar el estudio de esta materia, sino, además –lo que era más importante–, un conocimiento profundo de las implicaciones que para el desarrollo de la profesión de abogado tendrían las conclusiones a que llegara.

Para calibrar adecuadamente el grado de dificultad de las cuestiones que suscita el tema de la responsabilidad civil del abogado basta con referir que el elemento en conflicto, el menos claro, aquella parte de la materia cuyo tratamiento más cuesta entender en las sentencias referidas a la cuestión, es el daño que, como dice la autora en la monografía es el elemento primario de la responsabilidad civil, pues sin daño no hay responsabilidad. ¿Cómo es posible que en muchos casos parezca razonable imputar responsabilidad a un abogado si apenas se puede llegar a intuir, a vislumbrar, y mucho menos a saber a cuánto asciende el daño que ha podido causar?

Esta es la pregunta que marca la dirección de las reflexiones de la tesis doctoral que ahora se publica gracias a ARANZADI –la gran editorial jurídica española y de origen navarro–, cuya autora –dicho sea de paso– encontró en el confinamiento decretado en marzo de 2020 como consecuencia de la pandemia causada por la COVID-19 su particular reclusión monacal para concluirla.

Si bien las reflexiones que conforman el discurso intelectual en que consiste la tesis están enfocadas en un primer momento en torno al daño debido al tratamiento que de la materia venía haciendo la jurisprudencia y la doctrina, se hace un análisis completo de todos los problemas que suscita la responsabilidad civil del abogado por incumplimiento contractual, empezando por el estudio de las fronteras entre la responsabilidad penal, la civil y la disciplinaria del abogado. A mi modo de ver, la delimitación entre el ámbito penal y civil de la responsabilidad es un prior, más si cabe en este ámbito porque el supuesto de hecho de estos dos órdenes de responsabilidad –además del de la responsabilidad disciplinaria– se configura en torno a los mismos elementos, que son el comportamiento negligente del profesional de la abogacía y el daño causado al cliente.

En el plano civil, la mayoría de los casos de la responsabilidad del abogado se suscitan en el marco de una relación contractual, lo que justifica un examen de la relación jurídica que vincula al Letrado con su cliente, en el que se estudian cuestiones como el valor jurídico de las obligaciones deontológicas o las que imponen las normas reglamentarias como las que recoge el Estatuto General de la Abogacía –renovado con posterioridad a la realización de la tesis a través del Real decreto 135/2021, de 2 de marzo y al cual se ha adaptado el texto que ahora se publica–; la autora integra sin ambages el contrato celebrado entre el abogado y su cliente con las obligaciones derivadas de las normas estatutarias y deontológicas mediante la aplicación del artículo 1258 del Código civil. Repasa así el contenido del contrato, recogiendo los derechos y obligaciones de las partes; en este capítulo aborda fundamentalmente las obligaciones del prestatario, porque las del abogado –prestador del servicio–, las analiza al hilo del estudio de la falta de diligencia como presupuesto de la responsabilidad. Además de la obligación de pagar el precio, da relevancia a la obligación de colaboración con el profesional que recogen la mayor parte de propuestas de modernización de la regulación de este tipo de contratos a nivel europeo y nacional.

Otra cuestión que, en relación con el contrato, estudia la Dra. MATE SATUÉ en esta obra es la atinente a la perfección del contrato y a las exigencias formales del mismo; en particular, estudia la hoja de encargo como documento que sirve para formalizar cada vez con mayor frecuencia la perfección del contrato. El tratamiento que se hace de este punto es uno de los que permite vislumbrar una perspectiva que aporta a la investigación contenida en esta obra el hecho de que sea importante en la formación pre-doctoral de la autora el análisis de cuestiones relativas a la protección de los consumidores. La perspectiva que ofrece el Derecho del Consumo para el análisis de los contratos está presente también en otras partes de la monografía, como la relativa al análisis de la obligación de pagar el precio, o la referida a si debe aplicarse a este sector concreto de la prestación de servicios el régimen de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba de la culpa que establece, con alcance general para los servicios, el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de

16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En esta monografía se enmarca perfectamente el tema que se estudia desde el punto de vista dogmático porque, teniendo en cuenta que el incumplimiento contractual no está regulado ni para los contratos de servicios en general y, menos aún, para los contratos de servicios jurídicos en particular, se estudian los remedios que ofrece la parte general de las obligaciones y de los contratos, concentrándose en el artículo 1101 del Código civil regulador de la responsabilidad por incumplimiento contractual –tras ponerlo en conexión con el artículo 1124 y los remedios que este precepto arbitra– y en la acción resarcitoria que ofrece.

Una vez focalizado el ámbito normativo de referencia en materia de responsabilidad civil del abogado, se pasa a estudiar cuidadosamente cada uno de los presupuestos de la acción de responsabilidad civil por los daños causados por el incumplimiento contractual en que puede incurrir este profesional. Al tratarse de un contrato de servicios, la negligencia, además de ser constitutiva de incumplimiento contractual, supone la concurrencia del criterio de imputación establecido por el artículo 1101 del Código civil; motivo por el cual se aborda en esta parte el análisis del contenido de la relación contractual enumerando los deberes del abogado frente a su cliente.

A continuación, se estudia el aspecto de mayor dificultad que es la concreción del daño y su relación con el nexo causal. Debe tenerse en cuenta que, en materia de responsabilidad civil, más aún cuando no hay norma específica que regule la cuestión, debe atenderse primariamente a cómo la jurisprudencia ha ido resolviendo los diferentes problemas que plantea esta materia; esa labor de estudio jurisprudencial la desenvolvió concienzuda y minuciosamente la autora con carácter preliminar al desarrollo de esta investigación. Debe indicarse que en la mayoría de las sentencias sobre responsabilidad civil del abogado –si no en todas– se analiza alguna cuestión referida al daño como presupuesto de la responsabilidad civil: su concurrencia, su categorización como material o moral, o, incluso, su cuantificación. Tan relevante es este presupuesto de la responsabilidad civil cuando tiene que ver con el ejercicio de la profesión de abogado que todas las disquisiciones jurisprudenciales y, siguiendo a estas, las aportaciones doctrinales existentes –de gran calidad, como he dicho– tratan sobre cuestiones relacionadas con el daño.

En esta línea se puede observar cómo las reflexiones científicas sobre la materia giran en torno a dos ideas que venían acogiéndose y convalidándose como ciertas y que son objeto de estudio detenido en esta obra.

La primera de ellas tiene que ver con el hecho de que casi todos los casos de responsabilidad del abogado tienen como punto de partida el hecho de que al abogado se le pasa algún plazo, frustrando así la posibilidad de que

el problema jurídico que tiene el cliente sea examinado por los Tribunales o se impida la posibilidad de recurso frente a la sentencia que se haya podido dictar. En estos casos, se admite que el daño causado por el profesional de la abogacía se traduce en la privación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución española de 1978. La autora disecciona perfectamente la materia y discute esta idea, que se asumía jurisprudencialmente con cierta naturalidad, refutándola con apoyo en una argumentación impecable que le lleva a estudiar aspectos de otros sectores del Ordenamiento jurídico como el Derecho constitucional o el Derecho administrativo; detalle este último que permite hacerse una idea de la profundidad que alcanza el discurso intelectual que se recorre para llegar a conclusiones que no pueden sino calificarse de brillantes. Esta es una de las aportaciones de mayor entidad que la autora realiza a lo largo de la obra y, a partir de ahora, entiendo que debería alterar la argumentación jurídica de muchas sentencias que versan sobre la cuestión.

Del cuidadoso análisis del estado doctrinal y jurisprudencial de la cuestión que se realiza en la obra, se desprende la existencia de una segunda idea que viene admitiéndose mayoritariamente como válida por parte de la doctrina y de los Tribunales en este ámbito; esta segunda idea es la consideración de que, cuando el comportamiento negligente del profesional imposibilita el planteamiento de un litigio ante los Tribunales o hace inviable recurrir una sentencia, se produce una pérdida de oportunidad que, en sí misma considerada, implica la concurrencia de daño. Y aquí es donde la autora se ve en la necesidad de ahondar en el estudio de la teoría de la pérdida de oportunidad que para algunos debe entenderse como un daño en sí mismo considerado –posición ontológica– que es la que se ha mantenido predominantemente en relación a la responsabilidad civil del abogado. Otros autores, sin embargo, que estudian la pérdida de oportunidad desde un plano general y no focalizado en este concreto supuesto, ven en esta teoría un mecanismo que permite acreditar la existencia de nexo causal cuando éste es difícil de entablar –posición etiológica–. En este sentido conviene precisar que en esta materia es complicado afirmar que el incumplimiento o negligencia del abogado sea la causa de que la reclamación judicial no haya prosperado, pues nos encontramos ante una obligación de medios y el éxito del procedimiento no se encuentra en la esfera de control del profesional, dependiendo en gran medida de que el interés del cliente se vea refrendado y amparado por el Ordenamiento jurídico. Por ello, si bien el daño plantea problemas importantes para su determinación, también los suscita la concurrencia del nexo causal como presupuesto de la responsabilidad civil.

La tesis analiza esta complejísima cuestión trabando el análisis del daño con el del nexo causal y esa perspectiva de análisis conjunto de los dos elementos en liza es la que permite a la autora aportar ideas originales y nuevas que enriquecen el debate científico sobre la cuestión. La solución a la que

llega pasa por la formulación de los problemas que plantea esta materia como referidos fundamentalmente al nexo causal, desvinculándose de manera acertada –porque le permite llegar a resultados razonables– de la inercia que puede provocar el estudio jurisprudencial y doctrinal que aboca a concentrar en torno al daño la búsqueda de soluciones a la problemática propia de esta materia. Se establece de este modo una interrelación entre los problemas que suscita el daño y los que puede acarrear el nexo causal, con una fundamentación precisa y directa que prescinde de vericuetos innecesarios, lo que se agradece en una materia tan complicada como la que se aborda. Esto permite a la Dra. MATE SATUÉ, tras una fundamentación clara, precisa y perfectamente orientada, llegar a conclusiones que, sin duda alguna, suponen un avance del conocimiento en la materia.

De todo lo dicho, puede inferirse que nos encontramos ante una obra rigurosa y seria, en la que se recoge un discurso intelectual que alcanza una gran profundidad y que conduce a conclusiones perfectamente fundadas y, por tanto, atendibles. Puede confirmarse por todo ello la madurez como civilista de la Dra. Loreto Carmen Mate Satué, que le va a permitir seguir investigando y generar conocimiento relativo a esta rama del Ordenamiento jurídico.

No quiero finalizar sin expresar mi satisfacción por la oportunidad que para mí ha supuesto haber dirigido la etapa de formación de la Dra. MATE SATUÉ como investigadora en el ámbito del Derecho civil y que culmina con la publicación de esta magnífica obra que es su tesis doctoral. Me ha aportado mucho desde el punto de vista personal y también profesional y le estoy muy agradecida por ello. Compartimos el enorme respeto que debemos a nuestra función de generación de conocimiento, que tanto ennoblece al ser humano y que resulta tan útil para la sociedad sobre todo cuando se tiene la oportunidad de impartirlo en las aulas universitarias. No me cabe la menor duda de que, en este mar proceloso que en la actualidad es la carrera universitaria en nuestro país, su madurez y su buen hacer le llevarán a encontrar la oportunidad que le permita desarrollar plenamente su firme vocación universitaria.

Zaragoza, a 12 de abril de 2021

María Teresa Alonso Pérez

Catedrática de Derecho civil
Facultad de Derecho-Universidad de Zaragoza

Introducción[1]

Uno de los temas más complicados y difíciles, en materia de responsabilidad civil, es el referido a los daños generados por el profesional de la Abogacía en el desempeño de la labor que le es propia.

En otras materias como la responsabilidad de los profesionales sanitarios o de los arquitectos las dificultades se concentran en torno a cuestiones como la concurrencia de culpa, en el caso de la primera, y en relación con los plazos de prescripción de la acción y su combinación con los plazos de garantía, en el segundo. Cuando un profesional de la Abogacía desempeña su trabajo incumpliendo negligentemente las obligaciones asumidas en virtud de la relación contractual que le vincula a su cliente, el elemento que plantea obstáculos es el que podríamos llamar el presupuesto primario de todo el conjunto normativo que regula la responsabilidad civil y que no es otro que el daño, lo cual es bastante sorprendente porque parece poco razonable que un sistema normativo arbitrado para la reparación de los daños causados, en un caso concreto como el que aquí se analiza se aplique para comprobar si efectivamente el incumplimiento negligente del profesional genera un daño y, en su caso, cuál es su alcance.

En efecto, así como toda la literatura y toda la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad civil médica se focaliza en la culpa, en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado todos los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales se han aplicado al estudio del daño, desde el cual pretenden resolverse todos los interrogantes que esta materia suscita. Por ello, la perspectiva desde la que cualquier estudio, como el presente, debe efectuarse es la del daño porque éste se configura indubitadamente como el elemento que concentra las principales dificultades. El punto de partida de esta tesis estaba, por tanto, condicionado por lo que hasta entonces se había escrito y discurrido sobre el tema tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Así las cosas, nada más comenzar el estudio de la materia pude apreciar cómo sobre el daño se reiteraban y reiteran una serie de ideas que podrían considerarse –si se me permite

1. Este trabajo se ha realizado en el marco de la ayuda concedida por el Gobierno de Aragón para la contratación de personal investigador predoctoral en formación para el periodo 2016-2020 y dentro del Grupo de Investigación de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón, LEGMIBIO.

la expresión– «verdades absolutas», las cuales –cierto es– resulta complicado, ya no desmentir, sino incluso poner en tela de juicio. Entre estas líneas de pensamiento que se reiteran se encuentra la que considera que, cuando un abogado deja pasar un plazo para la interposición de una demanda o recurso, el daño que causa es la privación del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 de la Constitución española; también la pérdida de oportunidad del reconocimiento del derecho o de la pretensión por parte de los órganos jurisdiccionales se viene considerando que debe entenderse como daño que efectivamente causa el abogado cuando impide que los Tribunales entren a valorar el asunto o un recurso contra una resolución ya dictada. Otra de estas afirmaciones que parece arrastrarse, sin que nadie se haya detenido a calibrar si efectivamente debe entenderse así, es que el daño que causa el abogado nunca debe equipararse a la pretensión que aparece recogida en el suplico de la demanda frustrada debido, quizás, a la negligente actuación del profesional de la Abogacía. Estas ideas tan asentadas son las que me llevan a querer discurrir sobre esta complicada y difícil materia, a la que me enfrento con la intención de aportar alguna idea nueva al debate científico.

Como digo, fijadas las líneas por las que discurría la construcción dogmática y práctica en la materia y atendiendo a que todas ellas guardaban relación con el daño, me orienté al estudio de este elemento estructural de la responsabilidad civil como núcleo de los principales problemas en la materia. Empecé, con fe ciega, convencida de que, si conseguía solventar los problemas en torno al daño, las otras zonas oscuras, que en esta materia giran en torno al nexo causal, quedarían también resueltas. Por supuesto, a lo largo del discurso que me lleva a las conclusiones finales, he debido enfrentarme al análisis de afirmaciones tan asentadas como las más arriba referidas, pero ni que decir tiene que el estudio de los temas controvertidos en torno a la responsabilidad civil del abogado me ha obligado a repasar todos los aspectos de la materia y creo importante explicar aquí la estructura del discurso que he desarrollado para llegar a las ideas finales.

El trabajo empieza con un análisis de la responsabilidad civil, penal y disciplinaria a que está expuesto el abogado cuando realiza incorrectamente su trabajo y a la delimitación entre ellas, lo cual resulta especialmente necesario porque la articulación que el ordenamiento jurídico efectúa de estos tres órdenes de responsabilidad se realiza en torno al «*incumplimiento de los deberes profesionales*» y al «*daño causado al cliente*», por ello es importante estudiar sus líneas de separación, la compatibilidad o incompatibilidad entre ellas, así como sus posibles conexiones.

Una vez centrados en la responsabilidad civil del abogado, debe tenerse en cuenta que se trata de responsabilidad contractual, lo que justifica un examen en el *Capítulo 2* de la relación jurídica entre el letrado y su cliente, en el que se estudian cuestiones como el valor jurídico de las obligaciones deontológicas

o las que imponen las normas reglamentarias como las que recoge el Estatuto General de la Abogacía. Otros aspectos de la relación contractual que pueden tener incidencia de algún modo en la responsabilidad civil también son abordados en este Capítulo, como el relativo a la formalización del acuerdo en una hoja de encargo que ayuda a precisar el contenido del mismo, lo que es relevante, como se expondrá, a la hora de valorar si concurre o no incumplimiento.

La responsabilidad por incumplimiento de la relación jurídica que vincula al abogado con su cliente no está regulada específicamente, circunstancia que nos deriva al cuadro de remedios aplicables con carácter general en caso de incumplimiento de obligaciones sinalagmáticas, el cual se concentra en torno a las acciones recogidas en los artículos 1124 y 1101 del Código civil, además del artículo 1096 también del Código civil. El estudio de esta cuestión nos conduce al análisis de los elementos de la responsabilidad civil por daños derivados del incumplimiento contractual del profesional de la Abogacía.

El primero de estos elementos es el incumplimiento contractual del letrado cuya concurrencia, en contratos de servicios permite dar por acreditada la negligencia o culpa o viceversa, la acreditación de la negligencia permite dar por concurrente el incumplimiento. Esta cuestión se analiza en el *Capítulo 4* en el que se hace referencia a los diferentes supuestos de incumplimiento, tanto de la obligación principal como de las obligaciones accesorias que asume el abogado cuando acepta un encargo profesional.

La última parte de la obra se inicia con un planteamiento de los problemas que suscitan los otros dos elementos del supuesto de hecho de la responsabilidad civil, el daño y el nexo causal, en la medida en que, en esta materia, una determinada configuración del daño, en principio, permite apreciar la existencia de nexo causal. Debe tenerse en cuenta que hay una característica inevitable que pende sobre el análisis de esta materia cual espada de Damocles y que no es otra que la incertidumbre que rodea el resultado del procedimiento jurisdiccional que el abogado entabla o debía entablar en defensa de los intereses de su cliente. Precisamente ahí radica la especificidad del análisis de los principales problemas que suscita esta materia, lo que ya había sido puesto de relieve por algunos autores. Tomando esta característica como punto de referencia, planteo si, como hasta ahora, la solución de las dificultades que se suscitan en esta materia debe ubicarse en torno al daño o si, acaso, el protagonismo debe ceder a favor del nexo causal. Este planteamiento del problema central que amplía la perspectiva, que siempre ha estado fundamentalmente focalizada en el elemento daño, incluyendo el nexo causal para la visión adecuada de las dificultades, permite valorar ambos elementos conjuntamente y es la que entiendo que me ha permitido llegar a las conclusiones finales.

Esta perspectiva nos obliga, en un primer momento a efectuar un análisis del daño en sí mismo considerado y en relación también al daño que específicamente puede provocar un abogado en el ejercicio de la profesión. Este

análisis me permite afrontar el nada desdeñable reto de comprobar si debía asumir como propias las líneas de pensamiento a las que he aludido más arriba como líneas reiteradas y asentadas en la doctrina y la jurisprudencia o si, por el contrario, en mi opinión, dichas ideas debían ser matizadas o, incluso, descartadas; en particular la cuestión relativa a la configuración del daño que causa un abogado como daño moral derivado de la privación del derecho a la tutela judicial efectiva es objeto de especial atención.

Posteriormente, analizo el nexo causal y, en relación con él, debe abordarse el estudio de la teoría de la pérdida de oportunidad. Ese planteamiento y esa perspectiva de estudio conjunto del daño y el nexo causal me permiten hacer una lectura propia de los problemas que suscita la responsabilidad civil por incumplimiento de los abogados y de las soluciones que corresponde dar a los mismos, con toda humildad –consciente como soy de que se trata de una materia en la que las aportaciones científicas son de una gran calidad y tienen un enorme valor científico–.

Capítulo I

La responsabilidad del letrado: responsabilidad civil, penal y disciplinaria

El abogado en el ejercicio de su profesión está sujeto a la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según reconocen los artículos 546.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, Ley Orgánica del Poder Judicial) y el 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, Estatuto General de la Abogacía de 2001)[1].

El sometimiento de estos profesionales a tres tipos de responsabilidad no se encuentra exento de dificultades porque existen ciertas conductas de los letrados que pueden ser objeto, simultáneamente, de reproche civil, penal y disciplinario, lo que justifica que se busquen criterios de delimitación entre estos tres ámbitos y se plantee, su posible compatibilidad. En el régimen jurídico de la responsabilidad civil, además, de las normas previstas en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, Código Civil), se plantea la aplicación de otros regímenes de responsabilidad especial, en determinados supuestos, como cuando relación jurídica pueda ser calificada como «relación de consumo», cuando en la prestación del servicio interviene una sociedad profesional o auxiliares del letrado o, incluso, en función de los bienes del cliente que resulten afectados por la actuación del profesional[2].

---

1. El artículo 546.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que *«los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales están sujetos a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda»*. Por su parte, el artículo 78 del Estatuto General de la Abogacía de 2001 expone de forma más específica que *«los abogados están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión. Los Abogados en el ejercicio de su profesión están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio»*.
2. En el presente estudio se utilizarán como sinónimos las palabras «prestatario del servicio», «cliente» y «destinatario del servicio» para referirnos al acreedor de los servicios jurídicos, dejando al margen las connotaciones mercantiles inherentes al concepto «cliente», pues es el término con el que se alude frecuentemente, al beneficiario de este tipo de servicios.

Las páginas siguientes tienen como objetivo describir los tres tipos de responsabilidad, haciendo especial referencia a aquellas cuestiones que incidan en la atribución y extensión de la obligación jurídica de reparación del daño.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL LETRADO: LOS DISTINTOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

1.1. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil regula la obligación jurídica de reparar los daños causados en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, siendo el principal factor distintivo, el de si entre las partes existe un vínculo jurídico previo. Este criterio nos permite diferenciar entre la *responsabilidad civil contractual*, que se da cuando las partes se encuentran vinculadas por una relación jurídica previa y, en el cumplimiento de sus obligaciones, una de ellas incurre en dolo, negligencia, morosidad o contraviene de cualquier modo, el tenor de aquéllas y, por otro lado, está la *responsabilidad civil extracontractual*, que se produce entre dos personas cuya relación jurídica nace a través del evento dañoso[3].

La determinación del ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual queda condicionada a la constatación de la existencia de una relación jurídica previa entre las partes, de modo que, en caso de ausencia de ésta, la posible responsabilidad que nazca, con independencia de su fundamento, deberá ser calificada como responsabilidad extracontractual. Los presupuestos para el reconocimiento de ambas responsabilidades son similares –existencia de una conducta culposa o negligencia del agente dañoso, una relación de causalidad y la producción de un daño–; sin embargo, existen ciertas diferencias entre ambos regímenes que justifican el interés por calificar la obligación de reparar de un modo u otro.

Este estudio se centrará en la responsabilidad contractual porque cuando se analiza la actuación profesional del letrado, resulta difícil imaginar supuestos en los que su actuación se produzca sin haber sido requerido al efecto[4].

---

3. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad civil: contractual y extracontractual,* Reus, Vol. 1, Madrid, 1993, p. 60. Sobre la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250) dispone que «*[…] la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica antecedente entre las partes, fuera del deber genérico y común a todos los hombres del "alterum non laedere", mientras que la segunda presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato (y de ahí su calificativo)*».
4. Al respecto, el artículo 12.2 del Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo

Así, con carácter general preexistirá un encargo válido que vincule contractualmente al abogado con el prestatario del servicio, siendo el daño, en su caso, consecuencia del incumplimiento profesional. No obstante, a efectos de la aplicación de la regulación contenida en los artículos 1101 y ss. del Código Civil basta con que entre las partes exista una «*relación jurídica previa análoga a la contractual*», de modo que se pueda aplicar este régimen a otras obligaciones jurídicas distintas de las puramente contractuales[5].

La determinación de la responsabilidad como contractual o extracontractual también podría resultar condicionada por la vigencia de la relación jurídica entre las partes, de modo que cabe plantear si los perjuicios materializados antes de la formalización del contrato y los exteriorizados con posterioridad a su ejecución, *¿se encuentran sujetos al régimen de la responsabilidad contractual?* En los «*daños in contrahendo*», el criterio de diferenciación que más arraigo ha adquirido es el que valora si el resultado dañoso se ha producido, o no, con anterioridad a la contratación. De este modo, si los daños se han generado por el incumplimiento de un precontrato, deberá situarse dentro de la responsabilidad contractual; mientras que, si los perjuicios se han producido por la ruptura de negociaciones preliminares, deben encajarse dentro de la responsabilidad

---

de 2019 (en adelante, Código Deontológico de la Abogacía) dispone que «*sólo será posible encargarse de un asunto por mandato del cliente o de un tercero debidamente facultado, encargo de un compañero o compañera que represente al cliente, o por designación colegial*».

ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 200 planteaba como un posible ejemplo de gestión de negocios ajenos sin mandato, el pago realizado por un amigo de la fianza impuesta judicialmente para que pueda salir de prisión y la contratación de un abogado para que le asista. En este caso, el profesional actúa a instancia de un tercero que no es la persona que se beneficia de la prestación de los servicios profesionales. Por el contrario, en este ámbito no resultaría propiamente un contrato a favor de tercero, los encargos profesionales efectuados por los progenitores respecto de un menor en el ejercicio de su patria potestad o autoridad familiar en Aragón, ni tampoco los realizados por el representante de una persona con la capacidad judicialmente modificada. En estos casos, los progenitores o el representante del declarado incapaz actúan en el ejercicio de una representación legal, de modo que no se trata de un supuesto de contrato a favor de tercero (al respecto, puede verse LÓPEZ RICHART, J. *El contrato a favor de tercero*. Tesis doctoral dirigida por MORENO MARTÍNEZ, J. A. y CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Universidad de Alicante, 2001, pp. 290 y ss.).

5. A modo ejemplificativo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 9 de julio de 1984 (RJ 1984, 3802) dispone que a efectos del reconocimiento de responsabilidad civil contractual es suficiente con que «*los contendientes estén ligados por un vínculo contractual, sea este expreso o sea tácito o incluso presunto, o por otra relación basada, por ejemplo, en supuestos jurídicos reales como la comunidad de bienes, entra entonces en juego el art. 1101 y el 1106 […] y no se aplicarán, por tanto, los preceptos que disciplinan la responsabilidad extracontractual (art. 1902 y siguientes), pues ambas responsabilidades, por las diferencias de regulación legal sobre todo en materia de prescripción, no pueden coexistir y ser exigidas a la vez*».

civil extracontractual[6]. En el ámbito de la responsabilidad del letrado resultan especialmente relevantes los daños que se han materializado con posterioridad a la ejecución del contrato, que se han denominado «*daños postcontractuales*» porque, una vez finalizado el encargo profesional, subsiste en el profesional un deber de información sobre las posibles vías para la ejecución de la resolución obtenida u otras opciones «revisorias o incidentales» para la defensa de los intereses del prestatario con el objetivo de evitar su indefensión o la pérdida de derechos de los clientes. En estos supuestos, también resulta adecuada la aplicación de la normativa de la responsabilidad contractual porque las partes de la relación jurídica asumen deberes subsistentes una vez finalizada la relación contractual, como pueden ser los que se derivan del principio de buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil o el mencionado deber de información[7].

Lo expuesto pone en evidencia que el ámbito de aplicación de la responsabilidad extracontractual se determina por exclusión del contractual. Puede afirmarse, por tanto, que los supuestos en los que el evento dañoso no sea consecuencia material del incumplimiento contractual o en los que la víctima del perjuicio no sea la otra parte del contrato, sino un tercero, se aplicará la normativa de la responsabilidad extracontractual.

1.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL: DIFERENCIAS

La aplicación al caso concreto del régimen de responsabilidad contractual o extracontractual previsto en el Código Civil es relevante por las diferencias que plantean ambos regímenes. A continuación, se van a exponer éstas sucintamente, haciendo especial hincapié en aquéllas que tienen mayor incidencia dentro del ámbito objeto de nuestro estudio.

---

6. Sobre la aplicación del régimen de responsabilidad contractual en la fase precontractual ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos),* Servicio editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pp. 257-259 considera que el criterio esencial para la intervención del artículo 1101 del Código Civil, es la previa existencia de una relación entre las partes. Esta autora plantea el distinto carácter que debe darse a las negociaciones entre las partes. Como argumentos a favor de la contractualidad se considera que se trata de una situación en la que existen una serie de deberes previos que son los que se incumplen por una de las partes. En cambio, en contra de la admisión de ese carácter contractual, cabría aducir, la inconcreción sustancial de la conducta que constituiría el objeto de esa relación.
7. JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 139 mantiene que *«la buena fe que aquí se considera, no es aquella subjetiva indicadora de un estado personal de ignorancia de estar dañando un derecho ajeno […] sino que es aquella objetiva, entendida como modelo ético-jurídico de conducta. Es esta buena fe objetiva como criterio de conducta leal, la que desarrolla una función normativa instrumental con relación al contrato (cfr. artículo 1258 del Código Civil) o en general con relación al vínculo obligatorio, cualquiera que sea su fuente. Es este parámetro objetivo de conducta leal, el que, a través de su función integradora de la relación obligatoria, revaloriza y modaliza las posiciones de las partes».*

1.2.1. Las diferencias entre el régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual

Con anterioridad a abordar las diferencias que plantea el régimen de la responsabilidad civil contractual y extracontractual resulta preciso señalar como algunos autores reconocen que ambas poseen un fundamento distinto. Hay una *corriente objetivista* que dentro de la responsabilidad contractual considera que el fundamento de ésta es la vulneración de un deber preexistente asumido, siempre que desemboque en la producción de un daño[8], que, en cambio, no se predica de la responsabilidad extracontractual salvo que se entienda, como tal, el incumplimiento del principio genérico *alterum non laedere*[9]. En contraposición, hay otros autores que mantienen que estas responsabilidades poseen un fundamento común, esto es, la existencia de un daño[10].

Entre las diferencias destacables de ambos regímenes podemos señalar que las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil tienen un distinto plazo de prescripción. La acción por responsabilidad contractual está sujeta al plazo de las acciones personales que no tienen señalado uno especial, es decir, cinco años *ex* artículo 1964.2 del Código Civil y, en cambio, la acción por responsabilidad extracontractual tiene un plazo de prescripción más perentorio, de un año, según lo dispuesto en el artículo 1968 del Código Civil. Esta diferencia en la duración del plazo de prescripción que se redujo, en cierto modo, con la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, Ley 42/2015) –con anterioridad a la entrada en vigor de

8. Cfr. JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual op. cit.* 1987, p. 21 considera que el incumplimiento de la prestación es la que justifica el nacimiento de la responsabilidad. En esta línea también, PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil,* Tomo I, Vol. II. Bosch, Barcelona, 1976, p. 507 reconoce como fuente de responsabilidad cualquier acto contrario a la diligencia que exige el cumplimiento de la obligación.
9. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias» en *Responsabilidad civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 61.
10. Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1101 del Código Civil» en ALBALADEJO, M. (director) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, Madrid, Tomo XV, Vol. I, pp. 378 y 404 rechaza que las normas que regulan la responsabilidad extracontractual se basen en un previo incumplimiento del principio *alterum non laedere* no constituye una obligación y afirma que «*la responsabilidad contractual no se funda en el incumplimiento, sino en el daño producido por incumplimiento*». También, REGLERO CAMPOS, L. F. «Conceptos generales y elementos de delimitación» en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (coordinadores) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 166 reconoce que «*si se parte de la base de que el objeto de la doctrina de la responsabilidad es la indemnización del daño, la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no está justificada. Producido un daño, su autor debe repararlo siempre que le sea imputable con independencia de que haya acaecido en el marco de una relación contractual o extracontractual*».

esta Ley, el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contractual era de 15 años– ha justificado la discusión en muchos procedimientos sobre cuál era el régimen de responsabilidad aplicable, pues podía suceder que algunos supuestos dudosos o limítrofes quedaran sin respuesta judicial sobre el fondo por esta causa[11]. Esta diferencia respecto al plazo de prescripción que puede tener mayor relevancia en otros ámbitos del Derecho de daños no presenta especial virtualidad en el de la responsabilidad civil de los letrados porque, con carácter general, entre el profesional y el cliente va a existir una relación jurídica que permitirá calificar la posible responsabilidad profesional como contractual.

La calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual resulta también relevante para determinar el alcance de la obligación de reparar el daño causado, esto es, del *quantum respondetur* al amparo del artículo 1107 del Código Civil. En concreto este precepto incorpora una circunscripción del daño resarcible en el ámbito de la responsabilidad contractual, sin que como afirma MIQUEL GONZÁLEZ deba hacerse extensivo a la extracontractual porque su contenido responde a la lógica propia de la reglamentación contractual y comporta una distribución de los riesgos en el momento de contratar[12]. El apartado segundo del artículo 1107 del Código Civil obliga al deudor que incumple dolosamente la obligación a responder de todos los daños que se deriven de la obligación sin que pueda beneficiarse de la limitación que establece el apartado primero para el deudor de buena fe, que restringe la indemnización de los daños a «*los previstos o los que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*»[13]. La virtualidad en la práctica judicial de la distinción

11. Sobre la incidencia que tiene la prescripción en la calificación de un supuesto dentro de la órbita de la responsabilidad contractual o extracontractual, REGLERO CAMPOS, L. F. «Conceptos generales y elementos de delimitación» *op. cit.*, 2014, pp. 190 y 193 reconoce que «*lo más común es que las partes en una relación de responsabilidad fronteriza califiquen los daños de contractuales o extracontractuales según convenga a sus intereses, a los efectos, entre otros, de que respectivamente, se declare viva o prescrita la acción. Es relativamente frecuente el ejercicio de la acción de reclamación de daños por los cauces de la responsabilidad contractual, contra argumentando el demandado que los daños sufridos por el actor eran de naturaleza extracontractual*».

12. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. «La responsabilidad contractual y extracontractual…» *op. cit.* 1993, p. 67.

13. MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 21 reconoce que el artículo 1107 del Código Civil español y su homólogo el artículo 1150 del Código Civil francés «*son la consecuencia de utilizar diferentes criterios de imputación objetiva (para determinar el daño indemnizable) en la responsabilidad contractual y extracontractual*».

    Este autor *ob. cit.* 2010, pp. 163 y ss. expone cómo existen dos posibles hipótesis de interpretación del artículo 1107.1 del Código Civil, la primera que considera que se trata de una norma dispositiva que salvo pacto en contrario, establecería el contenido del contrato en lo que se refiere a la obligación de indemnizar, sin perjuicio de que deberá acudirse a la interpretación del contrato para conocer si los eventuales

que incorpora el artículo 1107 del Código Civil es escasa, porque las sentencias suelen reconocer indemnizaciones globales en las que, en contadas ocasiones, se alude a la previsibilidad del daño o a la incidencia del factor de atribución en el *quantum* indemnizable.

La naturaleza de la responsabilidad puede influir también en la cobertura de los seguros de responsabilidad civil, sobre todo respecto a aquellas profesiones, como la Abogacía, en la que los profesionales deben suscribir una póliza de responsabilidad civil[14]. El artículo 73.1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, Ley de Contrato de Seguro), cuando regula el seguro de responsabilidad civil no determina si su ámbito de aplicación es la responsabilidad contractual o se hace también extensivo a la extracontractual. Ante este silencio del legislador habrá que estar a lo dispuesto en la póliza del seguro para conocer su cobertura pues, normalmente bien de forma expresa o mediante la determinación del riesgo cubierto,

---

daños fueron o no conocidos por el deudor y, en su caso, si resultaron excluidos por la autonomía de la voluntad. La otra alternativa es considerar que se trata de una norma puramente enunciativa que remite al contenido del contrato, considerando MORALES MORENO que está segunda es más favorable, porque resulta más respetuosa con la tradición histórica del artículo y ofrece un método más adecuado para establecer el fin de protección del contrato y sobre esa base, determinar el daño indemnizable.

14. El artículo 8.1 i) del Estatuto General de la Abogacía de 2001 exigía como requisito para la colegiación «*contratar un seguro de responsabilidad civil cuyo objeto será el de cubrir las responsabilidades en que pueda incurrir el Abogado por razón de su ejercicio profesional. Los Colegios de Abogados adoptarán las medidas oportunas para facilitar este aseguramiento. No obstante, el seguro no se exigirá a los profesionales que actúen exclusivamente al servicio de una Administración Pública o cuando la actividad profesional se ejerza exclusivamente por cuenta de otro que ya tenga asegurada la cobertura por los riesgos que comprende el ejercicio de la profesión*». Además, cuando el ejercicio de la profesión se hace a través de una sociedad profesional, el artículo 11.3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (en adelante, Ley de Sociedades Profesionales) impone la obligación de suscribir un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social. En el Estatuto General de la Abogacía Española de 2021 se tipifica como infracción grave en el artículo 125 t), la falta de contratación de un seguro de responsabilidad para cubrir las responsabilidades en las que pueda incurrir en el ejercicio de la profesión y, por su parte, como infracción muy grave del artículo 129, la ausencia de seguro cuando se preste la Abogacía a través de una sociedad profesional.

Sobre el seguro de responsabilidad profesional del letrado YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del Abogado*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 156 ha considerado que cuando el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro admite el aseguramiento «*dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato*» lo hace «*sin prejuzgar la naturaleza del hecho causante, no hay obstáculo para la admisión de un seguro que cubra la responsabilidad derivada del contrato, siempre que a través del mismo no se abra una vía indirecta de exoneración para algo que, si no hubiera seguro, originaría responsabilidad. Se ha precisado adecuadamente que en el seguro de responsabilidad contractual, lo que se cubren son las indemnizaciones debidas por incumplimiento del contrato, pero no el "id quod interest" (supuesto totalmente inasegurable)*».

permitirá conocer si el alcance del seguro cubre la responsabilidad contractual, la extracontractual o ambas. No obstante, los supuestos en los que no pueda determinarse, conforme a los anteriores criterios el alcance del seguro, el Tribunal Supremo ha considerado que la póliza cubre tanto los daños contractuales como extracontractuales[15].

Las diferencias expuestas entre ambos regímenes han puesto en evidencia la oportunidad de determinar en algunos procesos la aplicación de un régimen de responsabilidad contractual o extracontractual. Esta situación ha planteado incluso si conculcase el principio de congruencia del artículo 395 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, Ley de Enjuiciamiento Civil) una resolución judicial en la que se aplicara un régimen de responsabilidad contrario a los *Fundamentos de Derecho* en los que se ha basado la demanda, siempre que no se haya generado indefensión para la contraparte. El Tribunal Supremo siguiendo la teoría de la sustanciación[16], ha considerado que tal interpretación es conforme al *principio iura novit curia* y que no sería, por tanto, contraria al principio de congruencia porque la cuestión relevante a efectos de determinación de la *causa petendi* son los hechos sometidos a valoración del órgano judicial y no tanto la fundamentación jurídica en la que ésta se ampare[17].

El Tribunal Supremo ha procurado en la resolución de los recursos de casación en los que, con mayor o menor intensidad, se debatía sobre el régimen de responsabilidad aplicable al caso distintos criterios, en ocasiones contradictorios, que han obtenido de la doctrina un distinto grado de aprobación. Para su

15. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de julio de 1997 (RJ 1997, 5822) reconoce como «*el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador, para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, pues, es claro, que esa obligación no sólo abarca los canales indemnizatorios contractuales sino también los de la culpa aquiliana*». Sobre esta cuestión puede verse, además, REGLERO CAMPOS, L. F. «Conceptos generales…» *op. cit.* 2014, p. 164.

16. Existen dos teorías contrapuestas sobre la identificación de la *causa petendi* en los procedimientos: la teoría de la sustanciación, que considera que los hechos en los que se funda la pretensión constituyen la *causa petendi* y, por otro lado, la teoría de la individualización que es partidaria de identificar la acción por sus fundamentos jurídicos al considerar que el debate procesal debe centrarse sobre la norma en la que se funda su derecho.

17. La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 5 de mayo de 1982 (RTC 1982, 20) reconoce que la congruencia de las sentencias *«se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida»* pero afirma que la doctrina sobre la congruencia *«[…] es perfectamente compatible con el principio tradicional "iura novit curia". Los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo "iura novit curia" les autoriza para ello»*.

exposición se utilizará la clasificación que sobre ellos ha efectuado el Profesor DÍEZ-PICAZO[18]:

A) *El principio de unidad de culpa civil*: este criterio no distingue entre el régimen de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, por considerar que existe cierta similitud en los presupuestos exigibles para su reconocimiento y en su finalidad, esto es, en la obligación jurídica de resarcir el daño causado a la víctima[19]. Sin embargo, como pone de relieve este autor no debe valorarse conforme a idénticos criterios la actuación de quien causa un daño sin una relación jurídica previa y sin haberse comprometido a unas determinadas obligaciones que quien sí la ha asumido e incluso ha valorado y aceptado determinados riesgos.

B) *La redefinición de la responsabilidad contractual:* El Tribunal Supremo ha pretendido delimitar el ámbito de la responsabilidad contractual en un doble sentido. Por un lado, ha ampliado el campo de extensión de la responsabilidad contractual al permitir la aplicación del régimen previsto en los artículos 1101 y ss., a aquellos supuestos en los que se constate un vínculo jurídico entre las partes, aunque no sea contractual y simultáneamente, en otras resoluciones judiciales, el Tribunal Supremo ha pretendido restringir el ámbito de la responsabilidad contractual, porque consideran que el incumplimiento de las obligaciones que no hayan sido objeto de pacto expreso o que tienen el carácter de accesorias frente a la principal, darían lugar a una responsabilidad extracontractual[20].

18. DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 263-268. Se hace eco, también, de la distinción realizada por el Profesor DÍEZ-PICAZO, OSSORIO SERRANO, J. M. *Lecciones de Derecho de daños*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 34 y 35.

19. En esta línea puede destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895). La aplicación del artículo 1104 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual resulta especialmente llamativa como señala DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 263 porque el tenor literal del precepto hace alusión a la «*culpa o negligencia del deudor*» o, a la «*naturaleza de la obligación*». Así, reconoce que «*no se puede obviar que "obligación" significa en el artículo 1104 del Código Civil el conjunto de reglamentación de intereses establecida por las partes, como negocio jurídico en que la relación obligatoria se funda, lo que pone muy claramente de relieve el párrafo segundo al aludir a la "obligación" como locus en que debe expresarse la diligencia que ha de prestarse o como lugar en que ha de formularse declaración de voluntad al respecto*».

20. Pueden verse, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de junio de 1991 (RJ 1991, 4434) y de 10 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2405).

Esta interpretación restrictiva del Tribunal Supremo debe ser descartada porque estos deberes accesorios se integran en el contenido del contrato como consecuencia de la buena fe o de los usos *ex* artículo 1258 del Código Civil. Al respecto, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 265. También este autor, en el Prólogo a la obra de CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 18 y 19 reconoce que «*el artículo 1258 del Código Civil presenta, sin embargo, una zona oscura en lo que se refiere a la consistencia*

C) *El sistema opcional:* Este criterio tiene cierta virtualidad cuando un hecho dañoso infringe simultáneamente una obligación contractual y un deber general que justifica el nacimiento de una acción por responsabilidad contractual y otra extracontractual que pueden ejercitarse alternativa o cumulativamente[21]. En estos casos en los que procede el ejercicio de las dos acciones, se critica que no se opte por el régimen de la responsabilidad contractual porque, cuando ha existido una relación obligacional, la mejor forma de analizar la diligencia del agente dañoso es hacerlo mediante las reglas de conducta derivadas de la relación obligatoria y porque el régimen contractual, al ser determinado voluntariamente por las partes, incluye, reglas de específica distribución de los riesgos derivados de la ejecución del contrato y de los daños.

D) *Las fórmulas compendiosas:* Bajo esta denominación el autor recoge aquellos supuestos en los que el Tribunal Supremo realiza fundamentaciones jurídicas teóricas que incluyen alusiones a la llamada culpa civil, al sistema opcional o al concurso de normas y cuya aplicación, puede en ocasiones, provocar soluciones contradictorias.

El Profesor DÍEZ-PICAZO concluye, que, en los casos de concurrencia de normas, si existe una relación jurídica entre las partes y el daño es consecuencia del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de la obligación, deben aplicarse las normas de la responsabilidad contractual, con independencia de que el cumplimiento se refiera a obligaciones expresamente pactadas u a otras de carácter accesorio.

---

de estos deberes a que nos referimos, que algunos autores han denominado "deberes accesorios" o "deberes de conducta"». Estos deberes tienen como especial problema, la notoria heterogeneidad entre ellos, de modo que, por deberes de protección «*debemos entender todos aquellos que recaen sobre el deudor de una prestación principal y que tienen por objeto prevenir o evitar lesiones en la vida y en la integridad física del acreedor*». La incardinación de los deberes de protección, tienen que situarse para este autor, dentro de la órbita contractual estricta porque, «*de otra matera quedaría sin contenido el precepto cardinal del artículo 1258 del Código Civil y, además, porque los deberes nacidos de una relación contractual –sean unos y otros específicamente pactados– deben tener un tratamiento uniforme en sede contractual*». En la misma línea, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil,* Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 134 y 135 considera que los deberes accesorios que asume el letrado cuando acepta un encargo profesional son objeto de integración en el contrato, al amparo del artículo 1258 por tratarse de un precepto *ius cogens*, incluso en contra de la voluntad de una o ambas partes del contrato.

21. Son representativas de esta posición las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 3835) y de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934). En concreto, la resolución (RJ 1997, 3835) reconoce como «*tanto la culpa contractual como la extracontractual responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora de los daños y perjuicios causados a quien resulte perjudicado y esté legitimado para su reclamación, por lo que cuando un hecho dañoso viola una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber general de no dañar a otro, se produce yuxtaposición de responsabilidades, de las que surgen acciones distintas. Ahora bien, éstas pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra*».

En el ámbito de la responsabilidad civil del abogado la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual no resulta especialmente controvertida, por distintas causas, la primera de ellas es que, en la gran mayoría de supuestos, la responsabilidad tendrá naturaleza contractual porque existirá un vínculo jurídico entre el letrado y su cliente que justifique la intervención profesional del primero y, por otro lado, porque las principales diferencias de régimen apuntadas –el plazo de prescripción de la acción y el alcance de la extensión del daño *ex* artículo 1107 del Código Civil– tienen una escasa incidencia en este ámbito, porque el plazo de prescripción de la acción resarcitoria del cliente contra el profesional si media una relación jurídica será, en todo caso, de cinco años y por otro lado, porque los órganos judiciales con carácter general, no atienden a los criterios del artículo 1107 del Código Civil para determinar el alcance de la indemnización.

1.3. LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO COMO UNA RESPONSABILIDAD FUNDAMENTALMENTE, CONTRACTUAL Y DE CORTE SUBJETIVO

1.3.1. La excepcionalidad de los supuestos de responsabilidad extracontractual del abogado

El ámbito de la responsabilidad civil de los letrados carece de una regulación normativa específica por lo que, en el desarrollo de su profesión, se encuentran sujetos a las reglas generales sobre responsabilidad del Código Civil y, dentro de las previstas en este cuerpo normativo, su eventual responsabilidad será calificada con carácter general, como una responsabilidad contractual pues, como se ha indicado anteriormente, resulta difícil imaginar supuestos en los que el abogado actúe sin haber sido requerido al efecto. No obstante, en la jurisprudencia podemos reconocer ciertos supuestos excepcionales, en los que su actuación puede dar lugar a una responsabilidad de naturaleza extracontractual cuando, genera perjuicios frente a terceros distintos del prestatario del servicio con el que ha entablado el encargo profesional[22].

A) Las actuaciones procesales negligentes del letrado que irrogan daños en los derechos de terceros

El proceso jurisdiccional comporta el enfrentamiento de las posturas contrapuestas de las partes, de modo que no debe obviarse que en la defensa judicial que los letrados hacen de los intereses encomendados pueden perjudicar

22. Esta cuestión es extensamente tratada por CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 225 y ss. y en menor medida, por PARRA LUCÁN, M. A. y REGLERO CAMPOS, L. F. «Responsabilidad civil de los profesionales del Derecho» en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 449-452.

los derechos de terceros. La principal dificultad que tiene en estos casos el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del letrado –pues, entre la contraparte y el profesional no existe una relación jurídica previa– es la imposibilidad de calificar la actuación profesional como antijurídica porque, aunque pueda perturbar los derechos de terceros, su conducta está dirigida a la satisfacción del interés contractual que le ha sido encomendado por su cliente, por tanto, sería lícita salvo que contravenga las normas profesionales y deontológicas de la Abogacía.

Los órganos judiciales han considerado que concurre este carácter antijurídico cuando la actuación profesional no reporte un beneficio para su defendido y genere un riesgo para la contraparte[23]. Con base en este fundamento se ha denegado la existencia de responsabilidad extracontractual, cuando el letrado no ha evitado la continuación de un procedimiento ejecutivo [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 26 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6379)], cuando ha ejercitado indebidamente un interdicto de obra nueva que provoca la paralización de la construcción durante un determinado tiempo, con las consecuencias gravosas que también puede provocar respecto a terceros [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 28 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2034) y de 30 de junio de 1998 (RJ 1998, 5286)].

Además de los supuestos expuestos en los que el daño se irroga durante el desarrollo del proceso judicial, plantea la Profesora CRESPO MORA si los terceros que resultaran afectados por la incoación infundada de un proceso podrían solicitar del profesional que lo instó una indemnización por la vía del artículo 1902 del Código Civil. La respuesta tiene que ser, con carácter general, negativa porque el derecho de litigar constituye un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, de modo que resulta difícil considerar que esa actuación del profesional se califique como antijurídica, salvo que haya actuado dolosamente, de forma abusiva o con una intención dañosa[24]. La valoración de las acciones de responsabilidad civil *ex* artículo 1902 del Código

23. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 26 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6379). Sobre esta resolución, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. «La prestación de servicios del abogado: perspectiva jurisprudencia» en *Aranzadi Civil*, n.º 1, 1996, p. 205 considera el interés del cliente como un factor legitimador de la conducta del profesional, de tal forma que «*desde esta perspectiva, las actuaciones u omisiones del letrado, que no reporten beneficio para su defendido, pero sí entrañen daño para la contraparte, podrá exigirse por esta vía*».
24. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 12 de diciembre del 2000 (RJ 2000, 10434) reconoce que para que puedan reconocerse daños derivados del ejercicio de actuaciones judiciales es preciso que concurran los requisitos determinantes de la responsabilidad extracontractual, pues, no sólo se precisa para apreciar ese ilícito que se dé una acción, sino, que se requiera además la voluntariedad o germen de culpabilidad de esa acción, la existencia del daño y el nexo causal. De tal forma que, sólo cabría estimar la pretensión que se ejercita por los recurrentes, en el caso de que se acredite –de manera inobjetable y palmaria– una conducta de mala fe.

Civil por la incoación de actuaciones judiciales resulta compleja[25] en tanto que el juzgador deberá examinar específicamente las circunstancias del caso para evitar la producción de efectos indeseables porque, ni toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma del actuar negligente del letrado, ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree, honestamente, tener derechos que ejercitar o defender, para que no acuda a la vía jurisdiccional [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), de 20 de febrero de 2004 (AC 2004, 749)].

A efectos de la valoración de esta cuestión, puede constituir un indicio importante a juicio de CRESPO MORA, la declaración judicial de temeridad del litigante condenado en costas[26], como sucede en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1.ª), de 25 de enero de 2016 (JUR 2016, 77997) donde se justifica la imposición de costas en que «*la nitidez de la norma, que no admite interpretaciones, tenía que ser necesariamente conocida por el letrado de los acusadores particulares, a pesar de lo cual persistieron en mantener la imputación en el tiempo, sin razón o justificación alguna en clara y patente rebeldía contra la disposición legal. Esta contumacia en la ilegalidad no puede tener otra causa que la mala fe procesal y la temeridad de quienes así obraron*».

B) Las valoraciones orales o escritas vertidas en defensa de los intereses encomendados

La afectación de los derechos de terceros por parte de los letrados puede venir también motivada por el conflicto entre su libertad de expresión (oral o escrita) cuando ejercen el derecho de defensa y los derechos de la personalidad *ex* artículo 18 de la Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978 (en adelante, Constitución Española) del titular del órgano judicial, la contraparte o su Letrado.

El ordenamiento jurídico articula distintas vías para proteger el derecho al honor de los intervinientes en el proceso, pudiendo señalarse con carácter general, que cuando el destinatario de las ofensas es el *titular del órgano jurisdiccional*, el cauce más habitual es el previsto en los artículos 552 a 557 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cambio, cuando el receptor es *otro compañero*, suele articularse la tutela de este derecho a través del Colegio Profesional mediante un procedimiento disciplinario al amparo de los artículos

25. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual,* Dykinson, Madrid, 2001, p. 118. Este autor reconoce que «*hay que partir de la premisa general de que el proceso es una institución jurídica que, desde su natural función social, no puede considerarse dañosa: el "derecho a litigar" no es en sí mismo causa de daños resarcibles, por más que toda demanda provoque en quien la recibe una incomodidad o una zozobra. No existe, en línea de principio, abuso del derecho a litigar cuando, sin traspasarse los límites de la buena fe procesal, alguien pone en marcha el mecanismo judicial para hacer valer una pretensión que el actor estima que le corresponde*».
26. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad civil del Abogado… op. cit.* 2005, p. 227.

133 y ss. del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, Estatuto General de la Abogacía de 2021)[27]. Por último, si el destinatario de los comentarios descalificativos u ofensivos es la *contraparte del proceso*, la vía para la protección de estos derechos es el proceso civil preferente y sumario del artículo 53.2 de la Constitución Española en conexión con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982)[28].

En el ámbito del derecho de defensa, la libertad de expresión presenta un contenido especialmente resistente, que justifica la no materialización de consecuencias en el letrado por las expresiones vertidas en el desarrollo de su profesión, salvo que se hagan en términos insultantes, vejatorios o constituyan descalificaciones gratuitas ajenas a la materia sobre la que se proyecta el derecho de defensa[29]. Para la valoración de si las manifestaciones realizadas en el plenario o en el trámite procesal correspondiente exceden o no del derecho de defensa, hay que tener en cuenta el ámbito en el que se alega la libertad de expresión del abogado y la adecuación del cauce procesal en el que se vierten éstas para la consecución del resultado[30].

1.3.2. La responsabilidad del abogado: una responsabilidad de corte subjetivo

A) El sistema de responsabilidad subjetiva en el Código Civil y el sistema de responsabilidad objetiva en las leyes especiales: la convivencia de ambos regímenes

El nacimiento de la obligación jurídica de reparación del daño causado exige la concurrencia de un motivo suficiente que permita la atribución a un sujeto de esta obligación legal. Estos «títulos de imputación» pueden ser *subjetivos*,

27. El procedimiento disciplinario es el mecanismo más habitual cuando las ofensas tiene como destinatario un compañero, pero no es el único. Al respecto, puede destacarse que el proceso judicial que ha dado lugar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de diciembre del 2020 (RJ 2020, 5432) que resuelve un supuesto de expresiones vertidas en el seno de un proceso de reclamación de honorarios de un profesional respecto a otro, se canalizó a través de un proceso preferente y sumario del artículo 53.2 de la Constitución Española, al amparo del artículo 7.7 de la LO 1/1982.
28. Cfr. MATE SATUÉ, L. C. «La libertad de expresión del Abogado en defensa de los intereses encomendados» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* n.º 2, 2017, p. 349.
29. El Tribunal Constitucional ha declarado que en los conflictos surgidos en esta materia entre la libertad de expresión y el derecho de defensa de los abogados, es preciso «*cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del abogado de los demás sujetos procesales que también participan en la función de administrar justicia*» [cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 19 de abril de 2004 (RTC 2004, 65) y Auto del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 13 de febrero de 2006 (RTC 2006, 40)].
30. Para una mayor exposición sobre estos parámetros que permiten valorar la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de su derecho de defensa puede verse mi trabajo «La libertad de expresión del Abogado en defensa de los intereses encomendados» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 2, 2017, pp. 342-345.

basados en que la actuación del agente dañoso ha sido culposa o dolosa o, por el contrario, *objetivos*, que prescinden de la concurrencia de culpa o dolo en la actuación del sujeto para la atribución de la obligación de reparar el daño.

El Código Civil asumió con carácter general en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual, un «título de imputación» subjetivo, basado en una cláusula general y abstracta que permite aplicarse a todo tipo de daños y que comporta que el agente dañoso únicamente responde de la obligación de reparación del daño causado si tuvo conciencia e intención de dañar o lo hizo por descuido o negligencia[31]. No obstante, en la actualidad, el sistema de responsabilidad del Código Civil convive con otros regímenes especiales que regulan materias específicas extramuros del Código Civil y que tienden a adoptar un título de atribución objetivo. Esta convivencia de los distintos regímenes objetivo y subjetivo de responsabilidad se evidencia incluso en la posibilidad de aplicar simultáneamente el régimen de responsabilidad subjetiva del Código Civil a determinados daños que no están cubiertos por el régimen de responsabilidad objetiva, con el fin de poder garantizar el principio de *reparación integra del daño* [cfr. artículo 128 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU); al respecto, también pueden verse, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9725)].

Este régimen de responsabilidad subjetiva, como se ha indicado, se predica tanto en sede de responsabilidad civil extracontractual como en la contractual, de modo que, la culpa ha sido pues, el criterio tradicional de imputación de la responsabilidad en nuestro Código Civil. El concepto de diligencia se regula en el Código, dentro de la responsabilidad contractual en el artículo 1104, pero es predicable también en la extracontractual. El canon de diligencia asumido es, en principio, abstracto porque tiene que determinarse conforme a la diligencia señalada en la obligación o, en su caso, la que corresponda al buen padre de familia, es decir, requiere del cumplimiento de la diligencia que podría exigirse a una persona media, debiendo valorarse, como señala el apartado segundo del artículo 1104 del Código Civil, conforme a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar en el que concurre[32].

31. El Código Civil asume con carácter general, una responsabilidad de corte subjetivo. No obstante, dentro del régimen de la responsabilidad civil extracontractual se ha admitido algunos supuestos en los que rige un título de atribución objetivo como los supuestos de hecho de los artículos 1905 (responsabilidad por animales domésticos), 1908.2 (responsabilidad por inmisiones derivadas de humos) y 1908.3 (por caída de árboles en lugares de tránsito) y por último, el artículo 1910 (responsabilidad por cosas caídas y arrojadas desde edificios). Sin embargo, no puede desconocerse que las actuaciones que en ellos se describen denotan un cierto grado de negligencia en el responsable.
32. REGLERO CAMPOS, L. F. «Los sistemas de responsabilidad civil» en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (coordinadores) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Vol. I, 2014, pp. 297 y 298.

En el ámbito de las relaciones contractuales con profesionales, la diligencia exigible es la «del buen profesional». La diferencia radica en que merece distinto tratamiento el comportamiento del agente dañoso según haya existido o no, una relación jurídica porque de constatarse ésta el acreedor ha aceptado una determinada obligación y se entiende que ha valorado y aceptado determinados riesgos[33].

En las últimas décadas y, fundamentalmente, por el papel desarrollado por los órganos judiciales ha comenzado a instaurarse una corriente hacia la objetividad de la responsabilidad civil que pretendía evitar que la víctima quedara sin reparación, fundamentalmente respecto a aquellas actividades que constituyen por sí mismas una potencial fuente de riesgo. De modo que el legislador, atendiendo a que el Derecho de daños en el Código Civil ha permanecido sustancialmente inalterado desde finales del siglo XIX[34], ha optado por establecer en leyes especiales un régimen de responsabilidad objetiva para aquellas actividades que potencialmente pueden generar riesgos para los demás –cfr. actividades de caza, de navegación aérea, de energía nuclear, vehículos a motor, o normativa sobre productos defectuosos–[35].

Estas Leyes especiales que adoptan un criterio de atribución objetivo presentan una serie de rasgos comunes: reconocen el ámbito de protección de la norma destinado a circunscribir los daños que deben ser imputados a este régimen de responsabilidad objetiva. Además, establecen ciertas limitaciones en cuanto a la tutela resarcitoria, bien determinando la naturaleza de los daños indemnizables (morales, personales, materiales), o estableciendo la cuantía máxima de estas indemnizaciones. Por último, estas normas especiales

33. DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 361.
34. REGLERO CAMPOS, L. F. «Los sistemas de responsabilidad civil» *op. cit.* 2014 p. 278. Sobre el modelo y el grado de diligencia exigible, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 360 plantea el debate sobre si el modelo de diligencia exigible debe responder a un modelo abstracto o, por el contrario, debe adecuarse a las características del sujeto que ha provocado el daño, también denominado diligencia subjetiva. En opinión de este autor, el debate a favor de la diligencia subjetiva puede tener cierta incidencia en el ámbito de la responsabilidad contractual porque las condiciones subjetivas del deudor han podido condicionar la decisión del acreedor para formalizar el contrato, pero no puede valorarse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, de modo que, «*el modelo debe basarse en la diligencia media de manera que no sea exigible una diligencia extraordinaria […] el modelo de diligencia del artículo 1104 pensado para las obligaciones contractuales es también aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual*».
35. BASOZABAL ARRUE, X. «La responsabilidad por culpa» en SOLER PRESAS, A. y DEL OLMO GARCÍA, P. *Practicum de Daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 270 considera que «*si en el contexto del Código Civil estos sectores de riesgo están representados por los animales, las inmisiones nocivas o los objetos arrojados o caídos desde los edificios, los sectores modernos de la responsabilidad objetiva surgieron en torno a los accidentes laborales (inicialmente, por explosiones de máquinas) y de transporte (ferrocarril, vehículos a motor, aviación, etc.); posteriormente, se han desarrollado en torno a otras realidades con un potencial grande de causar daños catastróficos (energías) o numerosos (consumo en masa de productos y servicios)*».

disponen las causas de exoneración que pueden ser alegadas por el responsable del daño, siendo fundamentalmente, la fuerza mayor y la culpa de la víctima[36].

B) La responsabilidad del letrado como una responsabilidad de carácter subjetivo

La configuración de la responsabilidad del abogado con carácter general como una responsabilidad contractual determina su sometimiento al régimen subjetivo preponderante en el Código Civil. Esta afirmación supone que, para que nazca en el profesional la obligación jurídica de reparar el daño causado, es necesario que se analice si su actuación ha sido o no diligente, por aplicación del artículo 1104 del Código Civil y, más específicamente, del 42.2 del Estatuto General de la Abogacía de 2001 y 31.1 del Estatuto General de la Abogacía Española 2021[37], cuyo contenido se integra en el contrato al amparo del artículo 1258 del Código Civil.

En la valoración de la diligencia exigible al letrado puede tener incidencia la pericia concreta que posee el profesional en un determinado ámbito, debiendo traer a colación aquí la discusión sobre si al deudor de la obligación le resulta exigible una diligencia objetiva o una diligencia subjetiva o *quam in suis*. El criterio preponderante es el requerimiento de una diligencia objetiva en la que no se tengan en cuenta la pericia concreta de ese profesional. A este respecto, el Prólogo del Código Deontológico de la Abogacía recoge que el letrado debe rechazar aquellos asuntos para los que no cuente con la capacidad adecuada para ejercer su asesoramiento y defensa de una manera real y efectiva, es decir, parece que la diligencia que le es exigible es la del «profesional medio». En la misma línea, los órganos judiciales reconocen que el grado de diligencia requerida al abogado, es la «*diligencia o pericia profesional media*» que *«[…] debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación»* [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819)]. No obstante, este grado podrá ser modulado al amparo del artículo 1104 del Código Civil atendiendo a las «*circunstancias de las personas*». De tal forma que algunos autores han considerado que cuando la contratación de un determinado profesional esté motivada por sus especiales conocimientos o experiencia, la diligencia requerida es mayor que la del «profesional medio». En sentido contrario, el prestatario del servicio puede asumir el riesgo de contratar a un abogado con una menor pericia o experiencia, a cambio de unos honorarios profesionales más reducidos, aunque ello no obsta a que el profesional deba garantizar en su actuación la diligencia del profesional medio[38].

36. BASOZABAL ARRUE, X. «La responsabilidad por culpa» *op. cit.* 2016, p. 281.
37. Este Real Decreto fue publicado en el BOE con fecha 24 de marzo de 2021 y entró en vigor, según su disposición final cuarta, el 1 de julio de 2021.
38. PARRA LUCÁN, M. A. y REGLERO CAMPOS, L. F. «Responsabilidad civil de los profesionales del Derecho» *op. cit.*, 2014, p. 456.

1.4. LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE OTROS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD AL LETRADO

La configuración de la responsabilidad del abogado como una responsabilidad de naturaleza contractual está sometida con carácter general a la normativa del artículo 1101 y ss. del Código Civil. Sin embargo, ello no excluye la posible aplicación a los servicios jurídicos otros regímenes de responsabilidad previstos en normativas especiales cuando nos encontramos ante una «relación de consumo», cuando el deudor de la obligación es una sociedad profesional o un letrado que cuenta con auxiliares o dependientes o, si la actuación que se reprueba al profesional es constitutiva de una «intromisión ilegítima» a efectos de la aplicación de la LO 1/1982.

1.4.1. ¿Es posible la aplicación a los servicios jurídicos del régimen previsto en el artículo 147 del TRLGDCU?

En primer lugar, para dar respuesta a esta cuestión es necesario afirmar la existencia de una «relación de consumo» *ex* artículo 2 del TRLGDCU[39] entre el cliente y el letrado[40]. Para que pueda calificarse la relación jurídica entablada entre ellos como tal, es necesario que el prestatario de los servicios jurídicos sea una persona física, jurídica o una entidad sin personalidad

39. El artículo 2 del TRLGDCU dispone que «*esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*». Por tanto, la «relación de consumo» se identifica como la relación entablada entre «empresario-consumidor» en contraposición con la relación «empresario-empresario». La inclusión de esta definición en el TRLGDCU responde a un reclamo doctrinal para despejar las dudas que planteaba el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU) sobre la posibilidad de llegar a admitirse su aplicación en las relaciones jurídicas entre dos particulares que actuasen al margen de su actividad profesional. [Al respecto, puede verse, CÁMARA LAPUENTE, S. «Ámbito de aplicación» en CÁMARA LAPUENTE, S. (director) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores,* Colex, Majadahonda (Madrid) 2011, p. 97].

40. Al respecto, CRESPO MORA, M. C. «Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor: Comentario a la STS de 24 de febrero del 2020 (RJ 2020, 486)» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2020, p. 471 reconoce que el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de febrero del 2020 *«[…] consolida la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de que la relación contractual de servicios entablada entre el cliente y el abogado pueda ser conceptuada como una relación de consumo, siempre que el cliente reúna la condición legal de consumidor, lo que ocurrirá cuando contrate el servicio con un propósito ajeno a su actividad profesional»*. Esta autora también en su trabajo *La prestación de servicios jurídicos,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 205-207 expone la reticencia de la jurisprudencia a reconocer el vínculo jurídico entre el Letrado y su cliente como una «relación de consumo», reticencia que también, es compartida por la normativa profesional y deontológica porque *«no existe ninguna mención a la condición de consumidor o usuario del cliente que contrata los servicios del profesional ni en el vigente Estatuto General de la Abogacía (2001) ni en el recientemente derogado Código Deontológico de la Abogacía Española (2002)»*.

jurídica[41] que contrata la prestación de los servicios jurídicos para la defensa de intereses que resulten ajenos a su *«actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»* (artículo 3 del TRLGDCU); lo que *a sensu* contrario, supone que esta normativa no será aplicable si el servicio tiene un *«propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»*. Por otro lado, el letrado en relación con el servicio que presta, debe actuar «*en el marco de su actividad empresarial o profesional»* (artículo 4 del TRLGDCU).

La determinación de qué actos pueden excluirse o subsumirse dentro del propósito relacionado con la actividad comercial, empresarial o profesional del prestatario del servicio es una cuestión que procede delimitar *ad casum*. En el ámbito de los servicios jurídicos la diferenciación entre el ámbito personal o privado del destino de éstos puede plantear dificultades en aquéllos supuestos en los que se imputa a una persona la comisión de un hecho delictivo relacionado con su actividad profesional. A efectos de valorar si los servicios jurídicos se prestan en beneficio profesional del cliente, se tiene en cuenta si pueden ser subsumidos en alguno de los siguientes grupos: los contratos típicamente mercantiles celebrados entre empresarios o profesionales, los supuestos en los que el empresario contrata como empresario, aunque el servicio sea para uso personal o privado y, por último, cuando son servicios para mejorar la organización profesional[42]. En todo caso, se considerarán fuera del ámbito profesional del cliente, los realizados en beneficio puramente familiar, personal o doméstico.

La aplicación de la normativa tuitiva a los prestatarios de servicios jurídicos, venía siendo reconocida con mayor o menor grado de contundencia en algunos pronunciamientos judiciales como las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), de 8 de marzo de 2011 (JUR 2011, 180420) y (Sección 1.ª), de 17 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 341288) pero su consolidación llegó con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 9.ª), de 15 de enero de 2015 (TJCE 2015, 5) que reconoce la aplicación de la Directiva 93/13/CEE para paliar la asimetría en lo que respecta a la información de que disponen los «clientes-consumidores» y los letrados, por el alto nivel de competencias técnicas que requieren los profesionales para el ejercicio de su actividad, y que los consumidores no poseen; impidiéndoles valorar la calidad de los servicios que se les prestan.

41. El concepto de consumidor que proporciona el TRLGDCU tiene amparo en las Directivas comunitarias sobre protección de consumidores con la especialidad de que en la legislación española amplía la aplicación de esta normativa a las personas jurídicas y a las entidades sin ánimo de lucro. Al respecto, puede verse, CÁMARA LAPUENTE, S. «Concepto general de consumidor y usuario» en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores,* Colex, Majadahonda (Madrid), 2011, p. 132 y 133 y AYALA MUÑOZ, J. M. «La sujeción de los servicios concertados entre abogados y clientes a la directiva de cláusulas abusivas. Comentario de la STJUE de 15 de enero de 2015» en *Diario La Ley,* n.º 8511, 2015, p. 3 (según numeración del pdf).
42. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S. «Concepto general de consumidor y usuario» *op. cit.* 2011, p. 135.

La atribución del *status* de «consumidor» al cliente y de «relación de consumo» a la que media entre éste y el profesional justifica el planteamiento de la aplicación del régimen normativo establecido en los artículos 147 y 148 del TRLGDCU a los supuestos de servicios jurídicos[43]. Los artículos 147 y 148 del TRLGDCU establecen dos sistemas distintos de responsabilidad. El régimen del artículo 147 del TRLGDCU es un sistema subjetivo con presunción de culpa[44], mientras que el artículo 148 del TRLGDCU establece un sistema de responsabilidad objetiva aplicable a los servicios que enumera el propio precepto. El análisis se va a circunscribir al artículo 147 del TRLGDCU, descartando el establecido en el artículo 148, porque los servicios jurídicos no tienen encaje en los enumerados por este precepto.

El régimen jurídico de responsabilidad aplicable a los servicios[45] está compuesto por las reglas generales de responsabilidad contenidas en el Código Civil[46] que deben ser complementadas, y, en lo contradictorio, sustituidas, por razón de la especialidad de la norma[47], con las previsiones contenidas en el

43. PARRA LUCÁN, M. A. *La protección del consumidor frente a los daños: responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios,* Reus, Madrid, 2011, pp. 241 y 242 reconoce que el TRLGDCU no contiene una definición del prestador de servicios a efectos del régimen de responsabilidad contenido en los artículos 147 y ss. del TRLGDCU, por lo que considera esta autora que las reglas de responsabilidad deben ponerse en conexión con las disposiciones generales del TRLGDCU, de modo que «*prestador de servicios responsable a efectos del artículo 147 y 148 será, por tanto, el empresario que presta servicios a los consumidores o usuarios*». En idéntico sentido, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E. «La responsabilidad del prestador de servicios» en DE LEÓN ARCE, A. (dirección) y GARCÍA GARCÍA, L. M. (coordinador) *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 2217 (según numeración del libro electrónico) mantiene que aunque no existe un pronunciamiento expreso del TRLGDCU sobre el sujeto responsable en la prestación de servicios, «*resulta fácilmente deducible que quien debe asumir la responsabilidad derivada de la prestación del servicio sea el prestador del mismo*».

44. El artículo 147 del TRLGDCU tiene el siguiente tenor *«los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio»*.

45. PARRA LUCÁN, M. A. *La protección del consumidor frente a los daños… op. cit.*, 2011, pp. 239 y 240, reconoce que la prestación de servicios puede ser objeto de diferentes tipos contractuales y, por otro lado, considera que, ni la LGDCU ni el TRLGDCU han excluido ningún tipo de servicios a efectos de aplicación de la norma.

46. PARRA LUCÁN, M. A. *La protección del consumidor frente a los daños… op. cit.*, 2011, p. 227 reconoce que en esta materia «*la jurisprudencia ha venido aplicando las reglas generales en materia de responsabilidad (fundamentalmente, el artículo 1902 del Código Civil), adaptándolas a cada sector de actividad concreto, sin que sea fácil identificar criterios seguros*».

47. Sobre esta cuestión, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3.ª), de 7 de mayo 2013 (JUR 2014, 71077) reconoce que «*el derecho de consumo y su aplicación parece ser en este juicio los grandes olvidados por todos los operadores jurídicos*» cuando, por tratarse de una relación de consumo, *«es el TRLGDCU y no el artículo 1902 del Código civil el aplicable a nuestra litis*» pues, existiendo un régimen especial, debiera ser éste el aplicado de forma preferente frente al régimen general.

TRLGDCU cuando nos encontramos ante una «relación de consumo» *ex* artículo 2 del TRLGDCU[48].

Las previsiones recogidas en el TRLGDCU en materia de responsabilidad por servicios son relevantes porque el régimen previsto en el artículo 147 del TRLGDCU puede servir para obtener con mayor facilidad la satisfacción de las pretensiones de indemnización de los daños, en tanto que establece expresamente la inversión de la carga de la prueba de la culpa, que, en cambio, no predica el régimen general de la responsabilidad civil[49].

Los regímenes contenidos en los artículos 147 y 148 del TRLGDCU como apunta FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ adolecen de deficiencias técnicas mayores que el régimen de responsabilidad por productos, porque no se determina el ámbito concreto en el que se tiene que desenvolver la carga de la prueba, tampoco define de forma mínimamente concreta el ámbito en el que se aplica este régimen[50], ni precisa como apuntaremos, el concepto de servicio que justifica su aplicación.

Estos regímenes de responsabilidad previstos en el TRLGDCU han tenido escasa virtualidad en las resoluciones judiciales, utilizándose en algunos supuestos para reforzar la resolución condenatoria fundada en las reglas tradicionales de la responsabilidad[51]. Una muestra de la escasa incidencia es que, en materia

48. VAQUERO PINTO, M. J. «Responsabilidad por servicios defectuosos» en SÁNCHEZ BARRIOS, M. I. (directora) *Estudios sobre consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 588 considera que el establecimiento de un régimen particular de responsabilidad en las relaciones de consumo obedece a razones perfectamente definidas que, en buena medida, explican el ámbito de los daños cubiertos por aquél. El fundamento normativo para esta autora debe encontrarse en los denominados «*derechos básicos de los consumidores y usuarios*» y muy especialmente, en los derechos a «la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud y seguridad» [artículo 8 a) del TRLGDCU] y a la «*indemnización de los daños y reparación de los perjuicios sufridos*» [artículo 8 c) del TRLGDCU].

49. AZPARREN LUCAS, A. «Comentario al artículo 147 del TRLGDCU» en CÁMARA LAPUENTE, S. (director) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2011, p. 1262.

50. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E. «La responsabilidad del prestador de servicios» *op. cit.* 2016, p. 2229 (según numeración del libro electrónico). También, VAQUERO PINTO, M. J. «Responsabilidad por servicios defectuosos» *op. cit.* 2012, pp. 587 y 588 justifica la dificultad de establecer un régimen normativo aplicable a los servicios por la inmaterialidad de la prestación frente al producto que no sólo dificulta al usuario la exigencia de responsabilidades sino que además, también influye en la articulación del régimen de responsabilidad establecido en el TRLGDCU, porque «*la respuesta normativa* (con relación a los productos defectuosos) *mucho más completa, indudablemente favorecida por su tangibilidad*».

51. La escasa aplicación de estos regímenes de responsabilidad previstos en el TRLGDCU es reconocida por SANTOS MORÓN, M. J. «La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC» en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 2017, p. 123. También por PARRA LUCÁN, M. A. *La protección del consumidor frente a los daños… op. cit.*, 2011, pp. 227 y 229 apunta

de servicios jurídicos, no se ha localizado ninguna resolución en la que la condena al profesional se base en esta normativa[52].

Esta exigua aplicación del régimen previsto en el artículo 147 del TRLGDCU puede obedecer a diversos motivos, el primero son las consecuencias especialmente gravosas que para ciertos prestadores de servicios, sobre todo, los profesionales liberales, puede comportar la aplicación de un régimen subjetivo con presunción de culpa[53]. Por otro lado, el legislador cuando aborda el régimen de la responsabilidad por servicios no hace alusión, como en el artículo 137 del TRLGDCU, a las cualidades que deben concurrir en el servicio para que le resulte de aplicación el régimen del TRLGDCU, lo que ha despertado diversidad de opiniones entre la doctrina.

Hay una primera corriente que considera que para la aplicación de este régimen es necesario que se trate de un «servicio defectuoso». Esto supone considerar, como mantiene PARRA LUCÁN, que el régimen previsto en el TRLGDCU no pretende dar respuesta a los problemas de insatisfacción del acreedor del servicio «*por la falta de calidades o cualidades, por la ausencia de idoneidad o de utilidad del mismo para el fin para el que se contrató, sino de garantizar la seguridad de las personas*», de tal forma que no podrían reclamarse con base en este régimen del TRLGDCU «*los daños ocasionados por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de un contrato cuando el servicio no se presta o se presta de modo defectuoso o insatisfactorio pero sin que afecte a la seguridad, sin causar daños en la persona o en otros bienes*» porque para responder por los perjuicios materializados por esta causa, resulta más adecuada la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil. Las consideraciones anteriores vendrían a excluir del ámbito de aplicación de estas normas especiales aquellos servicios que no

---

la escasa aplicación de estos preceptos en la responsabilidad por servicios; AZPARREN LUCAS, A. «Comentario al artículo 147 del TRLGDCU» *op. cit.* 2011, p. 1262 quien reconoce que «*en todo caso, resulta significativa la resistencia a fundamentar las sentencias en los preceptos de la legislación de protección de los consumidores y usuarios, que es más evidente en el Tribunal Supremo […] en los escasos supuestos en los que se ha aplicado el artículo 26 de la LGDCU* (actualmente, artículo 147 del TRLGDCU), *además suele acompañarse del artículo 1902 del Código Civil o utilizarse para reforzar a éste» o,* FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E. «La responsabilidad del prestador de servicios» *op. cit.* 2016, p. 2229 (según numeración del libro electrónico) quien justifica la escasa aplicación práctica de este régimen por las deficiencias técnicas que presentan los artículos 147 y 148 del TRLGDCU.

52. En materia de servicios jurídicos se ha localizado alguna resolución en la que se ha aludido a este régimen, como las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 diciembre de 2007 (RJ 2007, 8939) y de 26 de mayo del 2006 (RJ 2006, 3171) en la que no se resuelve acerca de su aplicación a los mismos.

53. CRESPO MORA, M. C. *La prestación de servicios jurídicos op. cit.* 2020, p. 252 considera que «*el riesgo inherente a admitir la aplicación de este mecanismo* (se refiere a la inversión de la carga de la prueba de la culpa) *en el sector de los servicios profesionales, sería la elevación del canon de diligencia que con toda probabilidad se produciría, como ha sucedido en otros sectores, pudiendo llegar a convertirse en una prueba de imposible cumplimiento*».

puedan afectar a la seguridad personal, tales como los de asesoría financiera o jurídica[54].

En contraposición, niegan que el servicio deba tener la consideración de «servicio defectuoso» para la aplicación del régimen previsto en el TRLGDCU, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU quienes estiman que, al no existir en el Texto Refundido una legislación que establezca las consecuencias del

54. En esta línea podemos destacar a PARRA LUCÁN, M. A. *La protección del consumidor frente a los daños… op. cit.*, 2011, p. 230. Esta posición de la autora es también mantenida en PARRA LUCÁN, M. A. «Comentario al artículo 147 del TRLGDCU» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 1722. Por su parte, SANTOS MORÓN, M. J. «La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores…» *op. cit.*, 2017, p. 123 mantiene que resulta necesario exigir para la aplicación de este régimen el concepto de «servicio defectuoso» porque esta interpretación sería coherente con el «fin de protección de la norma» de modo que en relación al artículo 148 del TRLGDCU –pero que se puede hacer extensivo al artículo 147 del TRLGDCU– ha señalado que «*[…] aunque no haya una definición legal de "servicio defectuoso" me parece que el concepto de defecto, que se identifica con la falta de seguridad que legítimamente cabe esperar (cfr. artículo 137 TRLC) es perfectamente trasladable a los servicios*». También PASQUAU LIAÑO, M. «El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios» en ORTI VALLEJO, A. (director) y GARCÍA GARNICA, C. (coordinadora) *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, p. 79 se muestra partidario de la exigencia de un «servicio defectuoso» para la aplicación del régimen del TRLGDCU así afirma que «*la noción de "defecto de seguridad del servicio" entendida como la falta de las condiciones y niveles de seguridad que legítimamente pueden esperarse es vaga, indeterminada y versátil, pero no más que la noción de "culpa" o la noción de "incremento indebido del riesgo". Resulta, a cambio, especialmente adaptable a la gran variedad de servicios prestados en el marco de una organización empresarial, y también a la diversidad de tipos o causas posibles del defecto de seguridad: una concepción o diseño del modo de prestación del servicio (o de sus elementos) con descuido de ciertas condiciones de seguridad; un fallo en alguno de los elementos (humano o instrumental) de la actividad de prestación del servicio, un déficit de información al usuario, etc.*» o FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E. «La responsabilidad del prestador de servicios» *op. cit.* 2016, p. 2230 (según numeración del libro electrónico) mantiene que la aplicación de estos regímenes requiere que el servicio tenga la consideración de «servicio defectuoso», argumenta esta autora que «*si, como resulta comúnmente admitido, las normas especiales en materia de responsabilidad tienen como trasunto el deber general de seguridad que instaura el art. 11 TRLCU según el cual podrán considerarse seguros aquellos bienes o servicios que "en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riego alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas", cabe entender sensu contrario que un servicio defectuoso es aquel que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, presenta un riesgo para la salud o la seguridad de las personas más allá de los riesgos mínimos inherentes a la propia vida. Esta definición podría completarse utilizando de forma analógica los criterios de determinación del carácter defectuoso de un bien en tanto que ambos comparten fundamento común en el art. 11*».

incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de servicios suscrito por consumidores, la regulación aplicable será necesariamente la contenida en los artículos 147 y 148 del TRLGDCU[55]. También, en una línea contraria a identificar el concepto de «servicio» como «servicio defectuoso» se muestra ALONSO PÉREZ cuando al analizar los daños causados en materia de vivienda –artículo 149 del TRLGDCU que, también se sitúa dentro del régimen de servicios defectuosos– rechaza que el concepto de servicio al que se alude sea el de «*defecto como falta de seguridad*», sino más bien como «*falta de conformidad de la vivienda*» porque entiende que este concepto de «defecto» puede ser integrado a la luz de los artículos 1591 del Código Civil y 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación[56].

En mi opinión, hay argumentos suficientes para rechazar la aplicación del régimen previsto en el artículo 147 del TRLGDCU a los servicios jurídicos. El principal es que, aunque el legislador no lo determine expresamente, la noción de «servicio» a efectos de la aplicación del régimen del TRLGDCU debe identificarse como aquéllos que plantean un riesgo para la seguridad del consumidor y usuario, lo que resulta coherente con las exigencias que tiene que cumplir el «producto» para que le resulte de aplicación el régimen objetivo previsto en el artículo 137 del TRLGDCU.

Este argumento, que a mi juicio es el principal para rechazar la aplicación del artículo 147 del TRLGDCU a los servicios jurídicos –aunque carece de amparo en una norma de Derecho positivo–, puede complementase con otros como la escasa incidencia que tiene este régimen para la mejora de la posición del prestatario del servicio, ya que permitiría presumir la culpa respecto a los daños que entran dentro del *ámbito de control profesional*. Sin embargo, el resultado de estos servicios, como ya se ha advertido, escapan en muchas ocasiones a la esfera de control del profesional, por lo que deberá valorarse, en el caso concreto, si los perjuicios materializados son consecuencia de la actuación negligente[57].

55. MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el texto refundido LGDCU» en *Revista de Derecho Privado*, n.º 5, 2008, p. 90 reconocen que «*en la medida en que el TRLGDCU carece de una regulación pensada específicamente para hacer frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de servicios, la regulación aplicable a estos supuestos será necesariamente la contenida en los artículos 147 y 148 del TRLGDCU y además, por efecto del carácter común, la establecida en los artículos 128 a 134 del TRLGDCU*».
56. ALONSO PÉREZ, M. T. «El difícil encaje de los artículos 148 y 149 del TRLGDCU en el conjunto de normas sobre responsabilidad civil en la construcción» en LÓPEZ FRÍAS, A. M., ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y RODRÍGUEZ MARÍN, C. *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014, p. 573.
57. La escasa incidencia de este régimen en el ámbito de la responsabilidad por servicios defectuosos es advertida por SANTOS MORÓN, M. J. «La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores…» *op. cit.*, 2017, pp. 126 y 127 en relación con los servicios sanitarios. Sin embargo, las

Por otro lado, una aplicación extensiva de este régimen debe ser descartada tanto por el régimen de la inversión de la carga de la culpa que incorpora (que, además, no cuenta con un precepto análogo al artículo 140 del TRLGDCU que, en relación con los productos defectuosos, enumera unas causas de exoneración, lo que dificulta que el profesional pueda eximirse de responsabilidad) como por la extensión del daño indemnizable en esta materia. Esta situación justifica que los órganos judiciales decidan acudir al concepto de culpa o negligencia como justificación para la imputación de responsabilidad y, así, evitar hacer responsable al profesional de cualquier resultado negativo del servicio.

Las cuestiones expuestas nos permiten rechazar la aplicación del régimen previsto en el artículo 147 del TRLGDCU a los servicios jurídicos, pese a que algunos autores si la reconozcan como una justificación normativa hacia la objetivación de la responsabilidad del abogado[58].

1.4.2. El régimen de responsabilidad por la actuación negligente de sus auxiliares: especial referencia a la Ley de Sociedades Profesionales

Los letrados en el ejercicio de su profesión pueden auxiliarse de otros profesionales de la abogacía o pasantes para el desempeño de los encargos profesionales asumidos, tal y como reconoce el Estatuto General de la Abogacía de 2001 en sus artículos 27 y 28 o, en el artículo 36 del Estatuto General de la Abogacía de 2021.

Esta colaboración comporta que el abogado que hace uso de auxiliares responda frente al prestatario de los daños que negligentemente han podido causarle sus dependientes. El régimen jurídico aplicable a los colaboradores, pasantes o personal auxiliar vendrá con carácter general determinado por las reglas sobre la responsabilidad del Derecho común establecidas en el artículo 1903 del Código Civil, aunque, si el perjuicio se produce como consecuencia de una responsabilidad penal del dependiente o se materializa en el seno de una sociedad profesional, se plantean otras cuestiones que deben ser abordadas.

---

características que presentan los servicios jurídicos permiten que las consideraciones efectuadas sobre los servicios sanitarios resulten perfectamente trasladables a éstos.

58. A favor de la aplicación de este régimen a los servicios jurídicos MARTÍ MARTÍ, J. «La responsabilidad "objetiva" del abogado en el ejercicio de su profesión» en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 5846, 2003, p. 1715. También AZPARREN LUCAS, A. «Comentario al artículo 147 del TRLGDCU» *op. cit.* 2011, p. 1262 considera que el artículo 26 de la LGDCU y el 147 del TRLGDCU «*son perfectamente aplicables a los casos de responsabilidad en la prestación de servicios cualquiera que sea el profesional demandado, con excepción, como se ha dicho y analizará más adelante, de los profesionales sanitarios, sin duda por el especial carácter de su función*». En contra, CRESPO MORA, M. C. *La prestación de servicios jurídicos op. cit.* 2020, pp. 251-260.

A) La responsabilidad por hecho ajeno: los artículos 1903 del Código Civil y 121 del Código Penal

Es habitual que los profesionales en el ejercicio de su profesión se auxilien de otros profesionales ya sea en *régimen de colaboración* o en *régimen de dependencia*, bajo la modalidad de pasantía o régimen laboral. Los regímenes de colaboración y de dependencia en los que pueden incardinarse los profesionales auxiliares o dependientes, presentan tres elementos comunes: en primer lugar, quedan sometidos a las obligaciones deontológicas y asumirán su propia responsabilidad disciplinaria; el abogado titular del despacho profesional responde profesionalmente frente a sus clientes de las gestiones que realicen sus auxiliares, sin perjuicio de la facultad de repetir que les corresponde y, por último, los honorarios se devengarán a favor del titular del despacho, correspondiendo a él, el pago a los profesionales a los que encargue o delegue sus actuaciones.

La exigencia de que exista una «*dependencia*» para la aplicación de este régimen no está condicionada a que entre el profesional y el auxiliar medie una «*relación jurídico laboral*» porque este carácter puede apreciarse también, en otras relaciones jurídicas distintas a la relación laboral, tales como: gestiones representativas, contratos de obra o las que surgen derivadas de encargos familiares, situaciones de amistad o relaciones de favor[59], porque lo relevante es que el servicio que presta el auxiliar beneficie al principal y que los dependientes se encuentren sujetos a sus directrices y control.

En ocasiones, el reconocimiento del elemento de subordinación resulta difícil de determinar, porque éste concurre desde luego cuando entre el colaborador y el titular del despacho media una relación meramente formativa o una «relación laboral de carácter especial». Sin embargo, en la prestación de servicios jurídicos fuera del ámbito de las relaciones laborales de carácter especial ha adquirido en los últimos tiempos, una especial relevancia, la contratación mercantil de profesionales porque permite reducir las «cargas empresariales» derivadas de la contratación de un trabajador y de su integración en la estructura organizativa mediante una relación laboral de subordinación. En estos casos, resulta en ocasiones, conflictivo el reconocimiento de esta dependencia[60] y, en el ámbito de nuestro estudio supondrá, la no aplicación

59. A este respecto, pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3494), de 1 de junio de 2010 (JUR 2010, 201804), de 6 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2914) y de 3 de abril del 2006 (RJ 2006, 1916). También a favor de que lo relevante, es la existencia de una relación de subordinación y no tanto la naturaleza de la relación en sí, se muestra el art. 6:102.1 de los *PETL* porque cuando regula la responsabilidad por los auxiliares, lo hace con carácter general sin hacer ninguna referencia a la relación jurídica que justifica la intervención de éstos, utilizando la denominación de «auxiliar» frente a la tradicional de «trabajador».

60. El Tribunal Supremo ha declarado que la relación de dependencia que exige el artículo 1903.4 del Código Civil «*no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal*

del régimen de responsabilidad por hecho ajeno, de modo que el letrado colaborador asumirá personalmente, en su caso, la responsabilidad civil derivada de su actuación profesional, salvo que se demuestre la existencia de esa relación de dependencia o subordinación en relación con el titular del despacho[61].

La implicación del principal respecto a la responsabilidad de sus dependientes está condicionada según se declare la misma en un proceso de responsabilidad civil o penal, porque el régimen de responsabilidad del principal respecto a sus dependientes y su fundamento es distinto. A modo ejemplificativo la responsabilidad que impone el Código Civil es más extensiva porque incluye a los auxiliares del profesional, tengan o no la consideración de dependientes, mientras que el Código Penal circunscribe la responsabilidad civil del empresario, a sus empleados o dependientes[62]. En cambio, ambos textos normativos exigen para que se desencadene la responsabilidad civil del principal que el daño se genere en el ámbito del servicio o funciones encomendadas al dependiente[63].

El reconocimiento de responsabilidad del profesional por sus dependientes se regula en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 120.4 del Código Penal y, dentro de la responsabilidad civil extracontractual, en el artículo

ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento del control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas» [en esta línea pueden verse, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3494), de 1 de junio de 2010 (JUR 2010, 201804), de 6 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2914) y de 3 de abril del 2006 (RJ 2006, 1916)]. También a favor de que lo relevante, es la existencia de una relación de subordinación y no tanto la naturaleza de la relación en sí, se muestra el art. 6:102.1 de los *Principles of European Tort Law* porque cuando regula la responsabilidad por los auxiliares, lo hace con carácter general sin hacer ninguna referencia a la relación jurídica que justifica la intervención de éstos, utilizando la denominación de «auxiliar» frente a la tradicional de «trabajador» para evitar la identificación de esta relación de dependencia con la relación laboral y optan por otra más genérica, en la que lo relevante es que el servicio que presta el auxiliar beneficie al principal y que los dependientes se encuentren sujetos a sus directrices y control.

61. En los casos dudosos, DE LA VILLA DE LA SERNA, L. E. «Ámbito de aplicación» en GARCÍA-PERRORE ESCARTÍN, Ignacio y ALZAGA RUIZ, Icíar (directores) *La relación laboral especial de los Abogados en Despachos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 51, propone la realización de un «*test de laboralidad*» para concluir si los servicios jurídicos se prestan en régimen de laboralidad o de colaboración. En él se valorará (i) si los abogados se encuentran sometidos a las instrucciones del despacho en el ámbito del desarrollo de sus servicios, si están sujetos al poder disciplinario del empleador y si concurren otros indicios visibles de ausencia de autonomía, tales como el cumplimiento de un horario; (ii) si tienen o no una remuneración fija o garantizada y no dependiente del trabajo realizado y (iii) si disponen de libertad para aceptar o rechazar los casos o si tienen capacidad para la fijación de honorarios.
62. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad civil del Abogado… op. cit.* 2005, p. 263 y 264.
63. Sobre esta exigencia puede verse CAVANILLAS MÚGICA, S. «Responsabilidad civil derivada de delito, responsabilidad subsidiaria del empleador en caso de extralimitación de funciones» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* n.º 23, 1990, pp. 767-769.

1903.4 del Código Civil, aunque resulta también de aplicación a la responsabilidad contractual. Existen en nuestro entorno dos modelos para configurar esta responsabilidad por hecho ajeno, el primero, es un sistema que se ha denominado «*responsabilidad vicaria*» que impone al principal una responsabilidad de naturaleza objetiva respecto a los daños que causan negligentemente sus dependientes, sin necesidad de que la conducta del principal haya resultado culposa. El segundo sistema se caracteriza porque presume la culpa del principal cuando la actuación del auxiliar ha resultado culpable, salvo que demuestre que utilizó la diligencia en sus funciones de selección, dirección y control respecto a ellos; este sistema se ha denominado como de «*culpa presunta in eligendo vel in vigilando*».

El régimen de responsabilidad del empresario del artículo 1903.4 del Código Civil se asienta sobre una presunción de culpa que puede cesar si «*las personas en él mencionadas prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*» (apartado 6 del artículo 1903 del Código Civil), mientras que, el sistema del artículo 120.4 del Código Penal responde a una responsabilidad vicaria y objetiva[64]. Para que nazca en el principal la obligación jurídica de reparar el daño causado por sus auxiliares, con independencia del sistema de responsabilidad que se siga, esto es de responsabilidad vicaria o de responsabilidad con presunción de culpa, tienen que concurrir los siguientes requisitos: a) la existencia de una relación de dependencia entre el principal y el auxiliar, b) una actuación del auxiliar dentro de las funciones encomendadas y, c) una conducta negligente por parte del auxiliar.

Por tanto, para determinar el régimen de responsabilidad del principal por hecho ajeno, habrá que estar a la naturaleza de la declaración de responsabilidad del auxiliar.

B) La Ley de Sociedades Profesionales: un régimen de responsabilidad solidaria

En los casos en los que la negligencia de los dependientes se produce en el seno de una sociedad profesional, no se aplica el régimen de responsabilidad del artículo 1903.4 del Código Civil, sino el contenido en la Ley de Sociedades Profesionales, conforme al criterio de especialidad. Este régimen se aplica a las entidades profesionales que desarrollen, mediante una fórmula societaria, una actividad profesional (artículo 1.1 de la LSP); además, se podrá hacer extensiva su aplicación a otros profesionales cuando exista una apariencia en

64. El sistema de la responsabilidad vicaria resulta más coherente con la idea de gravar a quienes se benefician de una actividad que puede comportar riesgos porque son los empresarios los que se encuentran en una mejor situación para controlar e intentar restringir las posibles contingencias que se derivan de la actuación de sus auxiliares así como para adoptar los mecanismos de prevención necesarios. Además, tampoco puede desconocerse que, con carácter general, el empresario contará con mayor capacidad económica para hacer frente a las consecuencias indemnizatorias de su actividad.

el tráfico de ejercicio colectivo de la profesión, aunque no se hayan constituido como sociedad profesional.

La aplicación de esta norma exige que la actividad profesional que desarrolle la sociedad requiera para su desempeño una titulación universitaria oficial y la pertenencia de sus miembros a un Colegio Profesional, como ocurre en la Abogacía. Una de las principales cuestiones controvertidas que planteaba la aprobación de la LSP era la posible limitación de la responsabilidad de los socios profesionales si actuaban a través de modalidades sociales. El legislador debía optar bien por admitir únicamente el uso de fórmulas sociales en las que los socios respondieran de forma personal e ilimitadamente de las deudas sociales o, aceptar que éstas puedan adoptar cualquier forma social diferenciando, a estos efectos distintos tipos de deudas, según su origen. La Ley finalmente opta por esta última opción y determina el régimen de responsabilidad civil de la sociedad y de sus integrantes por las actuaciones profesionales negligentes en su artículo 11.

Este precepto se divide en tres apartados, en el primero reitera los aspectos generales de la responsabilidad de la sociedad y de los socios respecto a las deudas sociales. El segundo de ellos, más novedoso reconoce una responsabilidad solidaria de la sociedad, de los socios y de los profesionales que hayan actuado de manera defectuosa o inexacta y, por último, el tercero establece la exigencia de suscribir un seguro de responsabilidad civil que cubra la responsabilidad que puede derivarse de las actuaciones relacionadas con el objeto social.

El artículo 11 de la LSP proporciona una normativa a favor *victimae*, porque los clientes que contratan con estas sociedades pueden en caso de mala *praxis* dirigirse contra varios patrimonios (el de la sociedad y el de los profesionales intervinientes en el asunto, tengan o no, la consideración de socios). Si bien la regla general establecida en el Código Civil es la mancomunidad de las obligaciones con el objetivo de proteger al deudor de la obligación. En materia de Derecho de daños, se ha producido una evolución con el objetivo de proteger a la víctima del daño. De modo que para evitar que el perjudicado quede sin reparación, el ordenamiento jurídico ha reconocido supuestos de solidaridad, por ejemplo, en el artículo 33 de la Ley de Caza o en el artículo 132 del TRLGDCU. Además, los órganos judiciales reconocen la solidaridad en la obligación de reparar los daños causados, por ejemplo, cuando no se puede identificar dentro de un grupo, al agente dañoso. En estos casos se entiende que el principio *favor debitoris* que inspira la regla general de la mancomunidad del artículo 1138 cede ante el principio *pro damnato* que ha inspirado muchas de las soluciones normativas y jurisprudenciales.

La articulación de este régimen de responsabilidad solidaria no ha estado exenta de voces críticas que abogan por que la responsabilidad de los profesionales por las deudas derivadas de la mala *praxis* debería ser

subsidiario respecto a la de la sociedad debido a que ésta es la verdadera deudora contractual o, viceversa, que la sociedad fuera responsable subsidiaria respecto al profesional que ha generado el daño[65]. La determinación de un régimen de subsidiariedad en vez de solidaridad, hubiera resultado, quizás, más adecuado porque, si bien ambos permiten el acceso a más de un patrimonio con el que cubrir la obligación jurídica de reparar el daño causado, el régimen de subsidiariedad no plantearía el conflicto que puede darse en la práctica sobre qué regla aplicar a una responsabilidad civil derivada *ex delicto* si alguno de los letrados de un despacho comete un delito, por ejemplo, de deslealtad profesional del artículo 467.2 del Código Civil.

65. Sobre la responsabilidad solidaria impuesta por la Ley de Sociedades Profesionales como una manifestación del principio *favor victimae*, puede verse, CRESPO MORA, M. C. *«La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales»* en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* n.º 28, 2012, p. 237. También esta autora en «Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales» en GARCÍA PÉREZ, R. y ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (directores) *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales: Régimen fiscal y corporativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 513 y 514 considera que una de las manifestaciones a *favor victimae* se deriva de la obligación de que las sociedades profesionales concierten un seguro de responsabilidad civil que cubra las posibles responsabilidades en las que pueda incurrir en el ejercicio de la actividad profesional. También, MARTÍ MARTÍ, J. «La responsabilidad civil del abogado a resultas de la Ley de Sociedades Profesionales» en *Diario la Ley*, n.º 6879, 2008, p. 2 (según numeración del pdf) mantiene con base en la Exposición de Motivos de la Ley que los amplios términos en los que se reconoce la responsabilidad por mala praxis «*generan en el demandante de los servicios una confianza específica en el soporte colectivo de aquella actividad que no debe verse defraudada en el momento en que las responsabilidad, si existieran, deban ser exigidas*».

Por el contrario, se muestran críticos con el sistema de solidaridad establecido en la LSP, PARRA LUCÁN, M. A. y REGLERO CAMPOS, L. F. «Responsabilidad civil de los profesionales del Derecho» *op. cit.* vol. II, 2014, p. 443 quienes califican el artículo 11.2 de esta Ley como «*una previsión particularmente desafortunada (con mayor motivo si se tiene presente que la constitución de la sociedad profesional tiene carácter obligatorio) en la medida en que se hace responsables solidarios a todos los profesionales que hayan intervenido en un asunto con independencia de su grado de participación en el mismo y de la naturaleza de su vinculación con la sociedad profesional*» y concluyen señalando que *«el régimen de responsabilidad debió haberse guiado o bien por los principios del artículo 1903 del Código Civil, o bien atendiendo al criterio de la participación significativa, según los casos»*.

Entre los autores que se muestran partidarios de un régimen de responsabilidad subsidiaria BREZMES MARTÍNEZ DE VILLAREAL, A. *Las Sociedades Profesionales. Análisis Práctico de su nueva regulación,* Ediciones Experiencia, Barcelona, 2007, pp. 112 y 113 quien considera que la responsabilidad del profesional debe ser subsidiaria respecto a la de la sociedad. Mientras que, por ejemplo, YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del profesional liberal, op. cit.*, 1989, p. 163 mantiene que la responsabilidad de la sociedad debe ser subsidiaria respecto a la del profesional al afirmar que *«[…] en materia de profesiones intelectuales debe existir una absoluta preponderancia de lo individual sobre lo colectivo. Un idóneo sistema de responsabilidad civil no ha de tener un carácter exclusivamente reparador, sino también finalidad preventiva. Y, si bien para los intereses del perjudicado puede ser más ventajoso a priori reclamar directamente contra la sociedad, establecer como norma esta solución puede acarrear consecuencias ciertamente "relajantes" en las conductas del profesional»*.

Esto es, el régimen de responsabilidad solidaria que predica el artículo 11 de la LSP o el de la subsidiariedad del artículo 120.4 del Código Penal –cuando, además, desde el punto de vista procesal, el responsable civil subsidiario cuenta con el beneficio de excusión, antes de que puedan proceder contra sus bienes–.

El apartado segundo del artículo 11 de la LSP establece, como se ha indicado, un régimen de solidaridad respecto a las obligaciones jurídicas derivadas de la mala *praxis* profesional, pero indica que le serán de aplicación las reglas generales de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, según corresponda. La determinación en estos casos de si resulta de aplicación el régimen normativo de la responsabilidad contractual o extracontractual, resultará un poco más complejo, puesto que, no puede desconocerse que cuando un cliente contrata los servicios de una sociedad profesional (deudor contractual) los ejecutan materialmente los letrados que prestan servicios para ella (en régimen de laboralidad o de colaboración) con los que el cliente no tiene ninguna relación jurídica. La responsabilidad que, conforme al artículo 11 de la LSP surge entre la sociedad y el cliente debe ser considerada como contractual puesto que entre ellos media una relación jurídica con elementos tomados tanto del contrato de mandato como del de servicios. Sin embargo, mayores interrogantes plantean qué naturaleza, tiene la responsabilidad entre los profesionales y el cliente, atendiendo a la ausencia *a priori* de una relación jurídica, entre ellos[66]. Al respecto, algunos autores han considerado que la responsabilidad en la que incurren los profesionales en estos supuestos debe ser calificada de extracontractual[67]. Sin embargo, parece que dicha solución no resulta del todo satisfactoria, en tanto que el profesional y el cliente no son dos extraños que se conocen a través del hecho dañoso. En cualquier caso, el cliente que desee solicitar responsabilidad al amparo del artículo 11 de la LSP, podrá demandar a la sociedad o

66. En estos casos, MONTERROSO CASADO, E. «Responsabilidad Civil del Abogado» en VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA, P. y MONTERROSO CASADO, E. *Deontología y normativa profesional. Régimen jurídico del Abogado,* Ediciones CEF, Madrid, 2019, p. 291 considera que existe un concurso de acciones, porque con el abogado, existiría una responsabilidad extracontractual mientras que, con el despacho, procedería una responsabilidad contractual y extracontractual por hecho ajeno.

67. En concreto, respecto al régimen previsto en el artículo 28.7 del Estatuto General de la Abogacía Española que, en lo sustancial es asumido por la Ley de Sociedades Profesionales, LECINENA IBARRA, A. «Competencia estatutaria en la regulación de los despachos colectivos: el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía» en *Actualidad Civil*, n.º 3, 2002, p. 9 (según numeración del pdf) considera que «*la ajeneidad del auxiliar en la relación obligatoria que une al letrado con el cliente, no excluye, como sostiene autorizada doctrina, su responsabilidad extracontractual (directa) por el daño causado frente al último mencionado, produciéndose a favor del cliente "un concurso de acciones de responsabilidad, contractual frente al abogado (por lo hecho por su auxiliar), y de responsabilidad extracontractual frente al propio auxiliar". Las dos acciones deberán ser ejercitadas alternativa o subsidiariamente para obtener una sola vez el importe del daño sufrido*».

al profesional indistintamente, sin que pueda oponerse la excepción de *litis* consorcio pasivo necesario[68].

La última cuestión que plantea la LSP en lo que respecta a la responsabilidad por *mala praxis* es la posible extensión indiscriminada que, conforme a la disposición adicional segunda de la Ley, puede darse del régimen previsto en el artículo 11 de esta norma, cuando se realice un ejercicio colectivo de la profesión, aunque no se hayan constituido como sociedad a efectos de la Ley. Una interpretación literal de esta disposición genera problemas de coherencia interna y de contradicción entre ésta y el articulado de la Ley, sobre todo, en lo que respecta a la delimitación del concepto de «sociedad profesional» *ex* artículo 1 de la Ley, pues permitiría su aplicación a agrupaciones que no cumplen con los requisitos exigidos en el referido precepto, de tal forma, que lo importante para la determinación de si resulta de aplicación esta Disposición adicional es valorar si la agrupación se presenta en el tráfico jurídico como una sociedad profesional[69].

1.4.3. La actuación del letrado constitutiva de «intromisión ilegítima»: el régimen de responsabilidad previsto en la LO 1/1982

La actuación del profesional de la Abogacía en el desarrollo de su actividad puede comprometer los derechos fundamentales al honor y a la intimidad de su cliente o de terceros vinculados al procedimiento (artículo 18.1 de la CE desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). La importancia que tienen estos derechos en el ámbito de los servicios jurídicos justifica incluso que legal y reglamentariamente se reconozca el deber del abogado de guardar secreto sobre los hechos o noticias que conozcan con ocasión de su actividad profesional [cfr. artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 32.1 del Estatuto General de la Abogacía de 2001, artículo 21-24 del Estatuto General de la Abogacía de 2021 y artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía] y el derecho del profesional a la libertad de expresión ejercitada conforme al principio de buena fe y a las normas de la correcta práctica profesional, procurando siempre la concordia y evitando, el insulto y la descalificación gratuita [artículos 5.2, 5.3 y 5.5 del Código Deontológico de la Abogacía].

La LO 1/1982 regula la responsabilidad civil ante vulneraciones del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, estableciendo ciertas

68. Sobre la inexistencia de un litis consorcio pasivo necesario en estos supuestos, puede verse, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª), de 3 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 54795).

69. CRESPO MORA, M. C. «Extensión del régimen de responsabilidad» en GARCÍA PÉREZ, R. y ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (directores) *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales: Régimen fiscal y corporativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 842.

particularidades respecto al régimen general de la responsabilidad civil. La primera es que las medidas que contempla esta Ley no quedan restringidas al resarcimiento del daño causado sino que, además, reconoce otras destinadas a interrumpir la producción del daño –acciones de cesación– o a evitar su propagación –supuestos de cierre o secuestros de medios de comunicación– (artículo 9.2 de la LO 1/1982)[70]. Además, para que nazca la obligación jurídica de reparar el daño causado es necesario que la actuación dañosa constituya una «intromisión ilegítima» de las previstas en el artículo 7 de la LO 1/1982[71]. Por último, resulta especialmente relevante la presunción del daño contenida en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, pues, si se acredita la existencia de una «intromisión ilegítima», se presume la existencia de un perjuicio en la víctima. No obstante, su aplicación, en la práctica, queda limitada a los daños morales que se deriven de la intromisión mientras que los daños patrimoniales deberán ser, en todo caso, acreditados[72].

El artículo 7 de la LO 1/1982 establece un listado de todas las posibles actuaciones que vulneren los derechos protegidos en el artículo 18.1 de la CE, sin que constituya un *numerus clausus*[73]. La subsunción de la actuación del letrado, dentro del artículo 7 de la LO 1/1982, puede producirse bien por *«la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela»* (artículo 7.4 de la LO 1/1982)[74], bien por

70. YZQUIERDO TOLSADA, M. «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)» en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1366 y 1367.

71. Entre la doctrina se ha planteado si el criterio de atribución de la responsabilidad previsto en la LO 1/1982 es un sistema de responsabilidad por culpa o por riesgo. Al respecto, YZQUIERDO TOLSADA, M. «Daños a los derechos de la personalidad…» *op. cit.* 2014, p. 1356 considera que la LO 1/1982 no exige la culpa o la negligencia del agresor. También en esta línea, se sitúa BELLÓN MOLINA, F. A. «La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral» en *Actualidad Civil*, n.º 2, 1998, pp. 394 y 395 quien reconoce que es suficiente la constatación de la intromisión ilegítima para la presunción del daño causado. En contraposición, considera necesaria la concurrencia de culpa o negligencia en la actuación del agente dañoso se muestra ATIENZA NAVARRO, M. L. «La responsabilidad civil por los daños producidos por las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor» en VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) *Derecho al honor: Tutela constitucional, Responsabilidad Civil y otras cuestiones*, 2015, p. 224.

72. Sobre la extensión de la presunción contenida en el artículo 9.3 de la LO 1/1982 ATIENZA NAVARRO, M. L. «La responsabilidad civil por los daños producidos por las intromisiones ilegítimas…» *op. cit.,* 2015, pp. 229-230.

73. El Tribunal Supremo ha declarado que este listado contenido en el artículo 7 no constituye un *numerus clausus* en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 28 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6015).

74. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 192 reconoce que aunque la definición que del secreto profesional proporciona el artículo 7.4 de la LO 1/1982, no es una noción que se refiera propiamente al secreto profesional

«*la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena*» (artículo 7.7 de la LO 1/1982).

A) La vulneración del secreto profesional como intromisión ilegítima: su escasa relevancia en los servicios jurídicos

La importancia del secreto profesional del letrado ha hecho que su respeto se considere connatural a la Abogacía porque la revelación de la información verdadera por el cliente al profesional es necesaria para el adecuado tratamiento del problema que se somete a su consideración[75] y, prueba de esta relevancia, es la pormenorizada regulación legal y estatutaria que se hace de este deber.

El artículo 7.4 de la LO 1/1982 articula como «intromisión ilegítima» la revelación de datos conocidos como consecuencia de la actividad profesional. Sin embargo, el reproche civil de su incumplimiento en el ámbito de los servicios jurídicos es muy limitado por dos motivos fundamentalmente, el primero porque el examen de la infracción de este deber se produce con carácter general dentro del ámbito penal y deontológico y, por otro lado, porque su conculcación resulta inadvertida la mayoría de las veces al prestatario del servicio, lo que justifica que no se ejerciten este tipo de acciones de responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito sanitario, en el que ha tenido mayor aplicación porque su exteriorización resulta más evidente[76].

B) La libertad de expresión del abogado: su contenido especialmente resistente y la intromisión ilegítima del artículo 7.7 de la LO 1/1982

En el ámbito de la actuación profesional de los abogados, el régimen previsto en la LO 1/1982 tiene especial incidencia respecto a la afectación que su libertad de expresión puede ocasionar en el derecho al honor de terceras

---

del abogado, aunque el contenido de este precepto es de aplicación también para su secreto profesional.

75. MORALES PRATS, F. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984, p. 210 mantiene que, cuando una persona acude al médico, o al abogado, renuncia a su intimidad, no por motivaciones caprichosas, sino espoleada por necesidades que le hacen superponer los intereses objeto del servicio profesional (la salud, la defensa personal) a la reserva de su vida privada. Pero el individuo presupone en el profesional una lealtad en el cumplimiento de sus funciones, de modo que no renuncia a su privacidad de forma ilimitada.

76. Han reconocido la existencia de «intromisión ilegítima» en materia sanitaria por esta causa, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª), de 22 de octubre de 2012 (AC 2013, 997), de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), de 3 de mayo del 2000 (JUR 2000, 264076). En el ámbito de la Abogacía, por el contrario, el reconocimiento de la infracción del deber de secreto profesional es muy limitado, puede destacarse, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 13 de mayo de 1999 (RJ 1999, 6148).

personas distintas de su cliente, porque las expresiones vertidas en el plenario o en los escritos forenses pueden constituir el supuesto de hecho de la «*intromisión ilegítima*» prevista en el artículo 7.7 de la LO 1/1982.

La libertad de expresión del artículo 20.1 de la CE tiene como contrapunto el respeto del derecho al honor, que se encuentra igualmente garantizado constitucionalmente en el artículo 18.1 de la CE. En este ámbito, la libertad de expresión del abogado posee una singular cualificación atendido el ejercicio del derecho de defensa que tiene encomendado, conforme al artículo 24 de la CE. Esta ponderación de derechos justifica que se hayan desestimado algunas acciones civiles interpuestas al amparo de la LO 1/1982, como sucede en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4377), de 24 de julio de 2012 (RJ 2012, 8370), de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5898), mientras que, por ejemplo, se reconoce la existencia de «intromisión ilegítima» por esta causa en la actuación del abogado, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 3 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3792)[77].

2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL LETRADO: EN CONCRETO, EL DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL

2.1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL LETRADO: SU DELIMITACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA

El letrado en el ejercicio de su profesión también está sujeto a la responsabilidad penal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 546.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el 78.1 del Estatuto General de la Abogacía de 2001. Los abogados en el ejercicio de su profesión pueden desarrollar conductas típicas que en el Código Penal se encuentran articuladas como delitos especiales, bajo la rúbrica «*de la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*» en los que el sujeto activo tiene que tener obligatoriamente la condición de abogado; pero también pueden cometer otras actuaciones delictivas, para cuya perpetración no es necesario ostentar esta condición, como pueden ser los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, los delitos contra el honor[78], los delitos contra el patrimonio o los delitos de falsedad documental.

77. Para un análisis más pormenorizado de los fundamentos de estas sentencias puede verse, MATE SATUÉ, L. C. «La libertad de expresión del Abogado en defensa de los intereses encomendados» *op. cit.,* 2017, pp. 350-352.

78. En relación a los delitos contra el honor, en el ámbito de la responsabilidad penal de los letrados se alude con frecuencia a la eximente prevista en el artículo 20.7 del Código Penal relativa al cumplimiento de un deber o al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Para que el ejercicio de la profesión pueda tener la consideración de causa de justificación es necesario que la actuación del profesional se realice dentro de los límites legales y conforme a Derecho [Al respecto, puede verse, MUÑOZ

Las conductas típicas que integran los delitos especiales contra la Administración de Justicia se caracterizan porque describen la conculcación de obligaciones que el letrado asume cuando acepta un encargo profesional. Se articulan así como delitos: la *incomparecencia del profesional en la vista* (artículo 463.2 del Código Penal), la *infracción del deber de custodia de documentos* (artículo 465 del Código Penal), la *revelación del secreto profesional* (artículo 466 del Código Penal) o, el *incumplimiento de las normas sectoriales sobre conflictos de intereses* (artículo 467.1 del Código Penal)[79]. Ahora bien, para un sector doctrinal en el que destaca el Profesor GRACIA MARTÍN la aludida infracción de obligaciones profesionales no constituye lo injusto específico de este conjunto de figuras delictivas, sino el «dominio social típico» que ostenta el autor en relación con el bien jurídico protegido, concretamente, mediante unos criterios normativos[80].

Estas conductas que el Código Penal tipifica como delitos pueden ser, además, susceptibles de responsabilidad disciplinaria del profesional de la Abogacía o justificar el nacimiento de responsabilidad contractual si su conducta ha generado un daño al prestatario del servicio. Los conflictos relativos a la posible concurrencia de responsabilidades penal y civil del abogado deberán resolverse atendiendo a dos principios básicos del Derecho Penal: el *principio de legalidad* que determina la prohibición de que puedan sancionarse actuaciones que no se encuentren previamente recogidas en la Ley y el *principio de tipicidad* que señala los elementos objetivos y subjetivos que fundamentan lo injusto específico de estas figuras delictivas.

El Estatuto General de la Abogacía tipifica como infracciones muy graves la comisión por el letrado de delitos dolosos [artículos 124 a) y 125 i) del Estatuto General de la Abogacía de 2021]. Esto plantea la posible concurrencia de una responsabilidad penal y disciplinaria cuando el abogado

---

CONDE, F. *Teoría General del Delito,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 127]. Esto es así, porque en la defensa de los derechos asumida, el abogado puede incurrir en una acción tipificada por el Código Penal que comporte la lesión de derechos ajenos, lo cual se produce fundamentalmente, en el ejercicio de su libertad de expresión, que como se ha indicado *ut supra,* tiene unos márgenes más amplios cuando se desarrolla en el ejercicio de sus derechos.

79. El régimen aplicable a los conflictos de intereses se encuentra articulado en el artículo 22 del Estatuto General de la Abogacía en relación con el artículo 12 C del Código Deontológico de la Abogacía.

80. GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal,* Vol. I, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985, pp. 359 y ss. Este autor afirma que *«[…] los elementos de la autoría de los delitos especiales llevan aparejada la posición de garante de los sujetos caracterizados por la norma mediante especiales características personales»* y llega a la conclusión de que *«[…] si el criterio del "dominio social" que es posible concretarlo en el "dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico", en el sentido de que éste se encuentra bajo la dependencia del sujeto, es presupuesto de la posición de garante, y el "dominio social" es la ratio essendi de los delitos con especiales elementos de la autoría, tenemos que estos delitos son "delitos especiales de garante"».* [Las citas transcritas se corresponden a las páginas 374 y 376, respectivamente].

infringe sus deberes profesionales y, con ello, una posible doble sanción. Si el fundamento de ambas responsabilidades es el mismo, la incoación del procedimiento penal por infracción de deberes profesionales suspenderá el procedimiento disciplinario; si el primero de ellos concluye con una sentencia condenatoria, no se producirá la reapertura del procedimiento disciplinario, porque ello conculcaría el principio *non bis in ídem*[81]. Si, por el contrario, el letrado obtiene una resolución absolutoria, se podría reabrir el correspondiente proceso disciplinario. En cambio, si el profesional no comete un delito especial sino un delito común que puede realizar cualquier persona, por ejemplo, unas lesiones o un homicidio, sí se podrían dilucidar simultáneamente la responsabilidad penal y disciplinaria vinculada a la comisión del delito.

Esto quiere decir que, si el abogado es condenado por un delito de deslealtad profesional *ex* artículo 467.2 del Código Penal porque se demoró sin causa en la interposición de una demanda y provocó un daño manifiesto a los intereses de su cliente, el procedimiento disciplinario que pudiera seguirse contra él se archivará, una vez firme la sentencia condenatoria, porque el fundamento del proceso disciplinario radica en la conculcación de deberes profesionales, de modo que la sentencia condenatoria y, en su caso, la sanción disciplinaria tendrían idéntico fundamento. Sin embargo, si un letrado comete un delito de conducción temeraria un sábado por la noche, en este caso, el delito cometido no guarda relación con su actividad profesional. Por

81. El principio *non bis in ídem* como reconoce LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 20 tiene «*dos fundamentaciones que conducen, o pueden conducir a resultados diferentes. Tales fundamentaciones son el principio de culpabilidad y el principio de seguridad jurídica. El primero, esto es, el principio de culpabilidad impide que pueda imponerse por el mismo hecho al mismo sujeto una sanción que exceda del límite proporcional a la culpabilidad. El principio de seguridad jurídica considera que no es admisible en un Estado de Derecho la amenaza permanente de diferentes sanciones (simultáneas o sucesivas en el tiempo) por el mismo hecho al mismo sujeto, pues, además, tal posibilidad entraña someter al ciudadano a un trato inhumano*». En esta línea, PÉREZ CEPEDA, A. I. *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, p. 92 considera que «*el legislador ha establecido con gran acierto la imposibilidad de imponer una sanción disciplinaria tras la condena penal por las infracciones establecidas en las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, porque el interés jurídico protegido es el mismo, el buen funcionamiento del servicio público de la Administración de Justicia, siendo los tipos penales de los artículos 465 y 466 CP los que recogen el total contenido de injusto del hecho. Aplicado el concurso de leyes no es posible sancionar por ambas vías porque el ilícito penal consume al ilícito disciplinario*».

Sin embargo, también existe una línea jurisprudencial en el Tribunal Constitucional que permite la sanción penal y disciplinaria de una conducta cuando el fundamento de una y otra sanción es distinto, o cuando el sujeto se halla en relación de especial sujeción con la Administración, siempre que concurra ese fundamento distinto y la sanción se dirija a su protección [por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª), de 12 de marzo de 2007 (RTC 2007, 48) o (Sala 2.ª), de 10 de diciembre de 1991 (RTC 1991, 234)]. Sobre esta interpretación puede verse, ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 165-167.

tanto, la tramitación del proceso penal no suspenderá la incoación del proceso disciplinario fundado en la comisión por parte del profesional de un delito doloso [artículos 124 a) y 125 i) del Estatuto General de la Abogacía de 2021].

Entre los delitos especiales que tiene como sujeto activo a los letrados resulta especialmente controvertido el tipo penal recogido en el apartado segundo del artículo 467 del Código Penal, que a continuación se va a exponer, porque en su tipificación concurren los mismos elementos que el Código Civil exige para el reconocimiento de responsabilidad civil profesional.

2.2. EL DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL: EL ARTÍCULO 467.2 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 467.2 del Código Penal tiene como bien jurídico protegido, la salvaguarda de la lealtad profesional de abogados y procuradores hacia sus clientes, y castiga al «*abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados*» con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para la profesión de uno a cuatro años y, si los hechos fueran cometidos por imprudencia grave, con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial de seis meses a dos años.

El solapamiento que, a efectos de responsabilidad del profesional, se puede producir entre las conductas que constituyen el delito de deslealtad profesional en su modalidad de imprudencia grave y otros incumplimientos profesionales cuya incidencia queda reservada a la esfera contractual, han hecho que los órganos judiciales hayan pretendido resolverlos, conforme al «principio de intervención mínima y carácter subsidiario del Derecho Penal». De modo que se ha reservado para su punición por el Derecho penal aquellas conductas más intolerables desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas, porque el tipo penal no puede integrarse por el modo en que el letrado ejerce su encargo, salvo en casos límites.

2.2.1. Los elementos del tipo penal del artículo 467.2 del Código Penal

A) Los elementos objetivos del tipo

Desde el punto de vista de la dinámica comisiva, el abogado tiene que desplegar una acción u omisión que genere un resultado dañoso. Esta exigencia plantea la primera dificultad para diferenciar entre el delito de deslealtad profesional y el incumplimiento generador de responsabilidad civil contractual porque, como se va a exponer a continuación, los incumplimientos del letrado que pueden constituir la acción típica de este delito son fundamentalmente los mismos que los que producirían un incumplimiento contractual.

a) La inacción del profesional de la Abogacía: El mero transcurso de los plazos previstos para ejercitar los derechos del cliente no resulta *per se* típico[82], pero puede constituir el delito de competencia desleal si concurre dolo o imprudencia grave. Se ha condenado por este delito de deslealtad profesional, al letrado que no presentó en plazo una demanda sucesoria [Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1.ª), de 15 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 147812)] o al que se demoró, sin justa causa, en presentar una demanda de alimentos a favor del hijo, privándole de la percepción de la pensión durante el tiempo en el que le hizo creer que estaba gestionando sus intereses [Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8.ª), de 7 de diciembre de 2010 (ARP 2011, 368)].

   La inacción del abogado puede concurrir con otras conductas delictivas efectuadas por estos profesionales. Así, se ha condenado por este delito al letrado que, tras dos actos de conciliación intentados sin efecto, no inició los trámites judiciales para que se declarara el derecho de sus clientes, llegando incluso a fingir la celebración de un juicio [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 24 de febrero de 2016 (RJ 2016, 706)], también a una abogada que aseguraba haber interpuesto una demanda de adopción y que, posteriormente, envió un documento simulando una supuesta comunicación de la Fiscalía –constitutiva a su vez, de un delito de falsedad en documento público– [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013, 5012)]; o al profesional que aparentó haber interpuesto una demanda judicial de reclamación de cantidad, fingiendo la realización de un juicio y la obtención de una resolución favorable a los intereses de los que le contrataron [Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 7.ª), de 6 de junio de 2016 (JUR 2016, 198348)].

b) La infracción del deber de información: Este delito puede también cometerse por la omisión del profesional de cumplir con su deber de información. Los órganos judiciales han condenado por este delito a la abogada que no informa a su cliente de la consecuencia legal de desobedecer los deberes impuestos por sentencia firme y le comportan una imputación por un delito contra los deberes legales de la patria potestad [Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.ª), de 22 de abril del 2015 (ARP 2015, 378)]. También se ha condenado por esta causa al profesional que no informó a sus clientes del cobro de parte de la indemnización y presentó un escrito renunciando a la continuación del proceso y efectuando un indebido «*ius retentionis*» [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 16 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6381)]

82. Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 7.ª), de 6 de junio de 2016 (JUR 2016, 198348).

o, a la abogada que no comunica a su cliente el archivo del procedimiento judicial ni interpone el pertinente recurso con la consiguiente pérdida de derechos [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 31 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1000)].

En algunos de los supuestos analizados puede advertirse la existencia de un doble incumplimiento por parte del profesional de la Abogacía, basado en la inactividad profesional y en la falta de información a su cliente, por la falta de impulso razonable de la acción cuando el letrado ha apreciado dificultades en su viabilidad [cfr. las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17.ª), de 2 de enero de 2012 (JUR 2012, 57533) y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29.ª), de 21 de marzo de 2013 (JUR 2013, 243622)].

c) El desconocimiento del Derecho: Los órganos judiciales y la doctrina son reacios a reconocer la comisión del delito de deslealtad profesional por esta causa ya que consideran que el ordenamiento jurídico proporciona otras vías más adecuadas para el reproche profesional de este tipo de conductas[83].

A efectos ilustrativos, se ha absuelto al abogado que efectuó un asesoramiento fiscal inadecuado, por no considerarse una actuación propia de la Abogacía, sino concomitante [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 17 de febrero de 2012 (RJ 2012, 9069)], también al letrado que optó por una estrategia procesal dudosa cuya eficacia era prácticamente inexistente [Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3.ª), de 25 de mayo de 2010 (ARP 2010, 761)]. Tampoco se ha condenado al profesional que decidió resolver el contrato en vez de exigir su cumplimiento, cuando éste resultaba más adecuado a los intereses de su cliente [Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1.ª), de 17 de octubre de 2003 (JUR 2004, 87442)]. Excepcionalmente, se ha reconocido dentro de este delito, la actuación consistente en incluir en un procedimiento de división judicial de herencia bienes inmuebles que no eran propiedad del causante [Sentencia de la Audiencia Provincial

83. A nivel doctrinal, QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 1858, considera que no resulta equilibrado que la comisión de graves errores en un proceso por mera impericia, inexperiencia o falta de conocimientos especializados se diluya en el ámbito de la responsabilidad penal.

En la línea de lo expuesto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29.ª), de 24 de noviembre de 2011 (ARP 2012, 147), reconoce que, *«el Código Penal no es, ni puede pretender ser, el remedio para lograr que todos los profesionales tengan una formación jurídica sólida, que cuenten con la preparación específica que requiere la índole del asesoramiento o defensa que se les encargue y que, además, cumplan con exquisitez y exhaustividad todos sus cometidos, respondiendo en caso contrario, de cualesquiera errores en su actuación profesional»*.

de Vizcaya (Sección 2.ª), de 2 de marzo de 2016 (JUR 2016, 122454)], o el cálculo erróneo y el abono fuera de plazo del importe del impuesto de sucesiones realizado por un profesional [Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2.ª), de 12 de abril del 2010 (JUR 2010, 204313)].

Por su parte, el elemento objetivo del tipo exige que el letrado perjudique de forma manifiesta los intereses encomendados. Es decir, para que se califique el incumplimiento del profesional como un delito de deslealtad profesional es necesario que se produzca un perjuicio relevante, palmario, patente y ostensible pues únicamente ese *plus* de antijuridicidad justifica la integración del tipo penal[84]. El daño ocasionado no tiene que ser irreparable, pero sí debe constituir una lesión del derecho de defensa del cliente, aunque no es necesario que comporte un quebranto patrimonial económicamente evaluable, puede ser un daño moral o patrimonial producido tanto dentro como fuera del proceso[85].

Por otro lado, es necesario que el «perjuicio manifiesto» se encuentre vinculado causalmente con el comportamiento del letrado, de tal forma que, si no concurre el nexo causal entre la conducta del profesional y el daño manifiesto, no sería constitutivo de delito [véase, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1009)][86]. El delito se consumará con la materialización del daño.

84. A este respecto, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 14 de julio del 2000 (RJ 2000, 5539) y del 23 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8483). Por el contrario, rechazan la consideración de que el perjuicio generado es «manifiesto» las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1.ª) de 7 de febrero de 2013 (JUR 2013, 105931) y de la Sección 2.ª, de 20 de noviembre de 2012 (ARP 2012, 1330).

85. En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI, E. «Deslealtad profesional» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (director) *Tratado de Derecho Penal español*, v. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1115 y 1116. Sobre la naturaleza de los perjuicios que tienen que cometer los profesionales para que integren el tipo delictivo de la «deslealtad profesional», puede verse, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2.ª), de 15 de junio de 2017 (ARP 2017, 1053).

Por el contrario, PÉREZ CEPEDA, A. I. *Delitos de deslealtad profesional… op. cit.* 2000, pp. 192 y 193 plantea otra interpretación respecto al contenido del perjuicio que ocasionan estos profesional, porque considera que «*la inclusión de este delito dentro de los relativos a la Administración de Justicia nos compele a interpretar que sólo serán típicos aquellos perjuicios que son ocasionados en el transcurso de alguna de las fases del proceso, que produzcan: a) la imposibilidad u obstaculización del acceso efectivo a la tutela jurisdiccional […] b) la pérdida de medios de defensa o derechos procesales […] c) cuando la conducta influye en que el fallo o la resolución sea menos favorable de lo que debería haber sido […] d) no efectividad total o parcial en la ejecución del fallo*».

86. Esta Sentencia (RJ 2010, 1009) reconoce como uno de los elementos del tipo la existencia de nexo causal entre el comportamiento y el perjuicio que ha de ser manifiesto, porque considera que «*el perjuicio ha de seguirse necesariamente de la conducta procesal del Abogado llegando a reclamarse que el resultado perjudicial haya sido imputable exclusivamente al Letrado*» La exigencia del nexo causal, también es reconocida por ARRIBAS LÓPEZ, J. E.

B) El elemento subjetivo del tipo: El dolo y la imprudencia grave

La actuación del abogado para que pueda resultar punible requiere que sea dolosa, es decir, que haya actuado con conciencia y voluntad de perjudicar los intereses de terceros. La exigencia de este elemento subjetivo exige que el profesional tenga conocimiento pleno del daño que va a ocasionar, pero también se admite el dolo eventual que se materializaría en un actuar del profesional con representación mental de la alta probabilidad de que se produzca un daño[87].

El párrafo segundo del artículo 467.2 del Código Penal, reconoce como tipo atenuado, la actuación profesional que perjudique de forma manifiesta los intereses encomendados, si el abogado ha incurrido en una imprudencia grave[88]. Esto es, si ha omitido la diligencia mínima e indispensable para el desempeño de su profesión. Por el contrario, no constituirán el delito del artículo 467.2 del Código Penal las actuaciones que se han derivado de una imprudencia leve del profesional, que serían reconducibles a la responsabilidad civil y/o disciplinaria.

La interpretación de esta modalidad imprudente tiene que ser restrictiva con el objetivo de garantizar los principios de *intervención mínima* y de *subsidiariedad* del Derecho Penal, limitada a supuestos en los que se pueda afirmar que se trata de una actuación que ningún profesional medio hubiera tenido[89].

C) Las penas: la multa y la inhabilitación especial

En este tipo penal se aprecian dos penas principales cumulativas, por un lado, la pena de multa –cuya cuota diaria al amparo del artículo 50.4 del Código Penal, tendrá una extensión desde los 2 a los 400 euros diarios– y, por otro lado, la inhabilitación especial para la profesión u oficio.

La pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio tiene un fundamento preventivo-especial y de peligrosidad, en el sentido de que se impone la inhabilitación porque la comisión del delito se produce en el ejercicio de

---

Responsabilidad civil y penal del Abogado en el ejercicio de su profesión, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 172, aunque este autor no le atribuye a este requisito la consideración de elemento del tipo.

87. ARRIBAS LÓPEZ, J. E. *Responsabilidad civil y penal del Abogado… op. cit.* 2015, p. 173.

88. El delito de deslealtad profesional en su modalidad imprudente, supone una excepción a la regla general, establecida en el artículo 12 del Código Penal, que prevé la no punición de las acciones u omisiones negligentes, salvo cuando expresamente lo disponga la Ley. A este respecto, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 255, nota a pie n.º 103 reconoce acertadamente que en la comisión de los delitos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional, exige la presencia de dolo, a excepción del artículo 467.2 del Código Penal que permite su comisión por imprudencia grave.

89. En este sentido, ABELLANET GUILLOT, F. «La prevaricación del Abogado. Otros delitos cometidos por abogado en el ejercicio profesional en el nuevo Código penal» en *Revista jurídica de Catalunya*, n.º 4, 1996, pp. 1129-1146 y también, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29.ª), de 24 de noviembre de 2011 (ARP 2012, 147).

su profesión[90]. Esta pena es especialmente importante en el delito del artículo 467.2 del Código Penal porque impedirá el ejercicio de la Abogacía durante el tiempo y en las condiciones que determine la resolución judicial y su incumplimiento acarrearía, además, la comisión de un delito de quebrantamiento de condena previsto en el artículo 468.1 del Código Penal. Una vez transcurrido el tiempo de condena, el abogado podrá volver a ejercer su profesión, sin que tenga que obtener de nuevo el título que le habilita para ello[91].

2.2.2. El delito de deslealtad profesional y el concurso con otros delitos

En el estudio jurisprudencial efectuado respecto a este delito se advierte cómo frecuentemente su comisión se reconoce junto con otras conductas delictivas cometidas por el abogado, provocando un concurso de delitos *ex* artículo 77 apartados primero y tercero del Código Penal lo que incide en la pena a imponer al profesional. En estos casos de concurrencia delictiva se suele reconocer un concurso medial de delitos –esto es, el delito de deslealtad profesional es el cauce para la comisión de otro delito–, pero excepcionalmente, también puede apreciarse un concurso real *ex* artículos 73, 75 y 76 del Código Penal, cuando no se advierte una superposición delictiva y se opta por la punición separada de las conductas delictivas [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 6092)].

Los supuestos en los que el profesional de la Abogacía incurre en un concurso de delitos se pueden articular en dos subgrupos: por un lado, las conductas profesionales delictivas que atentan contra el patrimonio del cliente, destinadas a la obtención de un espurio beneficio económico y, por otro lado, los delitos de falsedad documental, dirigidos a ocultar al prestatario del servicio la infracción cometida por el abogado.

90. BOLDOVA PASAMAR, M. A. «Penas privativas de derechos» en GRACIA MARTÍN, L. (coordinador), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 134, mantiene que esta pena «*[…] no ha de concebirse como una "condena al hambre", pues en cualquier caso no son éstos los fines propios de la resocialización y la reinserción a los que aspiran las penas, sino que el derecho al trabajo constitucionalmente reconocido se debe restringir únicamente en la medida de lo imprescindible, y, por consiguiente, solo en aquellos casos en los que la profesión, oficio, industria o comercio de que se trate haya sido utilizada para delinquir*».

En esta línea, el Tribunal Supremo ha rechazado en los supuestos en los que la inhabilitación especial para la profesión se plantea como pena accesoria su aplicación si el condenado no empleó conocimientos profesionales para la comisión del delito [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 466)]. Al respecto, puede verse RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «La pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio» en FARALDO CABANA y PUENTE ABA, L. M. *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 120.

91. BOLDOVA PASAMAR, M. A. «Penas privativas de derechos» en GRACIA MARTÍN, L. (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 69.

A) Las conductas profesionales delictivas que comportan un beneficio económico: especial referencia a la apropiación indebida y a la deslealtad profesional

Las conductas delictivas del profesional destinadas a la obtención de un beneficio ilícito respecto de su cliente pueden constituir distintos tipos delictivos, aunque el más habitual es el del delito de apropiación indebida[92]. Con relativa frecuencia se han planteado problemas interpretativos sobre si puede condenarse al profesional de la Abogacía por un delito de apropiación indebida, en su modalidad agravada del artículo 250.6 del Código Penal, y un delito del artículo 467.2 del Código Penal. Es decir, si entre estas figuras delictuales existe un concurso de delitos o un concurso de leyes. Finalmente, para resolver esta cuestión el Tribunal Supremo adoptó un Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 16 de diciembre de 2008, que es el siguiente, si «*I.–El letrado que distrajere dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del art. 252 del CP*[93]*, comete delito de apropiación indebida. II.–La aplicación de la agravación prevista en el art. 250.7 del CP se ajustará a las reglas generales. III.–Además cometerá un delito del art. 467.2, en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara a los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como letrado*»[94].

Estas directrices contenidas en el Acuerdo no jurisdiccional no han sido seguidas de forma unánime por los órganos judiciales. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 23 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1377) enjuicia un supuesto en el que un abogado se apropia de la indemnización obtenida en el proceso a favor sus clientes y considera que los hechos deben de ser subsumidos en el delito de apropiación indebida, sin apreciación del concurso ideal con el delito de deslealtad profesional, por entender que no se había puesto en peligro el bien jurídico protegido por el artículo 467.2 del Código Penal de salvaguarda de la lealtad del profesional respecto a su cliente, abarcando pues, el delito de apropiación indebida la totalidad de la

92. ARRIBAS LÓPEZ, J. E. *Responsabilidad civil y penal del Abogado… op. cit.* 2015, p. 195 reconoce la relación entre el delito del artículo 467.2 del Código Penal, al que denomina este autor como «delito de perjuicio de parte» con la apropiación indebida, al afirmar que «*en la práctica forense vinculada a la responsabilidad criminal de los abogados, esta última infracción* (se refiere a la apropiación indebida), *se presenta más frecuente que otras*».

93. Es preciso hacer constar, que tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, el delito de apropiación indebida pasa a estar tipificado en el artículo 253 del Código Penal y, el subtipo agravado en el artículo 250.6 del Código Penal, a efectos de que pueda valorarse debidamente el Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo.

94. Se puede acceder al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 16 de diciembre de 2008, en el siguiente enlace: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-16-de-diciembre-de-2008-sobre-Apropiacion-indebida-y-deslealtad-profesional-Alcance-del-art-386-2-del-CP-Validez-de-la-declaracion-en-el-plenario-del-coimputado-juzgado-con-anterioridad-que-acude-como-testigo-al-juicio-de-otro-acusado [última consulta: noviembre de 2019].

significación antijurídica del comportamiento punible. En contraposición, se ha condenado por estos delitos al profesional que omitió a los clientes el resultado de las gestiones y el cobro de parte de la indemnización, renunciando en nombre de sus clientes en el procedimiento y efectuando indebidamente un «*ius retentionis*» para abonarse su minuta [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 16 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6381)]. También se ha condenado por estos delitos al profesional que no presenta demanda de incapacitación y se apropia del dinero recibido en concepto de provisión de fondos [Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.ª), de 19 de marzo de 2014 (ARP 2014, 1038)], al letrado que negoció con el empresario para conseguir un suplemento de finiquito para el destinatario del servicio, que se quedó para sí, desistiendo del proceso seguido ante la jurisdicción laboral [Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1.ª), de 3 de enero de 2013 (JUR 2013, 55003)], o a una abogada que llevó a cabo sólo parcialmente la tarea encomendada y se apropió del dinero que debía de ir destinado a la ejecución del resto de gestiones [Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7.ª), de 22 de octubre de 2015 (JUR 2016, 210642)].

B) Las conductas profesionales delictivas tendentes a ocultar la negligencia del profesional: los delitos de falsedad documental

Los delitos de falsedad documental –fundamentalmente, de documento público, pero también puede ser privado– son cometidos por los profesionales con el objetivo de ocultar al cliente el incumplimiento de sus deberes profesionales. En los delitos de falsedad en documento público, el bien jurídico protegido es la fe pública «*entendida como la confianza del público en determinados objetos, signos o declaraciones*». Se pretende tutelar, por tanto, la seguridad que, en el tráfico jurídico, se deriva de la confianza de los ciudadanos en la apariencia de verdad que tiene la presentación de documentos judiciales, notariales y registrales[95].

Los órganos judiciales han condenado, por un delito de falsedad en documento público en concurso con un delito de deslealtad profesional, al abogado que no presentó en plazo una demanda prescribiendo la acción y entregando al cliente fotocopias y una providencia judicial falsa [Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª), de 19 de junio de 2013 (ARP 2013, 1169)], a la abogada que aseguraba haber interpuesto una demanda de adopción y que posteriormente envió un documento simulado haciendo constar una supuesta comunicación de la Fiscalía [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013, 5012)], o al que no informó a su cliente del procedimiento de ejecución, haciéndole creer que seguía su tramitación, creando

95. En este sentido, puede verse, NAVARRO FRÍAS, I. «Delitos de falsedades» en ROMEO CASABONA, C. M., SOLARECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coordinadores), *Derecho Penal parte especial*, Comares, Albolote (Granada), 2016, p. 650.

al efecto una Providencia [Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), de 9 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 158362)].

Excepcionalmente, existe algún supuesto en el que la actuación del abogado es constitutiva simultáneamente de los delitos de deslealtad profesional, apropiación indebida y falsedad en documento público. Es el caso, de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 6092), que conoce de la actuación de un profesional que presentó una demanda de declaración de herederos siendo judicialmente archivada por no subsanar los defectos procesales; se apropió, además, de la cantidad económica solicitada para la liquidación de los impuestos sucesorios y confeccionó una Providencia por la que falsamente se daba curso al procedimiento y quedaba este pendiente de sentencia.

2.2.3. Reflexiones sobre el delito de deslealtad profesional del artículo 467.2 del Código Penal

Los pronunciamientos judiciales expuestos anteriormente permiten dilucidar la existencia de un área de solapamiento entre la responsabilidad civil y penal del profesional de la Abogacía. En principio, la elección de la vía civil o penal contra el abogado que ha desarrollado negligentemente su encargo correspondería al cliente debidamente asesorado por el profesional que vaya a defender sus intereses, siempre que concurran los elementos del tipo penal. Sin embargo, la superposición de la modalidad imprudente del artículo 467 del Código Penal con la responsabilidad civil del profesional provoca una cierta inseguridad jurídica y cuestiona los *principios de intervención mínima y subsidiariedad* del Derecho Penal[96].

Por esos motivos, a mi juicio, el delito previsto en el artículo 467.2 del Código Penal debe resultar reformulado en un doble ámbito que afecta al elemento objetivo y subjetivo del tipo[97]. El elemento objetivo del artículo 467.2 del Código Penal considero que no debería girar en torno a la producción de un «*perjuicio relevante, palmario, patente*» sino sobre la *gravedad de la actuación profesional*. Esta postura se ampara en que la entidad del daño dependerá de circunstancias ajenas a la reprobabilidad que merece la conducta del

96. Estos principios son reconocidos entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 14 de julio del 2000 (RJ 2000, 5539) y de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013, 5012), de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6.ª), de 2 de marzo de 2016 (JUR 2016, 122454) y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29.ª), de 15 de junio de 2017 (ARP 2017, 8053).

97. En este sentido, ARRIBAS LÓPEZ, J. E. «Daños causados a clientes por profesionales de la Abogacía: ¿acción civil o acción penal?», en *Diario la Ley,* n.º 9508, 2019, es partidario de limitar la aplicación de este delito a favor de la vía civil, atendiendo a los problemas que plantea la entrada del Derecho penal en esta ámbito, ya que restringe las posibilidades de reversión y los perjuicios profesionales que puede generar a futuro en el profesional, la inhabilitación profesional y la sombra de haber sido condenado por esta vía.

profesional, tales como la viabilidad de la pretensión o la cuantía del procedimiento. Sin embargo, resulta más adecuado a efectos de la protección del bien jurídico que tutela este delito, –esto es, la salvaguarda de la lealtad profesional de abogados hacia sus clientes–, que la conducta constitutiva de delito fuese una actuación profesional especialmente reprobable que conculcara las reglas más básicas de la profesión, reconociéndose en este sentido, cuando el abogado haya infringido más de una obligación profesional, siempre que no sean constitutivas de delitos autónomos. Esto sucede cuando en la actuación que perjudica los intereses de su cliente concurre, por ejemplo, una infracción del deber de información y, además, la omisión de una actuación profesional que produce la caducidad o prescripción de la acción en la que se funda el derecho del cliente. En el elemento subjetivo sería conveniente la supresión de la modalidad imprudente, porque su mantenimiento comporta el referido solapamiento entre la responsabilidad civil y penal del abogado. Por ese motivo, resultaría más satisfactorio la eliminación de la imprudencia grave como elemento subjetivo de lo injusto y que este delito se articulara únicamente en una modalidad dolosa como en los restantes delitos contra la Administración de Justicia y, especialmente, en los de «obstrucción y deslealtad profesional».

2.3. LAS ESPECIALIDADES QUE EN ESTA MATERIA PLANTEA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO: EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN Y LA EXTENSIÓN DEL DAÑO INDEMNIZABLE

2.3.1. Punto de partida: la responsabilidad civil en el proceso penal

El artículo 1089 del Código Civil enumera las fuentes de las obligaciones, pudiendo distinguir, por un lado, los contratos y los cuasicontratos y, por otro, «*los actos y omisiones ilícitos o en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*». Por tanto, cuando un ilícito penal produce un daño resarcible, generará en el responsable la obligación jurídica de indemnizarlo.

En el ordenamiento jurídico español la regulación sobre la responsabilidad civil se encuentra en dos textos legales: el Código Civil que regula la responsabilidad contractual (artículo 1101 del Código Civil) y la extracontractual (artículo 1902 del Código Civil), y el Código Penal que contiene el régimen de la responsabilidad civil derivada del delito (artículos 109 y ss. del Código Penal). Esta distinción de cuerpos normativos para la articulación de la obligación jurídica de reparar el daño causado obedece a razones históricas –la aprobación del Código Penal fue previa al Código Civil, lo que justificó que éste incorporara una serie de reglas para exigir esta obligación civil–. Sin embargo, lejos de derogarse las normas civiles contenidas en el Código Penal una vez aprobado el Código Civil[98], se han mantenido, provocando en determinados

98. Entre los autores que abogan por la derogación de las reglas de la responsabilidad civil contenidas en el Código Penal, se muestran entre otros, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho*

aspectos incluso soluciones distintas según el hecho dañoso constituya, o no, un ilícito penal, siendo especialmente destacable los supuestos de responsabilidad por hechos ajenos, al ser en los que se acentúan más las diferencias entre el régimen contenido en el Código Civil y en el Código Penal[99].

Con anterioridad a ahondar en el estudio de la responsabilidad civil derivada del delito resulta necesario destacar que no toda infracción criminal genera necesariamente una responsabilidad civil. Esta afirmación queda patente en el tenor del artículo 110 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, Ley de Enjuiciamiento Criminal) que afirma como «*de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho*». Es cierto, que en el ámbito de los delitos que estamos examinando y, sobre todo en el de deslealtad profesional (artículo 467.2 del Código Penal), no resulta posible concebible la comisión de este delito sin la producción de un perjuicio en el patrimonio económico o moral de la víctima porque la concurrencia del daño se constituye en elemento objetivo del tipo. No obstante, la anterior afirmación resulta necesaria para comprender las posibles vías que la Ley rituaria criminal establece para permitir a los legitimados, el ejercicio de la acción civil.

El artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proporciona tres posibilidades en relación a la acción civil derivada del delito: ejercerla en el

---

de Daños op. cit. 1999, p. 283 que mantiene como *«[…] hay que volver a destacar que la distinción normativa entre una responsabilidad extracontractual de carácter general y una forma específica que se define como dimanante del delito o falta debería haber dejado de existir hacía mucho tiempo y ha sido un error del legislador de 1995 haberla perpetuado sin poseer razones insalvables»*. También YZQUIERDO TOLSADA, M. «La responsabilidad civil en el proceso penal» en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. *Tratado de Responsabilidad Civil,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Vol. I, 2014, p. 1109 mantiene que «*promulgado el Código Civil en 1889, lo lógico habría sido derogar tales normas y vaciarlas en el propio Código Civil, que fue todo lo contrario de lo que se hizo: el art. 1092 se remitió al Código Penal, que ha seguido hasta la actualidad regulando indebidamente las consecuencias civiles del delito, reservándose en cambio el Código Civil la regulación de esos mismos –ahí está el problema– daños para el caso en que no se hubiesen ocasionado junto a la comisión del delito o falta*». Con carácter más genérico, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 259, nota a pie de página n.º 113 considera que «*la dualidad de regímenes podía haber sido solventada con la promulgación del Código Penal de 1995. Sin embargo, el precipitado Código sigue regulando este tipo de responsabilidad de manera muy parecida a como lo hacían los Códigos que le preceden*».

99. DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, pp. 282 y 283 concluye que hay tres tipos de diferencias fundamentales entre la regulación del Código Penal y del Civil, en primer lugar, que el Código Penal establece un deber de indemnización por equidad de los imputables; en segundo lugar, que el Código Penal contiene una regulación de la responsabilidad civil en el caso de concurrencia de circunstancias de exclusión de la responsabilidad civil y, por último, las diferencias del régimen normativo en los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno.

proceso penal, reservarla para un proceso civil posterior, o renunciar expresamente a ella.

La responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad civil del Código Civil tienen una naturaleza, un fundamento y una finalidad similares[100]. El ejercicio de la acción civil en el proceso penal no plantea especiales dificultades y sí una importante economía procesal[101], porque durante la fase de instrucción se efectuarán las actuaciones necesarias destinadas a determinar la responsabilidad pecuniaria de los investigados (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), teniendo facultad, además, para adoptar las medidas cautelares tendentes a asegurar el patrimonio de éste (artículo 783.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La víctima del delito o los legitimados para la reclamación de los daños derivados por el ilícito (artículo 113 del Código Penal) pueden también, reservarse la acción civil para un proceso posterior de esta naturaleza, en el que el juez civil deberá constatar la existencia de una conducta típica –que vendrá acreditada con la sentencia penal condenatoria–, una legítima expectativa indemnizable y una relación de causalidad, es decir, deben tratarse de daños y perjuicios causados con ocasión de la infracción penal[102].

La responsabilidad civil *ex delicto* se considera que tiene naturaleza extracontractual porque no se deriva de una relación jurídica entre dos personas sino de la conculcación del principio *alterum non laedere*[103]. Sin embargo, en los

100. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 40 considera que «*la responsabilidad civil nace del daño y no del delito, por lo tanto la acción civil tendente a la reparación sólo puede surgir cuando exista daño reparable, pues puede darse un delito sin que produzca daño alguno y puede darse "acción civil" ejercitable ante los Tribunales del orden penal, sin responsabilidad criminal, según lo establecido en el derogado art 20 CP y actual art. 119 CP*». También, YZQUIERDO TOLSADA, M. «La responsabilidad civil en el proceso penal» *op. cit.* 2014, p. 1108 destaca que resulta inapropiado hacer referencia a la responsabilidad civil derivada del delito porque «*la responsabilidad civil deriva sólo del daño, y el hecho de que la acción que lo generó sea además constitutiva de infracción penal en nada modifica la naturaleza de la obligación. Como tampoco la modificará el que el hecho tenga repercusiones en otros sectores del ordenamiento*».

101. A este respecto, LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias jurídicas del delito* (edición revisada en colaboración con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D.) Tecnos, 2005, Madrid, p. 150 reconoce que si bien el sistema español que permite el reconocimiento de responsabilidades civiles por la vía criminal da la apariencia de que se vulnera la autonomía de la esfera pública y privada, considera que «*[…] poderosas razones de oportunidad y utilidad avalan la solución nacional: la exigencia de responsabilidades civiles por lo criminal "ex officio", y con intervención del Ministerio Público, evita que la víctima tenga que iniciar un nuevo procedimiento –que es, por lo menos, una molestia– con la consiguiente multiplicación del daño producido por la infracción*».

102. Sobre los presupuestos de la acción civil derivada del delito puede verse, MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito,* Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 464 y 465.

103. MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito op. cit.* 2011, p. 465. Por su parte, NADAL GÓMEZ, I. *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal,* Tirant lo

delitos especiales en los que subyace entre el sujeto activo y pasivo una relación contractual y la conducta delictiva descrita en el tipo penal se articula en torno a la prestación de servicios profesional, puede plantearse, en mayor medida si le resultan de aplicación, además de las normas previstas en el Código Penal (artículos 109 y ss.), supletoriamente, las contenidas en el Código Civil, para la responsabilidad contractual[104].

2.3.2. Las especialidades de la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil contractual en la responsabilidad civil derivada del delito

A) El plazo de prescripción en los supuestos de reserva de las acciones civiles: Cuando la víctima ejercita en el proceso penal la acción civil derivada del delito, se produce la imposibilidad de ejercitarla separadamente de la acción penal, de tal forma que los plazos de prescripción de la acción civil quedan interrumpidos al amparo de los artículos 1969 del Código Civil y 111 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el supuesto de que el proceso penal concluyera con una sentencia absolutoria, o la denuncia o querella fuera sobreseída, la víctima podrá ejercitar la acción civil ante la jurisdicción de idéntica naturaleza, durante el plazo que reste para su prescripción. Sin embargo, se planteará qué plazo de prescripción tiene esa acción. En estos supuestos, la respuesta dependerá de si la pretensión indemnizatoria se deriva de un incumplimiento contractual, en cuyo caso el plazo de prescripción será de 5 años (artículo 1964.2 del Código Civil), o si se vincula con la infracción del principio *alterum non laedere*, será de un año (artículo 1968.2 del Código Civil).

En los casos en los que la víctima o las personas legitimadas se reservan la acción civil derivada del delito para ejercitarla ante los tribunales civiles, las posibilidades son nuevamente: el plazo de un año previsto para la responsabilidad extracontractual (artículo 1968.2 del Código Civil), o el previsto para las acciones personales que no tengan señalado un plazo especial, aplicable a la responsabilidad contractual (artículo 1964.2 del Código Civil), que establece un periodo

---

Blanch, Valencia, 2002, p. 79 afirma que *«[…] la acción de responsabilidad acumulada al proceso penal (la acción "ex delicto") y la acción aquiliana del Código Civil son la misma acción, teniendo en cuenta la legislación vigente y la jurisprudencia sobre esta cuestión, debemos afirmar que estamos ante dos acciones procesalmente diferenciadas. Ahora bien, dada la identidad de la responsabilidad que actúa y la existencia de zonas comunes, así como la peculiaridad de su ejercicio ante dos ámbitos jurisdiccionales diferentes, delimitar su ejercicio procesal no resulta sencillo»*.

104. SILVA MELERO, V. «En torno a las consecuencias civiles del delito» en *Revista de Derecho Privado*, n.º 50, 1966-II, p. 1066 reconoce que la remisión que efectúa el artículo 1092 del Código Civil a las disposiciones del Código Penal respecto a las obligaciones civiles que nazcan de los delitos *«[…] no es una verdad a medias porque lo que regula el Código punitivo no son precisamente todas las obligaciones civiles de referencia» por lo que «aunque existen preceptos concretos para algunos supuestos, habrá que llegar a la consecuencia que la remisión aludida del Código civil al penal en materia de obligaciones civiles, queda reducida exclusivamente a los casos en que aparezcan previstas en el Código penal»*.

de prescripción de cinco años[105]. El Tribunal Supremo ha optado por considerar que, en estos casos, el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones civiles derivadas del delito es de cinco años al amparo del artículo 1964.2 del Código Civil, por considerarla una acción personal que no tiene plazo específico de prescripción[106]. Sin embargo, aunque hay razones que permitirían fundamentar el reconocimiento de este plazo en la existencia de una relación contractual entre el sujeto activo y pasivo, el Tribunal no se basa en esta consideración.

B) La extensión del daño: el artículo 1107 del Código Civil: La posible aplicación a la responsabilidad civil *ex delicto* de las normas de la responsabilidad contractual puede tener también incidencia en el alcance de la extensión del daño al amparo del artículo 1107 del Código Civil, según si el delito se ha cometido por imprudencia o por dolo[107].

Las figuras delictivas descritas en los delitos «*de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional*» son delitos dolosos, con la excepción de la figura delictiva prevista en el artículo 467.2 del Código Penal que, como se ha indicado, admite la modalidad imprudente, requiriendo en todo caso, una «imprudencia grave». La aplicación del artículo 1107 del Código Civil comportaría –aunque ya se ha indicado que sus reglas no suelen emplearse por los órganos judiciales– que el profesional si ha cometido este delito con conciencia y voluntad, deba indemnizar la totalidad del daño causado siempre que exista entre el daño y el hecho delictivo, relación de causalidad; mientras que, si comete el delito de deslealtad profesional en su modalidad imprudente, el resarcimiento de los daños quedaría limitado a aquéllos previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación[108].

105. Es necesario llamar la atención como con anterioridad a la aprobación de la Ley 42/2015 que reduce el plazo de prescripción de las acciones personales de quince a cinco años, la cuestión relativa a cuál era el plazo de prescripción de la acción civil cuando existía reservas de acciones, resultaba más desproporcionado.

106. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 13 de mayo de 2016 (RJ 2016, 6014) reconoce la aplicación del artículo 1964.2 del Código Civil y el plazo de prescripción de cinco años y añade «*el ejercicio de la acción penal conlleva también la acción civil dimanante del delito, como bien es sabido, ex artículos 111 y 112 LECrim. Salvo que expresamente se renunciase o reservase por el perjudicado para ejercitarla más adelante. Iniciada la instrucción e investigación por unos hechos para dirimir la responsabilidad penal que en los mismos tuvieran los acusados, queda interrumpida la prescripción de los delitos que se determine finalmente que los hechos realizados son constitutivos, así como las responsabilidades civiles que por tal conducta se hubieran generado. Sin que en ningún momento hubieran transcurrido los tiempos necesarios para apreciar la prescripción*».

En contra de la aplicación del plazo de prescripción de cinco años a las acciones civiles derivadas del ilícito, se muestra NADAL GÓMEZ, I. *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal op. cit.*, 2002, p. 87 considera que «s*i la acción ex delicto es la misma que la que con base en el artículo 1902 del Código Civil se ejercita en el proceso penal, el plazo de prescripción en uno y otro caso debe ser el mismo; esto es, de un año*».

107. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 262 y 263.

108. MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito op. cit.* 2011, p. 465 cuando analiza la relación de causalidad como presupuesto para el reconocimiento de la responsabilidad civil derivada del delito, llega a la conclusión de que le resultan

C) La responsabilidad civil *ex delicto* por hecho ajeno: En el ámbito de la responsabilidad civil del letrado, los titulares de un despacho individual o colectivo tienen obligación jurídica de responder por los daños que causen sus empleados y dependientes. Sin embargo, su alcance es distinto, según si la declaración de responsabilidad del auxiliar se ha producido en un proceso penal o civil, pues en el primer caso, la responsabilidad del principal es subsidiaria. Además, también afecta a la extensión de la responsabilidad de los agentes, porque como se ha apuntado, la responsabilidad por hecho ajeno regulada en el Código Civil abarca a los auxiliares, sean estos dependientes o independientes (artículo 1903.4 del Código Civil), mientras que, el ámbito del Código Penal circunscribe la responsabilidad civil del empresario únicamente respecto de sus empleados o dependientes.

3. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL LETRADO

La responsabilidad disciplinaria de los abogados se contempla en los artículos 546.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Título X del del Estatuto General de la Abogacía de 2021. Esta responsabilidad disciplinaria puede ser *jurisdiccional*, también conocida como «*policía de estrados*» (artículo 119.2 del Estatuto General de la Abogacía de 2021) o *colegial* (artículo 119.3 del Estatuto General de la Abogacía de 2021).

La responsabilidad disciplinaria jurisdiccional tiene un fundamento y régimen jurídico distinto a la colegial o corporativa. La de la primera es la preservación del buen orden en el proceso como instrumento para desempeñar su función, regulándose la misma en los artículos 552 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 119.2 del Estatuto General de la Abogacía de 2021[109]; en cambio, la responsabilidad disciplinaria colegial tiene su razón de ser en la salvaguarda y amparo de la ética y buen hacer en el oficio de la defensa y el asesoramiento jurídico (artículos 120 y siguientes del Estatuto General de la Abogacía Española de 2021).

3.1. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA COLEGIAL

La responsabilidad colegial a la que están sujetos los profesionales desde su incorporación al Colegio Profesional encuentra su amparo normativo en

---

de aplicación, ante el silencio del legislador penal, los criterios civilísticos que se utilizan en la responsabilidad civil contractual, con independencia, de que se trate de una obligación *ex delicto*.

109. A este respecto, PARDO GATO, J. R. *Colegios de abogados y sanciones disciplinarias, doctrina jurisprudencial*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2007, pp. 80 y 81 reconoce como *«[…] la policía de estrados constituye un mero instrumento en manos de los jueces para hacer posible que el proceso cumpla su función, mientras que en el ámbito colegial las sanciones operan con la finalidad de contribuir al mantenimiento de un cierto nivel ético en la profesión letrada y la procura […]»*.

el artículo 546.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta responsabilidad colegial dimana de la atribución a los Colegios Profesionales de fines públicos y privados[110].

Esta competencia disciplinaria se enmarca en los fines públicos que tienen atribuidos los Colegios Profesionales, al amparo del artículo 120.2 del Estatuto General de la Abogacía de 2021, con sometimiento, en los procedimientos disciplinarios que se incoen, a la legislación administrativa básica y normas que la desarrollen (artículo 133.4 del Estatuto General de la Abogacía de 2021)[111]. Es pues, una de las manifestaciones de autocontrol profesional del colectivo[112].

La potestad sancionadora ejercida por los Colegios Profesionales como manifestación del *ius puniendi*, además de regirse por el Reglamento del Procedimiento Disciplinario aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, en el Pleno de 27 de febrero de 2009 (en adelante, Reglamento del Proceso Disciplinario), deberá respetar las garantías inherentes a todo procedimiento sancionador (artículo 546.3 *in fine* de la Ley Orgánica del Poder Judicial), tales como el principio de legalidad y tipicidad, el *principio non bis in ídem*, el principio de proporcionalidad y el principio de presunción de inocencia[113].

Los artículos 124-126 del Estatuto General de la Abogacía Española de 2021 contienen un listado de infracciones clasificadas según su gravedad en *muy graves, graves o leves*. La tipificación de estas conductas en una norma de rango reglamentario como es el Estatuto General de la Abogacía ha planteado si no

110. Sobre la naturaleza que tienen los Colegios Profesionales pueden verse entre otras, la Sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno), de 11 de mayo de 1989 (RTC 1989, 89) y del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 4 de octubre de 2016 (JUR 2016, 225294).

111. ORTEGA REINOSO, G. «El nuevo procedimiento disciplinario de los abogados» en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n.º 57, 2005, p. 303 reconoce que la potestad disciplinaria tiene distinto fundamento que la potestad sancionadora. En este sentido mantiene que la potestad sancionadora «*es una especie del género ius puniendi del Estado, cuyo objeto es castigar las infracciones del orden jurídico general no calificadas como delito por el ordenamiento jurídico penal y proteger a los miembros de la sociedad en su conjunto, mientras que la potestad disciplinaria se asienta en el poder de coacción que precisa la Administración para proteger su propia organización frente a determinadas conductas de sus miembros*».

112. CALVO SÁNCHEZ, L. *Régimen Jurídico de los Colegios Profesionales*, Civitas, Madrid 1998, pp. 73 y 74. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso), de 2 de noviembre de 2000 (RJCA 2001, 393) destaca que los Colegios Profesionales: «*[…] al dar de alta al peticionario emite un acto típico de admisión administrativa en virtud del cual el solicitante queda incorporado a la colectividad con todos los derechos que ello implica, pero también con todos los deberes que lógica y normalmente se derivan de la pertenencia al colectivo en cuestión. Entre esos deberes se encuentra muy señaladamente la sumisión a la potestad disciplinaria del Colegio […] en el caso de los profesionales liberales, se trata de la única potestad disciplinaria ejercida válidamente sobre personas cuya conducta involucra de modo obvio la satisfacción del interés público*».

113. En concreto, el Estatuto General de la Abogacía de 2021 reconoce expresamente los principios de tipicidad en el artículo 121 y de proporcionalidad en el artículo 123.

conculca el artículo 25.1 de la Constitución Española por no estar recogidas en una norma con rango de ley. Esta cuestión fue resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2267) en sentido negativo, al señalar que la exigencia del artículo 25.1 de la Constitución Española, se refiere a infracciones y sanciones tipificadas como consecuencia de una relación de supremacía general respecto al conjunto de los ciudadanos y no de supremacía especial como la que se deriva de la incorporación del abogado a un Colegio Profesional –acto típico de admisión administrativa–, que comporta la aceptación de una serie de derechos y de obligaciones, encontrándose entre estos últimos «*muy señaladamente la sumisión a la potestad disciplinaria del Colegio, […]* (que) *al menos en el caso de los profesionales liberales, se trata de la única potestad disciplinaria ejercida válidamente sobre personas cuya conducta involucra de modo obvio la satisfacción del interés público*».

Las infracciones muy graves están tipificadas en el artículo 124, las graves en el artículo 125 y las leves en el artículo 126 del Estatuto General de la Abogacía de 2021.

3.2. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA JURISDICCIONAL

El artículo 552 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que «*los abogados y procuradores que intervengan en los pleitos y causas, cuando incumplan las obligaciones que les impone esta ley o las leyes procesales, podrán ser corregidos a tenor de lo dispuesto en este título, siempre que el hecho no constituya delito*». Este precepto debe ser completado por el artículo 553 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que recoge como supuestos en los que los abogados y procuradores pueden ser corregidos disciplinariamente por los órganos judiciales, las faltas orales, por escrito o por obra, al respeto debido a los intervinientes en el proceso; también, la no obediencia reiterada al que presida el acto; la incomparecencia sin justa causa ante el Tribunal una vez citados en forma o la renuncia injustificada a la defensa o representación que ejerzan en un proceso, sin respetar el plazo para que no se genere indefensión en el cliente[114].

La competencia para imponer las sanciones corresponde a la autoridad judicial ante la que se sigan las actuaciones en los propios autos o en un procedimiento independiente, correspondiendo al Letrado de la Administración de Justicia hacer constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o por la Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 555 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

114. Las correcciones que puede imponer la autoridad judicial por esta causa son apercibimiento o multa –en este último caso, la cuantía máxima será la prevista en el Código Penal como pena para los delitos leves–. La imposición de la corrección de multa se hará atendiendo a la gravedad, antecedentes y circunstancias de los hechos cometidos, y en todo caso se impondrá siempre con audiencia del interesado (cfr. artículo 554 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Las correcciones disciplinarias impuestas no tienen la consideración de actos materialmente administrativos, sino de resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías[115], por tanto puede advertirse que al procedimiento detallado en el artículo 555 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no le resultan de aplicación las especialidades previstas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015) para el procedimiento sancionador, ni tampoco los principios previstos en la Ley 40/2015 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, Ley 40/2015)[116].

La responsabilidad disciplinaria colegial y la jurisdiccional presentan una finalidad distinta, pero en la práctica pueden plantear problemas de distinción, respecto a aquellas conductas que se enuncian de forma muy genérica en torno al incumplimiento de los deberes de la profesión. Algún autor ha planteado que el criterio delimitador entre ambos tipos de responsabilidad, es el momento procesal en el que se plantea la eventual infracción; sin embargo, será la concreta actuación la que determine la naturaleza de la infracción disciplinaria, al objeto de respetar el principio de legalidad y tipificación exigido en el procedimiento sancionador[117]. Así, si el comportamiento del abogado provoca una perturbación del orden del proceso o un incumplimiento de deberes procesales, será el Juez o Tribunal el encargado de sancionar, mientras que, si la conducta transciende del ámbito procesal y afecta a los deberes profesionales, corresponderá al Colegio Profesional la incoación del oportuno procedimiento disciplinario.

3.3. LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA COLEGIAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y PRESUNCIÓN DE CULPA

La compatibilidad de la responsabilidad penal y disciplinaria colegial del abogado por una misma causa debe rechazarse con carácter general, porque si se incoa un procedimiento penal contra el profesional se suspende, en su caso, el procedimiento disciplinario hasta su terminación y, únicamente, en el caso de que haya una resolución penal absolutoria podrá reabrirse el proceso disciplinario, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento del

115. A este respecto pueden verse, las Sentencias del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª), de 11 de julio de 1994 (RTC 1994, 205) y del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de junio de 2001 (JUR 2001, 248446).
116. En este sentido, el Auto del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 10 de abril del 2000 (RTC 2000, 101), reconoce que las sanciones gubernativas impuestas por los órganos judiciales tienen un cauce singular de impugnación, que, por sus garantías, se ha equiparado tradicionalmente a un procedimiento jurisdiccional.
117. PARDO GATO, J. R. *Colegios de abogados y sanciones disciplinarias… op. cit.,* 2007, pp. 83 y 84.

Proceso Disciplinario[118]. En cambio, no hay inconveniente en que se solapen temporalmente un proceso penal y disciplinario contra el profesional, siempre que tengan distinto fundamento. En contraposición, puede existir compatibilidad entre la responsabilidad disciplinaria colegial y la responsabilidad civil de éste cuando el incumplimiento de los deberes profesionales haya generado en el cliente o en un tercero, un daño resarcible, atendiendo al distinto fundamento que tienen estas responsabilidades. En el caso de la disciplinaria, el autocontrol en el ejercicio de la profesión y, en la civil, la reparación del daño causado. Además, no puede desconocerse que, dentro del procedimiento disciplinario, el cliente o tercero que presente denuncia ante el Colegio Profesional no obtiene ningún tipo de beneficio o tutela resarcitoria respecto a sus intereses, por más que el Reglamento del Proceso Disciplinario le otorgue al denunciante la consideración de «interesado»[119].

A continuación, se va a plantear si la incoación de un proceso por responsabilidad disciplinaria y, en su caso, su admisión, puede tener cierta incidencia en un posterior procedimiento de responsabilidad civil iniciado por la víctima del daño.

A) ¿Se interrumpe el plazo de prescripción?

El plazo de prescripción de las acciones puede interrumpirse al amparo del artículo 1973 del Código Civil por *«[…] su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor»*.

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo ha considerado que la interrupción de la prescripción debe interpretarse restrictivamente [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 19 de septiembre de 1985 (RJ 1985, 4279)] sobre la base de que se trata de una institución no fundada en principios de estricta justicia sino que tiene su razón de ser en la sanción de las conductas de abandono o dejadez en el ejercicio del propio Derecho y en el de la seguridad jurídica. Sin embargo, esta doctrina parece que, de un tiempo a esta parte, se ha modulado hacia una interpretación más flexible «*cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias*» [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 2 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7619)][120].

118. A estos efectos es relevante que, como apunta el apartado 4 del artículo 2 del Reglamento del Proceso Disciplinario «*no se computará el período durante el cual este suspendido el expediente a los efectos de su posible caducidad, ni a los efectos de la prescripción de la sanción*».

119. ORTEGA REINOSO, G. «El nuevo procedimiento disciplinario» *op. cit.* 2005, p. 325.

120. Quizás, el motivo de este cambio jurisprudencial radica en la evidente contradicción que pone de relieve ALBALADEJO GARCÍA, M. «Comentario al artículo 1973 del Código Civil» en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. *Comentarios al*

La cuestión es si la incoación de un procedimiento disciplinario puede interrumpir el plazo de prescripción de la acción civil de responsabilidad profesional pues, en sentido estricto, no se encuadra en ninguno de los tres supuestos del artículo 1973 del Código Civil porque ni se ejercita ante los Tribunales, ni tiene la consideración de una reclamación extrajudicial, ni tampoco se trata de un reconocimiento de deuda.

A favor de atribuirle al procedimiento disciplinario el efecto de interrupción de la prescripción puede considerarse que, como el expediente incoado por el Colegio Profesional está dirigido a constatar si el abogado incumplió sus deberes profesionales –que, constituye uno de los elementos de la responsabilidad contractual–, puede existir un cierto interés en conocer el resultado del expediente disciplinario que justifique la interrupción de la prescripción de la acción de la responsabilidad civil.

En relación con la cuestión apuntada debe traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 27 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3044) en la que se rechaza que la incoación de un proceso administrativo sancionador en concreto, uno de la Dirección General de Seguros (DGS) tenga efectos de interrupción de la prescripción, fundamentalmente, porque se estima que las actuaciones administrativas no están destinadas a la obtención de una indemnización[121] y porque no existe *prejudicialidad* respecto a la acción de responsabilidad civil pues la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente reconoce como imperativa la *prejudicialidad* penal (artículos 40 y 42 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por otro lado, tampoco hay ningún reconocimiento normativo que exija una reclamación de naturaleza administrativa previa al ejercicio de la vía judicial civil[122]. Por su parte, CASTILLA BAREA justifica la negación de efectos interruptivos a la prescripción de las acciones civiles porque la preexistencia de un procedimiento administrativo sancionador «*carece*

Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXV, Vol. II, 1994, p. 608 entre esta doctrina del Tribunal Supremo con la doctrina sobre la interrupción, en el sentido de que «*la interpretación restrictiva que el T. S. predica de la interrupción se contradice con la que también predica de la prescripción […]* (si) *no se debe facilitar la prescripción, es claro que lo que sí se debe es facilitar la interrupción, para que la prescripción no se dé. Por tanto, interpretando restrictivamente la interrupción, como, por otro lado, dice jurisprudencia distinta, se propicia la prescripción, que es cosa que rechaza la jurisprudencia que hemos visto. En resumen, no se comprende entender a la vez que hay que restringir la prescripción y que también hay que restringir su interrupción*».

121. DÍEZ-PICAZO, L. «Comentario al artículo 1973 del Código Civil» en Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2171 justifica que el proceso penal pueda interrumpir la prescripción de la acción civil porque «*[…] la iniciación de un proceso penal sobre los mismos hechos que constituyen la "causa petendi" de la acción civil […] lo que determina la imposibilidad del ejercicio de la acción* (civil) en los *términos del artículo 1969*».

122. Al respecto puede verse, GIL SALDAÑA, M. y MARÍN GARCÍA, I. «Comentario a la sentencia de 27 de mayo de 2009» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 83, 2010, p. 10 (según numeración del pdf).

de efectos prejudiciales o suspensivos respecto de las acciones para exigir responsabilidad civil»[123].

La interpretación restrictiva de la interrupción de la prescripción, así como la limitación de la *prejudicialidad* al ámbito exclusivamente penal, nos obliga a descartar la interrupción de la prescripción de la acción civil por la incoación de un procedimiento administrativo sancionador, aunque *a priori*, pudiera plantearse este efecto por el interés que para el proceso de responsabilidad contra el abogado pudiera tener el resultado del procedimiento disciplinario.

B) ¿Existe una presunción de culpa en el letrado si el procedimiento disciplinario finaliza con una resolución sancionadora?

El procedimiento disciplinario está destinado a constatar si la actuación del abogado es constitutiva de infracción al amparo de los artículos 119 y ss. del Estatuto General de la Abogacía Española 2021. A estos efectos, especialmente relevantes resultan las infracciones que se articulan en torno al incumplimiento de los deberes profesionales asumidos porque su constatación acredita uno de los presupuestos para la estimación de una reclamación por responsabilidad civil contractual, esto es, el incumplimiento negligente de la obligación.

En los supuestos en los que el procedimiento disciplinario finalice con una sanción disciplinaria por el incumplimiento de deberes profesionales del abogado, es necesario plantear si esa constatación supusiera una presunción de culpa en la actuación profesional. La respuesta debe ser negativa porque la decisión del Juez que resuelva sobre la eventual responsabilidad civil del abogado no se encuentra vinculado por la decisión adoptada por los órganos colegiales. Sin embargo, no puede desconocerse que la afirmación por parte de los órganos colegiales, que tienen asumidas funciones de autocontrol de la conducta de sus colegiados, de una responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de deberes profesionales sí que podrá ser considerada por el órgano judicial como un medio de prueba privilegiado para la constatación de la culpa dentro del proceso civil de responsabilidad profesional.

123. CASTILLA BAREA, M. «Comentario al artículo 1973 del Código Civil» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (director) en *Comentarios al Código Civil,* Tomo IX, 1989, p. 13367.

Capítulo II

La relación jurídica entre abogado y cliente

La responsabilidad civil del abogado se sitúa, con carácter general, dentro de la «responsabilidad contractual», por ese motivo es necesario que abordemos, a continuación, el estudio de la «relación jurídica» que media entre el profesional de la Abogacía y su cliente. Esto nos va a permitir advertir que algunos de los aspectos de esta relación contractual incidirán, de un modo u otro, en la configuración del daño indemnizable si el abogado incumple negligentemente las obligaciones asumidas. Además, la formalización por escrito de las condiciones que van a regir esta relación jurídica, mediante la suscripción de una hoja de encargo profesional, se articula como un mecanismo idóneo para que el profesional deje constancia del cumplimiento de sus obligaciones y, por *ende,* como un mecanismo de prevención frente a futuras reclamaciones por responsabilidad civil.

1. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL CLIENTE Y EL LETRADO: DEL CONTRATO DE SERVICIOS AL CONTRATO DE GESTIÓN

Es necesario para el tratamiento de la responsabilidad civil del abogado examinar la relación jurídica que media entre el profesional y su cliente, porque en la mayoría de los casos, el daño o perjuicio que se genera tiene su origen en el cumplimiento defectuoso o negligente del contrato que, tradicionalmente, se ha calificado como un «contrato de servicios»[1].

1. Las propuestas nacionales de modificación de la regulación del Código Civil sobre esta modalidad contractual (Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 y la Propuesta de la Comisión General de Codificación sobre el Título VI del Libro IV del Código Civil), sustituyen el concepto tradicional de arrendamiento por el de «contrato de obra» y «contrato de servicios». La Exposición de Motivos del Proyecto de 1994 justifica este cambio de terminología sobre la base de que los contratos de arrendamiento tienen como finalidad la de ceder o transmitir a una persona el uso o el uso y disfrute de un bien mientras que el impropiamente llamado «arrendamiento de servicios» se configura sobre la base de una obligación de hacer, de tal forma que, ni siquiera por la vía de la analogía es posible aplicarle las reglas que el Código Civil prevé para el arrendamiento.

El artículo 1.544 del Código Civil define el arrendamiento de obras o de servicios del siguiente modo «*en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*»[2]. La traslación del concepto de contrato de servicios a la relación jurídica entre abogado y cliente supone que el profesional asume una obligación de medios, consistente en poner a disposición del prestatario del servicio, los conocimientos, la diligencia y la prudencia que se espera en virtud de su condición y éste por su parte, se compromete a retribuir la prestación del servicio[3].

Tradicionalmente, la relación jurídica de estos profesionales con sus clientes se ha configurado como un «contrato de servicios», aunque, en ciertos supuestos, el encargo profesional puede desarrollarse mediante otras modalidades contractuales[4]. Así, cuando la obligación del abogado es la de emitir

2. El artículo 1584 del Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 define el contrato de servicios como aquél por el que *«una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar determinada actividad considerada en sí misma y no por su resultado»*. El texto del Proyecto de Ley está disponible en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_058-01.PDF [última consulta: marzo 2021].
3. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285) reconoce que «*en el encargo al Abogado por su cliente, es obvio que, se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o "locatio operarum" en mejor modo, incluso, siguiendo la nueva terminología del Proyecto de Reforma del Código Civil "contrato de servicios", en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su "lex artis", sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma, –"locatio operis"– el éxito de la pretensión […]»*. En esta línea pueden verse también, la Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1225) y, de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2129).
4. Algunos autores han reconocido la dificultad de calificar el contrato que media entre un profesional y su cliente. Así, PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 387 y 388 ha considerado que el contrato entre un profesional y su cliente es un contrato innominado o atípico, pues no se le puede aplicar ninguna de las denominaciones clásicas, de modo que la calificación del contrato como innominado significa que *«[…] se trata de buscar la solución adecuada a cada uno de los problemas que se promuevan aunque las soluciones adecuadas no puedan brotar de las reglas agrupadas en torno a una sola figura jurídica típica»*. Por su parte, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La relación de servicios del Abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 193 niega esta calificación al considerar que «*no parece posible calificar de contrato atípico o innominado el que celebra un abogado con su cliente para la prestación de sus servicios profesionales, aun cuando éstos sean de la más diversa naturaleza e índole; Más bien estaremos ante una relación compleja en la que tiene cabida contratos diversos si bien conservando cada uno su causa típica y, por tanto, no dando lugar a una nueva figura jurídica, a un contrato complejo o mixto»*. Por su parte, SANTOS BRIZ, J. «Tratamiento jurídico en general» en MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. *Derecho médico: Derecho médico general y especial*, Vol. I,

un dictamen, redactar un documento jurídico (un contrato, los estatutos de una sociedad, unas capitulaciones matrimoniales) o efectuar la partición de una herencia, se ha admitido su configuración como un «contrato de obra»[5]. La configuración de esta relación contractual como un «contrato de servicios» no es óbice para que dentro de éste puedan apreciarse deberes parciales de resultado[6].

En ocasiones, dentro de la labor profesional del abogado se han apreciado actuaciones de «naturaleza mixta» que incluyen tareas de asesoramiento jurídico puro y otras, de mera gestión [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 8 de febrero de 2007 (RJ 2007, 945)], lo que ha motivado paulatinamente una evolución en la calificación jurídica de la relación contractual analizada[7].

Inicialmente esta relación era definida como un contrato de arrendamiento de servicios; posteriormente, se fueron introduciendo matizaciones, en torno a la figura del «abogado-gestor», admitiéndose que la relación contractual podría regularse tanto por normas del mandato o del arrendamiento de obra/servicios y en la última etapa, el Tribunal Supremo ha calificado esta relación jurídica como «contrato de gestión», siendo una construcción jurisprudencial –que se ampara en una corriente doctrinal[8]–,

Tecnos, Madrid, 1986, p. 171 habla de un contrato «proteico o multiforme» dada la multiplicidad de hipótesis en que puede tener su origen y efectos; sobre esta última calificación reconoce SERRA RODRÍGUEZ, A. *La relación de servicios del Abogado op. cit.* 1999, p. 195 que *«[…] se pretende poner de manifiesto la imposibilidad de atribuir una única calificación jurídica a las relaciones de servicios de aquellos profesionales, que admiten múltiples variedades, de donde se desprende que es, por tanto, necesario analizar el contenido de la relación en cada supuesto»*.

5. A favor de la calificación de estos supuestos como «contratos de obra» se muestran CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.*, 2005, pp. 88 y 89; SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado,* Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, p. 174; MONTERROSO CASADO, E. «La responsabilidad civil del Abogado: criterios, supuestos y efectos» en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, v. 3, 2005, p. 4 o CHAPARRO MATAMOROS, P. «Nuevas perspectivas de la Responsabilidad Civil del Abogado» en *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho*, n.º 174, 2015, p. 12.

   Los órganos judiciales han calificado como contrato de obra: la emisión por parte del profesional de un dictamen jurídico [Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 4 de febrero de 1950 y de 28 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5688)], la partición de una herencia [por todas, Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, (Sección 7.ª) de 4 de noviembre de 2002 (AC 2003, 113) y de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª), de 5 de febrero de 2013 (AC 2013, 680)].

6. YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del profesional liberal op. cit.* 1989, p. 66.

7. Hace referencia a esta evolución en la configuración de la relación jurídica entre Abogado y cliente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3.ª), de 9 de octubre de 2009 (AC 2010, 806).

8. Dentro de esta corriente podemos destacar a ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos op. cit.*, 1997, p. 130 que considera como en las relaciones contractuales de servicios propiamente dichos, es decir aquéllos que no se encaminan a la consecución de un resultado, se pueden entender reguladas por lo

creada con elementos tomados tanto del arrendamiento de servicios como del mandato[9].

En mi opinión, esta evolución jurisprudencial en torno a la configuración de la relación jurídica abogado-cliente pretende dotar de respuestas a los problemas prácticos motivados por la proliferación de los servicios en nuestra economía de mercado que comporta la aparición de nuevas figuras contractuales de prestación de servicios, que no encuentran acomodo normativo en los artículos 1.583 a 1.587 del Código Civil[10].

La actual regulación del contrato de servicios en el Código Civil ha sido considerada como «*una figura totalmente huérfana de regulación*» que requiere una reforma que deberá afrontarse como una regulación «*ex novo*»[11]. Existen distintas Propuestas comunitarias y nacionales que pretenden con mayor o menor grado de acierto, reconfigurar la institución del contrato de servicios; si bien su análisis excede del presente trabajo, en su desarrollo, se hará referencia a ellas cuando prevean en sus regulaciones aspectos que puedan tener incidencia en la relación jurídica analizada.

2. LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS

El Código Civil define como se ha indicado el «contrato de servicios» en el artículo 1544, pero no lo dota de una regulación completa como sí hace, por ejemplo, con el «contrato de obra» al menos con el más relevante que es la construcción de inmuebles. Las únicas previsiones que hace el Código Civil sobre los contratos de servicios son los concertados por «criados y trabajadores

---

dispuesto en los artículos 1709 y siguientes del Código Civil y ello con independencia de que sean onerosos o gratuitos. En la línea de esta autora, se muestra también CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 102-103 quien reconoce que *«[…] hasta que se produzca la deseable reforma legislativa del contrato de arrendamiento de servicios, se ha de intentar reconstruir el exiguo e insuficiente régimen del citado arrendamiento con normas distintas a las contenidas en la Sección 1.ª, Capítulo III del Libro IV del Código Civil. Debido a las importantes similitudes existentes entre el arrendamiento de servicios y el mandato (que se traducen en una gran dificultad para hallar criterios satisfactorios de distinción entre ambos tipos contractuales), las lagunas que presenta la regulación del contrato de servicios pueden ser colmadas acudiendo a la normativa del mandato (el tipo contractual más próximo)»*.

9. Entre las resoluciones que reconocen que la relación contractual entre el letrado y su cliente es un «contrato de gestión», pueden señalarse, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2115), de 15 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2670), de 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 7063), de 22 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5787) y Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, (Sección 4.ª) de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008, 175750) y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 17) de 3 de junio de 2013 (JUR 2013, 336841).
10. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La relación de servicios del Abogado, op. cit.* 1999, p. 198.
11. Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra.

asalariados» (artículos 1583-1587 del Código Civil) que se han visto en parte, derogados por el Derecho laboral y, en todo caso, superados por la realidad económica y social. Estos motivos justifican la necesidad de abordar cómo se conforma el contenido del contrato, es decir, qué obligaciones asumen las partes y qué derechos pueden exigirse recíprocamente, sobre todo, en el ámbito de la prestación de servicios jurídicos en los que, con relativa frecuencia, no se formaliza una hoja de encargo profesional y, por tanto, no se exponen las obligaciones que las partes asumen como consecuencia de la relación jurídica entablada.

Las fuentes de la reglamentación contractual están establecidas en los artículos 1255 y 1258 del Código Civil[12]. El artículo 1255 del Código Civil admite que «*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*». Por su parte, el artículo 1258 del Código Civil –que es una norma de *ius cogens*, cuya aplicación no puede ser eliminada por las partes ni requiere la preexistencia de una laguna contractual[13]– reconoce que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». De la conjunción de ambos preceptos, puede deducirse la concurrencia de diversas fuentes de reglamentación contractual (voluntad de las partes, la ley, los usos y la buena fe), en primer lugar, se encontrarían las leyes imperativas aplicables al contrato, seguidas de la voluntad de los contratantes con los límites establecidos en el artículo 1255 del Código Civil y, por último, las leyes dispositivas, los usos y la buena fe[14]. Por tanto, para la determinación completa de las reglas contractuales aplicables a una relación jurídica, no sólo se tendrán en consideración los pactos a los que han llegado las partes –en los casos, en que se haya suscrito un contrato– sino que su contenido deberá ser complementado con las otras fuentes de reglamentación expuestas.

12. Por su parte, el artículo 65 del TRLGDCU dispone que «*los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante*».
13. RAMS ALBESA, F. «La regulación contractual» en LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Teoría General del Contrato*, Vol. I. Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 532.
14. DÍEZ-PICAZO, L. «Comentario al artículo 1258 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALVADOR CODERCH, P. (directores) *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993, p. 438 reconoce como «*doctrinalmente se ha sostenido que el orden en que se encuentran colocadas* (las fuentes de integración) *en el art. 1258 expresa un principio de jerarquía en el cual la buena fe ocupa el primer lugar, el uso de los negocios el segundo y el derecho legal dispositivo el tercero y último. Sin embargo esta conclusión no parece autorizada por el precepto legal […] si existe un derecho legal dispositivo, creemos que no habrá lugar para acudir a realizar concreciones sobre la base de la buena fe, la cual parece funcionar sólo en defecto de ley y de uso*».

La aplicación de estas fuentes de reglamentación al contrato celebrado entre abogados y clientes implica en primer lugar, que el profesional asuma ciertas obligaciones legales, que si bien no tienen como destinatarios específicos a los profesionales de la Abogacía, les resultan aplicables, pudiendo destacar al respecto, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, Ley Orgánica de Protección de Datos Personales), la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (en adelante Ley de Blanqueo de Capitales), la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, Ley de Competencia Desleal), la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley de Defensa de la Competencia) o, las previsiones del TRLGDCU si la relación entre las partes puede calificarse como «relación de consumo» y que supondrá la adaptación del contenido del contrato a las previsiones tuitivas contenidas en la norma.

Además, el abogado cuando acepte el encargo profesional asumirá las obligaciones estatutarias y deontológicas que el ejercicio de su profesión comporta. Al respecto, se ha planteado por la Doctrina si la integración de estas normas se hace al amparo de la *Ley* o de la *buena fe* que prevé, el artículo 1258 del Código Civil. Al respecto, se ha considerado que el término *Ley* al que alude este precepto comprende también las normas reglamentarias dictadas por la Administración y que regulan las características y requisitos que deben reunir las prestaciones y servicios[15]. Por su parte, hay otros autores que reconocen que la integración de estos deberes se hace al amparo de la buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil[16] [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de diciembre del 2002 (RJ 2002, 333) y de 23 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8277)][17]. Esta distinción podría tener cierto sentido, si se

15. PARRA LUCÁN, M. A. «Interpretación e integración de los contratos» en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coordinador) *Derecho de Obligaciones,* Colex, Madrid, 2008, p. 464.
16. La buena fe del artículo 1258 del Código Civil no es un criterio de interpretación sino fuente de derechos y obligaciones para las partes conforme a los criterios éticos imperantes [cfr. PARRA LUCÁN, M. A., «Interpretación e integración de los contratos» *op. cit.* 2008, p. 463]. Al respecto, también se ha considerado que la buena fe objetiva por parte de los contratantes significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su derecho, y el deudor no puede negarse a dar menos, en el cumplimiento de su deuda de aquello que el sentido de la probidad exige, tenida en cuenta la finalidad del contrato [cfr. MESSINEO, D. «*Il contratto in genere»,* en *Tratt. Cicu-Messineo, XXI,* 1, Milano, 1973, p. 135].
17. Entre la doctrina, se muestra a favor de la consideración de la normativa sectorial aplicable a la Abogacía como *Ley* YZQUIERDO TOLSADA, M. *«Responsabilidad civil del abogado» en La Universidad y las profesiones jurídicas (Deontología, función social y responsabilidad),* 1998, Madrid, p. 55. En contraposición a este autor, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios,* Tecnos, Madrid, 1998, p. 40 estima que debe integrarse como uso social y, CERVILLA GARZÓN, M. D. «Responsabilidad Civil del Abogado por incumplimiento de la obligación de información.

tratara de normas dispositivas porque su aplicación, podría excluirse por las partes de común acuerdo, en el momento de suscripción del contrato. Sin embargo, no resulta admisible pensar que puedan exceptuarse, por las partes, del contenido del contrato este tipo de obligaciones en tanto que el Estatuto General de la Abogacía trae causa de una propuesta del Consejo General de la Abogacía Española en uso de las facultades de autorregulación que tiene atribuidas, para dotar a la profesión de un marco normativo[18].

3. EL PRESTADOR DEL SERVICIO: EL ABOGADO EN EJERCICIO

3.1. LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN

El abogado puede definirse como el titulado universitario en Derecho adscrito a un Colegio Profesional que se dedica a la representación, asistencia y defensa jurídica de las partes de un proceso, así como al asesoramiento y consejo jurídico en determinados sectores [artículos 544 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.4 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales (en adelante, Ley 34/2006)][19].

El letrado en el ejercicio de su profesión presta un servicio en interés público y al servicio de la Administración de Justicia porque coopera con ella, asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le son confiados [cfr. artículos 55.1 del Estatuto General de la Abogacía de 2021].

La atención que por parte del ordenamiento jurídico merece el bien jurídico que subyace al objeto del contrato –la tutela judicial– justifica que se establezcan normativamente los requisitos que deben cumplir los prestadores

Comentario a la STS de 14 de mayo de 1999)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 5, 2000, p. 283 bajo la buena fe.

18. Cfr. el Preámbulo del Estatuto General de la Abogacía de 2001 en el que se indica que el Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía trae causa del Pacto de Estado para la reforma de la Justicia suscrito el 31 de mayo de 2001.

    Sobre la naturaleza del Estatuto General de la Abogacía afirma PARDO GATO, J. R. *La singularidad de la Abogacía*, Difusión jurídica, Madrid, 2017, p. 87 que «*si bien la iniciativa de una ley de colegios profesionales compete esencialmente a los grupos políticos del arco parlamentario, los estatutos de las diferentes profesiones colegiadas, que habrán de ser aprobados por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, corresponden a la iniciativa de los órganos de gobierno y representación de tales profesiones*». Este Real Decreto constituiría un Reglamento –*praeter legem*– válido por la potestad reglamentaria que tiene el Gobierno al amparo de la Constitución Española.

19. El artículo 4.1 del Estatuto General de la Abogacía Española de 2021 define a los abogados como «*quienes, estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de Abogados en calidad de ejercientes y se dedican de forma profesional a realizar los actos propios de la profesión*». El apartado segundo del referido precepto no otorga la consideración de abogados a los que se encuentren inscritos en el Colegio de Abogados como «no ejercientes».

de estos servicios[20]. La legislación exige para el desarrollo de la Abogacía dos requisitos jurídico-públicos: *la posesión de titulación universitaria* y *la adscripción a un Colegio Profesional.*

La virtualidad que tienen las condiciones de la titulación y la adscripción al Colegio Profesional en el contrato es una cuestión no exenta de debate. Algunos autores entre los que podemos destacar a FERNÁNDEZ COSTALES consideran que se trata de un presupuesto de capacidad del prestador del servicio de carácter objetivo[21], mientras que ALONSO PÉREZ considera que la colegiación es un presupuesto habilitante para la contratación mientras que la titulación es un presupuesto para la prestación material del servicio, de modo que debe considerarse que existe una prohibición de contratar la prestación de ciertos servicios –entre los que se encuentran los jurídicos, médicos y arquitectónicos– a todos los sujetos que no reúnan la condición de colegiados[22].

La ausencia en el prestador de los servicios de alguno de estos requisitos tiene distinta respuesta por parte de nuestro ordenamiento jurídico. La falta de titulación en el deudor de la obligación comporta la comisión del «delito de intrusismo» tipificado en el artículo 403.1 del Código Penal. En contraposición, la realización de actos propios de un abogado por parte de un titulado en Derecho no colegiado, o colegiado como no ejerciente, no es constitutiva de este delito porque no contraviene el bien jurídico protegido que se pretende

20. ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos op. cit.* 1997, pp. 39 y 40 mantiene que la obligatoriedad de la adscripción a un colegio profesional de determinadas profesiones se basa en el interés público que tienen ciertas profesiones, entre las que se encuentra la Abogacía. De modo que la «*colegialidad*» permite diferenciar jurídicamente unas profesiones de otras, no tratándose de «*una mera formalidad sin relevancia material, sino que el hecho de que unas actividades profesionales se encuentren estructuradas y organizadas a través de los Colegios profesionales y otras no, refleja una diferencia que el Ordenamiento jurídico concibe y configura como sustancial entre ambas*».
21. FERNÁNDEZ COSTALES, J. *El contrato de servicios médicos,* Madrid, Civitas, 1988, p. 112 considera que la titulación del médico es una condición objetiva para poder ejercer legalmente la medicina, estando condicionado por un doble factor que exige el acceso a la profesión: la obtención de un título académico y la colegiación obligatoria.
22. ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos op. cit.* 1997, pp. 251-255. La opinión de la autora se ampara, en relación con la titulación en que «*no es necesario para proteger los bienes implicados, configurar la titulación como requisito de capacidad para contratar […] es posible que la prestación material la realice otro individuo que se encuentre formado técnicamente*». En cuanto al requisito de la colegiación, mantiene la consideración de requisito habilitante para la contratación, sin embargo, considera que la persona que pretenda contratar como deudora de la prestación de servicios debe de estar colegiada y ello porque «*el efecto de esta normativa sectorial* –derivada de la colegiación del prestador del servicio– *adquiere relevancia en la configuración de cada uno de los requisitos esenciales del contrato. […] Se trata de preceptos que moldean la contratación de este tipo de servicios, estructurando el mercado de forma muy precisa y diferente del de otros bienes*».

tutelar[23] ni tampoco comporta la nulidad del proceso –*ex* artículos 238.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del 225.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[24]–, salvo que la falta de colegiación genere en el justiciable, indefensión[25]. De modo que, la ausencia del requisito de colegiación sólo produce actualmente consecuencias en el ámbito del Colegio Profesional, pues el artículo 87 d) del Estatuto General de la Abogacía de 2021 señala como deber del colegiado el denunciar ante el Colegio todo acto de intrusismo, así como los casos de ejercicio ilegal de la profesión –en concreto, por falta de colegiación, por suspensión o inhabilitación del denunciado, o por estar incurso en supuestos de incompatibilidad o prohibición–.

A continuación, se va a exponer la normativa que regula los requisitos para el ejercicio de la Abogacía.

A) Titulación universitaria

El ejercicio de la Abogacía requiere la posesión de unos conocimientos en la rama en la que se desarrolla la profesión que se demuestran con la obtención de una titulación universitaria en Derecho y la acreditación de aptitud profesional. Se utiliza la denominación de titulado universitario en Derecho

23. El bien jurídico protegido de este tipo delictivo es la potestad del Estado de expedir títulos que capaciten para el ejercicio de ciertas profesiones [cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 17 de octubre de 1994 (RTC 1994, 274)]. Además, GÓMEZ MARTÍN, V. «Comentario al artículo 403 del Código Penal» en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (directores) *Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2011, p. 883, reconocen que el sujeto activo del delito de intrusismo profesional es la persona que carece de título habilitante, de modo que, no puede incurrir en el ilícito penal quien teniendo el título académico, inobserva un requisito administrativo o colegial.

24. El artículo 238.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que «*Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva*»; el artículo 225.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene idéntico tenor.

25. En este sentido, pueden destacarse, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª), de 14 de julio de 2003 (JUR 2003, 213136), de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1.ª), de 19 de mayo de 2009 (JUR 2009, 303055), de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), de 9 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 113414) y del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 5 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4755). En concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (JUR 2003, 213136) justifica la inexistencia de indefensión del jurista hacia su cliente del siguiente modo *«[…] atendiendo a que no es lo mismo carecer de abogado que el abogado carezca de la condición de colegiado, pues en el primer caso se carece de defensa y en el segundo, la defensa no carece de conocimiento, sino de un requisito colegial que afecta a su válida actuación pero que no necesariamente se traduce en indefensión si su función se efectúa conforme a la lex artis, se impone concluir que la mera falta del requisito referido, no impone que los fines de la defensa se hayan visto frustrados»*. A favor de la declaración de nulidad de actuaciones, se alega que la colegiación es requisito necesario para la consideración del jurista como abogado [cfr. Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.ª), de 1 de marzo de 2012 (JUR 2013, 21867)].

y, no la de Licenciado en Derecho [cfr. artículo 542.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], porque tras la aprobación de la Ley 34/2006, con el objetivo de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad, se han modificado los requisitos legales para el desempeño de la Abogacía[26].

En la actualidad, para el ejercicio de esta profesión se requiere además de la titulación universitaria en Derecho, cursar una formación complementaria que incluye la superación de unos estudios de rango universitario (artículo 4 de la Ley 34/2006), de unas prácticas profesionales (artículo 6 de la Ley 34/2006) y, la acreditación de esa capacidad a través de una evaluación estatal (artículo 7 de la Ley 34/2006).

B) La colegiación

El artículo 36 de la Constitución Española dentro de la Sección 2.ª, del Capítulo 2.º, Título I, establece una reserva de Ley para la regulación de las peculiaridades del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y del ejercicio de las profesiones tituladas. Esta reserva de Ley es satisfecha por la Ley 2/1974, de 13 de febrero sobre Colegios Profesionales (en adelante, Ley de Colegios Profesionales).

La Ley de Colegios Profesionales exige en su artículo 3.2 que sea una Ley estatal la que determine los supuestos de colegiación obligatoria. La adscripción obligatoria a una de estas Corporaciones tiene carácter excepcional y debe limitarse a aquellas profesiones que se identifican con la salvaguarda de «intereses generales»[27]; es decir, con derechos fundamentales o con bienes constitucionalmente relevantes[28].

26. Sobre el régimen transitorio aplicable a Licenciados en Derecho y Graduados en Derecho, el apartado tercero de la Disposición Transitoria única de la Ley 34/2006 –reformada por la Ley 5/2012–, dispone que «*quienes en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley se encontraran en posesión del título de licenciado o grado en Derecho o en condiciones de solicitar su expedición y no estuvieran comprendidos en el apartado anterior, dispondrán de un plazo máximo de dos años, a contar desde su entrada en vigor, para proceder a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes, sin que les sea exigible la obtención de los títulos profesionales que en ella se regulan*».
27. El Tribunal Constitucional reconoce que la adscripción forzosa a un Colegio Profesional debe ser excepcional porque «*supone, de un lado, una limitación al principio general de libertad y, más en concreto, del libre ejercicio de la profesión y, de otro, una excepción a la regla general de libertad negativa de asociación que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del artículo 22 de la Constitución Española*» [cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 1 de octubre de 1998 (RTC 1998, 194)].
28. Al respecto, SERRA RODRÍGUEZ *La relación de servicios del Abogado op. cit.* 1999, p. 20 y ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos op. cit.* 1997, pp. 39 y ss. Esta última autora defiende que el ordenamiento jurídico, habida cuenta del interés público que poseen este tipo de profesiones, las diferencia jurídicamente de otras, por exigirles pertenecer a un órgano colegial y aplicarles una normativa como la Ley de Colegios Profesionales, Estatutos Generales de cada profesión,

En el ejercicio de la Abogacía se considera que la reserva de ley establecida en el artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales, se entiende mayoritariamente cumplida por el artículo 544.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exige la adscripción de los letrados a un Colegio Profesional como requisito necesario para poder actuar ante los Tribunales –en idéntico sentido, aunque con rango reglamentario, el artículo 4 del Estatuto General de la Abogacía Española de 2021–. En contraposición, algún autor ha considerado que en la Abogacía, la colegiación no es actualmente un requisito para el ejercicio de la profesión porque la reserva de Ley a la que alude el artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales no resulta cubierta por la referencia establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se considera indirecta, inespecífica y no constitutiva de un mandato normativo autónomo, tampoco, por la Disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley 25/2009), ni mucho menos con la Ley 34/2006 o las normas reglamentarias que regulan la profesión[29].

baremos de honorarios o normativa deontológica, a la que no están sujetos otro tipo de oficios.

29. La exigencia de la colegiación ha sido objeto en nuestra tradición jurídica de importantes vaivenes normativos, esta cuestión ha sido profundamente estudiada por CALVO SÁNCHEZ, L. *Régimen Jurídico de los Colegios Profesionales op. cit.* 1998, pp. 66-72. A modo ejemplificativo, la Real Cédula, M. de Gracia y Justicia, de 27 de noviembre de 1932 abolió las limitaciones numéricas para el ejercicio de la Abogacía, el Real Decreto de 20 de julio de 1837, suprimió la obligatoriedad en la incorporación a los Colegios Profesionales restableciendo un Decreto de Cortes de 1823, que únicamente exigía para el libre ejercicio de profesiones científicas, la presentación del título a la autoridad local. No obstante, la supresión del requisito de la colegiación vino acompañado de estudios tendentes a encontrar la solución que conciliara la libertad profesional y la colegiación. Así, en el Estatuto aprobado el 28 de mayo de 1838, reconocía el ejercicio libre de la profesión, pero se les imponía la obligación de contribuir con las cargas que se les impusieran y, adicionalmente, en los pueblos en los que existiera Colegio Profesional, el gravamen de incorporarse a un Colegio Profesional. Esta obligación semiobligatoria de colegiación duró cuatro años hasta que la Real Orden, M. de Gracia y Justicia de 28 de noviembre de 1841 suprimió tal obligación. Desde la Real Orden, M. de Gracia y Justicia, de 6 de junio de 1844 y hasta la actualidad, ha sido indubitada la colegiación obligatoria de los Abogados.

    Entre los autores que reconocen que la colegiación es un requisito legal para el ejercicio de la Abogacía se muestra, GONZÁLEZ CUETO, T. «La colegiación del Abogado es obligatoria» en *Diario La Ley,* n.º 9079, 2017 pp. 1 y 2 (según numeración del PDF). Para este autor la reserva legal del artículo 3 de la Ley de Colegios Profesionales se ve cumplida con el artículo 544.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El hecho de que la Ley 34/2006 sólo se refiera a la colegiación de modo indirecto es justificada por este autor por el hecho de que el objeto de la Ley es regular los títulos para acceder a las profesiones de Abogado y Procurador, pero no, regular los presupuestos para el ejercicio profesional. En cambio, recientemente ha realizado una defensa de la no exigencia normativa de este requisito para el ejercicio de la profesión MACANÁS VICENTE, G. «¿Existe un deber de colegiación para el ejercicio de la Abogacía?» en *Diario La Ley*, n.º 9071, 2017, p. 2 (según numeración del PDF).

Sin perjuicio de las consideraciones actuales, no hay duda de que en la actualidad la adscripción del abogado al Colegio Profesional es un requisito para el ejercicio de la profesión y muestra de esta tendencia, aunque tenga carácter reglamentario, es que el Estatuto General de la Abogacía de 2021 reconoce exclusivamente la consideración de abogado a los colegiados que se encuentren incorporados a un Colegio Profesional en la modalidad de ejerciente.

3.2. LAS MODALIDADES EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

La prestación de servicios jurídicos puede desarrollarse *por cuenta propia* como titular de un despacho o *por cuenta ajena*: en régimen de colaboración, sujeto al derecho laboral o, colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en Derecho, incluidas las sociedades mercantiles (cfr. artículos 35 y 37 del Estatuto General de la Abogacía de 2021).

En las páginas siguientes nos centraremos en las especialidades que, en lo atinente a las obligaciones de las partes, plantea el desarrollo del encargo profesional por designación del turno de oficio y en régimen de dependencia laboral.

3.2.1. El abogado adscrito al Turno de Oficio

La relación entre el letrado y el cliente designado por el turno de oficio ha sido considerada como una relación forzosa de prestación de servicios profesionales. Éstas se caracterizan porque son relaciones de Derecho Privado que poseen relevancia pública atendidos los bienes jurídicos implicados, de modo que, bajo ciertas circunstancias, puede establecerse una relación jurídica al margen de la voluntad de al menos uno de los sujetos implicados[30].

Los letrados adscritos al turno de oficio realizan la asistencia y defensa jurídica respecto a los beneficiarios de este derecho de justicia gratuita por concurrir en ellos los requisitos económicos y/o subjetivos[31] establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante, Ley

30. ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos op. cit.* 1997, pp. 231 y 232 considera que este tipo de servicios jurídicos se encuentran dentro de las relaciones forzosas de prestación de servicios profesionales, siendo lo relevante a efectos de determinar esta relación forzosa, el nombramiento del profesional, porque con independencia de la voluntad del particular afectado, la del profesional será siempre irrelevante.

31. ARAGÜÉS ESTRAGUÉS, M. A. *Los honorarios un derecho de los abogados: cómo reclamarlos y sus problemas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 120 se muestra crítico con la posibilidad de que la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita amplíe sin justificación de escasez económica, su ámbito de aplicación a ciertos colectivos, como las entidades gestoras y los trabajadores, porque entiende que ello supone un elemento distorsionador del mercado de la Abogacía.

de Asistencia Jurídica Gratuita), pero también pueden desarrollar la defensa de aquellas personas que, solicitando la designación de abogado del turno de oficio, no obtengan o no insten el beneficio de la justicia gratuita[32]. Con base en lo anterior, no puede identificarse esta modalidad de designación con el reconocimiento *per se* al cliente del beneficio de justicia gratuita (artículo 119 de la Constitución Española desarrollado por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita)[33].

La adscripción del abogado al turno de oficio produce una serie de peculiaridades, en la relación jurídica establecida entre éste y el cliente. En lo que respecta al profesional no podrá rechazar con carácter general la defensa del asunto asignado. Por su parte, el cliente, si es beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, no estará facultado para elegir al profesional que defienda sus intereses, ni tendrá obligación de abonar los honorarios profesionales, salvo que éste viniera a mejor fortuna en el plazo de tres años desde la designación (artículo 36.3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita) u obtuviera en el procedimiento una indemnización que le permitiera sufragar los honorarios del profesional.

La responsabilidad de los abogados adscritos al turno de oficio se encuentra sujeta al mismo régimen jurídico que aquéllos que prestan sus servicios en virtud de un encargo profesional, porque estas reclamaciones tienen su fundamento normativo en los artículos 1101 y ss. del Código Civil[34]. Sin embargo, el alcance de la responsabilidad de estos profesionales está delimitada, en parte, por las peculiaridades que presenta esta relación jurídica.

La primera especialidad radica en que si bien la defensa del cliente es obligatoria[35], el artículo 32 de la Ley de Asistencia Jurídica permite al abogado con anterioridad a aceptar su designación, la posibilidad de evaluar la pretensión

32. La posibilidad de que los letrados adscritos al turno de oficio puedan desarrollar la defensa de clientes que no cumplen con los requisitos establecidos legalmente para ser beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita encuentra su razón de ser en los artículos 545.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el 33.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De modo que, se faculta a la designación de profesionales del turno de oficio cuando, siendo preceptiva su intervención (o no siendo preceptiva, la otra parte haya designado profesionales, con el objetivo de garantizar la «*igualdad de armas en el proceso*»), el ciudadano lo solicitara o se negara a nombrarlos.
33. SÁNCHEZ STEWART, N. «Los principios inspiradores de la Deontología: Las relaciones del abogado con su cliente» en *Diario La Ley*, n.º 8824, 2016, p. 7 (según numeración del pdf) reconoce que *«la expresión "turno de oficio" ha ido dejando paso a la de "asistencia jurídica gratuita" a pesar de que no son sinónimos. El Turno está previsto para que nadie –sea solvente o no– quede sin defensa letrada. La justicia gratuita va más allá:* al *dotar de Abogado a quien no tiene medios para abonar sus honorarios».*
34. Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19.ª), de 16 de octubre de 2003 (JUR 2004, 5745) y de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª), de 10 de abril de 2019 (JUR 2019, 151967).
35. Cfr. artículo 32.2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita en relación con el artículo 31.2 de la referida Ley.

del cliente, en el plazo de seis días desde su nombramiento. En el supuesto de que el profesional advierta que la pretensión del cliente es insostenible, por ejemplo, porque la acción ha prescrito o caducado, deberá dirigir un escrito motivado de insostenibilidad al Colegio Profesional en el que se argumenten las razones por las que considera que la actuación no es viable. Si el letrado no presenta este escrito de insostenibilidad está obligado a asumir la defensa de los intereses y, con ello, las responsabilidades que se puedan derivar de la prestación de sus servicios.

Por otro lado, la responsabilidad a la que están sujetos los abogados adscritos al turno de oficio se encuentra limitada material y temporalmente. El profesional será responsable del proceso para el que ha sido designado (en todos sus trámites, incidencias y en su caso, sucesivos recursos que pongan fin al procedimiento en la instancia), incluyendo la ejecución de la sentencia si debe instarse dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada (artículo 31.1 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita). Sin embargo, la designación no se hace extensiva la defensa a procesos distintos *ex* artículo 7 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

3.2.2. El abogado en régimen de dependencia laboral

El ordenamiento jurídico laboral ha reconocido como una «*relación laboral de carácter especial*» la vinculación contractual de los letrados que presten sus servicios en despachos individuales o colectivos –cfr. artículo 2.1 k) del TRLET y Real Decreto 1331/2006– en régimen de dependencia. La responsabilidad del titular del despacho respecto de los daños que causen sus dependientes dependerá de si el profesional sujeto a esta relación ha cometido en el ejercicio de su profesión un delito o si su actuación únicamente es constitutiva de un incumplimiento contractual. Además, la obligación del titular del despacho de reparar el daño causado estará condicionada por la condición que éste tenga (particular o sociedad profesional), en los términos examinados.

En este punto nos vamos a limitar a exponer las obligaciones que el Real Decreto 1331/2006 impone a los abogados que prestan sus servicios en régimen de dependencia laboral y las consecuencias de su incumplimiento. El artículo 5 de este Real Decreto configura con la *doble naturaleza de derecho y deber*, es decir, de función, la actuación del profesional de acuerdo con las normas que rigen la profesión, el cumplimiento de las órdenes e instrucciones del titular del despacho, salvo que contravinieran las normas que rigen la profesión y la formación continuada del abogado para mantener un nivel adecuado de capacitación técnica y profesional[36].

36. GIL ALBUQUERQUE, R. «Derechos y deberes derivados del contrato de trabajo: formación permanente, promoción profesional y económica, retribuciones y derechos colectivos» en GARCÍA-PERRORE ESCARTÍN, I. y ALZAGA RUIZ, I. (directores) *La relación laboral especial de los Abogados en Despachos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur

Además, se reconoce como derecho de los abogados en régimen de dependencia laboral, la posibilidad de asesorar y defender al cónyuge y familiares con parentesco hasta el segundo grado incluido. Dentro de los deberes, pueden diferenciarse dos ámbitos: *los relativos al cumplimiento de determinadas obligaciones normativas*, en concreto, las inherentes al servicio prestado de conformidad con la buena fe y con la diligencia exigida y las relativas a la prevención de riesgos laborales y *deberes que pretenden la búsqueda del desarrollo del despacho*[37], en concreto, el deber de no concurrir profesionalmente con la actividad del mismo[38] y la búsqueda de la mejora de la calidad de los servicios prestados.

El Real Decreto 1331/2006 articula un régimen disciplinario concreto para los incumplimientos de los deberes reseñados. El artículo 24 del Real Decreto 1331/2006 establece la responsabilidad disciplinaria y el artículo 25 el procedimiento sancionador aplicable. El artículo 24 del Real Decreto 1331/2006 reconoce como faltas que pueden cometer los abogados en régimen de

Menor (Navarra), 2019, pp. 180 y 181 considera que en relación con la formación permanente «*el abogado ostentará un doble derecho: uno –de carácter receptivo– a ser formado por cuenta del titular del despacho (proporcionando la formación el propio despacho, o externalizando la actividad formativa) para mantener la imprescindible actualización profesional; y un segundo derecho, activo y presumiblemente sujeto a la previa adquisición de la suficiente experiencia y capacitación profesional, a participar en las actividades docentes e investigadoras del despacho […]*». El incumplimiento del derecho/deber a la formación del abogado podrá justificar la resolución indemnizada del contrato cuando sea el titular del despacho quien incumpla su obligación formativa, bien la rescisión del contrato por voluntad de su titular cuando sea el abogado quien no mantenga el nivel profesional adecuado. Con el fin de permitir la efectividad de la formación permanente, se reconoce a los letrados el derecho a obtener permisos retribuidos para concurrir a actividad formativas para el reciclaje y perfeccionamiento profesional en las que tenga interés el despacho y el abogado y a permisos no retribuidos, cuando concurran finalidades formativas distintas de las anteriores.

37. Sobre el deber de contribuir a la mejora y funcionamiento del despacho mediante la mejora de la calidad de los servicios prestados GIL ALBUQUERQUE, R «Derechos y deberes derivados del contrato de trabajo…» *op. cit.* 2019, p. 178 reconoce que es una obligación atípica que se ha vinculado con la exigencia de formación continua del abogado como requisito para la mejora de la calidad de los servicios, si bien parece que comporta un paso más, al «*requerir, a su vez, una integración consciente de la experiencia que se va adquiriendo con ánimo de mejora y adaptación continua a la óptima prestación del servicio al cliente*». Por el contrario, el deber de no concurrir profesionalmente con la actividad del despacho se trata de una obligación típica de no concurrencia con el propio empleador, siendo su contravención causa suficiente para proceder al despido disciplinario del trabajador.

38. GARCÍA DÍAZ, M. e HIDALGO RÚA, G. «Deber de secreto y pacto de no concurrencia en las relaciones laborales» en ROMEO CASABONA, C. M. *Responsabilidad penal y civil de los profesionales Liberale*s, Centro de Estudios Criminológicos, Santa Cruz de Tenerife, 1993, p. 176 consideran que el deber de guardar secreto y el principio de no concurrencia constituyen algunas de las manifestaciones concretas de la buena fe contractual, pauta de comportamiento que establece con carácter general el artículo 7.1 del Código Civil y que en el ámbito laboral, también reconoce el Estatuto de los Trabajadores.

dependencia laboral, las previstas en el artículo 54 del TRLET y los incumplimientos de las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo. No obstante, el legislador destaca en este precepto cuatro tipos de comportamientos, cuya presencia desequilibra la relación contractual[39] y cuya constatación será, en todo caso, susceptible de responsabilidad disciplinaria, éstos son: el incumplimiento de los deberes de confidencialidad, de secreto profesional y fidelidad; la negativa infundada a asumir los asuntos encomendados por el titular del despacho y a informar sobre la situación en la que se encuentran así como la de girar minutas a los clientes por los asuntos en que hubiera intervenido.

Estos comportamientos tipificados en el artículo 24.2 del Real Decreto 1331/2006 suponen, en la mayoría de los casos, una contravención de normas estatutarias de los abogados. El incumplimiento del deber de confidencialidad, de secreto profesional y de fidelidad infringen el deber previsto en los artículos 21 y ss. del Estatuto General de la Abogacía de 2021 y 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el girar minutas de honorarios u otros gastos a los clientes por los asuntos en los que hubiera intervenido también supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 27.2 *in fine* del Estatuto General de la Abogacía de 2001. En contraposición, las otras dos conductas tipificadas en el artículo 24.2 del Real Decreto 1331/2006 suponen una manifestación de los poderes de dirección y del deber de obediencia a las instrucciones del empleador, aunque comporte una excepción a la regla general prevista en el artículo 50.1 del Estatuto General de la Abogacía de 2021 que reconoce a los letrados plena libertad para aceptar o rechazar la dirección de asuntos.

4. LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES: ESPECIAL REFERENCIA A LAS OBLIGACIONES DEL PRESTATARIO DEL SERVICIO

El artículo 1544 del Código Civil determina como obligación del deudor la de «*ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio*» y la del acreedor, el «*pagar un precio cierto*». Sin embargo, el Código Civil no determina cómo deben desarrollar las partes sus obligaciones, ni tampoco su alcance. Las Propuestas nacionales y comunitarias sobre la modernización del contrato de servicios[40] han pretendido dotar a estas obligaciones de un desarrollo mayor, incorporando

39. Cfr. LÓPEZ CUMBRE, L. «Faltas y sanciones de los abogados. Responsabilidad disciplinaria y procedimiento sancionador» en GARCÍA-PERRORE ESCARTÍN, I. y ALZAGA RUIZ, I. (directores) *La relación laboral especial de los Abogados en Despachos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 212. Además, esta autora en relación con las conductas descritas en el artículo 24.2 del Real Decreto 1331/2006 mantiene que «*independientemente consideradas, cada una de estas conductas es significativa y supone romper la relación de confianza, imprescindible en todo vínculo contractual pero especialmente en una actividad profesional como la que se analiza. De hecho, de una u otra manera, todas ellas tienen una cierta traslación en otras normas deontológicas o profesionales […]*».

40. A nivel comunitario, se hará referencia a los *Principles of European Law on Service Contracts*, al *Draft Common Frame of References* y al *Codice Europeo dei Contratti de Pavía*. A nivel

en algunos casos, las soluciones que la doctrina y los órganos judiciales venían aplicando sobre esta modalidad contractual.

La obligación principal que asume el abogado cuando acepta un encargo profesional es la de desarrollar el servicio conforme a su «*lex artis*» porque como regla general, se compromete a desempeñar una «obligación de medios»[41], porque en el desarrollo del encargo encomendado no puede garantizar el éxito de la acción ejercitada o la obtención de una resolución favorable sobre la base de que la Justicia es una *res extra commercium*[42], que dependerá de *«la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador»*[43], escapando el resultado del proceso de la esfera de control del profesional interviniente. Más adelante, analizaremos el contenido y alcance de esta obligación porque resultará necesario para comprender el incumplimiento contractual de estos profesionales. Sin embargo, en este punto vamos a prestar atención exclusivamente a las obligaciones que se generan para el prestatario del servicio.

4.1. LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DEL CLIENTE: EL PAGO DEL PRECIO

El pago del precio es la principal obligación del prestatario del servicio y uno de los elementos esenciales del contrato[44]. El artículo 25 del Estatuto General de la Abogacía de 2021 reconoce expresamente el cobro de los honorarios profesionales como un derecho del profesional[45].

En las Propuestas comunitarias se establece una presunción de que el servicio debe ser retribuido cuando constituye la profesión del prestador (articles 1: 102 de los PEL SC y 2:101 de los DCFR); en el Código Civil español se prevé una similar en sede de mandato, en el artículo 1711.2 del Código Civil. Por su parte, el artículo 234.2 del Codice Europeo del Grupo de Pavía reconoce una serie de presunciones, también *iuris tantum*, a favor de la gratuidad del servicio

nacional, se citará el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 y la Propuesta de la Comisión General de Codificación sobre el Título VI del Libro IV del Código Civil.

41. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2129) reconoce que *«[…] en el caso del Abogado se concreta en llevar la dirección de un proceso, que es una actividad de medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar ésta de conformidad con lo pactado y por las normas previstas reglamentariamente, constituidas en este caso por el Estatuto de la Abogacía (…)»*.
42. ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos op. cit.* 1997, p. 389.
43. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1542).
44. No obstante, en la Propuesta realizada por la Comisión General de Codificación relativa al contrato de servicios, configura la retribución como un elemento natural del contrato.
45. PARDO GATO, J. R. *La singularidad de la Abogacía, op. cit.* 2017, p. 113 reconoce como *«[…] en la actualidad no cabe duda de que el profesional liberal ostenta una finalidad lucrativa, en el sentido retributivo de la misma, dicho carácter lucrativo ha de compaginarse con la nota de "desinterés" consustancial a las profesiones liberales, y que hoy en día se entiende, "no como sinónimo de gratuidad, sino como la exigencia o el deber que tiene el profesional de no anteponer sus propios intereses a los del cliente"»*.

en los supuestos de un contexto de convivencia familiar, incluso de hecho, o entre sujetos vinculados por parentesco cercano o amistad efectiva, si resulta de las circunstancias.

Una de las cuestiones controvertidas que se plantea en torno a la retribución, es la dificultad de predeterminación del precio del contrato al inicio de la relación jurídica, porque, en ocasiones, resulta imposible para el profesional plantearse todas las eventuales vicisitudes que puede generar el proceso. La no fijación en los contratos de servicios jurídicos del precio que debe abonar el prestatario genera en la práctica no pocos conflictos una vez finaliza la prestación del servicio[46], requiriendo en muchas ocasiones, la intervención de un juez para fijar el importe de la contraprestación atendiendo a las circunstancias concurrentes[47]. Por ese motivo, las Propuestas doctrinales han optado por abordar esta cuestión. Los PEL SC prevén que, cuando no exista mecanismo que permita determinar el precio, se valorará conforme al valor del mercado. Este criterio es igualmente asumido por el Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 y por la Propuesta de la Comisión General de Codificación de modernización del contrato de servicios (artículo 1582 de la Propuesta), como mecanismo para fijar el precio del contrato, si no se ha pactado el importe ni puede deducirse de los usos. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 24 de febrero del 2020 (RJ 2020, 486) reconoce el uso del valor de mercado

46. La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.ª), de 23 de julio de 2007 (JUR 2007, 336305) reconoce como «*es práctica habitual que en los contratos de arrendamiento de los servicios profesionales de abogado no se realice presupuesto ni se concierte previamente un precio, en cuyo caso el referido profesional, al término del encargo, presente al cobro una minuta de honorarios. En tales supuestos no es admisible que el letrado fije unilateralmente un precio, sino que éste, si es discutido, ha de ser determinado en el proceso […]*».

    Por su parte, las Propuestas de modificación del contrato de servicios establecen que salvo pacto en contrario, la finalización del contrato como el «*dies a quo*» en el que devenga al Cliente la obligación del pago (cfr. artículos 153 del CELS y 1585 del Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994).

47. El Auto del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 8 de abril del 2001 (RJ 2001, 5233) reconoce que en supuestos de impugnación de las minutas de los abogados, hay que tener en cuenta para la determinación del precio del contrato, los siguientes criterios «*a) la complejidad del asunto debatido; b) la entidad y transcendencia de la cuestión de fondo planteada; c) la importancia de la cuantía litigiosa discutida, si junto a la penal se ejercita la acción civil; d) la influencia que la intervención del Abogado minutante haya podido tener en la decisión jurisdiccional adoptada; e) la clase y montante de las partidas incluidas en la minuta cuestionada por el obligado al pago; f) las Normas Orientadoras de los Honorarios del Colegio de que se trate; y g) las resoluciones de esta Sala en procesos y recursos similares*».

    La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 24 de febrero del 2020 (RJ 2020, 486) limita la virtualidad de las normas colegiales en la determinación de los honorarios profesionales al considerar que *«[…]constituyen previsiones supletorias, destinadas preferentemente a la cuantificación de la condena en costas, la cuenta jurada y la asistencia jurídica gratuita, pero que pueden tener un carácter orientativo, a falta de pacto, para cuantificar el precio del arrendamiento de servicios, cuando se utiliza de manera conjunta con otros datos o referencias, como puede ser la complejidad del asunto, los motivos del recurso –si los ha habido– y otras circunstancias que hayan concurrido en el caso*».

como mecanismo para la determinación de los honorarios profesionales, al amparo del artículo 1:102 de los PEL SC.

Las dificultades anteriores no eximen al abogado de la obligación de informar sobre el precio del servicio que va a prestar, pues está deontológicamente obligado a informar a sus clientes sobre sus honorarios aproximados o las bases para su determinación [artículo 12 B) 2 del Código Deontológico de la Abogacía], configurándose, aunque sin carácter normativo, en la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (en adelante, Carta de los Derechos de los Ciudadanos)[48] como un derecho, y constituyendo una obligación legal, si el cliente tiene la consideración de consumidor al amparo del artículo 60.2 c) del TRLGDCU y, la omisión de la información sobre el precio del contrato se integrará conforme al principio de buena fe objetiva, en beneficio del consumidor [cfr. artículo 65 del TRLGDCU y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 24 de febrero del 2020 (RJ 2020, 486)[49]].

4.2. EL DEBER DE COLABORACIÓN DEL CLIENTE EN LAS PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS

En las Propuestas comunitarias y nacionales de modificación del contrato de servicios se prevé, con mayor o menor grado de detalle, una obligación del prestatario del servicio, que no tiene reconocimiento expreso en la regulación vigente del contrato de servicios del Código Civil; es el deber de colaboración. Este deber resulta especialmente importante en los contratos de servicios jurídicos porque su colaboración condiciona en gran medida la obtención de los objetivos que cada una de las partes tiene en el desarrollo del contrato[50].

Los artículos 1:104 de los PEL SC y 2:103 de los DCFR, de forma paralela al tratamiento del deber precontractual de información que corresponde al prestador del servicio, exigen al prestatario un deber de colaboración para la ejecución del servicio que incluye, entre otros: el deber de proporcionar la información razonable para la prestación del servicio, la emisión de las

48. El contenido de la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/05/Carta-de-Derechos-de-los-Ciudadanos-ante-la-Justicia.pdf [última consulta: marzo de 2021].

49. En relación al contenido de esta resolución y la posible integración de los honorarios profesionales conforme al baremo orientativo de honorarios profesionales, puede verse CRESPO MORA, M. C. «Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor: Comentario a la STS de 24 de febrero del 2020 (RJ 2020, 486)» *op. cit.* 2020, pp. 469-483.

50. Cfr. CRESPO MORA, M. C. «La modernización del contrato de servicios en el derecho español: estudio de la propuesta de la Comisión General de Codificación» en ARIJA SOUTULLO, C., SANTOS, M. J. MORÓN y EMBID IRUJO, J. M. (coordinadores) *Estudios jurídicos: Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 274.

instrucciones necesarias para la realización del encargo y, cuando el servicio lo precise, la obtención de los permisos y licencias para su desarrollo.

El Código Europeo del Grupo de Pavía prevé en su art. 241 una obligación general de mutua cooperación entre las partes durante la ejecución del contrato y en el procedimiento de extinción, debiendo actuar ambas conforme a la buena fe, sin reticencias y con un espíritu de cooperación mutua y leal. Se impone, a su vez, a cada una de las partes, la obligación de proporcionar toda la información y elementos de los que tenga conocimiento, estando la otra parte obligada a guardar la oportuna confidencialidad. En concreto, en lo que respecta a las obligaciones del destinatario del servicio, los arts. 242 y 243 establecen que, con carácter precontractual, tiene la obligación de proporcionar de manera precisa las instrucciones e indicaciones que sean necesarias para la ejecución del contrato, comunicar al prestador los riesgos y cargas inusuales y, si la prestación requiere la intervención de otras personas pertenecientes a su esfera, debe comunicar qué medidas deben tomarse para evitar daños o pérdidas.

A nivel nacional, la Propuesta de la Comisión General de Codificación efectúa un pormenorizado tratamiento del deber de información y cooperación en la fase precontractual y durante el desarrollo de la prestación del servicio. Este tratamiento, que tiene una marcada influencia del derecho contractual europeo, pretende la búsqueda del equilibrio de las partes contratantes[51] y la consecución de los resultados perseguidos por el contrato.

El artículo 1584 de la Propuesta de la Comisión regula el deber precontractual de información del cliente, estando obligado a informar al prestador del servicio de aquellos hechos que conozca que, por inusuales que sean, hagan «*el servicio más oneroso, requiera más tiempo de lo esperado o se produzca un daño al realizar la prestación*». La omisión de esta información por parte del prestatario dará derecho al prestador del servicio a obtener una indemnización por daños y perjuicios, salvo que el prestador conociera los riesgos referidos o pudiera presumirse que los conocía.

Una vez iniciada la relación jurídica, se reconoce un deber de mutua cooperación, que comporta que el prestatario del servicio asuma los siguientes deberes: responder a las cuestiones planteadas por el prestador del servicio, proporcionar a éste las instrucciones que sean precisas, obtener en su caso las licencias o permisos necesarios en un plazo que permita razonablemente al prestador del servicio cumplir el contrato (artículo 1585 de la Propuesta). El incumplimiento del deber de cooperación por parte del cliente faculta, al prestador del servicio a suspender la realización de la prestación o bien llevarla a cabo conforme a las expectativas, preferencias y prioridades de una persona

51. DE BARRÓN ARNICHES, P. «El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código Civil español» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2134, 2011, p. 12.

colocada en la misma situación que el prestatario (apartado cuarto del artículo 1585 de la Propuesta de la Comisión), y, en cualquier caso, si el servicio a raíz del incumplimiento del deber de cooperación hubiera resultado más oneroso o requerido más tiempo, el prestador tendrá derecho a una compensación en función del incremento del coste que le hubiera supuesto la ejecución del servicio por cualquiera de estas causas (apartado quinto del artículo 1585 de la Propuesta de la Comisión).

5. LA PERFECCIÓN Y FORMA DEL CONTRATO: LAS HOJAS DE ENCARGO Y LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS A TRAVÉS DE INTERNET

5.1. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LAS HOJAS DE ENCARGO PROFESIONAL

La exigencia de documentación[52] de la relación jurídica entre letrado y cliente ha evolucionado desde el escepticismo en la formalización por escrito de la declaración de voluntades al amparo de la libertad de forma que reza el artículo 1278 del Código Civil[53] hasta ser configurada como una recomendación en el ejercicio de la profesión (artículos 15 del Código Deontológico de la Abogacía y 27.1 del Estatuto General de la Abogacía de 2021).

En la actualidad, no existe en España una obligación formal de firmar la hoja de encargo profesional[54]. Sin embargo, la virtualidad de suscribir las condiciones que van a regir la relación obligacional no es desdeñable, porque permite acreditar la existencia del vínculo jurídico, informar sobre el objeto de la prestación y su coste, constituyéndose, como el medio preferente por el que el abogado proporcione información a su cliente[55].

52. Entendemos por documentación del contrato, la operación o conjunto de operaciones necesarias para plasmar y recoger documentalmente las declaraciones de voluntad que forman la esencia del contrato (Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I., Thomson Civitas, 2007, p. 294).
53. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 26 de abril de 1999 (RJ 1999, 2696) reconoce que el principio espiritualista que disciplina la contratación civil hace que las relaciones contractuales sean eficaces y vinculantes cualquiera que sea la forma en la que se hayan celebrado y que la no suscripción de una hoja de encargo profesional no impide la reclamación de los honorarios justificados y debidos al profesional.
54. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), de 27 de diciembre de 2018 (AC 2018, 1878).
55. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 24 de febrero del 2020 (RJ 2020, 486) reconoce que la no documentación por escrito del contrato de servicios profesionales no es óbice para que se le aplique la normativa protectoria de los consumidores, pues el propio Preámbulo de la Directiva 93/13/CEE reconoce que *«[…] el consumidor debe gozar de la misma protección, tanto en el marco de un contrato verbal como en el de un contrato escrito»*.

En el Código Deontológico de la Abogacía, la previsión de las hojas de encargo profesional se incorporó en el Código Deontológico aprobado el 22 de junio de 2001 atribuyéndoles la función de «*facilitar la relación de confianza entre abogado y cliente*» (artículo 13.1 del referido Código Deontológico del 2001)[56]. El apartado nueve del precepto describía algunos aspectos que debían ser puestos, incluso por escrito, en conocimiento del cliente. Por su parte, el vigente Código Deontológico de la Abogacía Española dedica su artículo 15 al contenido que deberá incluirse en las hojas de encargo si se suscribieran[57]. Por tanto, debe destacarse como, nuevamente, la suscripción de la hoja de encargo profesional se articula como posibilidad, pero no como una obligación formal del abogado.

En la misma dirección, el artículo 37 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos que no tiene carácter normativo pero que sirve de parámetro para la interpretación de las normas conforme a la «realidad social» que propugna el artículo 3 del Código Civil[58] declara el derecho a conocer anticipadamente el coste de la intervención profesional mediante un presupuesto previo, admitiendo, a estos efectos, la necesidad de regular esta cuestión adecuadamente y fomentar el uso de las hojas profesionales. En la misma línea, se muestra el artículo 48.4 del Estatuto General de la Abogacía de 2021.

Las previsiones de la normativa sectorial aplicable a la Abogacía sobre las hojas de encargo profesional hacen de las mismas una posibilidad recomendable pero no una obligación legalmente exigible. No obstante, si la relación entre las partes puede calificarse como «relación de consumo», los letrados tienen obligación de documentar por escrito las condiciones del contrato: el precio de la prestación, el objeto del contrato, el reconocimiento y condiciones

56. El Código Deontológico de la Abogacía Española de 30 de junio de 1995 no recogía ninguna previsión sobre las hojas de encargo. Puede accederse al texto del Código Deontológico de la Abogacía Española, de 30 de junio de 1995, en el siguiente enlace: http://www.reicaz.org/normaspr/deontolo/cdae1995.htm#v [última consulta, julio de 2021].

57. Sobre el tratamiento que la normativa deontológica proporciona a las hojas de encargo, pueden verse ESCUDERO HOGAN, D. «El encargo profesional, su formalización» en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Deontología y práctica de la Abogacía del siglo XXI,* Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 36-42 y PARDO GATO, J. R. *La relación abogado-cliente: El contrato de servicios del abogado,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 297-342.

58. La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia es una Proposición no de Ley aprobada por unanimidad en el Congreso de los Diputados, el 16 de abril de 2002. El texto está disponible en el siguiente enlace: https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/05/Carta-de-Derechos-de-los-Ciudadanos-ante-la-Justicia.pdf [última consulta, marzo de 2021]. Los órganos judiciales respecto a la obligatoriedad de la Carta han considerado que la misma sirve de parámetro para la interpretación de las normas conforme al artículo 3 del Código Civil dentro del parámetro de «realidad social» [Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 17 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 341288)].

del derecho de desistimiento, entre otros, al amparo del artículo 63 del TRLGDCU, siendo el fundamento y finalidad de este artículo procurar al consumidor, un medio de prueba de la existencia y contenido del contrato de consumo celebrado y, con ello, garantizar también el cumplimiento de los deberes de información que competen al profesional[59].

5.2. LA VIRTUALIDAD DE LAS HOJAS DE ENCARGO

La documentación de la relación jurídica entre abogado y cliente mediante la suscripción de una hoja de encargo profesional tiene carácter instrumental, puesto que no constituye en sí el negocio jurídico, sino que sirve como acreditación de la declaración de voluntad efectuada[60].

Las hojas de encargo profesional resultan un mecanismo idóneo para dotar de seguridad y transparencia a la relación jurídica entablada entre ambos porque facilita la determinación y acreditación de las obligaciones que corresponden a cada parte y, en ciertos casos, además, del cumplimiento de éstas como sucede con los deberes de información o advertencia. Por tanto, se articula como un mecanismo idóneo, en beneficio de ambas partes, para la delimitación de los contornos de la relación jurídica.

A) Las hojas de encargo como medio para acreditar la existencia y el objeto del encargo

Las hojas de encargo pueden constituir un medio de prueba de la existencia del contrato, especialmente importante cuando se analiza la negligencia del abogado en supuestos de omisión respecto a la incoación de un procedimiento judicial o en la evacuación de un trámite procesal perentorio como puede ser un recurso.

59. Esta obligación parece exigible a todo tipo de contratos de consumo CÁMARA LAPUENTE, S. «Contratos con los consumidores y usuarios» en CÁMARA LAPUENTE, S. (director) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores,* Colex, Majadahonda, Madrid, 2011, p. 566. Sobre la finalidad y fundamento del artículo 63 del TRLGDCU CÁMARA LAPUENTE, S. «Contratos con los consumidores y usuarios» *op. cit.,* 2011, p. 563. En relación a los contratos de servicios jurídicos CRESPO MORA, M. C. «Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor…» *op. cit.* 2020, pp. 478 y 479 reconoce que el principio espiritualista que rige en el Derecho de los contratos «*[…] se ha puesto en entredicho en el ámbito del consumo debido a los tajantes términos con lo que el art. 63 TRLGDCU impone la obligación de documentar el contrato. Pese a ello, la doctrina ha reconocido que la función o finalidad del art. 63 TRLGDCU es meramente probatoria […] De acuerdo con lo dicho, el contrato será válido cualquiera que sea el vehículo utilizado por las partes para manifestar sus declaraciones de voluntad, si bien el profesional deberá proporcionar al cliente-consumidor una confirmación o justificación escrita de su celebración a efectos de prueba ex art. 63 TRLGDCU*».

60. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Vol. I, *op. cit.* 2007, p. 299.

La importancia de la hoja de encargo como medio de prueba de la existencia de una relación profesional surge porque en el estudio jurisprudencial realizado sobre los problemas que plantea la responsabilidad civil de este profesional, se ha constatado un número no desdeñable de resoluciones judiciales en las que la desestimación de las reclamaciones se funda en la imposibilidad de los prestatarios del servicio de acreditar, bien la existencia de un encargo profesional, bien el objeto de éste[61]. La acreditación pues, de esta relación jurídica tiene incidencia en la eventual responsabilidad civil analizada cuando la inacción del profesional provoca la caducidad o la prescripción de la acción o del recurso y no se puede indemnizar el daño generado porque no queda demostrada la existencia de un encargo profesional. Esto puede producirse en dos situaciones: la primera, cuando el abogado tiene que incoar un procedimiento judicial y no lo insta y, la segunda, cuando ha existido una relación obligacional previa y el destinatario del servicio le encarga la defensa de otro asunto o la continuación de la defensa de sus pretensiones, por otra vía jurídica.

En el primero de los supuestos, esto es cuando el encargo profesional es la incoación de un procedimiento judicial, se ha considerado que el mero otorgamiento de un poder a favor del profesional no constituye indicio de la existencia de una relación obligacional entre las partes porque no acredita la aceptación del encargo por el profesional[62]. Por el contrario, se han admitido como indicios a favor del reconocimiento de una vinculación contractual, la entrega de una provisión de fondos o el otorgamiento de poderes cuando vayan unidos a la intervención del abogado conforme a ellos en actuaciones judiciales o administrativas[63] pues, en estos casos, puede deducirse una aceptación, al menos tácita por parte del profesional de la encomienda.

En el segundo supuesto, cuando ha existido una relación obligacional previa, el aspecto problemático es la delimitación de la extensión del objeto del encargo profesional. Los órganos judiciales han considerado como una relación jurídica distinta a la principal, la ejecución de la resolución judicial

61. El Tribunal Supremo tiene declarado que si el objeto de la discusión es si los servicios se prestaron o no, corresponde al prestatario del servicio su prueba [Por todas, Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8706), de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1766)].
62. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 de julio de 2008 (RJ 2008, 4720) el Tribunal Supremo considera que el poder otorgado a favor del abogado era para instruirse en el procedimiento ejecutivo que estaba en una fase avanzada para poder de este modo, asesorar al cliente, pero afirma taxativamente que «*[…] sin que dicha visión implique por sí sola una asunción de la defensa de los intereses del actor, especialmente cuando ni siquiera existe provisión de fondos*».
63. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de julio de 2007 (JUR 2007, 4962) estima que concurre un encargo profesional porque los abogados efectuaron diversas actuaciones en interés de su cliente; entre otras: otorgamiento de poderes, representación en un acto de conciliación anterior, solicitud de ejecución del acto de conciliación, otorgamiento de escritura de sustitución de poderes, etc.

obtenida en instancia [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6071)] y, también, el inicio de un procedimiento civil por los mismos hechos después del archivo del procedimiento penal, al entender en estos casos que se trata de dos relaciones jurídicas diferenciadas y no una continuada [Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3171) y de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1766)].

La situación expuesta pone de relieve la necesidad de que en el encargo profesional quede determinado de la manera más detallada posible cuál es el objeto del contrato porque el cliente cuando acude a un despacho profesional, lo hace con el objetivo de resolver un problema de naturaleza jurídica, sin que conozca en la mayoría de los casos el procedimiento con el que obtener la satisfacción de sus pretensiones. La determinación del objeto del encargo profesional favorece a ambas partes del contrato. El prestatario podrá conocer de antemano qué actuaciones profesionales están incluidas en el acuerdo económico y cuáles, por el contrario, de ser precisas y efectuadas por el profesional, serán objeto de minutación independiente. Por su parte, el prestador del servicio se verá favorecido porque sus obligaciones quedarán circunscritas a lo comprometido en la hoja de encargo[64], quedando exonerado de realizar otras actuaciones relacionadas con la encomienda –como la ejecución de la resolución judicial o el planteamiento de otras vías judiciales en defensa de los intereses encomendados– si no están descritas en el contrato.

La determinación del objeto del servicio en la hoja de encargo profesional reduce considerablemente la litigiosidad, porque, en caso de conflicto, la determinación del alcance de éste corresponderá fijarlo a los órganos judiciales, llegando incluso a soluciones contradictorias ante el mismo supuesto de hecho. A modo ejemplificativo, como se ha indicado, el Tribunal Supremo había considerado que el procedimiento de ejecución de sentencia era una relación jurídica distinta a la del proceso principal[65]; sin embargo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 24 de febrero del 2020 (RJ 2020, 486) ha reconocido como incluido en el encargo profesional la fase de ejecución de la sentencia estimatoria obtenida en el proceso porque considera que «*es absurdo que la labor profesional del abogado se hubiera limitado a obtener una sentencia que no iba a servir de nada si no se ejecutaba*».

B) Las hojas de encargo como vía para la determinación del acuerdo económico

La suscripción de una hoja de encargo profesional en la que se determine su coste o, cuando no sea posible, se expongan las bases para su determinación,

64. ESCUDERO HOGAN, D. «El encargo profesional, su formalización» *op. cit.,* 2008, p. 32 destaca la función de la hoja de encargo *«[…] como instrumento esencial de delimitación de la responsabilidad profesional, imprescindible para el abogado de cara a regular de manera efectiva la eficacia y el alcance de la encomienda […]»*.

65. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6071).

así como los momentos en los que se produce el devengo de la obligación de pago[66], beneficia a las dos partes del contrato.

El abogado que incorpore una cláusula en este sentido dentro de la hoja de encargo profesional, da cumplimiento a la exigencia recogida en el artículo 48.4 del Estatuto General de la Abogacía de 2021 y en el artículo 37 de la Carta de Derechos de los ciudadanos y, se beneficiará procesalmente si tuviera que instar un expediente de jura de cuentas, porque la aceptación por parte del cliente, de un presupuesto previo limita la impugnación de los honorarios por excesivos *ex* artículo 35.2 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por su parte, el prestatario del servicio conocerá de antemano el precio aproximado de los servicios, las actuaciones que están incluidas en los acuerdos económicos y cuáles no, evitando de este modo minutas sorpresivas a la finalización de la relación jurídica[67].

C) Las hojas de encargo como acreditación del cumplimiento de obligaciones del prestador del servicio

Las hojas de encargo profesional permiten también acreditar al abogado el cumplimiento de algunas obligaciones legales y ciertos deberes accesorios inherentes a su profesión. En este sentido, permiten dejar constancia escrita del cumplimiento por parte del profesional de las obligaciones que tiene en materia de protección de datos personales, blanqueo de capitales, así como de otras que se prevén normativamente si nos encontramos ante una «relación de consumo»[68].

En el objeto de nuestro estudio tiene una especial importancia la acreditación de la información proporcionada por el profesional y, en algunos casos, también de las instrucciones dadas por el cliente al abogado. Este deber de

66. El artículo 1582 de a Propuesta de la Comisión General de Codificación sobre el contrato de servicios dispone que «*si otra cosa no deriva del contrato o de los usos, la retribución será exigible una vez que el servicio se haya prestado*».
67. CRESPO MORA, M. C. «Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor…» *op. cit.* 2020, p. 476 mantiene que cuando el cliente sea un consumidor y se produzca una absoluta desinformación sobre el precio del servicio o respecto a las bases para su determinación resulta de aplicación el artículo 65 del TRLGDCU y, por tanto, se integrará en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva.
68. En este sentido, por ejemplo en Aragón de conformidad con el Decreto 150/2016, de 11 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento regulador de los Servicios de Atención a Consumidores y Usuarios, de las Hojas de Reclamaciones y por el que se crea el Distintivo de Calidad de Consumo de la Comunidad Autónoma de Aragón, impone la obligación a los profesionales que presten servicios a consumidores y usuarios de informar de la existencia de hojas de reclamaciones a disposición de éstos. Esta cuestión es abordada pormenorizadamente en MATE SATUÉ, L. C. «Nuevas obligaciones del Abogado respecto a la normativa de consumo» en *Revista standum est chartae*, n.º 8, 2017, pp. 18-22.

información, que se abordará con mayor detenimiento cuando se analicen los deberes de los profesionales de la Abogacía, pretende paliar la «asimetría de información» entre las partes del contrato, derivada de la especial competencia técnica del deudor (abogado) y la frecuente inexperiencia o falta de preparación técnica del acreedor (cliente)[69]. Este deber presenta en el ámbito de los servicios jurídicos unos contornos rígidos: tanto por su extensión –incluye la obligación de informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de las posibles vías que permitan al cliente la defensa de sus intereses, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso, así como en caso de pendencia litigiosa del asunto: su estado, incidencias, posibilidad de recurrir las decisiones judiciales, etc.–[70] como por su alcance, porque el letrado no sólo debe suministrar la información sino que tiene que cerciorarse de que el cliente recibe y comprende esa información[71]. Con estos antecedentes, las hojas de encargo se convierten en un mecanismo idóneo para dejar constancia de la información proporcionada.

Las hojas de encargo profesional permiten la descripción de los riesgos que una dudosa actuación procesal puede comportarle al cliente tanto a nivel económico (posibilidad de ser condenado al pago de las costas del proceso y la cuantía estimada de éstas) como personal (incoación de diligencias previas por un presunto delito de denuncia falsa –artículo 456 del Código Penal–, de falso testimonio –artículo 458 del Código Penal–, entre otros). Este uso de las hojas de encargo en el que subyace una finalidad, fundamentalmente, preventiva es especialmente necesario cuando la voluntad del cliente y el criterio técnico del abogado no son coincidentes[72]. En concreto, resulta importante dejar constancia por escrito de la información individualizada que se le ha proporcionado al prestatario del servicio y de la voluntad de éste de asumir los riesgos cuando se aprecie falta de viabilidad del asunto, se emprenda una

69. Cfr. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.*, 2005, p. 141.

70. A este respecto, Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª); de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003, 11917) y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª), de 11 febrero de 2010 (JUR 2010, 223139).

71. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106). Sin embargo, el alcance de este deber parece haberse modulado porque en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de junio de 2019 (RJ 2019, 2442) considera que el letrado que envió por correo electrónico una resolución administrativa en trance perentorio al cliente, no ha incumplido con el deber profesional de información aunque el cliente no leyera la resolución durante el plazo para interponer el recurso, porque era el cauce habitual de comunicación con éste.

72. SÁNCHEZ STEWART, N. «Los principios inspiradores de la Deontología…» *op. cit.,* 2016, p. 3 (según numeración del pdf) reconoce que «*cuando el aquietarse con una resolución es contrario a la convicción del Abogado, director del pleito, como en la circunstancia cuando se le pide al Abogado que realice cualquier actuación que pueda tener consecuencias no deseadas para el cliente (…) debe adoptarse la costumbre de recabar al cliente instrucciones por escrito*».

actuación contraria al criterio profesional o se aporte por petición expresa del cliente alguna prueba en el proceso que puede generarle riesgos futuros.

Las consideraciones anteriores ponen en evidencia que las hojas de encargo son un mecanismo tuitivo para el letrado frente a posibles reclamaciones por responsabilidad profesional porque le permitirá demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, en especial, la de información. Por otro lado, también facilitarán su exoneración de responsabilidad cuando el cliente base su reclamación en un daño derivado de la materialización de un riesgo sobre el que había recibido la oportuna información o en una actuación que el profesional había desaconsejado. Estos beneficios apuntados pueden verse empañados por la dificultad que tiene la redacción de este tipo de estipulaciones, porque su contenido es susceptible de ser considerado abusivo al amparo de lo previsto en el artículo 86.2 del TRLGDCU pues, su inclusión puede obedecer a la voluntad del letrado de exonerarse de responsabilidad cuando, habiendo cumplido su deber de información, consejo y/o advertencia, por mandato del cliente realiza una actuación contraria a su criterio profesional[73]. Sin embargo, a mi modo de ver, este tipo de cláusulas no resultarán abusivas si no suponen una exclusión indiscriminada y genérica de la responsabilidad a favor del prestador del servicio. Por ese motivo, lo correcto es que estas estipulaciones incluyan la descripción de la información proporcionada y de las consecuencias que pueden derivarse de la actuación profesional y, además, recojan un mandato del cliente al profesional después de haber recibido esta información.

5.3. LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS A TRAVÉS INTERNET

El uso de Internet como vía para el intercambio de mercancías y servicios ha permitido que surjan en el mercado digital nuevas fórmulas destinadas a la formalización de contratos por este medio. En lo que a los servicios jurídicos se refiere, algunos despachos profesionales y firmas jurídicas posibilitan la contratación de sus servicios por vía electrónica, aunque su desarrollo y ejecución sea presencial.

Estas nuevas formas de contratación de servicios jurídicos no presentan grandes diferencias con la contratación tradicional por dos cuestiones: la primera, porque el legislador español no ha dotado a la contratación electrónica de una regulación global, sino que ha optado por la promulgación de normas específicas, como la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, Ley 34/2002) que regula exclusivamente las peculiaridades que presenta esta modalidad de

73. Al respecto se puede ver la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 6 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1270). Esta resolución es comentada en MATE SATUÉ, L. C. *La protección de los consumidores en los contratos de servicios jurídicos*, Reus, Madrid, 2021, pp. 154-162.

contratación y, por otro lado, porque la contratación electrónica no deja de ser, una modalidad específica de contratación a distancia.

Internet es utilizado por los despachos y firmas jurídicas para ofrecer y permitir la contratación de sus servicios telemáticamente, aunque el desarrollo y ejecución de la prestación del servicio jurídico se efectúe en la mayor parte de los casos, de manera presencial, motivo por el cual, son considerados «contratos electrónicos mixtos» o «contratos electrónicos indirectos»[74]. Estos sistemas de contratación electrónica mixta o indirecta son utilizados por los despachos profesionales cuando ofrecen la prestación de sus servicios a un público más o menos numeroso de potenciales interesados y, el objeto de la prestación es la incoación de un procedimiento que va a generar una ventaja económica para los clientes.

La similitud entre la contratación tradicional y electrónica de servicios jurídicos hace que le resulten de aplicación a los contratos celebrados por vía electrónica, la normativa general sobre obligaciones y contratos y también la LCGC y el TRLGDCU si cumplen con los requisitos exigidos respecto al ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de estas normas porque la sujeción de las cláusulas incorporadas en los contratos a estas normativas no se hace depender del soporte en el que se encuentren.

Estos «contratos electrónicos mixtos» se encuentran también sujetos a la Ley 34/2002, en la fase previa a la contratación y en la relativa a la perfección del contrato. No, por el contrario, en la fase de desarrollo y ejecución del contrato porque el servicio no se prestará a distancia, lo cual es coherente con la exclusión que hace la propia norma de los servicios jurídicos consistentes en la defensa en juicio de los intereses del cliente [cfr. artículo 5.1 b) de la Ley 34/2002].

74. Esta denominación es utilizada por ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, A. J. «Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por internet» en MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONIS GÁLLEGO, M. (coordinadores) *Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico*, Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, p. 277.

Capítulo III

Los remedios ante el incumplimiento contractual

La consideración de la responsabilidad civil del abogado como una responsabilidad de carácter contractual exige, con anterioridad a abordar los presupuestos que el Ordenamiento jurídico exige para que este profesional indemnice los daños generados por su incumplimiento, que se analicen los remedios que articula el Código Civil para resolver el incumplimiento contractual al objeto de valorar su posible utilidad para proteger al acreedor de la obligación: el cliente. Se examinará además, el fundamento y alcance del conjunto de remedios, así como la interrelación entre ellos.

Los tipos contractuales en los que se enmarca la relación jurídica entre un abogado y su cliente –esto es, el contrato de servicios o el contrato de gestión si se acepta la construcción efectuada por el Tribunal Supremo con elementos tomados tanto del contrato de servicios como del mandato– carecen de un conjunto de remedios específicos para el incumplimiento contractual de estos contratos[1]. Por ese motivo es necesario acudir a los remedios que para el incumplimiento contractual se articulan en la teoría general de las obligaciones y de los contratos.

El tratamiento que el Código Civil dispensa a los remedios contractuales por incumplimiento se encuentra disperso en un conjunto desestructurado de normas que carecen de una disposición clara. Esta situación ha determinado la necesidad de estudiar si estos remedios resultan –o no– compatibles entre sí, los requisitos para su aplicación o la incidencia que la imposibilidad sobrevenida o la mora del deudor pueden tener en el incumplimiento contractual[2].

1. En la regulación que el Código Civil efectúa del contrato de mandato se establecen una serie de previsiones, sobre el alcance de la acción resarcitoria del deudor de la obligación, en los artículos 1726-1731 del Código Civil; por ejemplo, el artículo 1726 del Código Civil reconoce la responsabilidad del mandatario no sólo por dolo sino también, por culpa, que deberá estimarse por los Tribunales con más o menos rigor según el mandato sea o no retribuido.
2. PANTALEÓN PRIETO, F. «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual» en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 4, 1993, pp. 1720-1721 aboga por la necesidad de articular

Estos remedios por incumplimiento son abordados por nuestro Código Civil desde una perspectiva unilateral, esto es, desde el incumplimiento de la obligación. Así, el régimen jurídico aplicable a la pretensión de cumplimiento (artículos 1096-1099 del Código Civil) y a la indemnizatoria (artículos 1101-1110 del Código Civil) se sitúan dentro de la «*teoría general de las obligaciones*»[3]. Por su parte, los remedios de la resolución o de la exigencia de su cumplimiento previstos para el incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas (artículo 1124 del Código Civil) que constituyen la regla general en los contratos, se incorporan dentro de las «obligaciones condicionales» y, por tanto, extramuros de las disposiciones generales sobre «*la naturaleza y efecto de las obligaciones*» previstas en el Código Civil[4].

Esta articulación tradicional del instituto del incumplimiento vinculado a la «obligación» y no al «contrato», está siendo objeto de cambio de paradigma

---

un «*Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente*» que requiere de «*una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuosos, incluyéndose en éste la evicción y las cargas o vicios ocultos de la cosa vendida, de los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, y los llamados "vicios ruinógenos"*». En parte, reconoce MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, p. 29, que el concepto de incumplimiento que articula el art. 1:103 (4) PECL viene a solventar en parte estos problemas porque los amplios términos en los que se define el incumplimiento porque «*la unificación del sistema de responsabilidad contractual exige la configuración de un concepto unitario de incumplimiento, suficientemente amplio para abarcar todas sus manifestaciones, tal como hacen los PECL*».

3. Se ha considerado, en este sentido por BADOSA COLL, F. «Comentario al artículo 1101 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALVADOR CODERCH, P. (directores) *Comentarios al Código Civil,* Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 34, que, la obligación de indemnizar reconocida en este precepto constituye, junto con el remedio del artículo 1096 del Código Civil, el conjunto de remedios para que el deudor solvente la infracción obligacional.

4. DEL OLMO GARCÍA, P. «De incumplir la obligación a incumplir el contrato: el nuevo modelo del incumplimiento» afirma que «*el Código Civil da así (en realidad, falsa) impresión de que las obligaciones recíprocas son algo de poca importancia. En realidad, la mayor parte de las obligaciones que forman el núcleo del Derecho privado patrimonial son de origen contractual y la inmensa mayoría de esas obligaciones contractuales tiene carácter bilateral o asociativo*». El texto está disponible en el siguiente enlace: https://almacendederecho.org/de-incumplir-la-obligacion-a-incumplir-el-contrato-el-nuevo-modelo-del-incumplimiento [última consulta: marzo de 2021]. En este sentido, en relación a la caracterización de las obligaciones recíprocas reconoce DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones obligatorias* Vol. II, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 428 que «*en nuestra doctrina, y también en la jurisprudencia, la especial estructura de la llamada obligación recíproca y sinalagmática es referida de una manera indiferenciada unas veces al contrato y otras veces a las obligaciones. Se habla de "contratos sinalagmáticos", de "contratos de los que se derivan obligaciones bilaterales", de "contratos en que se asumen obligaciones recíprocas"; etc. Las ideas de bilateralidad de la obligación y del contrato, de reciprocidad y de carácter sinalagmático son utilizadas de manera indistinta y en el fondo como sinónimas*».

desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, porque las Propuestas europeas y nacionales de modernización de los contratos –en concreto, en los *Principles of European Contract Law*, en los *DCFR*, en el Proyecto de la Comisión General de Codificación o en la Propuesta de Código Civil efectuada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil–, están optando por articular el incumplimiento desde una perspectiva bilateral. Este cambio resulta necesario porque, entre otros aspectos, el régimen jurídico del incumplimiento consagrado en el artículo 1124 del Código Civil posee una aplicación general y no un carácter excepcional.

El incumplimiento contractual puede definirse como «*la lesión del derecho de crédito del acreedor, siempre que la conducta de prestación debida no se realiza por el deudor exacta y oportunamente (en los términos, de modo y en el tiempo procedente según el tenor de aquélla)*»[5]. La visión que, del incumplimiento contractual, proporciona el art. 1:103 (4) de los PECL define éste como «*cualquier inejecución de una obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato*»[6]. Este último concepto de incumplimiento es más amplio y permite, entre otros, el encuadramiento de los incumplimientos inexactos de la prestación que, como a continuación se expondrá, tienen especial incidencia en el ámbito de la responsabilidad civil de los abogados. Por tanto, como pone de relieve el Profesor MORALES MORENO, la definición que proporcionan los PECL se caracteriza por su amplitud; contempla además, el incumplimiento desde la falta de satisfacción del interés del acreedor y

5. Esta definición del incumplimiento la proporciona DE PABLO CONTRERAS, P. «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual» en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador) *Derecho de obligaciones*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2008, p. 183.

   La identificación del incumplimiento como una «lesión del derecho de crédito» permite evitar la proporción *a priori*, de un concepto amplísimo de incumplimiento porque si éste se vinculara con «cualquier tipo de infracción del deber jurídico del deudor», necesariamente habría que valorar la responsabilidad, imputabilidad y participación del deudor en el resultado de la infracción. Mientras que, si se valora conforme a la satisfacción o violación del derecho de crédito, se parte de si el acreedor ha quedado o no satisfecho y, en caso de respuesta negativa, se ponen en conexión los hechos con la valoración del comportamiento de los intervinientes para valorar una posible responsabilidad [Al respecto, puede verse, CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 15 y DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *op. cit.* 2008, pp. 649 y 650].

6. El artículo 518-1.1 de la Propuesta de Código Civil efectuada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil proporciona también un concepto amplio de incumplimiento contractual porque afirma que «*hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que resultan de la relación obligatoria*». El texto está disponible en el siguiente enlace: http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf [última consulta: octubre del 2020].

de un modo neutro, porque no contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante[7].

Una vez señalada la necesidad de abordar en un futuro una reforma sistemática de los remedios frente al incumplimiento contractual, procede que nos detengamos en las siguientes páginas en el análisis de los remedios que proporciona el Código Civil y su adecuación para obtener la satisfacción del prestatario de servicios jurídicos cuando el profesional de la Abogacía incumple la obligación asumida.

Como prolegómeno debemos advertir que el incumplimiento contractual que efectúa el abogado se caracteriza por ser, en la mayoría de los casos, un «*cumplimiento inexacto de la prestación*»[8] derivado de la conculcación por su parte de alguno de los deberes asumidos por la aceptación del encargo profesional. Este cumplimiento defectuoso o inexacto del deudor de la obligación no cuenta en el Código Civil con una normativa especial, sino que, excluida la responsabilidad penal y disciplinaria del profesional por la infracción de estos deberes, deberá encontrar respuesta en las reglas generales del incumplimiento contractual.

La identificación de los remedios que el Código Civil proporciona ante el incumplimiento contractual del deudor de la obligación no resulta pacífica entre nuestra doctrina, fundamentalmente, porque existe una discusión doctrinal a la que más tarde aludiremos, consistente en sí «*el valor de la prestación*» debe obtenerse por la vía del cumplimiento por equivalente o, más bien, se trata de una partida de daño emergente que puede aceptarse por la vía del artículo 1101 del Código Civil. La anterior situación hace que determinados autores identifiquen como remedios al incumplimiento contractual: la ejecución forzosa, el cumplimiento por equivalente, los remedios de las obligaciones sinalagmáticas, el resarcimiento de daños y el enriquecimiento injustificado. Mientras que otros articulan como tales, la pretensión de cumplimiento, los remedios sinalagmáticos, los indemnizatorios y el enriquecimiento injustificado[9].

---

7. MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, pp. 29 y 30.
8. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil op. cit.* Vol. II, 2008, pp. 699 y 700 considera que existe cumplimiento inexacto o defectuoso de la obligación cuando *«[…] el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajuste a los presupuestos que aquel pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos»*. Este autor reconoce que la diferencia más importante de este tipo de incumplimiento respecto al definitivo es que *«[…] en este último caso se ha producido una omisión total de prestación, en el nuestro existe un comportamiento positivo del deudor dirigido a cumplir, que, sin embargo, no se ajusta a los términos del programa establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria. Dicho más claramente, no es que el deudor no haya hecho nada, sino que lo que ha hecho está mal hecho»*.
9. A modo ejemplificativo, en el primer grupo de autores se sitúa LLAMAS POMBO, E. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la aestimatio rei y el id quod interest,* Edigrafos, Getafe (Madrid), 1999, pp. 214 y 215. También mantiene esta

Los tres remedios que van a ser analizados presentan un fundamento y finalidad distinta. La acción de cumplimiento prevista en los artículos 1096 y ss. y en el artículo 1124 del Código Civil –para las obligaciones sinalagmáticas como las que son objeto de nuestro estudio– busca la efectividad de la prestación comprometida. La acción de resolución del artículo 1124 del Código Civil está dirigida a garantizar la restitución de las prestaciones y, por último, la acción resarcitoria del artículo 1101 del Código Civil pretende la reparación del daño ocasionado por el deudor de la obligación.

1. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El ordenamiento jurídico permite que, cuando el deudor no cumple con su obligación, la realiza de forma defectuosa o se retrasa en su ejecución, el acreedor pueda requerir el cumplimiento de ésta, en el modo y en los términos en los que se omitió, siempre que su ejecución sea posible.

Este cumplimiento forzoso se encuentra detalladamente regulado en los artículos 1096 y ss. del Código Civil, atendiendo al tipo de obligación que ha sido objeto de incumplimiento; pero también se alude expresamente a este remedio en el artículo 1124 del Código Civil, cuando permite al perjudicado elegir entre el cumplimiento o la resolución de la obligación. En concreto, para las «*obligaciones de hacer*», que son las propias a las que se comprometen los abogados, el artículo 1098 del Código Civil dispone «*si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*». Antes de ahondar sobre las modalidades de la acción de cumplimiento y sus límites es necesario señalar que el régimen sustantivo de estas acciones se encuentra en los preceptos del Código Civil señalados, pero la ejecución material de este cumplimiento está sujeta a la obtención de la oportuna sentencia condenatoria y se rige por lo dispuesto en los artículos 705 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil[10].

---

postura, con posterioridad, en *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020, pp. 244-247. En el segundo grupo de autores, puede destacarse, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, F. «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual» *op. cit.* 1993, p. 1727.

10. En esta línea reconoce LLAMAS POMBO, E. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor… op. cit.* 1999, p. 227 que «*se trata de una acción de condena, dirigida a obtener un pronunciamiento judicial por el que se imponga coactivamente al deudor la realización del comportamiento debido. La ejecución forzosa tiene un marcado carácter judicial, por lo que se ha definido como el "modo de realizar judicialmente la obligación y la responsabilidad"*». Por su parte, CALAZA LÓPEZ, S. «Ejecución no dineraria» en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S. *Derecho Procesal Civil: parte especial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 518 y 519 mantiene que «*el fundamento de la ejecución específica, reside al igual que el de la genérica, en el mandato constitucional del cumplimiento íntegro de las sentencias, pues esta ejecución de las resoluciones judiciales constituye una relevante proyección del derecho a la tutela judicial efectiva […]*» y afirma además, que «*la finalidad*

El Código Civil en el artículo 1098 del Código Civil cuando permite, en caso de incumplimiento de las obligaciones de hacer, ejecutar a su costa la obligación, parece establecer una preferencia a favor del cumplimiento de la obligación *in natura*. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil desarrolla más pormenorizadamente el cumplimiento forzoso de este tipo de «obligaciones de hacer» y distingue entre las *obligaciones de hacer no personalísimo* (artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y las *obligaciones de hacer personalísimo* (artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En el primer caso, se establece en caso de incumplimiento voluntario del deudor de la ejecución de hacer, la realización de la actuación debida por un tercero o la indemnización de los daños y perjuicios. En cambio, en las *obligaciones de hacer personalísimo*, se prevé que ante el incumplimiento de la obligación podrá optarse entre la entrega por el ejecutado del equivalente pecuniario o la imposición de una multa mensual por cada mes que transcurra sin llevarla a cabo.

La lectura sistemática de estos dos cuerpos legales justifica que algunos autores reconozcan que la modalidad prioritaria para el cumplimiento de la obligación es la *in natura,* porque permite materializar de forma más adecuada, la consecución de la prestación, por lo que los restantes remedios deberían tener un carácter secundario[11]. La acción de cumplimiento es compatible con la de resarcimiento de los daños e incompatible con el remedio de la resolución

---

esencial de esta ejecución específica o no dineraria es, finalmente, la de otorgar adecuada satisfacción a los litigantes vencedores en los procesos civiles de condena a un "hacer", a un "no hacer" o, en su caso, a una "entrega de cosa distinta a dinero", pues su pretensión en el proceso del que trae causa se contrajo a solicitud de una condena determinada que sólo resultará plenamente satisfecha, en ejecución, cuando sea cumplida de manera exacta, congruente, fiel e íntegra, respecto a lo estipulado en la condena judicial, debiendo, en consecuencia, ser susceptible de sustitución por otra condena distinta –así, la dineraria–, cuando realmente resultare imposible aquella específica ejecución».

11. Esta idea es reconocida entre otros por PANTALEÓN PRIETO, F. «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual» *op. cit.* 1993, p. 1731 porque entiende que salvo imposibilidad física, jurídica o práctica, el cumplimiento *in natura* es la forma prioritaria de cumplimiento. También, LLAMAS POMBO, E. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor… op. cit.* 1999, p. 230 considera que la acción de cumplimiento tiene preferencia sobre el resto de remedios frente al incumplimiento contractual.

    Este criterio de la preponderancia del cumplimiento *in natura* es por el que parece que opta la Propuesta de Código Civil efectuada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil porque en el artículo 518-6 establece en las obligaciones no pecuniarias los límites para exigir el cumplimiento de la obligación y, por su parte, el artículo 518-7 da prioridad a la reparación, rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o sustitución como mecanismos frente al incumplimiento contractual, salvo que, estas opciones resulten objetivamente imposibles o desproporcionadas. Con carácter subsidiario, el artículo 518-8 de la Propuesta de Código Civil permite que «*el acreedor que pretenda el cumplimiento de una obligación no dineraria y no haya obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho puede desistir de su pretensión y ejercer los otros remedios que la ley le reconoce*».

contractual (*ex* artículo 1124 del Código Civil) pues no puede solicitarse simultáneamente el cumplimiento y la resolución.

1.1. LAS MODALIDADES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El requerimiento del acreedor para que el deudor dé efectivo cumplimiento a la obligación puede hacerse *in natura* y, algunos autores, admiten también el cumplimiento por equivalente.

El cumplimiento en forma específica de las obligaciones de hacer presenta dos limitaciones, que serán tratadas posteriormente: las obligaciones personalísimas y la imposibilidad física o jurídica de llevar a cabo el cumplimiento. Para el resto de supuestos, es decir, cuando nos encontramos ante una «obligación de hacer no personalísimo», el Ordenamiento jurídico prevé que, en caso de negación por parte del deudor a llevar a cabo la conducta comprometida, pueda mandarse ejecutar esta prestación a su costa (artículo 1098 del Código Civil) o, como alternativa, la reclamación del resarcimiento de daños y perjuicios, que serán cuantificados conforme a lo previsto en los artículos 712 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El establecimiento del legislador de esta doble vía para dar cumplimiento coercitivo a las «obligaciones de hacer» ha planteado dudas porque el resarcimiento de los daños y perjuicios no constituye un cumplimiento en forma específica, en tanto que, como se ha indicado, la acción de cumplimiento y la de resarcimiento presentan una finalidad y fundamento distinto[12]. No obstante, esta dualidad de opciones que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil resultaría coherente con la interpretación que hace un sector de la doctrina que considera que el «valor de la prestación», cuando se produce un incumplimiento contractual, debe reconducirse por la vía de la indemnización de los daños y perjuicios[13].

12. Para ILLÁN FERNÁNDEZ, J. M. *La ejecución forzosa de sentencias de hacer, no hacer y dar cosas determinadas,* Comares, Albote (Granada), 1999, p. 82, la solución a esta doble posibilidad debemos encuadrarla en la determinación de si la relación contractual se celebró «*intuitu personae*» o no, de tal forma que, en el caso de que se trate de una obligación en la que se tuvieron en cuenta las condiciones subjetivas del deudor, la respuesta que proporciona la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el resarcimiento de los daños y perjuicios.

13. Entre los autores que optan por el remedio indemnizatorio se muestra contundentemente DELGADO ECHEVARRÍA, J. «Incumplimiento de la obligación» en LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Vol. I. Teoría General del Contrato, Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 194, 195, 208 y 209. Este autor al que pertenece la cita incluida en el texto, afirma además que «*si la obligación, definitivamente, se incumple, hay, necesariamente, un valor económico que se ha sustraído al acreedor: el de la prestación que le era debida. Este es el daño llamado intrínseco, propter rem ipsam non habita, consecuencia, como digo, necesaria de todo cumplimiento definitivo»;* de modo que *«el valor de la cosa debida queda incluido en el "valor de la pérdida que haya sufrido"*» En la misma línea también, ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil Español común y foral, Derecho de*

La otra modalidad de cumplimiento es el «*cumplimiento por equivalente*» (también denominado *aestimatio rei*). Esta forma de cumplimiento tiene, como se ha indicado, para algunos carácter *subsidiario* al cumplimiento en forma específica y debería reservarse para los casos en los que esta forma de cumplimiento resulte imposible o inidónea para satisfacer el interés del acreedor[14] *ex* artículo 709.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cambio, los detractores del reconocimiento del cumplimiento por equivalente, como veremos, consideran que la satisfacción de la pretensión debe canalizarse por la vía del artículo 1101 del Código Civil como un daño.

Este debate se retrotrae al Derecho romano clásico en el que, en los supuestos de mora del deudor o cuando la obligación resultara imposible, consideraban que la obligación seguía vigente (*perpetuatio obligationis*), aunque se transformaba en la obligación de pago de la cosa (*aestimatio rei*). En cambio, en el Derecho romano postclásico se abandona la idea de la *perpetuatio obligationis* y se opta por indemnizar todos los daños, incluyendo el precio de la cosa y el interés de aquél[15].

Los partidarios de considerar que el valor de la pretensión debe obtenerse por el «*cumplimiento por equivalente*»[16] mantienen que en el Código Civil hay

---

obligaciones, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 102 y 103 mantiene que cuando no se puede obtener del deudor porque no puede o no quiere realizarla, se deben indemnizar a acreedor los daños y perjuicios que ello ocasione y que se le indemnice también, los que a pesar de haber obtenido la prestación se le hayan podido derivar de un cumplimiento inexacto o moroso. Este autor reconoce que la pretensión indemnizatoria tiene carácter subsidiario porque la ejecución «in natura» es la más idónea porque persigue obtener la prestación y no una indemnización, *«quedando ésta sólo como último recurso para cuando aquélla no pueda obtenerse, o en tanto en cuanto no pueda serlo exactamente»* o DE PABLO CONTRERAS, P. «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual» *op. cit.* 2008, p. 191 quien considera que como la prestación de equivalente pecuniario como satisface el interés del acreedor a la prestación que le es debida, por lo que no debe enmarcarse dentro de la acción de indemnización de daños y perjuicios.

14. Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P. «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual» *op. cit.* 2008, pp. 191 y 193. También reconoce esta idea LLAMAS POMBO, E. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor… op. cit.* 1999, pp. 246 y 247 al afirmar que «*la prestación por equivalente es una forma (subsidiaria, eso sí) de cumplimiento de la obligación por sustitución, cuando la prestación originaria resulta de imposible cumplimiento*».
15. En esta línea DE PABLO CONTRERAS, P. «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual» *op. cit.* 2008, p. 192.
16. Esta postura es defendida muy particularmente por LLAMAS POMBO, E. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor… op. cit.* 1999, pp. 236 y ss. donde efectúa un pormenorizado análisis de la *perpetuatio obligationis* en nuestro ordenamiento jurídico y afirma que «*[…] no es nunca daño la no prestación considerada en cuanto tal, la ausencia del deber de entrega, de cumplimiento general. Y por este motivo, como decimos, el cumplimiento por equivalente, e incluso la aestimatio rei, no son partidas verdaderamente indemnizatorias*» [la cita pertenece a la p. 251]. En la misma línea, CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1106 del Código Civil» en ALBALADEJO, M. (director)

ejemplos en los que, cuando el deudor no puede cumplir la obligación por imposibilidad sobrevenida, la obligación se transforma en la de pagar su precio –apoyan esta interpretación en los artículos 1136 regla 2.ª y 3.ª, 1185 o 1745 del Código Civil–. Además, otros preceptos permiten defender, complementariamente, que la prestación por equivalente pecuniario y la reparación son acciones que poseen un fundamento distinto –cfr. artículos 1147 y 1150 del Código Civil–. En contraposición, hay autores que defienden que la vía idónea para canalizar la «*satisfacción de la pretensión*» es la responsabilidad contractual. En síntesis, fundan su posición en que el artículo 1184 del Código Civil libera al deudor de una «obligación de hacer» cuando la prestación resulte legal o físicamente imposible. Así, consideran que, cuando es imposible el cumplimiento *in natura*, aunque concurra culpa del deudor, hay dos opciones: entender que el deudor sigue obligado al pago del precio o estimar que está obligado a la indemnización de los daños y perjuicios. Pues bien, optan por esta segunda vía al defender que, si bien la *aestimatio rei* sigue teniendo reconocimiento en el Código Civil, también lo tiene el precio de la cosa (artículos 1135 reglas 2 y 3, 1150 y 1174 del Código Civil) que «*representa el daño mínimo y necesariamente sufrido por el acreedor, la primera partida de toda liquidación de daños contractuales*».

Las dos corrientes doctrinales expuestas parece que han obtenido respaldo del legislador procesal porque, como se ha indicado, en las «*obligaciones de hacer personalísimas*» en caso de que el ejecutado no lleve a cabo la prestación, se articula el cumplimiento por equivalente; mientras que, en la «*obligación de hacer no personalísimo*» se prevé, como alternativa, la indemnización de los daños y perjuicios. A mi juicio, la solución debería ser la contraria,

Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989, p. 680 que considera que no puede constituirse como daño «*la no-prestación considerada en cuanto tal, la ausencia del deber de entrega, de cumplimiento en general. La no prestación sitúa al acreedor en la posibilidad de reclamarla por medio de la acción de cumplimiento, no de daños*». En el ámbito de los servicios jurídicos YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del Abogado op. cit.* 2019, p. 131 considera que «*los honorarios satisfechos al abogado y al procurador negligentes, si bien esta partida en realidad no es propia responsabilidad civil, sino más bien la contraprestación que el cliente debería si los profesionales hubiera cumplido su prestación, que no era otra que la de desempeñar una actividad diligente*».

Sobre el distinto fundamento que tiene el cumplimiento por equivalente y la indemnización de los daños y perjuicios LLAMAS POMBO, E. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor… op. cit.* 1999, p. 235 justifica el diferente tratamiento que merecen estos remedios frente al incumplimiento contractual porque si bien ambos proceden de un mismo hecho, esto es el incumplimiento de la obligación, satisfacen intereses distintos aunque ambos compartan una finalidad reparadora de las consecuencias negativas del incumplimiento. Así reconoce este autor que *«[…] la ejecución forzosa cumple una función "preventiva" del daño, mientras que la indemnización se dirige a su eliminación a posteriori […] la indemnización rara vez alcanza a "eliminar" el daño, sino que más bien tiende a "reparar" el mismo, y segundo, porque el interés que satisface la ejecución forzosa no es propiamente la prevención de un daño, sino el interés positivo que tiene depositado el acreedor de la obligación».*

la indemnización de los daños y perjuicios debería quedar reservada para los supuestos de imposibilidad de la «*obligación de hacer personalísima*» como preveía el artículo 924 párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, porque permitiría tener en consideración factores que deben quedar excluidos en la valoración de la prestación conforme al valor de mercado. En cualquier caso, esta diferencia sobre las vías para que el deudor obtenga el «valor de la prestación» tiene un carácter fundamentalmente teórico, en tanto que, su transcendencia práctica es escasa. El motivo radica en que la valoración de la ejecución forzosa y de la indemnización de los daños, en los casos en los que el cumplimiento *in natura* no sea posible, se rige por los artículos 712 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, aunque se aplican preceptos distintos ambas peticiones requieren un escrito del deudor en el que se indiquen las razones que justifican la petición y los documentos oportunos para fundamentar su prueba [cfr. el artículo 713 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los daños y perjuicios y el artículo 717 del mismo cuerpo legal para el equivalente pecuniario].

1.2. LOS LÍMITES AL CUMPLIMIENTO IN NATURA DE LA OBLIGACIÓN DEL LETRADO: LA INFUNGIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN Y LA IMPOSIBILIDAD FÍSICA O JURÍDICA DE EFECTUAR EL CUMPLIMIENTO

El cumplimiento *in natura* –al amparo de los artículos 1098 y 1124 del Código Civil– no resulta adecuado con carácter general para solventar el incumplimiento en el que incurren los abogados, por dos motivos que, a su vez, constituyen los límites a este tipo de cumplimiento[17]:

A) La infungibilidad de la prestación

La acción por cumplimiento se descarta, de modo sistemático, cuando la obligación de hacer tiene carácter «personalísimo»; es decir, cuando las condiciones subjetivas del deudor han justificado la formalización de la relación jurídica porque, como reza el artículo 1161 del Código Civil, «*en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación*».

17. YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del profesional liberal op. cit.* 1989, p. 371 argumenta que la ejecución forzosa no es posible en las obligaciones profesionales por dos causas, en primer lugar porque «*en las obligaciones profesionales "intuitae personae" el acreedor no vería satisfecho su interés con la ejecución de la prestación por parte de la persona designada por el juez*» y, por otro lado, porque «*de los dos remedios normales que el artículo 1124.2, del Código Civil pone a disposición del acreedor en el caso de incumplimiento de un contrato con obligaciones recíprocas (a saber, exigir el cumplimiento o la resolución), el cliente no puede pedir el cumplimiento (la lesión medular es irreversible o se ha perdido el proceso judicial), mientras que exigir la resolución le es absolutamente inútil; la ley opta entonces por el atajo automático del resarcimiento de daños y perjuicios (implícito en cualquiera de las vías del 1124*».

La infungibilidad de la prestación se confunde, con harta frecuencia, con otros conceptos semejantes como el *intuitu personae* o la fiducia, porque los tres tienen en consideración las condiciones del sujeto que se compromete a desarrollar una obligación. En concreto, entre el «*intuitu personae*» y la infungibilidad existe una relación causa-efecto «*[…] (el intuitus provoca la infungibilidad de la prestación) que no puede ser afirmada a contrario (la infungibilidad no siempre deriva del intuitus) […]*»[18]. En el concepto de *intuitu personae* subyace la idea de confianza recíproca entre los contratantes[19]; si bien la confianza puede ser el fundamento que justifica que el prestatario del servicio contrate con un determinado profesional, en el ámbito de los servicios jurídicos suele tener más relevancia, los conocimientos y la experiencia del profesional, lo que justifica que utilicemos el término infungibilidad de la prestación y no el *intuitu personae*.

Este límite es importante porque, en las relaciones contractuales entabladas entre el profesional de la Abogacía y su cliente es habitual que concurra este carácter personalísimo[20], porque las concretas condiciones del abogado (conocimientos y experiencia) constituyen, en este tipo de contratos, su objeto[21], pudiendo dar lugar a su invalidez *ex* artículo 1266 del Código Civil. La prueba del carácter *personalísimo* de la prestación, no siempre resultará pacífica pues su atribución obedece a un acto de autonomía de la voluntad, que aparecerá expresado de algún modo, en el contrato[22]. Sin embargo, en ocasiones, para su reconocimiento será necesario analizar algunos indicios que permitan deducir si en la decisión de contratar, influyeron o no en el acreedor, las cualidades del deudor.

La incidencia de este carácter en las relaciones contractuales ha ido disminuyendo progresivamente, en parte, porque la proliferación de grandes despachos profesionales ha disipado la importancia que el acreedor de la

18. Al respecto, GÁLVEZ CRIADO, A. *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios: especial estudio del derecho de desistimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 21.
19. ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos op. cit.* 1997, p. 264.
20. YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del profesional liberal op. cit.* 1989, p. 235.
21. GÁLVEZ CRIADO, A. *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios… op. cit.* 2008, p. 20 distingue tres tipos de grupos en los que resulta destacable la condición personal del deudor. En un primer grupo, sitúa los contratos en los que la obligación de hacer queda individualizada en el comportamiento de un concreto deudor, consistentes en la realización de una obra intelectual o artística. En un segundo, incluye los contratos en los que las condiciones del deudor se presume que han influido decisivamente en las prestaciones, entre los que se encuentran los contratos de mandato, obra etc. y, por último, un tercer grupo de contratos que son estipulados en relación con la personalidad del contratante, es decir, se basan en una infungibilidad subjetiva que se deriva de la confianza depositada por el acreedor en la idoneidad del deudor para cumplir con la prestación debida.
22. Cfr. GÁLVEZ CRIADO, A. *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios… op. cit.* 2008, p. 26.

obligación proporciona a las condiciones subjetivas de los profesionales que individualmente conforman el despacho profesional a favor del prestigio que tiene el despacho jurídico[23].

En las obligaciones personalísimas el interés del acreedor no resulta satisfecho si la prestación es cumplida por un tercero –salvo que se trate de auxiliares del principal y su intervención no se haya prohibido expresamente o sea incompatible con el objeto de la obligación[24]–. Al margen del caso expuesto, la ejecución de una obligación personalísima por persona distinta del deudor no satisface el interés del acreedor *ex* artículos 1098 y 1161 del Código Civil y podría comportar el incumplimiento del contrato[25]. Se ha planteado la posibilidad de obtener esta satisfacción siempre que el sustituto posea nivel de

23. ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos op. cit.* 1997, p. 264 reconoce que en este tipo de relaciones pueden advertirse algunos supuestos en los que no se predica el «intuitu personae», en concreto, cuando la confianza se deposita en un grupo de personas o cuando la desarrolla un profesional designado por éste. En contra, PAZ-ARES, C. «Comentario al artículo 1678 del Código Civil» *op. cit.,* 1993, p. 1405 afirma que «*[…] nada obsta para que el intuitus se predique en relación a un grupo de sujetos en lugar de en relación a una persona a una persona individual. Desde este punto de vista, la hipótesis del cliente que solicita los servicios de una sociedad es análoga al caso en el que el cliente imparte el mandato a varios profesionales facultándoles para que lo desempeñen conjunta o separadamente*».

24. En esta línea, GÁLVEZ CRIADO, A. *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios… op. cit.* 2008, p. 30 justifica que el carácter *intuitu personae* –o infungibilidad de la prestación– no se ve afectado por el uso de auxiliares, en tanto que, su uso no supone el pago por tercero que prohíbe el artículo 1161 del Código Civil y, además, «*algunos preceptos del Código, sin ignorar el posible carácter personalísimo del contrato que regulan, admiten sin paliativos el uso de auxiliares, como presupone el artículo 1596 CC en sede de contrato de obra, e incluso de sustitutos, como ocurre con el artículo 1721 del CC respecto al mandato*». También, YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del profesional liberal op. cit.* 1989, p. 248 considera que *«el intuitu personae se tiene en la persona del deudor no sólo como ejecutor directo, sino también en cuanto que puede dirigir un equipo digno de su confianza quedando aseguradas por las cualidades del profesional, a su vez, las cualidades de los sustitutos, máxime cuando aquél está obligado a dirigir y controlar la labor de éstos*».

25. Cfr. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad civil del abogado… op. cit.* 2005, pp. 74 y 75; también, en esta línea, ILLÁN FERNÁNDEZ, J. M. *La ejecución forzosa de sentencias de hacer, no hacer y dar cosas determinadas op. cit.* 1999, p. 82.

    En contra, de que en este tipo de obligaciones no pueda admitirse la sustitución por otro acreedor considera que BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Comentario al artículo 1161 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALVADOR CODERCH, P. *Comentarios al Código Civil,* Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 181 *«para delimitar el ámbito de aplicación del artículo 1161 es la satisfacción del interés del acreedor, es necesario concretar qué concepto de interés debe manejarse en este caso. Parece lógico exigir que se trate de un interés objetivo o verdadero y no meramente subjetivo o arbitrario. Con ello quiero decir que, aunque el punto de partida es el de una preferencia subjetiva del acreedor […] dicha preferencia de protección si está basada sobre alguna razón con algún mínimo de objetividad y no sobre el mero capricho […] cuando dicha referencia es mera expresión de una relación de confianza o de la designación indirecta de un nivel de calidad. En estos dos últimos casos, la sustitución de la persona en el momento del pago es posible […] hay que tener en cuenta que el pago de un tercero*

conocimientos y experiencia similar al del abogado que asumió la obligación; sin embargo, esta opción plantea la dificultad de seleccionar un profesional que tenga un perfil similar al que incumplió su obligación y que quiera aceptar la prestación del servicio en las mismas condiciones y circunstancias. Además, en el ámbito de los servicios jurídicos pueden concurrir otras circunstancias que dificulten la búsqueda de otro profesional que asuma la ejecución de la prestación, por un lado, el componente moral que concurre, sobre todo, en los procesos penales y, por otro lado, la necesidad de colaboración del profesional que ha incumplido su obligación, por ejemplo, para la obtención de información o documentación necesaria con la que llevar a efecto la ejecución del servicio.

Por otro lado, el cumplimiento forzoso de la obligación de hacer puede no resultar tampoco satisfactorio para el acreedor porque no desee que el abogado que ha incumplido su obligación o que cumplió defectuosamente el contrato, vuelva a defender sus intereses en el proceso.

B) La imposibilidad física o jurídica de ejecutar la obligación

El segundo límite que presenta la acción de cumplimiento es que éste resulte posible. Es decir, que la obligación subsista y que no se haya extinguido, lo cual ocurrirá cuando la obligación de hacer resulte «*legal o físicamente imposible*» *ex* artículo 1184 del Código Civil. La obligación se entenderá, pues, extinguida cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación sea definitiva y objetiva, esto es, que el no posible cumplimiento no afecte sólo al concreto deudor sino que se haría hipotéticamente extensiva a cualquier otro.

La actuación negligente del abogado, sobre todo cuando se desarrolla en el seno de un proceso judicial, impide por la aplicación de los institutos de la «cosa juzgada» y de la «prescripción», la posible reiteración de la pretensión procesal del cliente, porque ésta se plantea como legalmente imposible. Por ese motivo debe mantenerse que esta acción de cumplimiento no permite satisfacer el interés del acreedor, de modo que deben explorarse otros remedios que permitan dar una respuesta adecuada al incumplimiento contractual.

Las consideraciones anteriores, nos permiten descartar *a priori*, la idoneidad de la acción de cumplimiento para la satisfacción del interés del acreedor, y plantea la necesidad de abordar otras vías, como la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios como remedio frente al incumplimiento contractual[26].

no es sustituir a la persona del deudor y por ello muchas relaciones marcadas por el intuitu personae no están exentas de ser cumplidas en su caso, total o parcialmente, por un tercero».

26. Cfr. BADOSA COLL, F. «Comentario al artículo 1098 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALVADOR CODERCH, P. (directores) *Comentarios al Código Civil,* Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 30 reconoce que «*la ejecución forzosa no quepa cuando la prestación es "personalísima", caso en que sólo cabrá la obligación de indemnizar […] se desprende*

2. LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1124 del Código Civil proporciona un régimen específico para los supuestos en los que el incumplimiento contractual se produce en el seno de las obligaciones sinalagmáticas, en virtud de las cuáles, las partes están sujetas a obligaciones recíprocas o correlativas. Este régimen se caracteriza porque presenta especialidades en materia de mora, admite la *exceptio non adimpleti contractus* y la opción resolutoria para el supuesto de incumplimiento, a favor del contratante perjudicado[27].

Este remedio previsto para el incumplimiento contractual resulta incompatible con la acción de cumplimiento. Es decir, la resolución se plantea como una solución alternativa –porque está destinada a deshacer el vínculo jurídico que recíprocamente les une– al cumplimiento de la ejecución cuando el contratante perjudicado considere que la resolución es la mejor fórmula para obtener la satisfacción del interés lesionado, siempre que el incumplimiento afecte a una obligación principal del contrato y frustre la finalidad de éste o las legítimas expectativas de los contratantes[28]. Lo que supone que el remedio de la resolución queda reservado para los incumplimientos contractuales más graves.

La siguiente cuestión que debe abordarse es qué efectos plantearía la resolución del contrato en los servicios jurídicos cuando el profesional ha incumplido la obligación asumida contractualmente. Se considera que cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, como los servicios jurídicos cuya prestación se dilata durante el proceso jurisdiccional, los efectos de la resolución son *ex nunc*[29].

---

también del CC al admitirse la "compatibilidad" de la ejecución forzosa con la obligación de indemnizar […]».

27. LLAMAS POMBO, E. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor… op. cit.* 1999, p. 257.

28. El artículo 518-13 apartado primero de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil exige al articular la resolución en las relaciones sinalagmáticas que, el incumplimiento de la parte, atendida su finalidad, tenga la consideración de esencial.

29. A este respecto, ALONSO PÉREZ, M. T. «Supuestos legales de eficacia "ex nunc" de la nulidad y su posible aplicación al arrendamiento de servicios» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 665, p. 2001, pp. 1056 y 1057 cuando analiza la posible eficacia *ex nunc* de la nulidad del contrato de servicios reconoce que los servicios en los que se producen dificultades para la restitución de las prestaciones son aquéllos en los que el cumplimiento *in natura* es imposible y que, además, son relaciones cuya eficacia y ejecución se dilata en el tiempo. También reconoce la eficacia *ex nunc* de los efectos de la resolución del contrato de servicios, DE PABLO CONTRERAS, P. «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual» *op. cit.* 2008, p. 225.

Sobre el efecto restitutorio de las prestaciones en caso de resolución cuando se trate de una relación de ejecución continuada, el artículo 518-18 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho dispone que *«en la resolución*

La transcendencia de este remedio que aboga por la resolución de las obligaciones recíprocas en caso de incumplimiento únicamente evitaría que el profesional reclamara los honorarios derivados de la prestación defectuosa[30]. En este sentido, el Profesor YZQUIERDO TOLSADA identifica, como supuesto de hecho para aplicar este remedio sin complementarlo con la acción prevista en el artículo 1101 del Código Civil, los casos en los que el profesional incurre en un cumplimiento inexacto de la prestación pero subsanable; por ejemplo, la incoación de un procedimiento ante un Tribunal incompetente, que puede corregirse mediante la interposición de la demanda ante el órgano judicial competente. Es decir, se tiene que tratar de un incumplimiento que no comporte la pérdida de oportunidades procesales o la privación de derechos fundamentales[31].

La escasa virtualidad que tiene la resolución contractual en este ámbito unido a que, en muchas ocasiones, se produce antes el incumplimiento contractual que el pago efectivo de los servicios jurídicos, sobre todo, en los procesos que están destinados a que el cliente obtenga un beneficio económico, justifica que la mayoría de las reclamaciones contra el abogado se enfoquen por la vía del artículo 1101 del Código Civil y no se inste la resolución del contrato[32]. En los casos en que el cliente haya abonado, en todo o en parte, podrá por tanto elegir entre dos opciones: resolver el contrato y que el profesional le devuelva el precio del contrato como efecto de la restitución de las prestaciones o instar la vía del artículo 1101 del Código Civil y considerar los honorarios un daño patrimonial [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 de junio de 2004 (RJ 2004, 3629)].

3. LA ACCIÓN RESARCITORIA DEL ARTÍCULO 1101 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1101 del Código Civil reza que «*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*».

de los contratos de ejecución continuada o sucesiva la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato».

30. ÁLVAREZ VIGARAY, R. «Comentario al artículo 1124 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALVADOR CODERCH, P. *Comentarios al Código Civil,* Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 97.
31. YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del Abogado op. cit.* 2019, pp. 21 y 22.
32. Excepcionalmente, puede traerse a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), de 18 de enero de 2011 (AC 2011, 1725) en la que se estima la pretensión de la clienta de obtener la resolución del contrato de servicios jurídicos suscrito con la abogada sin articular la acción prevista en el artículo 1101 del Código Civil, obteniendo la devolución de la cantidad entregada en concepto de provisión de fondos.

Esta acción de resarcimiento –también conocida como *id quod interest*– se funda en el daño derivado del incumplimiento contractual. Esto significa que, aunque uno de los presupuestos para su reconocimiento sea el «incumplimiento del deudor», el fundamento de esta acción es la manifestación de un daño vinculado a éste[33]. Esta acción es compatible con la acción de cumplimiento y con la acción de resolución del artículo 1124; sin embargo, también puede interponerse de forma autónoma, como sucede en la mayoría de los supuestos vinculados al incumplimiento contractual del abogado.

El ejercicio de la acción resarcitoria exige la existencia de un incumplimiento del deudor que produzca un daño al patrimonio o intereses del acreedor y que el daño sea imputable al deudor.

La obligación del artículo 1101 del Código Civil no es consecuencia de ninguna obligación preexistente ni una garantía de ésta, sino que es una obligación *ex novo* que nace del daño derivado del incumplimiento[34].

La identificación del daño indemnizable se ha efectuado en ocasiones haciendo uso de la denominada *teoría de la diferencia* que trataremos más adelante. En síntesis, esta teoría considera que el daño es la diferencia entre la situación actual de la víctima y la que tendría de no haberse producido el daño. En el ámbito de la responsabilidad contractual la aplicación de esta teoría puede compararse con dos situaciones hipotéticas distintas. Una es el cumplimiento correcto y en forma de la obligación contractual que constituye el *interés contractual positivo* cuyo fundamento se encuentra en la existencia misma del contrato y se identifica con las utilidades que habría generado para el contratante la realización de la conducta debida[35]. La segunda situación hipotética es que el contrato no se hubiera celebrado, lo que constituye el *interés contractual negativo*, cuyo fundamento se encuentra en la frustración contractual y se ha identificado con los costes y pérdidas derivadas de no haber recibido la prestación en tiempo y forma[36].

33. En esta línea, LLAMAS POMBO, E. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor… op. cit.* 1999, p. 273 afirma que «*la esencia de la obligación indemnizatoria no está en el incumplimiento, sino en el daño. Por eso, para definir tal obligación, importa poco que tal incumplimiento fuera de carácter transitorio o definitivo, que hubiera o no cumplimiento tardío, que fuese defectuoso o imposible. Lo importante es que haya un daño acreditado, que el mismo sea objetivamente imputable a la mora o contravención de la obligación y subjetivamente imputable al deudor*».
34. Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1101 del Código Civil» *op. cit.* 1989, p. 403. También, LLAMAS POMBO, E. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor… op. cit.* 1999, p. 270 afirma que «*la indemnización, ciertamente, no es un subrogado de la prestación que se ha tornado imposible*». En contra de esta idea, BADOSA COLL. F. «Comentario al artículo 1101 del Código Civil» *op. cit.* 1993, pp. 34 y 35 considera que esta obligación es «secundaria» y «accesoria» porque «*al poder generar la infracción de cualquier obligación el deudor de una obligación es siempre potencial deudor de una "segunda" obligación: la de indemnizar*».
35. Al respecto puede verse, DE PABLO CONTRERAS, P. «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual» *op. cit.* 2008, pp. 225 y 226.
36. DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Incumplimiento de la obligación» *op. cit.* 1994, p. 208.

Esto nos lleva a vincular el *interés contractual positivo* y *negativo* con los remedios que para el incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas (artículo 1124 del Código Civil) se prevén porque, si se opta por la resolución contractual, el acreedor solicitará la indemnización de los daños y perjuicios pero la obligación del deudor incumplidor se limitará al *interés contractual negativo*, es decir, no alcanzará los derechos patrimoniales que se hubieran obtenido de haberse concluido el contrato porque, con la resolución, precisamente se ha optado por su no cumplimiento. En cambio, si se opta por la facultad de exigir el cumplimiento de las obligaciones, la indemnización de los daños y perjuicios alcanzará el *interés contractual positivo*, colocando a las partes en el lugar en el que se encontrarían si el contrato se hubiera cumplido, incluyendo pues, no sólo las pérdidas efectivamente sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener[37].

Esta distinción entre *interés contractual positivo* y *negativo* puede tener relevancia en el alcance del daño ante otras incidencias que puede sufrir el contrato. A modo ejemplificativo, si se ejercita una acción de nulidad por dolo, no se podrá solicitar el *interés contractual positivo* porque sería contrario a la pretensión del demandante que irá destinada a demostrar que no habría contratado nunca. En cambio, si se trata de un dolo incidental *ex* artículo 1270 del Código Civil, podrá reclamarse el *interés positivo* si el contrato es oneroso[38]. Por otro lado, cuando el perjuicio se manifiesta en el proceso de formación del contrato, la indemnización tenderá a colocar al perjudicado en la

37. En esta línea, puede verse a DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Incumplimiento de la obligación» *op. cit.* 1994, pp. 208 y 209, JORDANO FRAGA, F. «Indemnización en caso de resolución por incumplimiento de contrato sinalagmático» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* n.º 15, 1987, pp. 5192 y ss. quien reconoce como «*resulta, por tanto, claro que la resolución (que significa ineficacia del contrato ex tunc, y, con ella, decaimiento ab initio de las obligaciones que en él tienen sus fuentes) es incomparable con el interés de cumplimiento: el acreedor resolvente no puede pretender del deudor incumplidor la realización de la prestación total o exactamente, o de su valor, pues la obligación que justificaría tal pretensión no subsiste, y ahora se considera como si no hubiera existido*». También YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad civil: contractual y extracontractual op. cit.,* 1993, pp. 195 y 196 y, *op. cit.* 2001, pp. 146 y 147. En esta última obra, pone un ejemplo ilustrativo de la incidencia que tendría el interés contractual positivo y negativo en el incumplimiento de un contrato de compraventa de vivienda, considera así que si el comprador opta por la facultad de hacer cumplir la obligación *«[…] pide que se le indemnicen por los gastos de alojamiento y de guardamuebles durante el tiempo que duró la mora. No se le indemnizara ni por el costo de las tarjetas de visita que ya mandó imprimir, ni por los desembolsos que haya hecho para dar de alta el suministro de luz o de agua, porque son gastos que le siguen siendo útiles. En cambio, si se pide la resolución más indemnización, buscará colocarse en la situación anterior a la propia celebración del contrato, resarciéndose con ello del perjuicio sufrido por no haber celebrado un contrato que ha quedado resuelto por causa imputable a la otra parte. No se indemnizará como si el contrato se hubiese cumplido, pues a ello ha renunciado el reclamante al pedir precisamente la resolución. Ese mismo comprador, que ahora opta por resolver e irse a vivir a otro lugar, podrá solicitar la indemnización por las tarjetas y el alta en los suministros».*

38. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil… op. cit.* 2001, p. 147.

misma situación que si no hubiera emprendido los tratos (interés contractual negativo)[39].

La tesis expuesta es, en cambio, rechazada por el Profesor PANTALEÓN PRIETO en su trabajo «resolución por incumplimiento e indemnización»[40]. Este autor plantea que no puede descartarse la indemnización del *interés contractual positivo* en los supuestos en los que el deudor opte por la resolución contractual sobre la base de que la resolución extingue el contrato o la relación obligatoria con efectos retroactivos, como si nunca hubiera existido, pues esta afirmación constituye, una «jurisprudencia de conceptos». Si bien reconoce que esta configuración de la resolución contractual con efectos *ex nunc* puede tener cierta utilidad, no debe hacerse extensiva a la pretensión indemnizatoria por incumplimiento contractual, porque el valor de la pretensión es el mismo con independencia del remedio contractual por el que se opte.

En el ámbito objeto de nuestro estudio ante un cumplimiento defectuoso de las obligaciones profesionales de hacer cobra un especial sentido la acción prevista en el artículo 1101 del Código Civil, porque los remedios expuestos anteriormente no proporcionan una tutela satisfactoria de los intereses del acreedor. De tal forma que dicho precepto actúa como una suerte «*de liquidación de la obligación anterior*»[41]. En el ámbito del incumplimiento contractual del abogado tendrá una especial importancia a efectos de esta acción la manifestación de una pérdida de derechos del cliente o la generación de unos gastos adicionales vinculados a la actuación negligente del profesional[42].

La articulación del artículo 1101 del Código Civil como la vía idónea para tutelar el interés del acreedor tras el incumplimiento profesional nos obliga a adentrarnos en el estudio de esta obligación y en concreto, en los siguientes capítulos, se analizarán los presupuestos que justifican su nacimiento; esto es, el incumplimiento contractual de la obligación asumida por el profesional de la Abogacía, la relación de causalidad y el daño.

---

39. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad civil: contractual y extracontractual op. cit.* 1993, p. 196. No obstante, señala este autor que no toda responsabilidad por culpa *in contrahendo* debe ir asociada al interés negativo, sino que debe valorarse según el lugar en el que se encontraría si el daño no se hubiera producido.
40. PANTALEÓN PRIETO, F. «Resolución por incumplimiento e indemnización» en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 4, 1989, pp. 1143-1168.
41. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil op. cit.* Vol. II, 2008, p. 782 mantiene que «en *los casos en que el incumplimiento pueda ser considerado como definitivo, la relación obligatoria de indemnización se presenta, además, como una forma de liquidación de la obligación anterior*». También, CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1101 del Código Civil» *op. cit.* 1989, pp. 394 y 395 reconoce como «*la Jurisprudencia se ha visto obligada a jugar con el artículo 1101 para colmar dos lamentables lagunas de nuestro sistema: el régimen de la prestación (de hacer) defectuosa, y la disciplina de los daños que resultan de la cosa vendida cuando ésta tiene defectos que afectan negativamente al patrimonio del comprador*».
42. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del Abogado, op. cit.* 2019, pp. 21 y 22.

Capítulo IV

Las obligaciones del letrado y su incumplimiento negligente

La obligación principal que asume el profesional, con carácter general, es el desarrollo de la prestación conforme a la «*lex artis*». No obstante, ésta se encuentra condicionada por el objeto del encargo profesional que debe articularse sobre dos parámetros: el deber asumido por el deudor y la realización del interés del acreedor. Por ese motivo, en las siguientes páginas se va a analizar el contenido de la obligación principal del abogado que puede variar según se trate de una actuación procesal o extraprocesal y se detallarán el resto de deberes accesorios que asume cuando acepta un encargo y que, por tanto, se integran en el contrato; de tal modo que el deber del profesional se entenderá cumplido cuando la prestación principal se realice junto con los deberes accesorios, que comportan una extensión de su contenido[1].

1. LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DEL LETRADO: SU ACTUACIÓN DENTRO Y FUERA DEL PROCESO

La encomienda asumida por el profesional de la Abogacía se puede desarrollar dentro y fuera del proceso judicial porque su actuación tiene un ámbito más amplio que la mera defensa judicial de los intereses del cliente ante la Administración de Justicia. Cuando el abogado asume la obligación de prestar unos servicios en vía jurisdiccional, se considera que se compromete a desarrollar una obligación de medios, porque no puede garantizar el éxito de la pretensión o del recurso ejercitado, ya que éste se encuentra fuera de su esfera de control. Por el contrario, cuando se trata de una encomienda extrajudicial, las actividades que puede desarrollar son muy variadas –elaboración de documentos jurídicos, actuaciones de mediación o conciliación, de asesoramiento o consejo, gestiones y/o reclamaciones ante órganos administrativos–, de tal forma que si bien en algunos casos, como en la elaboración de documentos jurídicos, es claro que el abogado asume una obligación de resultado porque el interés del cliente sólo quedará satisfecho con la consecución de un documento que

1. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 81 y 134.

cumpla con los cánones de calidad esperados. En otros casos, se cuestiona si, efectivamente, aunque se trate de una actuación extraprocesal, subyace una obligación de resultado o, por el contrario, es de medios; siendo lo relevante, a efectos de la distinción, el examen previo del objeto y contenido de la prestación principal, para poder calificar la obligación de una forma u otra[2].

1.1. LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y LAS OBLIGACIONES DE RESULTADO: VIRTUALIDAD Y CRITERIOS PARA SU DISTINCIÓN

Como prolegómeno al estudio de la obligación principal del profesional de la Abogacía cuando acepta un encargo profesional destinado a satisfacer el interés del cliente, resulta necesario realizar una breve exposición de la diferencia entre las obligaciones de medios y las de resultado, puesto que, según el objeto de la encomienda que acepten, la obligación será calificada en un sentido u otro. Esta calificación es relevante por la incidencia que tiene en el régimen de incumplimiento y de prueba.

Las obligaciones de hacer[3] pueden clasificarse como *obligaciones de medios* o como *obligaciones de resultado*. En las primeras, la prestación debida consiste en efectuar una actividad de forma diligente destinada a la obtención del resultado pretendido por el acreedor. En cambio, cuando el deudor contrae una obligación de resultado, se compromete a proporcionar la satisfacción del interés del acreedor mediante la obtención del objetivo esperado por éste, que constituye el interés primario del acreedor.

Esta diferencia entre obligaciones de medios y de resultado se atribuye a DEMOGUE quien planteó inicialmente esta teoría para discernir la

2. Cfr. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 105 y ss., considera que cuando la actividad extrajudicial del abogado consiste en la realización de labores de asesoramiento, la obligación se califica tradicionalmente, como de servicios, atendiendo a que el objeto comprometido no es el resultado del servicio, sino propiamente la actividad en la que consiste. Misma calificación merece, la labor de mediación o de conciliación porque al profesional de la Abogacía no se le puede exigir el buen resultado de la gestión cuyo éxito dependerá también de la predisposición de la parte contraria.
3. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones obligatorias* Vol. II, *op. cit.* 2008, p. 279 reconoce que el tratamiento normativo de las obligaciones de hacer en el Código Civil es insuficiente, fundamentalmente, porque la doctrina general de las obligaciones se construyó sobre las obligaciones de «dar» y de «dar cosas específicas». Dentro de las obligaciones de hacer, cuentan con una especial importancia las «obligaciones profesionales», «*que se caracterizan por la condición de la persona del deudor y por los servicios que la misma se compromete a prestar. En estas obligaciones, el deudor es un profesional, lo que quiere decir que posee unos especiales conocimientos y unas determinadas técnicas y que se dedica habitualmente a la realización de servicios del mismo tipo. Significa, por ello, que la prestación comprende el despliegue de los mencionados conocimientos y técnicas, por lo general recogidos en los usos profesionales y en las reglas ordenadoras de la actividad en cuestión*».

responsabilidad contractual de la extracontractual[4]. El binomio obligaciones de medios/de resultado ha tenido un importante arraigo en Francia, Italia y España, utilizándose fundamentalmente, en nuestro país para facilitar la constatación del incumplimiento de la obligación de hacer por parte del deudor.

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado ha tenido y tiene partidarios, pero también detractores[5]. Entre los argumentos que se han esgrimido a favor de esta diferenciación está que se encuentra en consonancia con la voluntad de las partes[6], porque el específico compromiso que asume el deudor debe ser tenido en cuenta en la valoración del cumplimiento de la obligación. Además, la distinción también resulta útil para explicar el hecho generador de la responsabilidad y su prueba, en el sentido de que cuando el deudor asume una obligación de resultado, ésta es más rigurosa que cuando es de medios. En el primer caso, la prueba del incumplimiento resulta más

4. DEMOGUE, R. *Traité des obligations en général*, T. V, Paris, 1925, pp. 537 y ss. Sobre el origen de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado puede verse VILLANUEVA LUPIÓN, C. *El servicio como objeto de tráfico jurídico,* La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, pp. 333-336 o CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Las obligaciones de actividad y de resultado,* Bosch Editor, Barcelona, 1993, pp. 13-17.

5. A favor del reconocimiento de esta diferenciación puede destacarse JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual op. cit.* 1987, pp. 172 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.* Vol. II, 2008, pp. 281 y 282; ALONSO PÉREZ, M. T. «El paralelismo entre obligaciones de medios\resultado y los contratos de servicios/obra en las propuestas oficiales de modernización del Derecho español» en *Revista de Derecho Civil*, n.º 2, 2019, p. 173 o YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del profesional liberal op. cit.* 1989, pp. 271 y ss. En contra, MALAURIE, P., AYNÉS, L., STOFFEL-MUNCK, P. *Les obligations*, Defrénois, Paris, 2009, p. 504 «*la distinction est acceptée plus ou moins par tout le monde; mais tout le monde, ou presque, admet qu'elle est à ce point relative, qu'elle ne signifique plus grand-chose et n'a qu'une valeur pédagogique pour trois raisons: 1.º son critere est incertain; 2.º dans beaucoup des contrats, il existe a las fois des obligations de moyens et des obligations de résultat qui se mélangent; 3.ª la nature de l'obligation est souvent une question de degrés*» o MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1988, p. 535. Dentro de nuestra doctrina, se manifiesta VAQUER ALOY, A. «Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general», en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (directores) Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 440 afirma que *«[…] el recurso a las obligaciones de medios y de resultado para configurar las obligaciones del prestador de servicios relacionados no puede merecer una valoración positiva. La primera razón radica en la oportunidad de recurrir a una dicotomía que ha perdido su posición otrora central […] basta señalar la dificultad de escindir diáfanamente ambos tipos de obligaciones en la práctica, pues la actividad y el resultado se confunden inevitablemente en la realidad cotidiana, lo que incluso puede acabar por desenfocar la visión del supuesto a enjuiciar».*

6. JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual op. cit.* 1987, p. 174 reconoce la relatividad de la distinción entre medios/resultado *«[…] según resulte de la voluntad de las partes, de modo que un profesional puede comprometerse a la prestación de un resultado concreto en vez de a una actividad diligente (técnicamente correcta) en orden a la consecución de aquel mismo resultado»*, reconociendo a su vez, que en los casos dudosos hay que atender a las demás circunstancias del contrato.

sencilla porque, de no alcanzarse el resultado prometido, el deudor debe responder, salvo que se demuestre que el incumplimiento obedece a un caso fortuito, a una fuerza mayor o a la intervención de un tercero. En cambio, en las obligaciones de medios, debe probarse la negligencia del deudor sin que se presuma por la no consecución del resultado.

Por otro lado, entre los argumentos que se emplean en contra de esta distinción está fundamentalmente, la ausencia de un reconocimiento normativo de la clasificación obligaciones de medios/obligaciones de resultado. También se alude, a la no determinación de unos parámetros firmes que permitan deslindar las obligaciones de resultado de las de actividad, porque toda obligación de actividad contempla la obtención de un resultado; en el sentido de que los medios empleados deben conducirse a la obtención de un resultado, pudiendo, además, destacar cómo la ejecución de una obligación de actividad, comporta la obtención de ciertos resultados intermedios. Por eso, los detractores de la distinción consideran que cualquier obligación puede ser calificada como de medios/resultado, según el ángulo desde el que se contemple.

La distinción entre las obligaciones de medios y de resultados resulta especialmente útil para la determinación del contenido de la obligación de hacer, así como de la prueba del incumplimiento de éstas. En las obligaciones de medios la diligencia constituye el objeto mismo de la relación, de modo que el deudor viene obligado a prestar una conducta diligente, con independencia de la obtención del resultado al que tiende la actuación del deudor. En cambio, en las obligaciones de resultado, es éste el que se presenta como parámetro o medida de la exactitud del cumplimiento por parte del deudor de la obligación, pues su no cumplimiento o su cumplimiento defectuoso son suficientes para considerar no cumplida la obligación principal.

Esto permite afirmar que en las obligaciones de medios no es necesaria la obtención de un resultado para la liberación del deudor; es suficiente con que el profesional haya desplegado su actividad de forma diligente. De tal forma que, si ha acomodado su actuación a la «*lex artis*» se considera que ha cumplido el interés de la prestación, aunque no haya obtenido el resultado esperado por el cliente. En contraposición, en las obligaciones de resultado es necesaria su consecución para que el deudor se libere de la obligación asumida. Por su parte, esta clasificación también tiene relevancia para la prueba del incumplimiento. En las obligaciones la no consecución del resultado esperado no genera, *per se*, el incumplimiento de ésta, sino que lo importante es la valoración de si el deudor ha cumplido con la diligencia debida. Sin embargo, en las obligaciones de resultado, la no obtención del resultado pretendido proporciona la prueba del incumplimiento del deudor[7].

7. ALONSO PÉREZ, M. T. «El paralelismo entre obligaciones de medios\resultado…» *op. cit.,* 2019, p. 176 considera que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, no implica una alteración del régimen previsto para la carga de la prueba en

Por último, la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado es utilizada también para diferenciar las modalidades contractuales de servicios y de obra. Así, se ha estimado que cuando el objeto del contrato sea el desarrollo y ejecución de una actividad dirigida a la consecución de un resultado, será calificado el contrato como de servicios y, cuando el interés final aparezca como exigible, se configurará como un contrato de obra[8].

En las Propuestas europeas de modernización del contrato de servicios el binomio de obligación de medios/resultado ha tenido, como pone de relieve la Profesora ALONSO PÉREZ en su trabajo «El paralelismo entre obligaciones de medios/resultado y los contratos de servicios/obra en las propuestas oficiales de modernización del Derecho español», un tratamiento desigual para la articulación de estas modalidades contractuales. En opinión de la autora, hay textos que prescinden de la categorización de medios/resultado para perfilar el contrato de servicio y el de obra, como los PEL SC y los DCFR[9], mientras que, otros acogen tal diversificación como es el caso del Reglamento para una compraventa europea en relación con los servicios relacionados con una compraventa de bienes o con el suministro o

el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atendiendo al tipo contractual que se trate porque en ambos casos debe quedar acreditado el incumplimiento, pero *«[…] en el caso de la obligación de resultado/contrato de obra, dicha acreditación es más sencilla pues es suficiente comprobar la no consecución del mismo lo cual, a su vez, podría permitir la presunción de la culpa o negligencia del deudor. Por el contrario, en las obligaciones de medios/contrato de arrendamiento de servicios la única posibilidad de probar el incumplimiento pasa por acreditar la negligencia del deudor*».

8. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La relación de servicios del Abogado op. cit.* 1999, p. 59 destaca la escasa utilidad de esta distinción pues considera que, hay determinados supuestos procedentes de la antigua *custodiam praestare* que encuentran un encaje perfecto en las obligaciones de resultado como son, las obligaciones del fondista y mesonero (artículos 1783 y 1784 del Código Civil), o el porteador (artículo 1602 del Código Civil). Además, también como muestra de la escasa utilidad de este criterio, hace referencia a que dentro de las prestaciones de servicios profesionales, en ocasiones, es complejo calificarlas obligaciones de resultados o de medios. En contraposición, aboga por la utilidad del binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultados para articular estos contratos ALONSO PÉREZ, M. T. «El paralelismo entre obligaciones de medios\resultado…» *op. cit.* 2019, p. 173 quien reconoce como «*este modo de diferenciar tipos de contratos de servicios sobre la base de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado favorece un funcionamiento correcto del sistema al permitir adscribir los supuestos de contratos que articulan prestaciones de hacer a un tipo u otro. Otra cosa es que interpretar el contrato para llegar a precisar cuándo el contrato obliga o no a la consecución de un resultado pueda plantear dificultades debido a que los contratantes no suelen fijar claramente el contenido del acuerdo en lo atinente a este extremo*».

9. En contraposición, consideran que la catalogación medios/resultado está presente en el DCFR CRESPO MORA, M. C. «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2013, pp. 19 y ss. según numeración del pdf o ELIZALDE IBARBIA, F. «Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2014, p. 19 según numeración del pdf.

adquisición de contenidos digitales o, el Código de Pavía que tiene en cuenta esta diferenciación junto con otros criterios[10]. En las Propuestas nacionales de modificación del «contrato de servicios», en concreto, la Propuesta de la Comisión General de Codificación sobre el Título VI del Libro IV del Código Civil, «*se mueve entre el respeto al tratamiento que de la materia ha venido haciendo la doctrina y la jurisprudencia española y la arriesgada visión aportada por textos como PEL SC y DCFR*»[11]. Sin embargo, la Propuesta desdibuja, en opinión de esta autora, los contornos del contrato de obra y de servicios en su tradicional identificación con las obligaciones de resultado y de medios, respectivamente.

La calificación de la obligación de hacer que asume el letrado como de medios o como de resultado cuando acepta el encargo de su cliente es, en algunos casos, evidente, como en la actividad jurisdiccional o en la redacción de documentos jurídicos. Sin embargo, en otros resulta más controvertida, por ese motivo, se han articulado con carácter general, algunos criterios para la diferenciación de estos tipos de obligaciones que pueden ser extrapolables para la calificación que merece la obligación asumida por el profesional de la Abogacía[12].

A) *La autonomía de la voluntad de las partes como criterio para configurar la obligación como de actividad o como de resultado.* Este criterio debe ser el preferente para la distinción entre obligaciones de medios/de resultado, por el ámbito contractual en el que se enmarca. En nuestro Derecho, como acertadamente pone de relieve CABANILLAS SÁNCHEZ, no existe una presunción a favor de uno u otro tipo de obligaciones porque su articulación como de medios o como de resultado, afecta a la posición de las partes en el contrato. En el primer caso, se beneficia al deudor, porque no debe garantizar la consecución del interés primario del acreedor, sino que, es suficiente con que haya actuado con la diligencia debida; mientras que, en el segundo caso, si la obligación se configura como de resultado, se agrava la posición jurídica del deudor porque soportará el riesgo de tener que alcanzar el resultado que satisfaga el interés primario del acreedor[13].

   Cuando las partes no determinan en el contrato el tipo de obligación asumida por el deudor, es necesario acudir a otros criterios para calificar la obligación a los que me refiero seguidamente.

10. ALONSO PÉREZ, M. T. «El paralelismo entre obligaciones de medios\resultado…» *op. cit.* 2019, p. 173.
11. ALONSO PÉREZ, M. T. «El paralelismo entre obligaciones de medios\resultado…» *op. cit.* 2019, p. 196.
12. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Las obligaciones de actividad y de resultado op. cit.*, 1993, pp. 38 y ss.
13. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Las obligaciones de actividad y de resultado op. cit.*, 1993, pp. 38 y 39.

B) *La situación subjetiva del deudor de la obligación:* Se ha considerado que, si el deudor es un profesional liberal, como los abogados o los médicos, éstos asumen una obligación de medios, mientras que cuando el deudor desarrolla un oficio, la obligación a la que se compromete es de resultado.

Este criterio no resulta concluyente en la calificación de la obligación, porque no hay ningún óbice a que el profesional liberal pueda comprometerse a una obligación de un resultado, como la emisión de un dictamen jurídico, el desarrollo de un proyecto, etc.

C) *El carácter aleatorio del resultado*: Este criterio tiene especial arraigo entre nuestra doctrina, y consiste en que, si en el resultado de la prestación concurre un elemento de azar, la obligación debe calificarse como de medios. No obstante, es más adecuado hablar de si la consecución del resultado, que constituye el interés primario del acreedor, se encuentra o no, dentro del ámbito de control del profesional.

Al amparo de este criterio se considerará como una obligación de medios, la actividad del deudor cuando el resultado pretendido escape de su ámbito de control, por ejemplo, la curación del paciente, la obtención de una resolución favorable en un procedimiento judicial. No obstante, no existe óbice para que las partes puedan configurar la obligación, aunque concurra esta incertidumbre en la obtención del fin pretendido por el acreedor, como una obligación de resultado, si se respetan los límites de la autonomía privada *ex* artículo 1255 del Código Civil. Al respecto, se plantea la posible calificación de la obligación del abogado como de resultado, cuando las partes hayan utilizado un pacto de *cuota litis* como fórmula para fijar la retribución del encargo. En ese caso, el derecho a la remuneración se devenga si se obtiene un resultado favorable para los intereses del acreedor de la obligación; lo que supone hacer partícipe al profesional del resultado del procedimiento y, en consecuencia, asumir también un riesgo respecto al objeto de la prestación[14].

D) *La mayor o menor determinación de la prestación prometida*: Este criterio supone considerar que, si el deudor cuenta con independencia y libertad de acción en la ejecución de la prestación, está sometida al régimen de las obligaciones de medios. Por el contrario, si el deudor se

14. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Las obligaciones de actividad y de resultado op. cit.*, 1993, p. 43 plantea la posibilidad de que las partes puedan modificar la naturaleza de la obligación asumida siempre que respeten los límites establecidos en el artículo 1255 del Código Civil. Con anterioridad, a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 4 de noviembre del 2008 (RJ 2009, 338) que reconoce la validez de los pactos de *cuota litis,* las normas estatutarias y deontológicas aplicables a la profesión prohibían su utilización porque suponía reconocer en el profesional un interés económico en los asuntos en los que participaba y en las cuantías del procedimiento, que eran contrarios al carácter ético del profesional.

compromete a efectuar la obligación de una determinada forma, se considera que la obligación es de resultado.

E) *La asunción del riesgo derivado de la prestación*: Este criterio comporta calificar como obligación de medios aquélla en la que el deudor de la obligación no asume ningún tipo de riesgo si no se obtiene el interés del acreedor. En contraposición, si el deudor, asume un riesgo vinculado al interés del acreedor, se calificará como una obligación de resultado.

La interrelación entre el criterio de la aleatoriedad del resultado y el de la asunción del riesgo derivado de la prestación permitiría articular como una obligación de medios los encargos asumidos por el profesional cuando se fijen los honorarios de éste mediante un pacto de *cuota litis* puro. Sin embargo, el compromiso del deudor de conseguir una resolución judicial en un determinado sentido, debe considerarse nulo, porque estaría convirtiendo en elemento objetivo del contrato, la Justicia, que es una «*res extracommercium*»[15]. Por ese motivo, atendiendo al principio de conservación del negocio jurídico, el contrato que incluye un pacto de *cuota litis* puro deberá estar sujeto a las normas del contrato de servicios.

Los criterios expuestos individualmente considerados no son suficientes para la calificación de la obligación como de medios o de resultado aunque, en conjunto, facilitan esta labor interpretativa. Así, puede afirmarse que, con carácter general, el abogado cuando acepta un encargo profesional se obliga a desarrollar una obligación de medios porque, salvo en casos excepcionales, su cometido es el de prestar una actividad debida –la defensa judicial– con el objetivo de alcanzar el fin que constituye el interés primario del acreedor de la obligación, sin asumir riesgos y sin poder garantizarlo *a priori*, porque escapa de su esfera de control, al depender, entre otros factores, de haber logrado la convicción del juzgador y de que los intereses de la parte sean merecedores de amparo jurídico[16].

1.2. EL DEBER DEL ABOGADO DE DESARROLLAR LA PRESTACIÓN CONFORME A LA «LEX ARTIS»

La configuración de la relación jurídica como un contrato de servicios, o de gestión, permite afirmar que el abogado asume una obligación de medios. De esta forma para que resulte liberado de su obligación es necesario que desarrolle su encargo con la diligencia debida[17]. Es decir, deberá poner a

15. En este sentido, ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos, op. cit.* 1997, pp. 389 y 390.
16. Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4353) y 22 de abril del 2013 (RJ 2013, 3690).
17. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* Vol. II, *op. cit.*, 2008, p. 283 afirma que «*la obligación profesional, cuando es obligación de medios, es una obligación de*

disposición del cliente todos sus conocimientos jurídicos y utilizarlos del modo que produzcan el mayor beneficio de sus intereses o protección de sus derechos[18].

El artículo 47.3 del Estatuto General de la Abogacía de 2021 dispone que «*en todo caso, deberá cumplir con la máxima diligencia la misión de asesoramiento o defensa que le haya sido encomendada, procurando de modo prioritario la satisfacción de los intereses de su cliente*». El Código Deontológico de la Abogacía, por su parte, reconoce en el artículo 10.2 e) como una de las obligaciones de estos profesionales en relación a los órganos jurisdiccionales el «*contribuir a la diligente tramitación de los asuntos que se le encomienden y de los procedimientos en los que se intervenga*».

A renglón seguido debe plantearse qué grado de diligencia resulta exigible a las obligaciones profesionales. El artículo 1104.1 *in fine* del Código Civil alude a la que exija «*la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*»[19] de modo que, puede decirse que el Código Civil «*ofrece un concepto de diligencia-culpa altamente flexible y elástico al permitir que aquélla se mida en cada supuesto concreto en relación con la naturaleza de la obligación […] y, atendiendo además a las circunstancias que rodean a aquélla*»[20]. Sobre esa base, en las obligaciones profesionales, la diligencia exigible se concreta en una especial regla denominada «*lex artis*»[21]. Esta regla se articula sobre

diligencia». También, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La responsabilidad civil del Abogado. op. cit.* 2001, p. 126.

18. Cfr. MONTERROSO CASADO, E. «El deber de diligencia exigible en la responsabilidad civil del abogado: la ausencia de ejercicio de la acción en el plazo legal» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* n.º 777, 2020, p. 578.
19. Las Propuestas nacionales de modernización del «contrato de servicios» regulan también, la determinación del grado de diligencia exigible. El Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 exige que *«el obligado deberá prestar el servicio con la diligencia exigida por la índole de éste y conforme a las reglas de la profesión, oficio o arte. […]».* Por su parte, la Propuesta de la Comisión General de Codificación sobre el Título VI del Libro IV del Código Civil dota a la diligencia y pericia exigible al prestador del servicio de una pormenorizada regulación. Así, establece una serie de criterios para determinar la diligencia y pericia requerida al prestador del servicio tales como: la naturaleza, importancia, frecuencia y previsibilidad de los riesgos, si se ha producido un daño, los costes de las precauciones que hubieran permitido evitar ese daño u otro similar; si el prestador del servicio es o no un profesional; si hay retribución y en tal caso, su importe y el tiempo razonablemente disponible para la realización del servicio (artículo 1587 de la Propuesta), sin que, como pone de relieve CRESPO MORA, M. C. «La modernización del contrato de servicios en el derecho español…» *op. cit.* 2017, p. 283, los heterogéneos factores reseñados por la Propuesta, tengan la consideración de *numerus clausus.*
20. Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La responsabilidad civil del Letrado op. cit.* 2001, p. 62.
21. A este respecto, JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual op. cit.* 1987, pp. 461 y 462 afirma que «*este modelo objetivo, que prescinde de las aptitudes personales del deudor, es, como regla general, el buen padre de familia […] Modelo que, como es sabido es susceptible de adaptarse a la naturaleza de la prestación, de forma que, cuando se trata de prestaciones técnicas, el contenido de lo debido, el facere diligente, se convierte en la observancia de las reglas técnicas*

el conjunto de los saberes o técnicas especiales de la profesión, en la que juega un papel de especial importancia la normativa sectorial aplicable (estatutaria y deontológica) porque proporciona una formulación más específica del contenido de la prestación[22].

En las obligaciones profesionales puede afirmarse que el modelo de conducta media identificado como el del «*buen padre de familia*» se sustituye[23] por el concepto de «*pericia*» o de «*diligencia profesional*»; que, cuando no se disponga otra cosa, se concretará en la del «*abogado medio*»[24]. La pericia

---

del arte, profesión u oficio de que se trate (esto lo dice el art. 1104-1.º del C.c., cuando habla de la diligencia debida como de aquélla conforme a la naturaleza de la obligación y sus circunstancias)» para acabar concluyendo que *«la diligencia se traduce, cuando se trata de prestaciones profesionales, en la observancia de normas técnicas. La pericia no es más que una especificación de la diligencia y, como tal, criterio de delimitación del cumplimiento»*.

22. REGLERO CAMPOS, L. F. «La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña,* n.º 11, 2007, p. 789.

    El Tribunal Supremo ha considerado que el ejercicio de la Abogacía conforme a la *«lex artis»* incluyen deberes como «*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 de fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos»* [por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6701), 15 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2670) y de 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4353)].

23. Cfr. BADOSA COLL, F. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil,* Publicaciones del Real Colegio, Zaragoza, 1987, pp. 273, 274 y 290 y ss. destaca la dificultad que plantea el artículo 1104 del Código Civil en tanto que incluye dos modelos de diligencia, de modo que resulta preciso encontrar un criterio de conexión entre ambos, con el fin de desembocar en uno unitario porque no pueden actuar separadamente y ambos coexisten en el mismo precepto. Así, considera esta autor que «*en materia de modelo de conducta, el artículo 1104.2, al hacer supletorio al del padre de familia, está admitiendo implícitamente el otro posible modelo abstracto, que es el de la pericia. Cuando este modelo no haya sido expresamente asumido en la obligación, se deberá aplicar el primero*». En la misma línea, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La responsabilidad civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 64 reconoce el carácter supletorio que tiene el modelo del buen padre de familia respecto a otros modelos abstractos, como puede ser el del buen profesional, lo cual resulta coherente con que el apartado primero del artículo 1104 del Código Civil se refiera a la diligencia expresada en la obligación, y a falta de ésta, se deberá aplicar la del buen padre de familia.

24. Para la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2670) dicha diligencia media requiere que se valore atendida la naturaleza y circunstancias en las que se presta el servicio, considerándose además que, la diligencia exigible es mayor que la de un padre de familia. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10), de 23 de febrero de 2009 (JUR 2009, 209577) identifica el modelo de pericia exigible al abogado como la del «abogado medio».

    Para REGLERO CAMPOS, L. F. «La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» *op. cit.* 2007, p. 792, desde que el letrado puede ejercer como tal, se presume que ha alcanzado el nivel de diligencia aceptable que debe exigírsele en cada actuación o intervención. Sin embargo, con posterioridad en PARRA

se convierte pues, «*en el modelo de conducta de necesaria observancia por quien posee determinados saberes o conocimientos o determinadas técnicas o formas de destreza*»[25]. Por tanto, si el abogado desarrolla su cometido conforme a la «*lex artis*»[26], no existirá responsabilidad contractual por incumplimiento en su actuación, aunque no obtenga una estimación o una resolución favorable a las pretensiones de la parte a la que defiende, salvo que expresamente se haya comprometido a su consecución, cuando el objeto del contrato, lo permita[27].

LUCÁN, M. A. y REGLERO CAMPOS, L. F. «Responsabilidad civil de los profesionales del Derecho» *op. cit.*, 2014, pp. 455-457 reconocen que «*[…] debe tenerse presente que, como en todas las profesiones, existe una enorme diferencia de pericia, formación y experiencia entre los diferentes profesionales. Esta circunstancia se ve agravada, además, por el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en los países de nuestro entorno, en España* (hasta la entrada en vigor de la Ley 34/20006) *[…] una vez que el estudiante de Derecho obtenía la Licenciatura, no precisaba de ningún requisito adicional para la colegiación, y a su través, para el ejercicio de la Abogacía*». Además, mantienen que en la determinación del grado de diligencia «*[…] puede hablarse también de reglas del mercado y de asunción del riesgo por el cliente. Al contratar los servicios de un abogado, el cliente deberá sopesar si quien contrató alcanza el grado de experiencia o pericia que desea, o bien si los honorarios percibidos por el abogado compensan su insuficiente experiencia o pericia, por lo que también él asumirá el riesgo de un resultado desfavorable por tal causa. Todo la anterior sin perjuicio, naturalmente, de la existencia de un "mínimo de diligencia o pericia profesional" exigible a todo Abogado, sea cual fuere su experiencia, y que se define como lex artis ad hoc*».

Por su parte, CERVILLA GARZÓN, M. D. *La responsabilidad civil del abogado op. cit.*, 2000, p. 133 considera que en la valoración de la diligencia del profesional deberá atenderse especialmente, a los conocimientos técnicos o científicos que pudieran emplearse en el cumplimiento del «facere» y a los condicionamientos externos en que la actividad se desarrolla.

25. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* Vol. II, *op. cit.*, 2008, p. 120 sostiene que, aunque el Código Civil alude con carácter general al modelo de conducta del «*buen padre de familia*», el modelo de experto o de artífice no se encuentra ausente de él. En concreto, este autor considera que se pueden encontrar referencias que aludan a los conocimientos técnicos derivados del oficio o de la profesión en los artículos 1484, 1497 o 1598 del Código Civil.

26. Para CERVILLA GARZÓN, M. D. *La responsabilidad civil del abogado op. cit.* 2000, p. 135 la «lex artis», «*es una regla de medición o valoración de una conducta, en base a criterios objetivos, de naturaleza técnica, y cuyo contenido se establecerá en función del acto concreto de la actividad profesional cuya diligencia se trata de calibrar, así como las concretas circunstancias de la persona-profesional, y de tiempo y lugar en las que el "facere" se lleve a cabo*». El Tribunal Supremo considera que la «lex artis» *incluye entre otras obligaciones, la de «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 de 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»* [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6701) y de 15 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2670)].

27. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de junio de 2019 (RJ 2019, 2442) mantiene que «*el juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición*

La determinación del concepto de culpa se produce como contraposición al de diligencia debida y concurrirá cuando el deudor de la obligación no haya adecuado su comportamiento a la diligencia requerida por la obligación. Se plantea pues, a renglón seguido, qué función tiene la culpa en el ámbito de la responsabilidad contractual en el que se incardina con carácter general la responsabilidad civil del abogado. Entre la doctrina española, hay una *corriente subjetivista* que considera que la culpa, en el ámbito de las obligaciones de medios, tiene una doble finalidad: por un lado, la de establecer la medida de la corrección de la actuación realizada por el profesional y, por otro lado, como factor de imputación del incumplimiento[28].

Por otro lado, hay una *corriente objetivista* que considera que la culpa no es el fundamento de la responsabilidad contractual, pudiendo afirmarse la responsabilidad si se constata el incumplimiento contractual. Esta corriente se ampara en que el incumplimiento de la obligación comporta una presunción *iuris tantum* de culpa, que puede destruirse si el deudor prueba una causa de exoneración de la prestación debida. Por tanto, sus partidarios sostienen que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento[29].

Con independencia de la tesis que se acoja, lo cierto es que para que al profesional se le pueda imputar la obligación jurídica de reparar el daño causado,

---

formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador».

28. BADOSA COLL, F. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil op. cit.* 1987, p. 31 y ss. reconoce que «*[…] la culpa, toma origen una nueva función técnica de la diligencia: la de ser criterio, ya no de la culpa indemnizable, sino del cumplimiento o incumplimiento de una obligación de hacer*». También, CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1104 del Código Civil» en ALBALADEJO M. (director) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo XV, Vol. 1, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, p. 592 declara que la no diligencia es incumplimiento, así considera que «*la culpa del artículo 1104 es un criterio de imputación del incumplimiento que ha de dar lugar a responsabilidad. En la medida en que el Código Civil no utilice un criterio diverso de imputación, el deudor que incumple sin culpa no responde*» o YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del profesional liberal, op. cit.,* 1989, pp. 276 y ss.

29. Al respecto, puede verse ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil Español común y foral, op. cit.*, 1977, p. 91 afirma «*cuando la obligación no se cumple como se debía, se presume –en principio– que ello es por culpa del deudor. No obstante, éste siempre puede probar que, por el contrario, está exento de culpa, y que el incumplimiento fue motivado por causa ajena a él. E igualmente puede probar el acreedor, que incumplió no por culpa, sino dolosamente*»; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil,* Tomo I, Vol. II, *op. cit.,* 1976, pp. 507 reconoce que *«[…] es fuente de responsabilidad cualquier acto contrario a la diligencia que exige el cumplimiento de la prestación debida, causando con ello un perjuicio al acreedor*» o, JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad civil contractual op. cit.* 1987, p. 21 sostiene que «*la culpa no es nunca fundamento directo de la responsabilidad contractual, sino indirecto o mediato: excluye o reclama la responsabilidad en la medida en que completa o no la prueba liberatoria, y, por ende, determina la subsistencia o no del vínculo obligatorio, la existencia o no (probada la contravención de la obligación) del incumplimiento*».

es necesario que se demuestre el incumplimiento contractual. Sin embargo, como se ha anticipado, la *corriente objetivista* facilita al prestatario del servicio la prueba de la culpa porque ésta concurre si se constata un incumplimiento contractual[30] pues, *ab initio*, el profesional goza de una presunción de diligencia en su actuación [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 333)]. No obstante, reconoce MONTERROSO CASADO que, cuando el daño se debe a una conducta omisiva, es posible presumir la culpa del abogado, invirtiendo la carga de la prueba, si el destinatario del servicio acredita haber dado una orden concreta, por ejemplo, manifestando su voluntad de formalizar un recurso[31].

2. LOS «DEBERES ACCESORIOS» QUE CONFORMAN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO CONFORME A LA «LEX ARTIS»

2.1. LOS «DEBERES ACCESORIOS» QUE CONFORMAN LA «LEX ARTIS» DE LA ABOGACÍA

La ejecución del contrato de servicios jurídicos no se agota con la prestación por parte del profesional del servicio y con el pago de los honorarios profesionales por el acreedor. Se ha indicado en las líneas precedentes que para que el deudor resulte liberado de la obligación es necesario que la prestación del servicio se acomode a la «*lex artis*», lo que supone que el profesional para la adecuada prestación del servicio asuma una serie de obligaciones de «carácter accesorio» que no constituyen *stricto sensu* la prestación. De tal forma que «*las obligaciones se interrelacionan en una malla donde no es fácil separar la prestación principal y las accesorias, e incluso en la que el interés del acreedor puede verse mayormente dañado por el incumplimiento de obligaciones de este tipo*»[32] pues, aunque no

30. El Tribunal Supremo ha considerado que la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo causal con el daño producido, de la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual [cfr. Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de junio de 2019 (RJ 2019, 2442) y de 22 de abril de 2013 (RJ 2013, 3690)].

31. MONTERROSO CASADO, E. «El deber de diligencia exigible en la responsabilidad civil del abogado…» *op. cit.* 2020, pp. 585 y 586. Esta autora considera que la inversión de la carga de la prueba se podría amparar en el artículo 1183 del Código Civil, bien mediante una aplicación analógica, bien por entender que contiene un principio general aplicable no solo a la obligación de entregar una cosa sino también a la de hacer.

32. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1101 del Código Civil» *op. cit.* 1989, pp. 392, 422 y 423 reconoce este autor que es preciso diferenciar lo que son obligaciones accesorias de lo que son conductas exigidas por el modelo de diligencia, pues esta distinción es relevante porque el incumplimiento de la obligación se sanciona en el artículo 1101 del Código Civil y, en su estudio afirma que «*la línea de separación entre obligación accesoria y contenido de diligencia no es clara […] En mi opinión, si el incumplimiento de la "obligación accesoria" supone sin más incumplimiento de la principal, no existe tal obligación. […] Por lo demás, no puede existir una "obligación accesoria", si su incumplimiento, o bien se valora como incumplimiento de la principal a efectos*

aparezcan determinadas en el contrato, cuentan con amparo normativo en las normas que regulan la profesión[33].

La siguiente cuestión que debe abordarse es qué base normativa justifica la obligación del profesional de adecuar su conducta –y la prestación del servicio– para el cumplimiento de estos deberes accesorios. La doctrina y la jurisprudencia admiten que estos «deberes accesorios» se integran en la obligación al amparo del artículo 1258 del Código Civil, porque el contrato no sólo obliga a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley[34].

Entre la doctrina se ha planteado si la integración de estos «deberes accesorios» en la obligación principal comportaría la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual (artículo 1101 del Código Civil) o de la extracontractual (artículo 1902 del Código Civil) a los daños generados por su incumplimiento. La respuesta que se dé, a esta cuestión podría afectar a la determinación del alcance indemnizatorio y al plazo de prescripción de la acción[35]. Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, la transcendencia

---

de daño, o bien es introducible a efectos del interés indemnizatorio». Por su parte, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias» *op. cit.* 1993, p. 63 señala como «*es preciso observar que el ámbito de la responsabilidad contractual no puede quedar delimitado solamente por el incumplimiento definitivo de la prestación sino que es mucho más amplio, no sólo porque así resulta de la letra del artículo 1101, sino muy en particular porque es muy necesario entender la relación obligatoria como el conjunto de deberes cuya violación también da lugar a responsabilidad contractual […] no es que la responsabilidad contractual tenga carácter excluyente sólo dentro de la órbita de lo pactado, sino más bien que sólo es exclusiva en la órbita de lo que únicamente tiene sentido dentro del pacto (completado claro es como las fuentes de integración del artículo 1258 del Código Civil)*».

33. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Patrimonial, op. cit.* Vol. II, 2008, p. 122 afirma que «*la diligencia puede ser en estos casos fuente de creación de especiales deberes de conducta que, como deberes accesorios acompañan a la prestación principal. Mas puede ocurrir, no obstante, que al no tratarse de comportamientos que sean directamente exigibles, no constituyan deberes autónomos, sin perjuicio del efecto que la inobservancia del modelo pueda comportar para el deudor en el sistema de la responsabilidad contractual*».

34. Existe acuerdo doctrinal en que estos deberes accesorios se integran en el contrato de prestación de servicios jurídicos al amparo del artículo 1258 del Código Civil. Al respecto, puede verse, CERVILLA GARZÓN, M. D. «Responsabilidad Civil del Abogado por incumplimiento de la obligación de información…» *op. cit.* 2000, p. 283; CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 135-137, YZQUIERDO TOLSADA, M *Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2019, p. 25. Sin embargo, hay cierta disparidad entre la doctrina respecto a qué criterio, de los determinados en este precepto, sirve de base para la integración contractual de estas obligaciones, puesto que su determinación es relevante a los efectos de su posible exclusión por la voluntad de las partes.

35. Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, A. «La responsabilidad civil de abogados y procuradores» en BLASCO PELLICER, A. (coordinador), *El trabajo profesional de los Abogados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 259.

práctica que tiene esta distinción en el ámbito de la responsabilidad de los abogados es escasa, porque los órganos judiciales no explotan la posible utilidad del artículo 1107 del Código Civil y porque, en el ámbito de los servicios jurídicos, la intervención del profesional vendrá siempre motivada por una relación jurídica. Una vez realizadas estas puntualizaciones, la doctrina mayoritaria se decanta por considerar que el incumplimiento de los deberes accesorios como se han integrado en el contrato, son deberes contractuales y por tanto, su incumplimiento generará responsabilidad contractual. En esta línea mantiene CHAPARRO MATAMOROS que las prestaciones accesorias «*contribuyen en última instancia a la satisfacción de ésta* (la obligación principal), *de forma que carecería de sentido afirmar la responsabilidad extracontractual por el incumplimiento de prestaciones accesorias que a su vez redundan en el incumplimiento de una prestación contractual*»[36].

El letrado cuando asume un encargo profesional se compromete a una serie de deberes instrumentales que son una manifestación de la propia diligencia y cuyo incumplimiento podría corroborar el de la obligación. Así, ha considerado el Tribunal Supremo que «*en cuanto a los deberes que comprende la obligación del abogado de desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su "lex artis"; si bien no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de tales deberes, sí que pueden desmenuzarse los comportamientos que integran la prestación de medios a la que se obliga a las respectivas conductas a que pueda dar lugar el ejercicio de esa prestación*». *Ad exemplum,* ha admitido que se encuentran integradas en la obligación asumida, el deber de informar sobre los «pros y contras» del riesgo del asunto o de la conveniencia o no del acceso judicial, de los costos, de la gravedad de la situación, de la posibilidad de éxito o de fracaso; así como la lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa en leyes procesales y aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho[37].

Estos deberes, a los que se les atribuyen la consideración de «deberes accesorios», son distintos de aquéllos que se califican como «deberes de protección» o «deberes de corrección»[38] y, aunque, tanto unos como otros se deriven

36. El carácter contractual de estos «deberes accesorios» es reclamado por CRESPO MORA, M. C. «La responsabilidad civil del Abogado en el Derecho español: perspectiva jurisprudencial» en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n.º 25, 2006, p. 266, por SERRA RODRÍGUEZ, A. «La responsabilidad civil de abogados y procuradores» *op. cit.*, 2012, pp. 259 y 260 y CHAPARRO MATAMOROS, P. «Nuevas perspectivas de la Responsabilidad Civil del Abogado» *op. cit.,* 2015, pp. 17 y 18.

37. En esta línea, pueden destacarse entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372), de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285), de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3761).

38. Entre los autores que diferencian los deberes de protección de los deberes accesorios se muestran EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. «La prestación de servicios del abogado: perspectiva jurisprudencial» *op. cit.*, 1996, p. 197 quien afirma que el desarrollo de la prestación principal precisa del cumplimiento de otras obligaciones de carácter

del artículo 1258 del Código Civil[39], presentan objetivos distintos. Los «deberes de protección» están destinados a evitar daños en otros bienes del acreedor (fundamentalmente, en el ámbito de su vida e integridad física), mientras que los «deberes accesorios» persiguen la protección del interés del acreedor en el cumplimiento del contrato. Por tanto, es posible que el deudor haya cumplido la obligación principal y los deberes accesorios y, en cambio, no los de corrección.

Por último, la atribución a estos deberes del carácter de «accesorios» puede tener para algún autor relevancia con respecto a lo previsto en el artículo 1124 del Código Civil[40]. Se ha indicado anteriormente que, en el ámbito de los servicios jurídicos, los remedios arbitrados por dicho precepto no poseen especial virtualidad porque la resolución únicamente comportaría la restitución al cliente de los honorarios profesionales si éstos han sido total o parcialmente abonados y esta partida puede recuperarse también por la vía del artículo 1101 del Código Civil. En este sentido, si se optara por el régimen de la resolución contractual, con las limitaciones indicadas, sería necesario que se tratara de un incumplimiento esencial de la obligación porque, como reiteradamente ha mantenido el Tribunal Supremo, para que «*proceda la resolución de un contrato ha de haber propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin económico del contrato*» [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 11 de abril del 2003 (RJ 2003, 3017)][41].

---

accesorio que son: las derivadas de la diligencia con la que debe cumplirse la prestación, las de corrección frente al cliente y las de protección de los intereses de éste. Por su parte, con carácter más general, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, pp. 250 y ss. y 265 considera que los deberes de protección tienen su principal ámbito de actuación en el contrato de trabajo, aunque pueden apreciarse también en el contrato de transportes de persona y en las prestaciones profesionales.

En contraposición, en el ámbito de los servicios jurídicos YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2019, p. 25 reconoce la diferenciación entre los deberes de diligencia y los deberes de corrección, considerando por tales *«[…] unas conductas que, aunque influyan en la realización del exacto cumplimiento* (del contrato), *no deciden cuál haya de ser éste en concreto»* pero considera que tener informado al cliente, aconsejarle, serle fiel y correcto, son exigencias que encuentran su plasmación en los principios de corrección y de buena fe.

39. Al respecto, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. «La responsabilidad contractual y extracontractual…» *op. cit.* 1993, pp. 63 y 64 afirma como *«la responsabilidad contractual por infracción de deberes impuestos por la buena fe, el uso o la ley (artículo 1258 del Código Civil) puede extender su ámbito más allá de la prestación principal y crear deberes de protección sólo explicables por la relación contractual»*.
40. Sobre esta cuestión, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 140.
41. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil, op. cit.* Vol. II, 2008, pp. 851, 854 y 855 define el «incumplimiento esencial» como «*la falta de obtención de la finalidad perseguida, frustración de las legítimas expectativas o de las aspiraciones, quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico perseguido*». Este autor considera que se produce un incumplimiento esencial en los supuestos de imposibilidad sobrevenida

2.2. LA OBLIGACIÓN DE CONOCER EL DERECHO APLICABLE: LA DIFICULTAD DE SU DETERMINACIÓN COMO CAUSA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y SU ALCANCE

La obtención de titulación universitaria en Derecho exigida para que pueda ejercerse profesionalmente la Abogacía obliga a presuponer en el abogado la concurrencia de los conocimientos necesarios para el desarrollo material de la prestación objeto del encargo profesional, de tal forma que, como se trata de una exigencia para la prestación material del servicio, en puridad no tendría la consideración de un deber accesorio. Sin embargo, merece un tratamiento específico porque cuando el profesional acepta un asunto, aunque posea unos conocimientos de base, está obligado a estudiar la legislación vigente aplicable, la postura jurisprudencial mayoritaria y aquellos aspectos problemáticos que presenta el asunto en cuestión, con el objetivo de que la pretensión del destinatario del servicio no pueda ser rechazada por el órgano judicial por adolecer de deficiencias procesales o sustantivas.

El tratamiento específico de este deber se justifica también, porque los conocimientos adquiridos por el letrado y acreditados por la obtención de la titulación en Derecho no resultan inalterables en el tiempo. El ordenamiento jurídico sufre importantes variaciones para su adaptación a la realidad social, que motivan el deber de desarrollar una continua formación durante toda su vida profesional. Esta exigencia también se deriva del propio funcionamiento del mercado, que exige unos conocimientos y habilidades cada vez más profundos y especializados para poder realizar adecuada y correctamente la actividad profesional[42].

---

fortuita, cuando el tiempo funciona como factor sustancial, cuando existen defectos que hacen inidónea la cosa para el fin pretendido, cuando resulta imposible alcanzar los rendimientos y las utilidades previstas en el contrato y cuando se produce la no obtención del fin de éste.

Más recientemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª), de 25 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 371805) reconoce como criterios para la determinación de la esencialidad de la prestación los siguientes: «*la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin*».

42. ROMEO CASABONA, C. M. «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales-Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas» en ROMEO CASABONA, C. M. (editor) en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la Laguna, 1993, pp. 396 y 397. Este autor considera además, que la posesión de conocimientos más especializados y profundos ha generado una modificación sustancial en la tradicional relación entre los profesionales y sus clientes, porque supone un distanciamiento derivado de la relación entre experto-profano, que puede generar un clima de desconfianza, la mayor dependencia de los legos de valerse de los conocimientos, criterios y capacidades de los expertos y, por último, una cierta situación de privilegio del

El no reconocimiento expreso de una obligación legal ni sectorial[43] que requiera al letrado la obligación de conocer el Derecho aplicable, puede obedecer a la presunción de unos conocimientos suficientes vinculados a la obtención de la titulación de Derecho[44]. Sin embargo, el Preámbulo del Código Deontológico se hace eco de la exigencia de estos conocimientos cada vez más especializados y obliga a los profesionales a no aceptar encargos para los que no disponga de los conocimientos jurídicos necesarios[45].

El estudio jurisprudencial efectuado sobre los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se examina la responsabilidad civil del abogado en el periodo temporal 2005-2020, ha puesto en evidencia, como se expondrá en las siguientes páginas, que hay un importante número de resoluciones que tienen su fundamento en el defectuoso planteamiento técnico del asunto o en la inadecuada elección de estrategia defensiva[46]. Sin embargo, son relativamente escasas las resoluciones judiciales en las que se reconoce que ha incurrido en negligencia por esta causa.

La limitada estimación de las reclamaciones judiciales contra los profesionales de la Abogacía por la infracción del deber de conocer el Derecho y por errores en el planteamiento de los procesos judiciales puede obedecer a dos justificaciones. La primera de ellas es que el Derecho no es una ciencia exacta y la defensa de los intereses del destinatario de los servicios jurídicos puede realizarse, con frecuencia, a través de distintos cauces. De tal forma que, salvo que se demuestre que el profesional ha optado por una alternativa incompatible con la aplicación indiscutible de la Ley, con la jurisprudencia consolidada o con la práctica reiterada de los Tribunales, no podrá apreciarse negligencia

---

profesional y de desigualdad entre éste y el profano-cliente, que suele ir en detrimento de este último.

43. Cfr. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 113 considera que no existe conforme a los letrados una norma similar al artículo 1.7 del Código Civil.
44. ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos op. cit.* 1997, p. 252 considera que la titulación no es un requisito de capacidad para la validez del contrato, sino un presupuesto para que el desenvolvimiento material de determinadas prestaciones no constituya la realización del tipo del delito previsto en el artículo 403 del Código Penal.
45. El Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española obliga a quienes ejercen la Abogacía a encargarse únicamente de un asunto cuando cuenten con la capacidad adecuada para ejercer su asesoramiento y defensa de una manera real y efectiva, teniendo que incrementar constantemente sus conocimientos jurídicos y solicitar el auxilio de los más expertos, cuando lo precise.
46. El aumento significativo de las reclamaciones por un defectuoso planteamiento técnico del procedimiento por parte del letrado ya había sido puesto en evidencia por ENJO MALLOU, C. «Comentario a la STS de 8 de junio de 2000» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 54, 2000, pp. 1315 y 1316 quien afirma que, cada vez son más, los casos de una conducta no diligente «*por un defectuoso planteamiento técnico del asunto revelador de impericia y de una carencia, más o menos intensa y reprobable según los casos, de los especializados conocimientos que un técnico en materias jurídicas ha de poseer*».

por este motivo[47]. La segunda de las causas es la dificultad de entablar la relación de causalidad entre el desconocimiento del Derecho y el daño presuntamente ocasionado al cliente, cuya configuración, como más tarde expondré, no está exenta de dificultades.

La siguiente cuestión que debe plantearse, es el alcance que tiene esta obligación. A *priori*, puede afirmarse que el abogado satisface este deber profesional cuando domina la normativa procesal y sustantiva, la vigencia de las normas, la Jurisprudencia consolidada aplicable al encargo y, al menos, la postura dominante entre la Doctrina[48].

En el alcance del deber de conocimiento del Derecho exigido influye notablemente la dificultad inherente a la cuestión jurídica que el cliente somete a consideración del profesional. Los órganos judiciales estiman con mayor asiduidad las reclamaciones fundadas en la conculcación de este deber cuando se trata de cuestiones jurídicas que no plantean problemas interpretativos o sobre los que el ordenamiento jurídico únicamente permite un cauce para la canalización de las pretensiones del destinatario del servicio que cuando se trata de otras que requieren unos conocimientos técnicos superiores.

El letrado cuando acepta un asunto puede encontrarse, siguiendo la clasificación que realiza la Profesora CRESPO MORA[49] ante tres posibles escenarios jurídicos: las cuestiones jurídicas indubitadas, las opinables y controvertidas y las cuestiones especialmente complejas[50]. A continuación, se va a determinar el alcance que el Tribunal Supremo ha hecho de esta obligación en los tres escenarios reseñados[51].

47. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2670).
48. Al respecto, CRESPO MORA, M. C. «El conocimiento del Derecho del abogado: alcance: Comentario a la STS de 8 abril de 2003 (RJ 2003, 2956)» en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 13, 2004, pp. 170 y 171 considera que no debe exigirse al Letrado el conocimiento de la Doctrina salvo que se trate de una postura dominante y consolidada, porque no constituye fuente del Derecho *ex* artículo 1.1 del Código Civil. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587), respecto al alcance del deber de conocer el Derecho afirma que, dentro de la competencia requerida al profesional, se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso y su interpretación con criterios de razonabilidad si tuviese lecturas no unívocas.
49. Esta autora en su tesis doctoral *op. cit.* 2005, pp. 108-133 no considera que el conocimiento del Derecho constituya un deber accesorio. Sin embargo se va a incorporar como tal, porque el Tribunal Supremo considera que es una obligación que se integra en la prestación debida [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 8 de abril del 2003 (RJ 2003, 2956)].
50. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 117-133.
51. En el texto se van a exponer los supuestos analizados por el Tribunal Supremo en el periodo 2005-2020. Para un análisis de otros supuestos anteriores a este límite temporal puede verse, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005,

2.2.1. El alcance del deber de conocimiento en las «cuestiones jurídicas indubitadas»

Las «*cuestiones jurídicas indubitadas*» son aquéllas que no plantean dudas técnicas, es decir, que les resulta de aplicación una normativa en sentido unívoco o una jurisprudencia reiterada; como se ha anticipado, en estos casos, hay una tendencia del Tribunal Supremo a estimar las reclamaciones interpuestas contra el profesional por entender que se ha conculcado este deber.

El Tribunal Supremo ha considerado «*cuestiones jurídicas indubitadas*» que el abogado tiene obligación de conocer, la alegación en el proceso de una cláusula limitativa de responsabilidad económica respecto a su representado [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7859)], la no aplicación de los factores de corrección obrantes en el Baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (TRLRCSCVM) en una reclamación económica [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7440)] o la no reclamación del lucro cesante [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1225)]. En el ámbito laboral, se han considerado como «*cuestiones jurídicas indubitadas*» la aceptación de un acuerdo extrajudicial con una empresa insolvente que impedía el abono de las indemnizaciones por el FOGASA [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de julio de 2007 (RJ 2007, 4962)] o la no subsanación de defectos procesales que conlleva el archivo de la demanda [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de mayo de 2006 (RJ 2006, 5827)].

2.2.2. El alcance del deber de conocimiento en las «cuestiones jurídicas opinables y controvertidas»

Las cuestiones jurídicas «*opinables y controvertidas*» se caracterizan porque el ordenamiento jurídico no proporciona una solución unívoca o porque, respecto a la cuestión objeto de debate, existe jurisprudencia oscilante. En estos supuestos, el profesional tiene que tomar decisiones sobre el cauce estratégico a adoptar para la defensa de los intereses del prestatario, pudiendo la decisión condicionar indudablemente el resultado del procedimiento porque la vía seleccionada y la argumentación en la que se funde deben lograr el convencimiento del juzgador.

Cuando el abogado tiene que seleccionar una estrategia de defensa respecto a «*cuestiones jurídicas opinables y controvertidas*», se considerará que no resulta negligente su conducta si el cauce procesal elegido y/o la norma aplicable es objetivamente idóneo/a para la consecución del resultado esperado,

pp. 120-121 y 124-125 y ENJO MALLOU, C. «Comentario a la STS de 8 de junio de 2000» *op. cit.* 2000, pp. 1314-1317.

porque pondrá de relieve que el profesional ha sopesado las posibilidades y ha optado por la que estima más ajustada a los intereses del cliente[52]. Complementariamente a la exigencia anterior y tal y como ocurre en la responsabilidad civil médica, con los tratamientos terapéuticos recientes o experimentales, es recomendable que el profesional informe al destinatario del servicio jurídico sobre los «riesgos que puede comportar la actuación profesional»[53], de tal forma que, cuanto más novedosa y arriesgada y menos probabilidades de éxito tenga la alternativa jurídica que se va a formular en el proceso, mayor debe ser la información proporcionada, siendo conveniente incluso recabar la anuencia del prestatario por escrito.

En estos supuestos en los que el abogado tiene que afrontar «*cuestiones opinables y controvertidas*», se descarta la responsabilidad de los profesionales si la vía elegida es jurídicamente idónea para la obtención del resultado pretendido por su cliente y la producción de un resultado desfavorable en el proceso para sus pretensiones debe entenderse como razonable, en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente a la actuación profesional[54].

El Tribunal Supremo ha calificado como «*cuestiones opinables y controvertidas*» en las que se ha descartado la responsabilidad profesional: la interposición de un procedimiento de «menor cuantía» cuando correspondía uno de «mayor cuantía» al apreciar la existencia de dudas objetivas respecto al valor del bien objeto de procedimiento [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), 22 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5787)]; la interposición de una demanda solicitando la totalidad de la deuda derivada de un contrato de arrendamiento en vez de la cuota que le correspondía a su cliente en su condición de copropietario [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1628)]; también, los supuestos en los que, si bien la elección de la vía procesal no es adecuada, ésta ha prosperado en la primera instancia [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1542)].

52. Varios autores se muestran partidarios de que en la valoración de la línea de defensa a adoptar por el letrado, el criterio prioritario deben ser los intereses del cliente, en este sentido, pueden destacarse ENJO MALLOU, C. «Comentario a la STS de 8 de junio de 2000» *op. cit.*, 2000, p. 1318 quien incluso critica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 22 de febrero de 1998 que reconoce el derecho legítimo del letrado de apartarse de las sendas tradicionales y acoger innovaciones más eficaces, al entender que en todo caso, la elección dependerá de criterios de razonabilidad y de los intereses del cliente. En idéntico sentido, ARIAS TOIRÁN, V. «La responsabilidad del abogado: ¿debe informar de que sigue una línea minoritaria para la defensa de su cliente?» en *Diario la Ley*, n.º 9051, 2017, p. 6 (según numeración del pdf).

53. Este término es utilizado por ARIAS TOIRÁN, V. «La responsabilidad del abogado: ¿debe informar de…» *op. cit.,* 2017, p. 5 (según numeración del pdf). En relación con el «riesgo de la actuación», el artículo 39 de la Carta de los Derechos de los ciudadanos exige al letrado que informe sobre las consecuencias de ser condenado al pago de las costas del proceso y la cuantía estimada de éstas.

54. Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7859), de 22 de abril del 2013 (RJ 2013, 3690), 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4970).

El Tribunal Supremo, además, ha considerado también como «*cuestiones opinables o controvertidas*» y ha rechazado la responsabilidad profesional cuando el abogado ha optado por ejercitar una acción por reclamación de derechos en vez de una acción por despido, en un supuesto de sucesión de empresas [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2670)] o ha interpuesto una demanda cambiaria sin firma del tomador en vez de otro procedimiento [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 1 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1111)].

2.2.3. El alcance del deber de conocimiento en las «cuestiones jurídicas especialmente complejas»

Las «*cuestiones jurídicas especialmente complejas*» plantean problemas cuya resolución exige un conocimiento especializado del Derecho, es decir, un grado de pericia superior al del «abogado medio» que, como se ha indicado es el canon de diligencia exigible al profesional de la Abogacía, siempre y cuando las partes no hayan pactado un grado de diligencia mayor[55].

Las «*cuestiones jurídicas especialmente complejas*» exigen, en ocasiones, que el profesional explore planteamientos jurídicos innovadores puesto que no le resulta posible identificar la respuesta en las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento. En estos casos, para garantizar que el abogado no incurra en responsabilidad, es necesario que informe al prestatario del servicio jurídico de la dificultad del procedimiento a entablar y de la necesidad de emprender una nueva vía que no ha sido utilizada, sin que en ningún caso, la misma pueda ser concebida *a priori,* como infundada o temeraria.

La complejidad de las cuestiones jurídicas puede derivarse de las circunstancias del caso sometido a su consideración. Así, se ha reconocido esta dificultad en la identificación de fincas reivindicadas después de un proceso de reparcelación [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de febrero de 2010 (RJ 2010, 4341)] o en el reconocimiento de los sujetos responsables de un accidente cuando el informe de la Inspección de Trabajo identifica como

55. BADOSA COLL, F. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación… op. cit.* 1987, pp. 291 y 292 afirma que *«[…] la supletoriedad en que se desenvuelve el modelo legal y abstracto, propuesto por el art. 1104.2, no se limita al tipo (padre de familia o no experto) sino que abarca también al grado (el del medio o "bueno"). Por tanto, de la misma manera que cuando la obligación no "exprese" el grado del modelo, se aplicará el grado intermedio»*.

Por su parte, las Propuestas nacionales de modernización del contrato de servicio tienen en cuenta la posible exigencia de un mayor grado de diligencia en la prestación del servicio. Así, el artículo 1584 del Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 prevé que *«cuando se hayan tenido en cuenta la calidad y circunstancias de la persona del obligado deberá este prestar personalmente el servicio convenido»*; de forma más concreta, el artículo 1587.2 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación determina que «*si el prestatario del servicio viniere ejerciendo su profesión con un grado de pericial y excelencia superior al normal, deberá actuar conforme a ello*».

culpables de éste a otras personas [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 6045)]. No obstante, la dificultad puede obedecer también a razones técnicas, así el Tribunal Supremo ha dotado de este carácter a la invocación de derechos constitucionales en el recurso de apelación a los efectos de poder posteriormente interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8621)] o a la admisión de un recurso de casación basado en un Dictamen de Catedrático de Universidad [Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532) y (RJ 2005, 6701)[56]].

El tratamiento que se efectúa de las «*cuestiones jurídicas opinables y controvertidas*» y de las «*cuestiones jurídicas especialmente complejas*» pone en evidencia la interrelación existente entre el deber de conocimiento del Derecho y el deber de información –que a continuación se va a tratar– porque es necesario que, cuando la defensa de los intereses del cliente requiera el planteamiento de cauces jurídicos no habituales, el destinatario del servicio sea conocedor de esta circunstancia así como de los riesgos personales y económicos que le puede suponer la interposición de la acción o la no exploración de otras alternativas para resolver el conflicto.

2.3. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL ABOGADO

2.3.1. El régimen jurídico aplicable al deber de información en la Abogacía

La obligación de información del abogado se configura, con carácter general, como una obligación de carácter accesorio. No obstante, en ciertos supuestos, puede articularse como la prestación principal cuando el cliente demanda una labor de asesoramiento jurídico profesional o *consulting*[57]. En estos casos, el profesional no se limita exclusivamente a proporcionar una información

56. En estas resoluciones, el Tribunal Supremo llega ante un supuesto similar a soluciones contrapuestas. RUBIO TORRANO, E. «Responsabilidad Civil del Abogado» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 13, 2005, p. 3 (según numeración del pdf) justifica esta discordancia de criterios, al entender que «*seguramente existen más datos en ambos procedimientos que no aparecen en las sentencias estudiadas, que pueden explicar el distinto –opuesto– tratamiento que dos supuestos semejantes, al menos aparentemente*».

57. Los DCFR articulan dentro de los contratos de servicios una modalidad contractual que tienen como objeto de la prestación proporcionar información o consejo. En este sentido, el art. 7:101 dispone que «*this Chapter applies to contracts under which one party, the provider, undertakes t oprovide information or advice to another party, the client*». En el comentario realizado por el STUDY Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law a estos principios se ilustra la labor de asesoramiento que realiza el abogado del siguiente modo, «*a lawyer giving legal advice will generally provide factural information about statutes and case law, an evaluation of these fact, such as a personal interpretation and their application to the situation at hand, and, finally, formulate a recommendation. The rules on factual information will apply to the information about statutes and case law, the rules on evaluative information will apply to the lawyer's personal interpretation of the*

neutra sino que esa información puede influir en la conducta del destinatario de la información porque, como reconoce la Profesora CRESPO MORA, aunque entre el consejo y la actuación del aconsejado se interpone la voluntad del destinatario –que es libre de actuar siguiendo la solución propuesta u obviando el consejo solicitado–, es muy probable que su consejo sea tenido en cuenta por los especiales conocimientos técnicos que se presume que posee el profesional asesor[58].

En el ámbito jurídico, a diferencia de otras profesiones como la sanitaria, en la que el deber de información está amplia y detalladamente regulado[59] considerándose incluso, una necesidad elevada a la categoría de derecho de la personalidad[60]. En cambio, en el ámbito de la Abogacía no existía un

facts; the rules on recommendations will apply to the formulation of the advice itself». El ejemplo transcrito se recoge en la p. 1874].

58. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del abogado… op. cit.* 2005, pp. 183 y 184. Esta autora reconoce que aunque en la práctica se utiliza el término información en sentido amplio, englobando los consejos y recomendaciones, los conceptos «información», «recomendación» y «consejo», son figuras cercanas pero distintas. En esta línea advierte que, mientras la información es neutra, el consejo y la recomendación implican una toma de posición acerca de un acto futuro del destinatario de la misma. En un sentido similar, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. «Responsabilidad por informar» en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio,* Dykinson, Madrid, 2000, pp. 174 y 175 reconoce que no puede obviarse que quien informa, sobre todo, si lo hace en el ámbito de la relación contractual, está de forma más o menos directa, aconsejando. También, GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, p. 119 destaca la diferenciación entre la información y el consejo, aunque mantiene que en ocasiones, ambas figuras no resultan fácilmente diferenciables porque *«[…] en la transmisión de ciertas informaciones hay un consejo implícito: por ejemplo, si se advierte de los riesgos que encierra cierto contrato, se está aconsejando indirectamente tomar medidas de precaución adicionales o sencillamente renunciar a celebrarlo»*.
59. Este deber en el ámbito sanitario se regula, con carácter general, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, Ley General de Sanidad) y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, Ley 41/2002) pero, además, se establecen especialidades, en otras normas que regulan actuaciones médicas concretas, como la Ley 30/1978, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (en adelante, Ley 30/1978), la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, Ley 14/2006) y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, LO 2/2010). Para un tratamiento pormenorizado sobre el deber de información en el ámbito sanitario, puede verse, GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad civil médica y consentimiento informado,* Civitas, Madrid, 2001.
60. Cfr. CERVILLA GARZÓN, M. D. «Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado» en *Actualidad Civil*, n.º 4, 2003, p. 1078. Por su parte, MACÍA MORILLO, A. «El daño derivado de la falta de información médica» en HERRADOR GUARDIA, M. J. (director) *Derecho de Daños*, Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 538 y 539, mantiene que «*la importancia de los derechos de la persona, recogidos con su mayor rango en nuestro texto constitucional, hace imprescindible el reconocimiento de un derecho de información relacionado*

reconocimiento normativo explícito en el Código Deontológico de la Abogacía de 2002 y en el Estatuto General de la Abogacía de 2001. Sin embargo, esta tendencia parece que se está viendo superada con la aprobación del Código Deontológico de la Abogacía Española de 2019 [artículo 12 B)] y con el Estatuto General de la Abogacía Española [artículos 27.1 en relación con el 48 del referido cuerpo normativo].

Por ese motivo, debemos comenzar analizando las normas de rango legal que sobre este deber podrían resultar aplicables al profesional de la Abogacía. La información, en sede de teoría general de los contratos, es básica para que el deudor contractual no incurra en un vicio del consentimiento. De tal forma, que la información se articula como un presupuesto necesario para la validez del consentimiento otorgado (artículos 1262 y 1265 del Código Civil[61]). No obstante, el Código Civil al no regular la fase precontractual no establece previsiones respecto a la información que debe proporcionarse entre las partes del contrato, aunque algún autor ha estimado que el fundamento jurídico del deber de información, puede ubicarse en la buena fe, como elemento integrador del contenido normativo del contrato *ex* artículo 1258 del Código Civil[62].

---

con los procesos médicos que se desarrollan sobre cualquier sujeto. El modelo paternalista que se estructuraba antaño la relación médico-paciente, orientado prioritariamente y casi de forma excluyente a la pura conservación de la vida y la salud del paciente, sin tener en consideración su voluntad, ha sido ya superado ante la puesta en valor de los intereses del sujeto que recibe la atención médica» y esta evolución es la que ha hecho que «*consiguientemente, la información se manifiesta como un medio óptimo que permite alcanzar el fin perseguido de involucrar al paciente en el acto médico y en sus consecuencias y que, al mismo tiempo, garantiza el respeto de sus derechos e intereses*».

61. El artículo 1265 del Código Civil enumera los denominados «vicios de la voluntad» que según MORALES MORENO, A. M. «Comentario al artículo 1265 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALVADOR CODERCH, P. (directores) en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 458 se ha considerado que constituye una «*categoría que subyace en la regulación del Código Civil, corresponde a una construcción del contrato y de su fuerza vinculante, basada prioritariamente en la voluntad. En cada una de las figuras que bajo la misma se agrupan (error, violencia, intimidación y dolo) se destaca un rasgo común: existe voluntad, pero ésta adolece de un defecto. En razón de ese defecto de la voluntad, el sujeto merece protección*».

62. En este sentido, CERVILLA GARZÓN, M. D. «Responsabilidad Civil del Abogado por incumplimiento…» *op. cit.*, 2000, pp. 253 y 254 «*la buena fe y su incidencia en el ámbito contractual, nos sirven de pauta para incardinar la obligación de informar dentro del contenido contractual de ciertos contratos en los que, por su naturaleza, dicha exigencia es una consecuencia inmediata de la buena fe. Si el contenido contractual se compone, no solamente de lo expresamente acordado por las partes, fruto de la autonomía de la voluntad, sino también de todas aquellas consecuencias que, según el artículo 1258 del Código Civil sean conforme a la buena fe, los usos y la ley, el deber de informar, en aquellos casos en los que no es consagrado legalmente, como una obligación de las partes, o que no exista uso al respecto, será una obligación más a asumir por la parte que corresponda como una exigencia de buena fe. Y como tal exigencia de la buena fe, no necesariamente ha de materializarse como una obligación a realizar en el momento*

El deber de información también se ha articulado como un derecho básico cuando la relación jurídica entre las partes puede calificarse como «relación de consumo» *ex* artículo 2 del TRLGDCU [cfr. artículos 8 d), 17 y 18 del TRLGDCU]. Sin embargo, como reconoce CERVILLA GARZÓN «*el contenido del deber de información, tal y como es contemplado en la LCU* (actualmente TRLGDCU), *pasa de ser una exigencia para un concreto colectivo, a convertirse en el marco de referencia para estudiar la obligación de informar en materia contractual*»[63]. En este ámbito del deber de información que compete al prestador del servicio resulta especialmente importante, el artículo 18 del TRLGDCU, que profundiza sobre el contenido y desarrollo del derecho de información y que resulta aplicable a bienes y servicios. Este precepto está pensado fundamentalmente para los bienes muebles porque hace alusión a aspectos y circunstancias que no son predicables de los servicios. Sin embargo, sus exigencias pueden ser adaptadas a los servicios, de modo que esta normativa tuitiva de los derechos de los consumidores exige que se proporcione una información «*cierta y objetiva, veraz, eficaz y suficiente*», que incluya información sobre el precio del contrato, en los términos y con las dificultades que ya se han expuesto en el capítulo precedente. También, es importante el artículo 60 del TRLGDCU que regula la información previa a la formalización del contrato y hace alusión a la obligación del profesional de proporcionar información «*[…] de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas*».

Las Propuestas comunitarias y nacionales de modernización del «contrato de servicios» efectúan un tratamiento pormenorizado de este deber de información. Estas Propuestas se centran fundamentalmente en la información exigible en la fase precontractual, otorgando un papel fundamental a la advertencia de los riesgos de la prestación. Además, esta obligación se articula como recíproca, es decir, exigible tanto al prestador como al prestatario del servicio, atendiendo a la importancia que tiene la colaboración mutua para el buen fin del contrato.

El Código Europeo del Grupo de Pavía[64] recoge, respecto a ambas partes del contrato, un deber de mutua colaboración antes, durante y en el momento de extinción del contrato. El prestador del servicio, según el art. 244 del Códice, con anterioridad al inicio de la ejecución del contrato, tiene que informar

exclusivo de prestar el consentimiento, sino que, si la naturaleza del contrato así lo determina, dicha obligación de informar puede estar presente mientras dure la relación jurídica entre las partes».

63. CERVILLA GARZÓN, M. D. «Responsabilidad Civil del Abogado por incumplimiento…» *op. cit.*, 2000, pp. 255 y 256.
64. El texto traducido del Código Europeo de Contratos del Grupo Pavía está disponible en: https://www.academia.edu/9398396/CODIGO_EUROPEO_DE_CONTRATOS_TR_PAVIA [último acceso: marzo de 2021].

sobre la posibilidad jurídica y material de llevar a cabo el servicio pactado, a través de la vía más útil y económica. Durante y después de la ejecución del contrato, este deber de colaboración se materializa en la obligación de informar al prestatario del servicio de cualquier dificultad o peligro que le pueda comportar y, en su caso, la obligación de suspender la ejecución hasta comunicárselo (art. 245 del Código Europeo del Grupo de Pavía).

Los artículos 1:103 PEL SC y IV.C 2:102 DCFR prevén unas obligaciones de advertencia precontractual recíproca, específicamente previstas para los contratos de servicios[65]. Estas obligaciones comportan que el prestador del servicio tenga que advertir de la posibilidad de no obtener el resultado previsto, de lesionar otros intereses del demandante del servicio o la posibilidad de que el servicio resulte más caro o su ejecución lleve más tiempo del que se pueda prever[66]. Estos deberes de advertencia no pueden equipararse con las obligaciones precontractuales de información, como acertadamente reconoce la Profesora ALONSO PÉREZ, por la distinta finalidad de unas y otras. Mientras que las primeras están destinadas a prevenir las patologías causadas por el déficit de información de una parte respecto a otra, las obligaciones precontractuales de advertencia están dirigidas a procurar que las partes determinen, en el más alto grado posible, los objetos del contrato, esto es el precio y el servicio –en concreto, si el prestador del servicio asume una obligación de medios o de resultado–, así como que las partes puedan realizar un determinado pacto sobre los riesgos que genera el contrato[67].

A nivel nacional, el artículo 1583 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación impone al prestador del servicio la obligación de informar de los riesgos que conozca sobre el contrato en cuestión. En concreto, sobre la posibilidad de no alcanzar el resultado esperado, la eventual lesión de otros intereses del cliente, o que pueda resultar su prestación más onerosa o requerir más tiempo del que el cliente podía esperar. Este deber del prestador del servicio cesa si el prestatario conocía o podía presumirse que fuera consciente de esos riesgos.

65. ALONSO PÉREZ, M. T. «La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)» en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 3, 2012, p. 6 (según numeración del pdf).
66. Estas obligaciones de advertencia no rigen en todo caso, porque las partes únicamente deben advertir si conocen o tienen razón para conocer la información sobre los riesgos. Además, tanto los PEL SC como los DCFR regulan una serie de consecuencias derivadas de las obligaciones de advertencia, según el incumplimiento se derive del prestador o del prestatario del servicio.
67. ALONSO PÉREZ, M. T. «La función de las obligaciones precontractuales de advertencia…» *op. cit.,* 2012, p. 31. Esta autora mantiene, a mi juicio con buen criterio, que «*estas obligaciones precontractuales de advertencia se conciben para prevenir en la medida de lo posible la habitual y frecuente falta de determinación del objeto u objetos en el momento de perfección de los contratos de servicios*».

Entre las normas sectoriales aplicables a la Abogacía, su Estatuto General de la Abogacía de 2021 reconoce expresamente el «*deber de información e identificación*» del abogado en su artículo 48. En concreto, en sus apartados 3, 4 y 5, reconocen la obligación del abogado de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto –procurando disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones sin fundamento–, también sobre los honorarios, costes de su actuación y las consecuencias de ser condenado en costas y sobre el estado del procedimiento, sus incidencias y resoluciones relevantes. Por su parte, el Código Deontológico de la Abogacía Española ha ampliado el tratamiento de este deber de información en su artículo 12 B –también, bajo la rúbrica «*deberes de identificación e información*»[68]–. Este precepto detalla una serie de informaciones que el profesional debe proporcionar a su cliente; aunque en este listado se entremezcla la información que alude a las condiciones que van a regir el contrato con otras que, propiamente, afectan al desarrollo de la prestación, centrándonos en este apartado, únicamente en estas últimas.

El Código Deontológico impone al profesional respecto al desarrollo de la prestación, la obligación de informar sobre su opinión respecto a las posibilidades de éxito de sus pretensiones y resultado previsible del asunto, procurando disuadirle de promover o ejercitar acciones judiciales sin fundamento[69] [artículo 12 B 2 a) del Código Deontológico], debiendo informarle también de la evolución del asunto encomendado, las resoluciones transcendentes, los recursos, la posibilidad de transacción, la conveniencia de acuerdos extrajudiciales o las soluciones alternativas al litigio [artículo 12 B 2 e) del Código Deontológico y en idéntico sentido, artículo 3.1.2 párrafo segundo del Código Deontológico de los Abogados Europeos], la inviabilidad fundada de la interposición de recursos u otras acciones contra las resoluciones que pongan fin, total o parcialmente, al proceso preclusivo [artículo 12 B 2 h) del Código Deontológico] y, por último, tiene obligación de trasladarle todo dato o hecho que le conste en relación con el asunto, siempre que no conlleve la

68. DELGADO ALEMANY, R. «El deber de información del abogado como fuente generadora de Responsabilidad Civil» en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 70, 2019, p. 34 reconoce que el Código Deontológico de 6 de marzo de 2019, ha completado con la nueva redacción el deber de información del letrado al dotar a la regulación de un mayor contenido y especificidad que su predecesor, el Código Deontológico de 2002.

69. Este deber que reconoce el Código Deontológico de la Abogacía excede de la mera información y se asemeja más al consejo en sentido negativo. Esto es relevante porque como pone de relieve GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información op. cit.* 1994, pp. 120 y 121 «*el deber de aconsejar […] presupone requisitos adicionales o, quizás mejor, más rigurosos a los de éste* (de informar), *de donde resulta que no todo obligado a informar lo está también a aconsejar*». Esta autora considera que para que la obligación de informar de un profesional se extienda también a la de consejo es necesario que el informante haya asumido un deber de consejo, haciendo confiar a la otra parte que le iba a proporcionar datos teniendo en cuenta específicamente su caso, o que exista una estrecha relación de confianza entre ellos.

vulneración del secreto profesional y pueda incidir en el resultado del mismo [artículo 12 B 2 j) del Código Deontológico]. Además, la Carta de los Derechos de los ciudadanos también establece previsiones sobre el deber de información de los letrados en un doble sentido: sobre las condiciones en las que se va a desarrollar la relación jurídica (artículos 37 y 39 de la Carta) y sobre la obligación de información que compete al profesional en el desarrollo del servicio (artículo 39 de la Carta). Así, en relación a esta última, se reconoce el derecho del ciudadano a obtener del abogado y del procurador información detallada y precisa sobre el estado del procedimiento y de las resoluciones que se dicten, pudiendo incluso, consultar con su abogado las consecuencias de toda actuación ante el órgano jurisdiccional.

El régimen expuesto pone de manifiesto la importancia que tiene este deber en el ejercicio de la Abogacía, aunque su tratamiento dentro de las normas sectoriales no haya sido abordado hasta fechas recientes. Son muestras de la importancia de este derecho del prestatario del servicio, la especial atención que en su regulación han hecho las Propuestas comunitarias y nacionales sobre la modernización del contrato de servicios y, más específicamente, dentro del ámbito que estamos estudiando, la articulación de su incumplimiento como causa de negligencia profesional desde las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651) y de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106)[70].

2.3.2. El fundamento y alcance del deber de información en las distintas fases del contrato de servicios jurídicos

El deber de información encuentra su base en la necesidad de paliar el desigual conocimiento de los clientes y profesionales en el desarrollo del proceso. La existencia de ese desnivel se justifica por la especial competencia técnica del deudor (abogado-prestador del servicio jurídico) y la frecuente inexperiencia o falta de preparación técnica del acreedor (cliente-prestatario del mismo)[71], aunque también puede obedecer a lo que se ha denominado

70. Desde las Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106) aluden también al deber de información, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682), de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1225), Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), 6 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 275680) o, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de junio de 2019 (RJ 2019, 2442) en la que se analiza este deber del abogado, pero se estima cumplido correctamente por el profesional.

71. DE LA MAZA GAZMURI, I. *Los límites del deber precontractual de información*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 136 y 120 reconoce que «*[…] parece aceptarse que el principio en derecho privado es que cada uno de los contratantes debe procurarse su propia información. En cambio, cuando el legislador ha considerado que las desigualdades entre los contratantes justifican la imposición de un deber precontractual de información* –lo cual sucede, a juicio de este autor en las relaciones de consumo–, *el principio es que el contratante en la posición más débil tiene derecho a que le suministren información. Se sigue*

como «racionalidad imperfecta», es decir, supuestos en los que la información se suministra, pero el destinatario no es capaz de hacer buen uso de ella o de comprenderla[72].

El deber de información requiere por parte del profesional de la Abogacía el cumplimiento de una serie de exigencias: la primera es que la información debe presentarse de un modo adecuado e inteligible para su receptor, evitando el uso de tecnicismos propios de la jerga profesional, adaptándose al sujeto que la va a recibir y, por otro lado, tiene que ser una información suficiente, sin que sobrepase ni por exceso ni por defecto, porque una información excesiva puede ser tan perjudicial como una información escasa[73]. Además, la labor del profesional no sólo debe limitarse a proporcionar dicha información sino que debe ejercer un papel activo y asegurarse de que el destinatario la reciba y la comprenda[74]. Por último, el deber de información abarca materias conexas al

---

ahí, entonces, la siguiente regla: en derecho privado se presume que la ignorancia no es legítima, quien la alegue debe probar su legitimidad. En cambio, cuando se trata de relaciones donde se ha impuesto un deber de informar se presumirá que la ignorancia es legítima y la carga de acreditar la ilegitimidad recae sobre quien debía suministrar la información». Por ese motivo, los deberes precontractuales de información, constituyen para este autor, *«una manifestación del suministro de información como técnica para proteger a la parte más débil en una relación contractual caracterizada por la presencia de asimetrías informativas»*. La existencia de asimetría informativa y la posibilidad de paliarla es también reconocida por GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información op. cit.* 1994, p. 13 quien considera como «*[…] es obvio que cada uno de los negociantes conoce o tiene posibilidad de conocer más fácilmente que el otro aquellos datos que, afectando al contrato que se pretende celebrar en el futuro, le quedan más próximos, o si se quiere, dentro de su ámbito de conocimiento y/o influencia*». Además, para esta autora la desigualdad informativa ha ido aumentando progresivamente, entre otras circunstancias, por la mayor complejidad del tráfico jurídico y económico, por la proliferación de las condiciones generales de la contratación y el alto nivel de división de trabajos y de profesionalización. Más específicamente en el ámbito de la Abogacía, puede verse, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 141.

72. DE LA MAZA GAZMURI, I. *Los límites del deber precontractual… op. cit.* 2010, pp. 115 y ss.
73. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001 p. 257.
74. CRESPO MORA, M. C. «La responsabilidad civil del Abogado en el Derecho español…» *op. cit.* 2006, pp. 268 y 269, considera que el abogado que despliega toda su diligencia para que el cliente comprenda la información, habrá cumplido el deber accesorio de informar que le incumbe. No obstante, la propia autora reconoce que a la luz de la interpretación que efectúa el Tribunal Supremo sobre este deber de información «*puede apreciarse cierta tendencia jurisprudencial a aproximar el deber de información del Letrado a una auténtica obligación de resultado, concebido éste como la efectiva comprensión de la información por parte del Cliente*».

    En la línea de lo apuntado por CRESPO MORA pueden destacarse las Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1.ª), de 29 de noviembre del 2000 (JUR 2001, 53612). Sin embargo, la doctrina expuesta no es aplicada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de junio de 2019 (RJ 2019, 2442) que no reconoce negligencia profesional en el letrado que remitió por correo electrónico –medio habitual de comunicación con el cliente– una resolución administrativa que

objeto del encargo profesional, aunque no constituyan propiamente el objeto de la prestación.

La obligación de información resulta exigible durante todo el «*íter del contrato*», incluso extendiéndose en momentos posteriores a la finalización de la encomienda profesional en los supuestos en los que no se haya obtenido la satisfacción del interés del cliente o cuando resulte necesario ejecutar la resolución judicial obtenida. El contenido de la obligación de información que tiene el profesional variará, según la fase en la que se encuentre el desarrollo de la encomienda profesional, como expongo a continuación:

A) Con carácter previo a la relación contractual

Con anterioridad al inicio de la relación jurídica, el deber de información será exigible en relación a dos aspectos: por un lado, con respecto a las condiciones que van a regir la relación jurídica –es decir, sobre el objeto del contrato, la naturaleza de la obligación asumida, duración, etc.– y, por otro lado, en las obligaciones de hacer, resulta especialmente importante, la descripción del objeto del contrato –que incluye, los riesgos de la acción, de la naturaleza del procedimiento a incoar, etc.–, así como su utilidad o finalidad.

En este segundo aspecto del deber de información que incumbe al letrado, el profesional para cumplir con su «*lex artis*» deberá informar de la naturaleza del procedimiento judicial para el que se solicita su intervención y realizar una función de advertencia, al exponer al cliente los «pros y contras» de la actuación, el riesgo del asunto, la conveniencia o no de solicitar el auxilio judicial en defensa de sus intereses, la gravedad de la situación, así como la probabilidad de éxito o fracaso de la pretensión. Todo ello para que el cliente obtenga una imagen fidedigna de su posición en el proceso y pueda comprender y asumir conscientemente los riesgos derivados de su participación en éste, sobre todo cuando suponga un riesgo patrimonial o pueda afectar al nivel económico de una persona durante un periodo no desdeñable de tiempo[75]. Por ese motivo, este deber abarca también la información sobre los costos inherentes a la actuación procesal –entendiendo por tales, no sólo el precio del contrato, sino, sobre todo la posibilidad de ser condenado al abono de las costas procesales y la cuantía aproximada de las mismas, dando así cumplimiento al artículo 39 de la Carta de derechos de los ciudadanos–[76].

debía recurrirse, y que no efectuó ninguna acción para corroborar la recepción de la resolución por parte del cliente, reconociendo el Tribunal que la lectura tardía de la comunicación emitida por el abogado, una vez que ya había finalizado el plazo de recurso, es una cuestión sólo imputable al mismo.

75. Cfr. GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información op. cit.* 1994, p. 95.

76. Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de marzo de 2007 (RJ 20007, 1542), de 15 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2670) y de 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 7063).

En esta etapa precontractual, el deber de información resulta especialmente importante porque es la fase en la que el letrado va a articular la estrategia de defensa, por lo que debe advertirle al cliente sobre la posibilidad de llegar a acuerdos extrajudiciales o a soluciones alternativas al litigio, así como, en su caso, informar sobre la naturaleza del procedimiento que se va a iniciar o si los intereses encomendados pueden hacerse valer ante más de una jurisdicción.

En esta fase, el alcance del deber de información debe ser directamente proporcional a los riesgos del proceso[77]. De tal forma que, cuanto mayor sea la inseguridad o los riesgos que vaya a asumir el cliente como consecuencia de la actuación, más amplia y completa debe ser la información proporcionada, y más activa la actuación del abogado dirigida a corroborar su comprensión por parte del destinatario para evitar lo que se ha denominado «racionalidad imperfecta». En esta línea, resulta conveniente, cuando la voluntad del cliente y el criterio del profesional no son coincidentes, documentar por escrito, por ejemplo, en la hoja de encargo profesional, en los términos ya señalados, el contenido de la información proporcionada y la anuencia del destinatario del servicio, en una suerte de consentimiento informado, que evitaría futuras reclamaciones contra el profesional.

B) Durante el desarrollo de la relación jurídica

El abogado debe mantener una comunicación continua con el cliente durante todo el desarrollo de la relación jurídica. En concreto, el prestatario deberá estar informado de la evolución judicial de su asunto y de los trámites procesales que se van desarrollando, así como de cualquier contingencia o hecho nuevo que pueda alterar el sentido del procedimiento incoado [cfr. artículos 48.5 del Estatuto General de la Abogacía de 2021, 12 B 2 j) del Código Deontológico de la Abogacía Española, 3.1.2 del Código Deontológico de los Abogados Europeos]. Esto no supone que el profesional tenga que comunicar al prestatario del servicio cada uno de los trámites del procedimiento o resoluciones dictadas por el órgano judicial, pero sí de aquéllos que tengan especial transcendencia en el curso del proceso, tales como las resoluciones que finalicen el procedimiento o una fase del mismo, inicien una pieza incidental o requieran la aportación de documentación cuyo contenido pueda condicionar el resultado del procedimiento.

C) En el momento de extinción de la relación jurídica

Si durante el desarrollo de la relación jurídica el deber de informar al cliente es importante, la otra fase en la que el deber de información vuelve a

77. Al respecto, GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información op. cit.* 1994, pp. 94 y 95 mantiene que el nacimiento y extensión de los deberes precontractuales de información son directamente proporcionales a la complejidad, novedad y grado de riesgo.

adquirir especial relevancia es en el momento de la extinción de la obligación, ya sea por finalización del objeto del contrato o porque alguna de las partes haya decidido poner fin a la relación jurídica de forma anticipada[78].

Cuando la extinción de la relación jurídica se produce porque el objeto del contrato ha finalizado, el contenido de la información que deberá proporcionarse variará según si se han estimado, o no, las pretensiones del cliente. En el primer caso, el abogado debe informar sobre los eventuales procedimientos para conseguir la materialización de las pretensiones del destinatario del servicio –por ejemplo, a través de un procedimiento ejecutivo o mediante la reclamación económica ante órganos administrativos como el FOGASA–. En contraposición, si las pretensiones han sido desestimadas, el letrado tendrá que plantearle si existen otras vías «*revisorias o incidentales*» para la defensa de sus intereses, con el objetivo de evitar la indefensión o la pérdida de derechos, puesto que salvo que las instrucciones del prestatario del servicio sean otras, el profesional debe garantizar la conservación de las acciones y derechos sustantivos o procesales que le asisten o en trance perentorio de riesgo.

En cambio, cuando la extinción de la relación jurídica sea consecuencia de la decisión unilateral de una de las partes, el profesional debe poner a disposición del cliente y/o del compañero que le sustituya en la defensa, la documentación e información que tenga sobre el procedimiento y que pueda condicionar su resultado final *ex* artículo 48.7 y 60.2 del Estatuto General de la Abogacía de 2021.

2.4. EL DEBER DE CUSTODIA DE LA DOCUMENTACIÓN

El letrado tiene tres obligaciones principales respecto a la documentación que el prestatario pone a su disposición para la defensa de sus intereses: el deber de proteger su contenido con el secreto profesional, de aportarlos en el momento procesal oportuno y el de no retenerlos si se insta su devolución.

2.4.1. El régimen jurídico aplicable al deber de custodia de la documentación

No existe ninguna referencia legal a la obligación del letrado de custodiar la documentación aportada por el cliente, aunque podría exigirse al profesional esta obligación al amparo de distintos preceptos del Código Civil. En

78. Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651) y de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106). A este respecto, CERVILLA GARZÓN, M. D. «Responsabilidad Civil del Abogado por incumplimiento de la obligación de información» *op. cit.*, 2000, p. 284 considera que *«la obligación de información no se agota, sino que subsiste mientras dure la relación entre las partes, pudiendo extenderse, incluso, a momentos posteriores a la finalización de la relación. Esta situación no es infrecuente ya que cuando extingue el contrato de prestación de servicios, bien porque el "facere" para el que fue contratado ha sido realizado, bien por desistimiento unilateral de cualquiera de las partes, o por otra causa, es cuando la obligación de información puede cobrar especial importancia»*.

concreto, como una derivación de la obligación de conservación de la cosa –artículo 1094 del Código Civil–, como una extensión de la obligación de prestación del servicio –artículo 1104 del Código Civil– o, más concretamente, como una obligación del depositario *ex* artículo 1766 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 465 del Código Penal tipifica como delito, la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado por su condición de abogado. Sin embargo, el tipo delictivo exige que se trate de documentos o actuaciones de naturaleza procesal (sumario, rollo, piezas, diligencias, autos), con independencia del tipo de proceso y del orden jurisdiccional de que se trate[79] y, además de esta documentación, ha debido recibir traslado durante el proceso, por lo que parece que la negligencia en la custodia de la documentación que deposita el cliente no tiene cabida en esta figura delictiva porque ni se trata de documentación procesal ni el delito admite su comisión imprudente.

En la normativa sectorial aplicable a la profesión, el artículo 48.7 del Estatuto General de la Abogacía de 2021 prevé que, en caso de renuncia del cliente al letrado designado, éste no podrá retener la documentación obrante en su poder. En términos similares, el artículo 12 A) 10 del Código Deontológico de la Abogacía determina que la documentación recibida del cliente deberá estar siempre a su disposición, no pudiendo en ningún caso retenerse, ni siquiera bajo pretexto de tener pendiente el cobro de honorarios, aunque se encuentre facultado para conservar una copia de la documentación recibida.

Atendido el contenido de estas previsiones, algunos autores han considerado que la prohibición de retener la documentación cuando hay honorarios pendientes, es contraria o restrictiva de derechos reconocidos legalmente, puesto que prohíbe el ejercicio de un derecho que el artículo 1730 del Código Civil reconoce al mandatario, al permitirle retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de las cantidades derivadas de la ejecución del contrato, así como de los daños y perjuicios que le haya podido irrogar[80].

79. SANTANA VEGA, D. «Comentario al artículo 465 del Código Penal» en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (directores) *Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2011, p. 1002.

    La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 12 de enero de 1998 (RJ 1998, 43) reconoce únicamente cabe la comisión dolosa del delito, lo que excluye el dolo eventual y el extravío negligente.

80. DEL ROSAL, R. *Normas deontológicas de la Abogacía Española: Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*, Thomson Civitas, Madrid, 2002, pp. 139 y 140. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad civil del Abogado op. cit.* 2019, p. 37 reconoce que la retención de documentación como una forma de autotutela tiene carácter marcadamente excepcional, y no se encuentra previsto para el arrendamiento de servicios pero sí para el de obra, de modo que como afirma este autor no hay óbice para que «*un abogado pueda retener el dictamen elaborado mientras no se le paguen sus honorarios*».

Las normas sectoriales de la Abogacía hacen referencia a la relación entre la retención de la documentación y el no abono de los honorarios profesionales. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha declarado que la solicitud de la venia[81] no excluye el deber de cumplir con la devolución de documentos, de modo que ha afirmado que «*en cuanto a la devolución de expedientes: es clara la obligación de hacerlo por parte de quien –como el demandado– los retiene una vez extinguida la relación contractual de prestación de servicios y si bien la venia es una "regla de cortesía" […] no es una norma que impida el cumplimiento de preceptos del Derecho Civil, ni, mucho menos, que sirva como arma de coacción frente al cliente que, tras la extinción del contrato, precise y se reclame información y devolución de documentación*» [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651)][82].

2.4.2. Contenido, alcance y obligaciones que comporta para el abogado el deber de custodia de la documentación

A efectos del tratamiento de este deber, consideraremos como documentación[83], la proporcionada por el cliente al profesional en cualquier soporte (papel o electrónico) con independencia de su naturaleza (original, copia fotostática, público o privado), dirigida a la defensa de los intereses encomendados.

Para CARRETERO SÁNCHEZ la documentación que puede ser precisa para el desarrollo de la relación jurídica entre profesional y el destinatario del servicio, puede clasificarse de la siguiente manera: *los documentos que fueron entregados por el cliente, los que el abogado recopiló por su propia iniciativa* y *los que el profesional elaboró con su ciencia*[84]. La siguiente cuestión que procede abordar es cuáles de los anteriores están amparados por la prohibición de retención

81. La venia es definida actualmente como *«la comunicación del abogado sustituto al sustituido a través de la cual le informa de dicha sustitución además de pedirle la entrega de la documentación necesaria para poder continuar con el asunto»*. Esta autora reconoce además, que la venia tiene una mayor importancia en relación con el establecimiento de responsabilidades futuras al fijar el momento en el que se produce la sustitución profesional [Cfr. VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA, P. «Derechos y deberes del abogado» en VILLAREAL SUÁREZ DE CEPEDA, P. y MONTERROSO CASADO, E. *Deontología y normativa profesional. Régimen jurídico del abogado,* Ediciones CEF, Madrid, 2019, p. 220 y 221].
82. En relación a la importancia que tiene la entrega de la documentación del cliente cuando finaliza anticipadamente la relación profesional entre el letrado y su cliente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 16 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 245800) condena al letrado que no facilitó al compañero que le sustituyó en la defensa los burofaxes enviados a efectos interruptivos de la prescripción de la acción.
83. El artículo 26 del Código Penal considera como documentación a efectos del Código Penal «*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*».
84. CARRETERO SÁNCHEZ, S. «El derecho del abogado a poder renunciar a su cliente como garantía de su libertad e independencia: (a propósito del caso Diana Quer)» en *Diario La Ley*, n.º 9145, 2018, p. 11 (según numeración del pdf).

estatutaria y deontológicamente reconocida. Es indubitado que la prohibición abarcará necesariamente a los documentos recibidos por el cliente[85], pero se plantean mayores dudas sobre si esa prohibición se hace extensiva a la documentación recopilada o elaborada por el profesional[86]. En mi opinión, no procede realizar una interpretación restrictiva del concepto de documentación sobre el que existe una prohibición de retener, puesto que ello conculcaría el sentido de lo dispuesto en el artículo 38 de la Carta de Derechos de los ciudadanos, que exige que el profesional entregue a su cliente copia de todos los escritos que presente y de todas las resoluciones judiciales relevantes que le sean notificadas –en el mismo sentido, artículo 48.7 del Estatuto General de la Abogacía de 2021–.

La finalización o extinción de la relación contractual no genera *per se* la obligación de devolución de documentación por parte del profesional, ni tampoco la solicitud del desglose de los documentos originales obrantes en el expediente del Juzgado. Para que pueda considerarse que existe una auténtica retención de documentos, el prestatario del servicio ha debido requerir previamente de forma fehaciente al letrado la entrega de la documentación y el profesional negarse reiteradamente a su devolución. De este modo, si el primer requerimiento que efectúa el cliente es a través de un Fedatario Público o por mediación del Colegio de Abogados al que pertenece el profesional y éste efectivamente contesta al requerimiento, la conducta profesional no sería jurídicamente reprobable.

En los casos en los que proceda la entrega o devolución de la documentación relacionada con la prestación del servicio, el profesional deberá hacerla a la persona interesada o al mandatario de ésta debidamente identificado. Es recomendable, además si los documentos son originales, dejar constancia escrita de esta circunstancia, así como de la fecha e identidad de la persona que realiza la retirada[87].

85. DEL ROSAL, R. *Normas deontológicas de la Abogacía Española… op. cit.*, 2002, p. 141 y CARRETERO SÁNCHEZ, S., «El derecho del abogado a poder renunciar a su cliente…» *op. cit.* 2018, p. 11 (según numeración del pdf). En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.ª), de 15 de marzo de 2010 (JUR 2010, 196250) condena al abogado que extravió la documentación entregada por el cliente y que debía acompañar a una demanda ante la jurisdicción laboral.

86. Así, para CARRETERO SÁNCHEZ, S. «El derecho del abogado a poder renunciar a su cliente…» *op. cit.* 2018, p. 11 (según numeración del pdf) la obligación de devolución de la documentación no se hace necesariamente extensiva a la que el profesional haya recopilado o elaborado. En cambio, para DEL ROSAL, R. *Normas deontológicas de la Abogacía Española… op. cit.*, 2002, p. 141 considera que también deben facilitarse al cliente la documentación que el abogado haya obtenido para el mismo a su encargo. Dentro de este tipo de documentación, ejemplifica los siguientes: escrituras públicas, reconocimientos de deuda, declaraciones de voluntad o manifestaciones, recibos u otros.

87. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), de 17 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 33379) considera como indicio de que el cliente no retiró

2.5. EL DEBER DE SECRETO Y CONFIDENCIALIDAD PROFESIONAL

2.5.1. El régimen jurídico aplicable al deber de secreto y confidencialidad profesional

El artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce con rango legal el deber de los profesionales de la Abogacía de guardar secreto profesional cuando afirma que «*los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos*».

La relevancia de este deber profesional resulta manifiesta si se tiene en cuenta que está tutelado desde el ámbito civil y penal. En el primero, la LO 1/1982 incorpora como una «intromisión ilegítima», «*la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*». Por su parte, la vulneración del deber de secreto profesional puede tener también transcendencia penal porque el profesional que incumple su obligación de sigilo o reserva puede incurrir en el delito de revelación de secretos previsto en el artículo 199.2 del Código Penal cuando divulga un secreto que ha adquirido lícitamente sin que sea necesaria la causación de un perjuicio al sujeto pasivo[88]. Más específicamente, se articula también como delito relacionado con el deber de secreto profesional, el desvelamiento por parte del abogado de actuaciones procesales que han sido judicialmente declaradas secretas mediante Auto dictado por el Juez de Instrucción *ex* artículo 466.1 del Código Penal. Si como consecuencia de la infracción penal, se generan unos daños en el cliente, como se ha indicado en el Capítulo 1, podrán aplicarse a la responsabilidad civil *ex delicto*, las normas civiles que resulten de aplicación en lo que no contradigan al régimen establecido en el Código Penal.

Las normas sectoriales que regulan la profesión también se han ocupado de la reglamentación de este deber profesional, debiendo de destacar en este sentido como la reciente aprobación del Código Deontológico de 2019 y el Estatuto General de la Abogacía de 2021 han dotado a este deber –de forma similar– de una prolija reglamentación. En el Estatuto General de la Abogacía

---

la documentación depositada el que el letrado no aportara copia del «recibí» de la documentación por parte del cliente. Sobre la necesidad de dejar constancia de la retirada de documentación CARRETERO SÁNCHEZ, S. «El derecho del abogado a poder renunciar a su cliente…» *op. cit.* 2018, p. 11 (según numeración del pdf) afirma que «*aunque fuera chocante, en un momento dado, sería interesante hacer constar la entrega de los documentos y a la persona o personas que se les entrega y todos los medios de prueba admitidos en Derecho para hacer constar la entrega*».

88. El sujeto pasivo del delito de revelación de secretos profesionales, como reconoce BOLEA BORDÓN, C. «Comentario al artículo 199 del Código Penal» en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. *Comentario al Código Penal,* Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2011, p. 473, no debe limitarse exclusivamente al cliente, sino que se extiende a terceros, a los contrarios y al resto de profesionales intervinientes.

existen distintas alusiones al deber de secreto profesional, en los artículos 21 y ss. del Estatuto General de la Abogacía Española de 2021; en concreto, el Estatuto configura también, como una obligación del profesional mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia con los abogados contrarios, con prohibición de revelarlos o presentarlos a juicio sin su previo consentimiento. [cfr. artículo 23 del Estatuto General de la Abogacía de 2021[89]]. Por su parte, el Código Deontológico de la Abogacía, en su artículo 5, efectúa un tratamiento pormenorizado de este deber, de su contenido y alcance. Por último, el artículo 36 de la Carta de Derechos de los ciudadanos reconoce el derecho «*[…] a que los profesionales que le representen, asesoren o defiendan guarden riguroso secreto de cuanto les revelen o confíen en el ejercicio de estas funciones*».

2.5.2. El fundamento del secreto profesional

Los artículos 22 del Estatuto General de la Abogacía de 2021 y 5.2 del Código Deontológico de la Abogacía reconoce el secreto profesional en una doble condición, como un deber y derecho del profesional. Esta doble configuración del secreto profesional será relevante porque, permitirá dispensar al abogado de dar información protegida por este deber, aunque medie el consentimiento del propio cliente (artículo 5.10 del Código Deontológico de la Abogacía).

El deber de secreto profesional se ha considerado como «*una obligación de orden e interés público que, con fundamento moral y social, nace como consecuencia de un conocimiento adquirido por una persona, en razón o con motivo del ejercicio por la misma de una profesión cuya existencia y desempeño, son necesarios a los miembros de la sociedad en un determinado estado de cultura, en virtud de la cual, el profesional no puede comunicar a otros aquel conocimiento*»[90]. Este deber se encuentra íntimamente relacionado con dos derechos fundamentales de la persona, por un lado, el derecho a la intimidad, en su doble vertiente personal y familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española) y, por otro lado, el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española)[91].

---

89. En el Estatuto General de la Abogacía Española de 2001 se preveía también la posibilidad de aportar esta documentación en juicio también en el caso de que el abogado obtuviera autorización de la Junta de Gobierno del Colegio Profesional.
90. RIGO VALLBONA, J. *El secreto profesional de abogados y procuradores en España,* Bosch, Barcelona, 1988, p. 79.
91. PARDO GATO, J. R. *La relación Abogado-Cliente… op. cit.* 2017, pp. 187 y 188. Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1.ª), de 12 de noviembre de 2001 (ARP 2001, 881) afirma que únicamente a través del secreto profesional «*el cliente puede hablar con libertad y con confianza con su abogado, contándole, narrándole todos los hechos, sean o no delictivos, de tal forma que el abogado, con todos los datos en la mano, pueda plantear de la forma más adecuada la estrategia procesal que crea más conveniente para la defensa de su cliente. Si el cliente no pudiera facilitar a su abogado toda la información de que dispone, ni poner en su conocimiento todos los hechos por temor a que alguno de ellos pudiera*

El letrado, para la adecuada configuración de la estrategia de defensa de su cliente, precisa conocer toda la información relevante que puede condicionar el resultado del proceso. A cambio, el profesional debe garantizar la oportuna reserva sobre la información proporcionada, porque muchos de los datos que comunique el cliente serán por razón de la relación contractual que media entre ambos y no los expondría si no fuera por la concurrencia de una situación de necesidad, que justifica la prestación de los servicios jurídicos. Así, se ha reconocido que el abogado se convierte «*en custodio de la intimidad personal de su cliente y de su inalienable derecho a no declarar contra sí mismo*»[92].

En la línea de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Supremo ha declarado en su Sentencia (Sala 3.ª), de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1633) que el secreto profesional es esencial para la función de defensa jurídica que desarrolla la Abogacía, llegando a calificarse como la «*piedra angular de la Abogacía*» [cfr. Sentencia (Sala 3.ª), de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2643)].

2.5.3. El contenido y alcance del deber de secreto profesional: la dispensa

A renglón seguido, es necesario abordar cuál es el contenido del deber de secreto. Se ha considerado que éste comprende el propio de su ejercicio profesional, lo que incluye las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de los que haya tenido noticia o haya recibido en el ejercicio de su profesión u oficio por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, ya sea el mero asesoramiento o gestión jurídica o bien la defensa letrada ante los Tribunales (cfr. artículo 5.2 del Código Deontológico de la Abogacía Española y artículo 22 del Estatuto General de la Abogacía de 2021)[93]. Así, debe advertirse que es una práctica judicial que los informes que se emiten en el

ser utilizado en su contra, creemos que no se ejercería el derecho de defensa con la extensión, profundidad y plenitud que desea el legislador constitucional cuando dice en el art. 24 que todos tiene derecho a la defensa».

92. ZURITA CARRIÓN, J. «El secreto profesional: razón y límites» en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, J. J. (directores) en *Deontología y práctica de la Abogacía del siglo XXI,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 50.

93. DEL ROSAL, R. *Normas deontológicas de la Abogacía Española… op. cit.*, 2002, pp. 91-93, considera que «*[…] la confidencialidad viene determinada esencialmente por la sensibilidad o naturaleza sensible del contenido del hecho, dato revelado, definida ésta como la capacidad para producir modificaciones o efectos perjudiciales en el entorno jurídico, económico, social o personal del confidente incluidos su dignidad, imagen o crédito*». Según este autor, el carácter objetivo de la confidencialidad hace que esta no sufra modificación si concurren alguna de las siguientes circunstancias a) que los hechos a los que afecte hayan sido divulgados por otras personas, incluso por el propio confidente afectado y pudieran ser considerados "públicos" desde entonces; b) que lo haya hecho el propio abogado defensor con anterioridad de un modo determinado por cualidades especialísimas, y c) que los hechos revelados sean falsos. No obstante, dichas circunstancias pueden modificar la responsabilidad de la infracción del sigilo.

desarrollo de ciertas diligencias especialmente sensibles, como las averiguaciones patrimoniales, las exploraciones de menores en los procesos de divorcio o la incoación de procedimientos sumarios en la jurisdicción penal, incluyan un recordatorio del deber de guardar secreto profesional sobre el contenido de la información proporcionada y sobre la imposibilidad de hacer uso de ésta fuera del procedimiento en el que se ha recabado la información. Están amparadas igualmente por el deber de secreto profesional, las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, aunque sean grabadas –siempre que, medie una advertencia previa sobre esta circunstancia y exista conformidad de todos los intervinientes– [cfr. artículos 23 del Estatuto General de la Abogacía de 2021 y 5.4 del Código Deontológico de la Abogacía].

La obligación de guardar secreto alcanza al abogado y a aquellas personas que de alguna manera colaboren con éste y que, en virtud de su relación profesional, tengan acceso a la información proporcionada por el cliente (cfr. artículos 22.4 del Estatuto General de la Abogacía de 2021, 5.7 del Código Deontológico de la Abogacía Española; 2.3.4 del Código Deontológico Europeo).

El deber de confidencialidad y secreto sobre la información recibida no tiene límite temporal alguno, de modo que se extenderá durante toda la relación obligacional y se prorrogará indefinidamente después del cese de la prestación de los servicios (cfr. artículos 22.5 del Estatuto General de la Abogacía de 2021, 5.8 del Código Deontológico de la Abogacía Española y 2.3.2 del Código Deontológico europeo) y ello aunque el profesional rechace finalmente la dirección técnica del asunto[94] o, posteriormente, cause baja en el ejercicio profesional de la Abogacía, debiendo guardar el secreto profesional sobre las informaciones que conoció en el periodo en el que ejerció la profesión[95].

Si bien el secreto profesional no presenta un límite temporal, es necesario que se prevean ciertos supuestos en los que pueda dispensarse al profesional de mantener el secreto cuando el contenido de éste pueda afectar a otros bienes o derechos también susceptibles de tutela y cuya ponderación sea similar. No obstante, la práctica puede plantear situaciones ambiguas y, en ciertos casos, éticamente cuestionables; por ejemplo, se admite que el letrado pueda

94. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.,* 2001, p. 314.
95. En este sentido, DEL ROSAL, R. *Normas deontológicas de la Abogacía Española… op. cit.*, 2002, p. 89 y PARDO GATO, J. R. *La relación Abogado-Cliente… op. cit.* 2017, pp. 187, 188 y 208 que considera como la referencia al artículo 5.7 del Código Deontológico de la Abogacía *«[…] la citada norma no sujeta dicha obligación a límite temporal alguno, con lo que se prolongaría a lo largo de la existencia del abogado, incluso después de haber cesado en su ejercicio profesional, y con independencia de que pudiera producirse su baja colegial. Esta misma característica de intemporalidad no deja de afectarle aunque hubiese devenido el fallecimiento del cliente, pues su muerte no extinguiría el deber de secreto que le asiste al abogado»*.

vulnerar el secreto profesional para impedir la comisión de un delito futuro, pero no, por ejemplo, la conculcación de este derecho para evitar la condena de una persona que no ha cometido el hecho delictivo porque esta revelación sería contraria al artículo 24 de la Constitución Española[96].

El artículo 5.9 del Código Deontológico de la Abogacía restringe los supuestos de dispensa al «*marco de una información previa, de un expediente disciplinario o para la propia defensa en un procedimiento de reclamación por responsabilidad penal, civil o deontológica*»; de tal forma que, al amparo de lo dispuesto en el precepto, se limitan las dispensas del secreto profesional a los conflictos judiciales entre el profesional y su cliente vinculada fundamentalmente, a la relación jurídica entablada entre ambos.

Por último, se plantea si el profesional de la Abogacía puede conculcar este deber de secreto profesional si el cliente le autoriza expresamente a ello. Este supuesto puede tener cierta relevancia cuando en un proceso judicial posterior del cliente interesa que un abogado declare. En principio, esta posibilidad sería factible, sin perjuicio de que no se le puede obligar a declarar si el profesional no desea hacerlo porque, como se ha indicado al principio, el secreto profesional se articula en la doble vertiente de derecho y deber.

2.6. EL DEBER DE USAR ADECUADAMENTE LA TECNOLOGÍA EN EL DESARROLLO DE LA PRESTACIÓN

En el desarrollo de su actividad profesional los abogados pueden auxiliarse de herramientas tecnológicas y/o de inteligencia artificial que les permitan identificar o priorizar la información relevante, revisar documentación, elaborar escritos procesales, efectuar «análisis predictivos» para vaticinar las posibles respuestas de los órganos judiciales respecto a los cauces jurídicos sobre los que se puede articular la pretensión o, utilizar instrumentos de «búsqueda de respuestas», que son sistemas que permiten analizar múltiples fuentes jurídicas y extraer directamente fragmentos o argumentos para elaborar a partir de ellos una respuesta, todo ello con el objetivo de desarrollar su labor de forma más eficiente o asumir una estrategia procesal que presente más visos de prosperabilidad.

A renglón seguido debe plantearse si existe propiamente un deber del letrado de usar correctamente estas tecnologías en el ejercicio de su profesión. Parece, *a priori*, que la respuesta debe ser positiva porque la utilización de herramientas informáticas se ha integrado como una obligación más, inherente al ejercicio de la Abogacía y prueba de ello es que el Código Deontológico de la Abogacía ha establecido una previsión sobre el empleo responsable y diligente

96. Estos supuestos son objeto de comentario por ZURITA CARRIÓN, J. «El secreto profesional: razón y límites» *op. cit.* 2008, p. 76 y PARDO GATO, J. R. *La relación Abogado-Cliente… op. cit.* 2017, pp. 213 y 214.

de las tecnologías de la información y la comunicación, en su artículo 21, que debe respetar además, la confidencialidad y el secreto profesional[97].

Sin perjuicio del reconocimiento señalado en la normativa deontológica, esta postura a favor de la integración del uso de la tecnología como obligación del letrado puede considerarse *implícitamente* reconocida si tenemos en cuenta que este tipo de herramientas tienen una función auxiliar o asistencial a la labor que desarrolla el profesional y destinada, por tanto, a mejorar la calidad del servicio que ofrecen los profesionales y que en ningún caso los sustituye. Así, si los profesionales asumen voluntariamente adoptar estas herramientas en el ejercicio de su profesión, están comprometiéndose a utilizarlas de modo que no generen ningún tipo de perjuicio en sus clientes.

Además, la normativa procesal ha incorporado de manera explícita el uso de la tecnología en el desarrollo de la profesión porque los abogados tienen, actualmente, la obligación de presentar los escritos por medios telemáticos o electrónicos[98], en los términos establecidos en los artículos 135 y 273 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET (en adelante, RD 1065/2015). De tal forma que, si por un error del sistema no subsanado o por desconocimiento del funcionamiento de éste se produce la caducidad de un plazo procesal, el letrado deberá responder de los daños que por esta causa haya provocado en el prestatario del servicio.

Los errores profesionales vinculados con el uso de sistemas telemáticos o electrónicos han planteado la posibilidad de solicitar un incidente de nulidad de actuaciones por la posible causa de indefensión en el justiciable. Sin embargo, los órganos judiciales son contrarios a su estimación, por ejemplo cuando no se adjuntó un documento a la demanda por un error en el procedimiento de presentación telemática al considerar que «*[…] es preciso dejar constancia de que fue la propia parte la que, pudiendo comprobar con el documento expedido por el sistema Lexnet que sólo 10 de los documentos de los 23 que dijo aportar habían sido adjuntados efectivamente a la demanda, nada dijo sobre el particular, ni*

97. El artículo 21 apartado primero y segundo del Código Deontológico de la Abogacía dispone que «*el uso de las tecnologías de la información y la comunicación no exime de cumplir las normas deontológicas que regulan la Código Deontológico de la Abogacía Española 40 profesión ni las obligaciones que imponen las reguladoras de la sociedad de la información. Se debe hacer uso responsable y diligente de la tecnología de la información y la comunicación, debiendo extremar el cuidado en la preservación de la confidencialidad y del secreto profesional*». Es preciso advertir que este precepto no tenía un homólogo en el Código Deontológico de la Abogacía aprobado por el pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 27 de septiembre de 2001.

98. Sobre los problemas prácticos que plantea el uso de estos medios telemáticos, puede verse, PÉREZ UREÑA, A. A. «La presentación de escritos vía LexNET ventajas y problemas que genera desde la perspectiva del Abogado» en *Práctica de Tribunales*, n.º 131, 2018.

siquiera cuando la representante de la aseguradora hizo notar que faltaba alguno de aquéllos» [Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7.ª), de 9 de noviembre de 2017 (AC 2017, 1476)] o porque el propio sistema rechazó el envío del escrito procesal como ocurre por ejemplo en el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5.ª), de 28 de abril de 2017 (JUR 2017, 162297).

Por otro lado, los órganos judiciales también han tenido que resolver supuestos en los que se han producido errores en la comunicación de resoluciones judiciales entre la Administración de Justicia y los profesionales intervinientes en el proceso. Recientemente, el Tribunal Constitucional (Pleno) en su Sentencia de 17 de enero de 2019 (RTC 2019, 6) ha declarado que la no recepción de un aviso telemático no exonera a los profesionales jurídicos de su obligación de consultar diariamente el buzón de la aplicación de Lexnet, al no suponer una carga desproporcionada para éstos habida cuenta de que pueden acceder a la plataforma a través de distintos dispositivos electrónicos.

La inclusión del deber del abogado de conocer el manejo de herramientas tecnológicas en la prestación de sus servicios ha supuesto una ampliación de la «*lex artis*» o del surgimiento de una «*lex artis ad hoc*» cuando el profesional está trabajando con herramientas tecnológicas, porque la correcta actuación profesional en estos casos requerirá que revise las actuaciones en las que ha utilizado estos instrumentos.

Capítulo V

El daño como presupuesto de la responsabilidad civil: en especial el daño en la responsabilidad civil del letrado

1. EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL LETRADO: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el ámbito de la responsabilidad civil del abogado el presupuesto que resulta especialmente controvertido es la configuración que debe efectuarse del daño[1] porque a través de la articulación de este presupuesto se ha pretendido dar respuesta al principal obstáculo que presenta esta materia, esto es, la incertidumbre sobre si la actuación del profesional ha provocado la frustración de la pretensión del cliente en el proceso.

Por ese motivo para adentrarnos en el estudio de este elemento en el ámbito de la responsabilidad civil de los abogados debemos comenzar describiendo

1. La dificultad de configurar el daño en la responsabilidad civil del abogado es reconocida por toda la Doctrina, puede destacarse al respecto, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. «La responsabilidad civil del abogado» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 1, 2008, p. 43 quien reconoce que en esta materia *«[…] a los problemas previos de existencia o no de culpa, se añade la dificultosa cuestión de cuál ha sido el daño sufrido por el demandante*», también, ORTEGA REINOSO, G. «La prosperabilidad de la acción frustrada, criterio delimitador del daño y de su cuantificación en la responsabilidad contractual del Abogado» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* n.º 747, 2015, p. 451; CHAPARRO MATAMOROS, P. «Nuevas perspectivas de la Responsabilidad Civil del Abogado» en *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho*, n.º 174, 2015, p. 28 o LLAMAS POMBO, E. *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pp. 203 y 204 destaca como una de las peculiaridades de la responsabilidad civil del Abogado «*la dificultad de precisar cuándo estamos en presencia de un daño antijurídico, y en qué condiciones se puede imputar causalmente el mismo al abogado, y no a otras causas exóticas a la relación profesional (particularmente, la propia autonomía de la actividad judicial»*. En esta línea, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del abogado… op. cit.* 2005, p. 358 y SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, pp. 215 y 216 ponen de relieve la dificultad que supone la admisión de responsabilidad en el abogado si el daño se configura como la pérdida de la pretensión o la obtención de un resultado desfavorable en el procedimiento judicial.

sucintamente la actual articulación que del daño efectúan los órganos judiciales y la doctrina, así como de los métodos de valoración utilizados para su cuantificación. Esta clasificación que se ha efectuado analizando, fundamentalmente, las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo en el periodo comprendido entre 2005 y 2020, es necesaria en un triple sentido, en primer lugar, para señalar los factores que dificultan el reconocimiento de responsabilidad civil en la actuación de los profesionales; nos permitirá, además, ahondar en la adecuación o inadecuación de estas categorías conforme a la configuración que, con carácter general, se efectúa del daño en la responsabilidad civil y, por último, nos servirá de base para, en caso de que sea insatisfactoria la solución actual, reconfigurar el daño.

1.1. EL DAÑO PATRIMONIAL PURO

El daño patrimonial se vincula con aquellos perjuicios que sufre el cliente en la esfera de su patrimonio, entendido como el conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial. Este tipo de daños se reconocen en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado de forma muy limitada en tres tipos de supuestos:

A) Cuando la pretensión del cliente es de naturaleza patrimonial y no existe ningún tipo de incertidumbre respecto a la vinculación causal entre el daño y el incumplimiento profesional

Los casos paradigmáticos que responden a este supuesto son aquéllos en los que existe una resolución administrativa o judicial que ha reconocido un derecho de crédito a favor del cliente, pero que no llega a hacerse efectivo por un comportamiento negligente del profesional. También se identifica el perjuicio con la pretensión del cliente, en lo que se ha calificado como pretensiones «gemelas» o «mellizas»[2]. Bajo este término se agrupan los casos en

2. Esta denominación es utilizada por GONZÁLEZ FERRER, J. J. e YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, J. «La indefensión ocasionada por error del abogado» en *OTROSí, publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid.* n.º 37, 2002, p. 37.

   Un supuesto de pretensiones «gemelas» o «mellizas» puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3761) cuando reconoce que *«La cuantía de las indemnizaciones por daño patrimonial ha de ser la reclamada en la demanda […] por coincidir con la que, con toda seguridad, habrían obtenido si, debidamente aconsejados por el abogado demandado hubieran formulado a tiempo reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración, como sucedió con los perjudicados por el mismo siniestro que sufrieron el mismo daño que los hoy demandantes»*. También, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) que resuelve un caso en el que se promueven cuatro expedientes de tercería de mejor derecho que son desestimados en primera instancia y se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. En tres de ellos, el Procurador no se persona por lo que son declarados desiertos mientras que, en el que se persona, es estimado por la Audiencia Provincial.

los que hay varias personas que tienen idénticas pretensiones y los procesos en los que no ha habido negligencia profesional desembocan en una resolución favorable para la parte, mientras que, en los que sí ha existido, la pretensión resulta frustrada.

Los supuestos reseñados en los que existe una resolución administrativa o judicial en la que se reconoce el derecho de crédito del cliente y el profesional, con su actuar negligente, frustra la posibilidad del cobro de esos derechos que ya formaban parte de su patrimonio o, en los que se constatan pretensiones «gemelas» o «mellizas», el daño patrimonial sufrido se identifica con la pretensión económica del procedimiento principal, por estimar que, en esos casos, no existe incertidumbre sobre el resultado del proceso, si no una marcada «*seguridad de éxito*» de la pretensión que justifica su identificación con el perjuicio resarcible[3].

En estos casos los órganos judiciales cuantifican el daño resarcible en el montante económico determinado por la resolución administrativa o judicial cuya ejecución ha resultado frustrada por la actuación negligente del profesional o, en la resolución «gemela» o «melliza» que declara la admisibilidad de su derecho.

B) Los gastos derivados del proceso

Esta partida comprende la cuantía de las costas procesales y el reembolso, en su caso, de los honorarios abonados a los profesionales intervinientes

Para PADILLA, R. *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del Abogado*, Reus, Madrid, 2013, pp. 352 y ss., los supuestos en los que no existe ninguna incertidumbre respecto a la causación del daño no los considera como un «daño patrimonial» sino como una «privación de la pretensión» modalidad diferente pero incluida dentro de la «pérdida de chances». En contraposición, en una postura que suscribo, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del abogado… op. cit.* 2005, pp. 360-364 considera que si bien con carácter general, no puede identificarse la «privación de la pretensión» como un daño, sí que podrá hacerse cuando pueda asegurarse la prosperabilidad de la acción o del recurso. Esta certeza, es predicable en los supuestos en los que hay una declaración judicial o administrativa previa del derecho de crédito del cliente y en los casos de pretensiones «gemelas» o «mellizas».

3. Cfr. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del abogado… op. cit.* 2005, pp. 362 y 363, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, pp. 279-281, YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del Abogado op. cit.* 2019, p. 143; MONTERROSO CASADO, E. «La responsabilidad civil del Abogado» *op. cit.* 2016, p. 76 o, TRIGO REPRESAS, F. A. *Responsabilidad civil del Abogado op. cit.* 1991, pp. 177 y 178.

A nivel jurisprudencial se identifica el perjuicio causado con la pretensión final del procedimiento entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357), de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587), de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1.ª), de 31 de julio de 2015 (JUR 2015, 274309), de la Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª), de 10 de mayo de 2018 (AC 2018, 1407).

en el proceso, incluidos los peritos en el caso de que su intervención fuera necesaria[4].

Para que las costas procesales puedan considerarse como un perjuicio resarcible en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado, su imposición debe encontrarse causalmente vinculada con la negligencia profesional. Por ese motivo su admisión como perjuicio resarcible debe ser valorada en el caso concreto[5], porque no siempre podrá conectarse con la actuación profesional, sino que también puede obedecer a la perseverante voluntad del cliente de que su pretensión acceda a los Tribunales, llegando a considerarse que se trata de un daño indemnizable de carácter «excepcional», atendida la dificultad de poder establecer la relación de causalidad señalada [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 22 de abril del 2013 (RJ 2013, 3690)[6]].

Los órganos judiciales han reconocido las costas procesales como perjuicio resarcible, al entender que concurre una conexión causal entre la negligencia y su imposición, cuando se imponen por los defectos de forma de los que adolecía el recurso presentado [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.ª), de 6 de febrero de 2009 (AC 2009, 404)] o cuando ha quedado verificado que la cuantía elevada de las costas procesales estaba vinculada al desconocimiento del abogado de la Jurisprudencia consolidada sobre la determinación de la cuantía del procedimiento principal [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3.ª), de 13 de abril del 2011 (AC 2011, 1934)].

Por otro lado, se cuestiona también si se pueden reclamar como daño los honorarios profesionales. Las resoluciones judiciales que abordan esta cuestión son escasas porque es una partida que no suele solicitarse en las reclamaciones por responsabilidad profesional aunque, si se solicita, de forma bastante generalizada se admite[7]. Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida entre

4. La configuración de estos gastos como un daño patrimonial es reconocida CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. «La indemnización por daños y la problemática de su cuantificación (cuestiones escogidas)» en *Actualidad Civil*, n.º 4, 2003, p. 1118; SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 326; TRIGO REPRESAS, F. A. *Responsabilidad civil del Abogado op. cit.* 1991, pp. 176 y 177.
5. MOREO ARIZA, J. «La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del Abogado» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 1, 2007, p. 20.
6. El Tribunal Supremo consideró en esta resolución (RJ 2013, 3690), que *«la indemnización de abonar el importe de las costas se adopta no por entender que consista en los daños y perjuicios, sino como forma de calcular el daño moral […] Entonces, estimando producido un daño moral, y como medio de valoración, se utilizó el criterio del pago de las costas, pero siempre con matizaciones, lógicas para evitar el fraude».*
7. Se muestran partidarias a la indemnización de los honorarios devengados por los profesionales en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 de junio de 2004 (RJ 2004, 3629), que indemniza como daño patrimonial generado por un procurador, los gastos ocasionados a la actora por un procedimiento inútil, que ha obligado a ésta a formularlo

los autores partidarios de considerar que los honorarios pueden constituir un «daño indemnizable» y otros que consideran que se trata de un concepto vinculado al incumplimiento contractual y que debería de canalizarse mediante el remedio de «cumplimiento por equivalente» por identificarse con el valor de la pretensión[8].

Los órganos judiciales determinarán el *quantum* indemnizatorio de estas partidas, sobre la base de las cantidades abonadas a cuenta por el cliente o atendiendo al importe establecido en las facturas proforma[9].

C) Los daños derivados de la incorrecta liquidación de impuestos

En los casos en los que el objeto de la encomienda profesional del letrado es el asesoramiento y/o liquidación de obligaciones tributarias del cliente, los órganos judiciales admiten también como daño patrimonial indemnizable las repercusiones económicas que la negligente actuación profesional ha generado al prestatario del servicio. En los casos de asesoramiento en materia fiscal, se ha admitido como daño indemnizable, la cuantía de la liquidación no efectuada, los recargos e intereses. En contraposición, cuando el encargo se circunscribe a la liquidación de impuestos, el perjuicio indemnizable incluye, además, el importe de las sanciones que la Agencia Tributaria le hubiera impuesto al prestatario[10].

---

de nuevo, en tanto que podría hacerlo, porque la desestimación de la pretensión se debió a falta de legitimación activa, por tanto, no jugó, la autoridad de cosa juzgada, o la de 14 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2093). En contra de esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7649) admite que «*La retribución es un derecho del Letrado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir por negligencia, derivándose de esta falta de diligencia la obligación de resarcir los perjuicios causados a aquella persona a quien el perjuicio se hubiera producido […]*».

8. A favor de que los honorarios del abogado sean considerados una partida indemnizable se muestran, entre otros, PADILLA, R. *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del Abogado op. cit.* 2013, p. 285. Por su parte, SERRA RODRÍGUEZ, A., *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.*, 2001, pp. 325 y 326 y CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del abogado… op. cit.* 2005, p. 408 consideran que en caso de negligencia deben restituirse los honorarios profesionales abonados pero no indican claramente si es una partida reclamable *ex* artículo 1101 del Código Civil o una consecuencia de la resolución contractual. En contraposición, mantienen que los honorarios profesionales no deben constituir una partida indemnizable, CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1106 del Código Civil» *op. cit.*, 1989, p. 680 quien entiende que no puede constituir un daño el coste que el acreedor ha abonado para la satisfacción de su derecho; de forma más específica en materia de responsabilidad civil del abogado YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del Abogado op. cit.* 2019, pp. 131 y 132 mantiene que no existe derecho a cobrar honorarios cuando ha existido negligencia en el servicio prestado al derivarse esta consecuencia del sinalagma obligacional.
9. Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 27 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7423), de 28 de abril del 2005 (RJ 2005, 3646) y de la Audiencia Provincial de Jaén (Sala 1.ª), de 21 de mayo de 2019 (JUR 2019, 238209).
10. Por todas, Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019, 114672); de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª),

1.2. EL DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

En la responsabilidad civil del abogado los órganos judiciales han introducido la «teoría ontológica» de la pérdida de oportunidad para articular como perjuicio imputable al profesional, el menoscabo sufrido por el cliente consistente en la imposibilidad de obtener un beneficio para su patrimonio[11]. Este daño indemnizable se articula con carácter subsidiario cuando no existe otra vía para la reparación de los perjuicios ocasionados.

El supuesto de hecho al que se le aplica esta teoría en sede de responsabilidad civil del abogado, lo conforman aquellos casos en los que la probabilidad de que el cliente obtenga una respuesta judicial estimatoria no son insignificantes, sino que tienen posibilidades serias y reales, pero tampoco suficientes para afirmar la existencia del nexo causal conforme a la teoría causal tradicional[12].

En el estudio jurisprudencial efectuado sobre el de daño por pérdida de oportunidad procesal se ha apreciado como, dependiendo del tipo de actuación negligente y del contenido de la pretensión del cliente, los órganos judiciales han calificado el daño como patrimonial o moral.

A) El daño patrimonial por pérdida de oportunidad procesal

Este daño se reconoce cuando la actuación negligente priva al cliente de la posibilidad de que el órgano judicial pueda estimar sus pretensiones en el seno del proceso judicial.

Los órganos judiciales han calificado como daño patrimonial la pérdida de oportunidad procesal en los supuestos de prescripción de acciones que

---

de 27 de junio de 2018 (JUR 2018, 230183); de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª), de 2 de mayo de 2018 (JUR 2018, 129228); de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª), de 28 de noviembre de 2016 (JUR 2017, 29962). Excepcionalmente, hay alguna resolución como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª), de 28 de febrero de 2018 (JUR 2018, 88580) en el que el daño se configura como una privación del derecho de acceso al recurso porque el letrado no interpuso el oportuno remedio procesal frente a una liquidación y sanción tributaria.

11. Sobre la teoría ontológica aplicada a la pérdida de oportunidad puede verse MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños públicos y privado,* Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 349 y ss. sostiene que según esta teoría ontológica, la pérdida de oportunidad se presenta como el menoscabo de un bien distinto del que representa la ventaja final; de modo que, la oportunidad favorable constituye un bien autónomo, susceptible de ser valorado económicamente y su destrucción constituye un daño cierto y efectivo.
12. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) reconoce que «*la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas*». En este sentido también, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 230; MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 89.

tienen un contenido económico inherente [Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971) y de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3761)], cuando el profesional ha privado al cliente de la posibilidad de interponer un recurso ante una resolución desfavorable [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 8 de octubre de 2013 (RJ 2013, 6913)], pero también cuando se ha producido una frustración de una ganancia económica derivada de la no aplicación de los conocimientos jurídicos [Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 22 de abril del 2013 (RJ 2013, 3690) y de 14 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7440) y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª), de 27 de junio de 2018 (JUR 2018, 230183)].

B) La pérdida de oportunidad procesal como daño moral

La configuración del daño por pérdida de oportunidad como daño moral se reconoce en las resoluciones judiciales, actualmente, de modo residual porque se considera que la subsunción dentro de la categoría de estos daños no resulta adecuada[13]. No obstante, se ha aceptado como tal, cuando la actuación del abogado imposibilita a su cliente el acceso a los Tribunales para que estos puedan pronunciarse sobre sus intereses [Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 17) y de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª), de 19 de enero de 2004 (AC 2004, 9), de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.ª), de 7 de julio de 2008 (JUR 2008, 337026)] o cuando se le priva de la posibilidad de interponer un recurso frente a una resolución contraria a su pretensión [Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532), de la Audiencia Alicante (Sección 5.ª), de 16 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 349964), de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.ª), de 2 de junio de 2009 (JUR 2009, 377943)].

13. A este respecto, PARRA LUCÁN, M. A. y REGLERO CAMPOS, L. F. «Responsabilidad civil de los profesionales del Derecho» *op. cit.* 2014, p. 492 advierten que *«no parece técnicamente correcto inscribir el concepto "pérdida de oportunidad" dentro del más genérico "daño moral" […] la "pérdida de oportunidad" debe tener contenido fundamentalmente patrimonial, pues de otra manera habría que indemnizar por pretensiones no ya con esas, sino con nulas probabilidades de éxito o manifiestamente infundadas»*.

También crítico con la configuración de la pérdida de oportunidad como daño moral se muestra XIOL RÍOS, J. A. «El daño moral y la pérdida de oportunidad» *en Revista Jurídica de Catalunya,* n.º 1, 2010, p. 13 por entender que se hace un uso artificioso porque «*mediante esta justificación se logra salvar los inconvenientes derivados de la falta de nexo de causalidad, pues se admite la existencia de un daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidades. El concepto de pérdida de oportunidad desenvuelve, por consiguiente, un papel auxiliar, encaminado a desempeñar una función instrumental para la determinación del importe de la indemnización por daño moral con arreglo a un criterio de proporcionalidad. En una palabra, la falacia daño moral/pérdida de oportunidad no plantea, en realidad, una verdadera alternativa, sino que se funda en considerar que (a) la pérdida de oportunidades constituye en sí misma un daño moral; (b) la indemnización debe fijarse proporcionalmente al grado de probabilidad de obtención del resultado beneficioso*».

C) La valoración de la oportunidad perdida

La valoración del daño por pérdida de oportunidad exige que los órganos judiciales realicen un análisis de las efectivas probabilidades de éxito de la pretensión. Esta operación tiene un doble objetivo consistente en, por un lado, dotar al daño de certeza que justifique su resarcimiento porque, únicamente, se podrá afirmar este carácter del daño si la probabilidad de que el cliente obtuviera una respuesta judicial estimatoria fuera seria y real; y, por otro lado, esta operación permite también, fijar el *quantum* del menoscabo[14].

En la doctrina se hace referencia a dos tipos de métodos para la valoración de este tipo de daños, el «*juicio dentro del juicio*» y el «*método estadístico*», aunque en la práctica, los órganos judiciales, se decantan por la aplicación del primero de ellos.

El método del *«juicio dentro del juicio»* exige que el órgano judicial realice una valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto en el que se ha producido la negligencia profesional para valorar las posibilidades de éxito de la pretensión frustrada. Este criterio, que es el mayoritariamente utilizado por los órganos judiciales para la estimación del daño en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado, no está exento de críticas[15]. Entre ellas, se alude a la imposibilidad de emitir un juicio exacto sobre el proceso frustrado porque el Juez no tiene a su disposición toda la eventual prueba que se habría practicado en el procedimiento, ni tampoco se acomoda esa valoración al principio de contradicción, de modo que se ha considerado que genera una revisión distorsionada del que habría sido el resultado del proceso por la ausencia de alegaciones de las partes [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 323)]. Otro de

14. Para algunos autores, en el cálculo del *quantum* indemnizatorio se debe tener en cuenta la cuantía litigiosa para determinar el daño causado, es exigido por SERRA RODRÍGUEZ, A. «La responsabilidad civil de abogados y procuradores» *op. cit.,* 2012, p. 293.

15. Si bien este sistema de valoración judicial es el más utilizado en este tipo de daños, hay resoluciones judiciales que critican su uso al entender que «*resulta totalmente imposible saber sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisible terreno de las conjeturas cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados recursos»* [Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 22 abril de 2013 (RJ 2013, 4941), de 25 junio de 1998 (RJ 1998, 5013), de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871)]. Por su parte, MEDINA ALCOZ, L. «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria» en GASCÓN ABELLÁN, M.; GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (coordinadores) *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 548 critica las resoluciones que rechazan la realización de un «juicio dentro del juicio» porque considera que «*están vulnerándose reglas basilares del Derecho procesal y de la institución resarcitoria que obligan al juez a pronunciarse en torno a la concurrencia del nexo causal a través de un examen retrospectivo del que resulten las probabilidades de que el hecho ilícito generara el menoscabo*».

los argumentos críticos sobre este sistema de valoración es la posible vulneración del principio de cosa juzgada, por lo que, para evitar este efecto, la Profesora SERRA RODRÍGUEZ propone que los tribunales se limiten a efectuar un análisis de la posición del perjudicado semejante a la que se realiza para determinar el lucro cesante sin enjuiciar exhaustivamente las pretensiones de las partes[16].

Este sistema de valoración plantea la duda de si su finalidad es determinar exclusivamente la admisibilidad judicial de la demanda o si debe servir para fijar el *quantum* indemnizatorio según el porcentaje de prosperabilidad de la acción. Si se opta por la primera opción y la operación arroja un resultado estimatorio, la indemnización deberá coincidir con el valor de la petición frustrada. Por el contrario, la segunda opción –que es la que tiene mayor peso en la práctica de los Tribunales y también la que considero más adecuada– permite concretar la indemnización atendiendo al porcentaje de prosperabilidad que presenta la pretensión fallida. Por tanto, las que presentan una mayor probabilidad de ser atendidas recibirán una indemnización superior que las menos factibles.

Los órganos judiciales suelen cifrar el umbral para apreciar la certeza del daño por pérdida de oportunidad y, por tanto, de la obligación de indemnizar el daño, en un 50% de prosperabilidad de la pretensión[17]. En estas estimaciones los tribunales no suelen motivar los criterios que utilizan para la fijación del porcentaje y, en las que se ha hecho, se ha aludido fundamentalmente, a las circunstancias del caso y al principio de proporcionalidad entre la importancia del daño y la cuantía solicitada[18].

El *método estadístico* por su parte, consiste en averiguar el porcentaje de éxito obtenido en reclamaciones judiciales de naturaleza análoga. Es decir, este sistema efectúa un estudio comparativo del sentido estimatorio o desestimatorio de las resoluciones judiciales que permita dilucidar el previsible resultado que hubiera tenido la pretensión en el seno del proceso judicial. Si la conclusión es que este tipo de pretensiones son mayoritariamente desestimadas, se considerará que el cliente no perdió una oportunidad susceptible de resarcimiento. En cambio, si con carácter general, han sido estimadas, podrá

16. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 243.
17. En concreto, se ha reconocido ese porcentaje del 50%, en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª), de 11 de julio de 2019 (JUR 2019, 246910), de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª), de 28 de junio de 2019 (JUR 2019, 214398) o (Sección 4.ª), de 3 de mayo de 2019 (JUR 2019, 175286). Mayor porcentaje de posible estimación aprecian las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª), de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019, 191137) y de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), de 22 de marzo de 2019 (JUR 2019, 1328).
18. Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971) y de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), 22 de marzo de 2019 (JUR 2019, 1328).

apreciarse una pérdida de probabilidad suficiente que deberá ser objeto de tutela resarcitoria[19].

Este método tiene como principal limitación la dificultad de encontrar supuestos de hecho idénticos y la posible diferencia de resultado en el procedimiento ante una leve variabilidad fáctica. Si bien este método estadístico como sistema de valoración en sede judicial en la actualidad no posee mucho predicamento por las dificultades expuestas, así como por la laboriosidad que supone la realización de ese estudio estadístico[20], considero que en un futuro cercano puede adquirir una mayor virtualidad gracias a las herramientas de inteligencia artificial destinadas a detectar tendencias en la actuación de operadores jurídicos mediante la realización, si se siguen desarrollando, de «análisis predictivos».

En los casos en los que la pérdida de oportunidad se califica como un daño moral se plantea si la valoración económica del daño debe efectuarse mediante los sistemas expuestos («juicio dentro del juicio» o «método estadístico») o, por el contrario, debe ser valorado, como en el resto de los supuestos de los daños morales, conforme a los criterios de equidad y al prudente arbitrio del tribunal.

En la práctica, algunas resoluciones judiciales mantienen el criterio de averiguar las probabilidades de éxito de la ventaja como fórmula para determinar el *quantum* indemnizatorio, de modo que, la calificación del daño por pérdida de oportunidad como extrapatrimonial no afecta al sistema de valoración del daño, es el caso, por ejemplo, de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.º), de 29 de marzo de 2019 (JUR 2019, 165315) y de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª), de 11 de marzo de 2019 (JUR 2019, 106576)[21]. Por el contrario, hay otras resoluciones que optan por cuantificar este perjuicio siguiendo el criterio propio de los daños morales, esto

19. Sobre este sistema para la valoración de la existencia de probabilidades que acrediten un daño indemnizable en sede de responsabilidad civil del letrado, puede verse, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, pp. 230 y 231.
20. En las resoluciones analizadas para este trabajo no se han identificado pronunciamientos judiciales que utilicen este sistema de valoración.
21. En ambos casos, el daño se configura como la pérdida de oportunidad procesal y atendida a la alta probabilidad de éxito que tenían se identifican con la cuantía del procedimiento principal. En concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (JUR 2019, 106579) señala que para la determinación de la indemnización es necesario «*tomar en cuenta para su fijación la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado, que exigirá "el examen racional y ponderado de las circunstancias, aun obrando dentro de un margen de aproximación, pero siempre con base en un fundado juicio de probabilidad cualificado" […] pues ninguna contradicción existe en examinar por parte de la Sala, como único medio de aproximarse a los concretos daños y perjuicios, prosperabilidad de la demanda, y que con ello no se pretende sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible, y que al mismo tiempo se valore como indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante*».

es, mediante una valoración a tanto alzado. Este sistema se ha utilizado entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 8 de abril del 2003 (RJ 2003, 2956)[22].

1.3. EL DAÑO MORAL POR PRIVACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Los órganos judiciales califican como daño moral el sufrido por el cliente cuando la actuación profesional le priva de que las pretensiones sean examinadas por el órgano judicial competente y no pueden ser reiteradas en un proceso posterior. Esta privación se produce cuando, por razones de prescripción o de caducidad de la acción o por el instituto de la «cosa juzgada», el profesional con su negligencia genera una indefensión jurídicamente relevante al prestatario de su servicio. En estos casos se identifica el daño con la privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que es reconocido a «*toda persona*» en el artículo 24 de la Constitución Española y que, por tanto, integra su patrimonio jurídico.

A la vista de lo expuesto en las líneas precedentes, se advierte cómo en ocasiones una misma actuación profesional negligente, por ejemplo, la falta de personación del profesional de la Abogacía en un recurso de apelación es configurada según el órgano judicial como un «daño moral por pérdida de oportunidad procesal» [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª), de 16 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 349964)] y, en otros casos, como un «daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva» [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011, 4250)].

La doctrina mayoritaria y las resoluciones de los órganos judiciales parece que se han decantado como criterio para diferenciar estos supuestos dudosos por el de la prosperabilidad de la pretensión procesal. Cuando se aprecie que hay unas oportunidades serias y reales de que la demanda prosperara se articulará como un «daño moral por pérdida de oportunidad», mientras que cuando las posibilidades sean dudosas se identificará el perjuicio con el «daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva».

El daño moral suele ser indemnizado a través de una cantidad a tanto alzado que determina el órgano judicial. Este método de valoración presenta

22. El Tribunal Supremo (RJ 2003, 2956) considera que «*parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina "pérdida de oportunidad" que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quién por la impericia o la falta de diligencia del Abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos. Para la adecuada reparación de dicho daño moral, a la vista de las diversas instancias a las que ha debido recurrirse durante un prolongado período de tiempo parece adecuado fijar en tres millones de pesetas (3.000.000) la indemnización solicitada*».

como principal beneficio el que no identifica el *quantum* indemnizatorio con la cuantía de la pretensión del procedimiento principal, de modo que se evita el riesgo de que, por la vía de la *mala praxis* profesional, se busque el resarcimiento de la petición procesal frustrada. Sin embargo, plantea como principal desventaja la falta de determinación por los órganos judiciales de los parámetros que se han utilizado para fijar la cuantía indemnizable, aludiendo en sus resoluciones el uso de parámetros generales como la equidad, la facultad moderadora de los Tribunales o el prudente arbitrio judicial.

1.4. EL DAÑO MORAL DERIVADO DE LA AFECTACIÓN PSÍQUICA DEL CLIENTE

Este tipo de daños vinculados al sufrimiento o zozobra que padece el cliente con ocasión de la actuación culposa del profesional son reconocidos de forma muy excepcional en las reclamaciones por responsabilidad civil contra los abogados.

Los órganos judiciales han identificado este daño moral con la situación de agobio, ansiedad e incomodidad que sufrió una clienta por la falta de apoyo económico en una situación de crisis conyugal generada por la demora del letrado en interponer la correspondiente demanda para solicitar una pensión compensatoria a su favor[23] [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 4 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 18363)] o, por la zozobra e incertidumbre derivada de tener que emprender una vía cuyo resultado era altamente incierto mientras que otros perjudicados hacía años que habían obtenido la indemnización de sus daños [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3761)].

También se ha considerado constitutiva de daño moral, la frustración personal sufrida como consecuencia de la imposibilidad de que los clientes obtuvieran una resolución judicial sobre el fondo del asunto [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.ª) de 13 enero del 2000 (AC 2000, 154)], o por el fracaso de su expectativa de acusar a quien atentó gravemente contra su vida [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 9 marzo de 2011 (RJ 2011, 4250)]. En esta línea, el Profesor GÓMEZ POMAR ha considerado que, en el daño generado por el abogado en ocasiones puede concurrir un componente moral distinto del patrimonial, basado en «*el valor de la tutela judicial*» o, en el «*valor del sentimiento de triunfo*», consistente en los términos de utilidad positiva que comporta el vencer públicamente a la contraparte procesal, es decir, la apreciación subjetiva de la posibilidad de victoria en juicio[24].

23. PADILLA, R. *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del Abogado op. cit.* 2013, p. 283 califica estos daños de «daños moratorios» por ser consecuencia de la demora injustificada y de la tardanza en la ejecución del encargo profesional.
24. Cfr. GÓMEZ POMAR, F. «Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral» en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, 2003, p. 6

Los órganos judiciales emplean también, para la estimación indemnizatoria de estos daños, el criterio de valoración a tanto alzado, pudiendo reproducir en este punto las consideraciones que al efecto se han realizado en el apartado anterior.

1.5. LA DUALIDAD DE DAÑOS: EL DAÑO PATRIMONIAL Y EL DAÑO MORAL

Bajo esta denominación se agrupan los supuestos en los que las resoluciones judiciales reconocen simultáneamente que la actuación negligente del abogado ha causado un daño patrimonial configurado como puro o como pérdida de la oportunidad procesal y, otro de naturaleza moral, vinculado bien a la «*privación del derecho a la tutela judicial efectiva*», bien a «*padecimientos de índole psíquica vinculados al proceso*».

La admisión de esta opción obliga a plantearse si el daño moral y el daño patrimonial deben englobarse en una sola figura legal o configurarse como elementos diferentes. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia se muestran a favor de esta segunda postura atendiendo a la distinta finalidad que tienen unos y otros, porque los daños morales están destinados a proporcionar una satisfacción a la víctima, mientras que los patrimoniales pueden ser propiamente resarcidos[25]. Por tanto, se reconoce que un mismo hecho dañoso puede generar simultáneamente daños materiales y morales cuando afectan a una esfera distinta del individuo[26].

En sede de responsabilidad civil del abogado son escasas las resoluciones judiciales que reconocen simultáneamente ambos tipos de daño. A modo

(según numeración del pdf). No obstante, este autor reconoce que el *«valor de la tutela judicial»* y el «*valor del sentimiento de triunfo*» «*tienen menor incidencia que los patrimoniales (lo ventilado en el pleito) en las funciones de utilidad de los litigantes decepcionados, por lo que el énfasis (exclusivo, o casi, en el caso del Tribunal Supremo) en los primeros no parece la mejor forma de abordar y solucionar la indemnización por pérdida de oportunidades procesales*».

25. En este sentido puede verse, MACÍA GÓMEZ, R. «La dualidad del daño patrimonial y del daño moral» en *Revista de responsabilidad civil y seguro*, n.º 36, 2010, p. 22.

26. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5.ª), de 17 de marzo de 2016 (TJCE 2016, 58) resolviendo una cuestión prejudicial del Tribunal Supremo en materia de compatibilidad del reconocimiento de daño moral y patrimonial en supuestos de vulneración de derechos de propiedad intelectual reconoció la posibilidad de reclamar simultáneamente ambos daños, al destacar que: *«la Directiva 2004/48 debe interpretarse en el sentido de que permite al perjudicado, por la violación de su derecho de propiedad intelectual que reclama, una indemnización del daño patrimonial calculada, con arreglo al párrafo segundo, letra b), del apartado 1 de este artículo, sobre la base de licencias hipotéticas, reclamar además la indemnización del daño moral tal como está prevista en el apartado 1, párrafo segundo, letra a), de dicho artículo»*.

    En sede de responsabilidad civil del abogado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª), de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019, 191137) reconoce expresamente, la compatibilidad de indemnizar daños patrimoniales y morales por un mismo hecho dañoso.

ejemplificativo, puede señalarse el reconocimiento de un daño patrimonial identificado con el valor de la pretensión y un daño moral por sufrimiento de cliente en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3761) o, un daño patrimonial consistente en la devolución de la provisión de fondos o de los honorarios profesionales devengados y un daño moral por privación de las expectativas procesales o del derecho a recurrir [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 28 de abril del 2005 (RJ 2005, 3646) y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.ª), de 6 de febrero de 2009 (AC 2009, 404)]; también se ha procedido a reconocer un daño patrimonial por el valor de la pretensión y los honorarios profesionales devengados y un daño moral por privación del acceso al recurso [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 11 de noviembre de 2008 (AC 2009, 50)].

Para la valoración de estos perjuicios los órganos judiciales utilizan el sistema propio de la naturaleza del daño que debe ser objeto de indemnización. Así, respecto a los daños patrimoniales, se atenderá a la cuantía del perjuicio causado si es un daño patrimonial puro y se utilizará el sistema del «juicio dentro del juicio» o del «método estadístico» si el daño patrimonial se ha articulado como la pérdida de oportunidad procesal. Para la valoración del daño moral, ya se configure como una privación del derecho a la tutela judicial efectiva o un perjuicio por el quebranto psíquico ocasionado al cliente, se utilizará la indemnización a tanto alzado.

Esta descripción sobre los daños ocasionados por los letrados en el ejercicio de su profesión que reconocen los órganos judiciales –y, también los autores que han estudiado esta materia– no resulta a mi juicio satisfactoria por la dificultad que plantea su subsunción dentro de las categorías generales del daño y requiere la reconsideración de cuál es el perjuicio efectivamente producido cuando el actuar negligente reduce las posibilidades del cliente en el procedimiento, le priva de la posibilidad de incoar un procedimiento judicial o de poder evacuar algún trámite procesal jurídicamente transcendente. Esta necesidad surge, por un lado, porque no existen unas líneas claras que permitan a los operadores jurídicos calificar el daño que sufre el cliente por la actuación negligente del profesional y, por otro lado, porque resulta difícil encajar los daños descritos dentro de los conceptos generales de daño patrimonial y daño moral.

2. LOS FACTORES QUE INFLUYEN EN LA CONFIGURACIÓN DEL DAÑO

La exposición efectuada sobre el daño en la responsabilidad civil del abogado nos permite advertir tres factores que influyen necesariamente en la articulación del daño en este ámbito y que condicionarán, en su caso, la reconfiguración que pueda hacerse de este presupuesto.

2.1. LA CONFIGURACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEL ABOGADO COMO UNA «OBLIGACIÓN DE MEDIOS» Y EL RESULTADO SIEMPRE INCIERTO DEL PROCESO

En la mayor parte de los supuestos, la intervención de los letrados se requiere con ocasión de un procedimiento judicial, ya sea para su incoación o para la defensa de los intereses de una de las partes en los ya iniciados[27]. Las leyes rituarias de distintos órdenes jurisdiccionales exigen, en los procesos más complejos, la preceptiva intervención del abogado para canalizar ante la jurisdicción las pretensiones de los justiciables y como garantía de sus derechos. Su intervención profesional se explica por la falta de competencia técnica que, en la mayoría de los casos, tienen las partes[28] y que, incluso, puede justificar el nombramiento de oficio de profesionales, si las partes no los designan voluntariamente.

La función que tienen atribuida los abogados como colaboradores de la Administración de Justicia y la calificación que tradicionalmente se ha hecho de la relación jurídica que media entre estos profesionales y los clientes, como de «contrato de servicios» y, más recientemente, como de «contrato de gestión», condiciona también el reconocimiento de responsabilidad de este profesional porque, al asumir el deudor una obligación de medios, la no obtención de un resultado favorable en el procedimiento no determina, por sí sola, responsabilidad. Esto es así porque el abogado no está comprometido a garantizar el éxito del litigio, pero sí a poner a disposición todos los conocimientos, la diligencia y prudencia que, en condiciones normales, permitiría obtenerlo. Esta diligencia, recordemos exige que el letrado cumpla con las formalidades legales, argumentando jurídicamente las razones que apoyan los intereses de su cliente, y ello aunque no obtenga en el proceso una resolución favorable a los mismos[29].

La calificación de la obligación asumida por el letrado como de medios, encuentra también su razón de ser en la naturaleza indeterminada del proceso, porque su resultado escapa de la esfera de control del profesional al

27. Se ha indicado con anterioridad que existen otras actuaciones profesionales del abogado de naturaleza extrajudicial como la emisión de un dictamen, la redacción de documentos de naturaleza jurídica o la partición de una herencia, que se prestan bajo la modalidad del contrato de obra y en la que subyace una obligación de resultados para el profesional.
28. En la línea de lo apuntado, GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L. *La intervención de Abogado y Procurador en el proceso civil,* Tecnos, Madrid, 2005 p. 14 señala que la tarea propia del abogado y del procurador tiene un doble interés por un lado privado, pues su actuación reduce o evita las posibilidades de que los actos procesales resulten afectados por vicios de ignorancia o error y, otro que denota un interés público, evitando en el proceso dilaciones y defectos procesales.
29. Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1225), de 8 de abril del 2003 (RJ 2003, 2956), de 7 de abril del 2003 (RJ 2003, 3003).

haberse considerado éste como un «*evento futuro de devenir aleatorio*»[30]. El motivo que subyace al resultado incierto del proceso es que el Derecho no es por definición una «ciencia exacta», porque la aplicación de sus normas a supuestos de hecho semejantes genera, en ocasiones, resoluciones judiciales dispares. Además, este resultado depende siempre de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador en la que influirá, además de la competencia del profesional que interviene en defensa de los intereses del justiciable, la viabilidad de su pretensión, de modo que, en ocasiones, el resultado desfavorable en el procedimiento se entenderá como razonable en el seno del debate jurídico procesal[31].

2.2. LA NO MANIFESTACIÓN EXTERIOR DEL RESULTADO DAÑOSO

La identificación del daño como el presupuesto central de la responsabilidad se justifica en parte porque la responsabilidad civil se plantea cuando el perjudicado constata la materialización de un menoscabo en sus bienes o derechos. Sin embargo, el perjuicio que genera un abogado no se presenta, en la mayoría de los casos, como una realidad patente, ni tiene una exteriorización física.

A efectos ilustrativos puede señalarse que la víctima de un atropello sufrirá unos daños corporales evidentes. Sin embargo, esa manifestación exterior no se produce cuando la inacción del letrado provoca que prescriba o caduque la acción o cuando, por desconocimiento del Derecho, no obtiene una resolución judicial acorde a los intereses de su cliente. En estos casos, el profesional como deudor de la obligación frustra con su acción u omisión la expectativa del cliente de que su pretensión pueda ser examinada por los órganos judiciales o la obtención de un resultado favorable en el proceso porque, con carácter general, no podrá reproducirse la pretensión en un proceso posterior al actuar la autoridad procesal de la «cosa juzgada». Pero esta situación puede no ser advertida por su cliente.

La ausencia de esa realidad patente o exteriorización física obliga a que la labor judicial, cuando resuelvan reclamaciones por responsabilidad civil de estos profesionales, resulte también más compleja. Su actividad no se limitará a comprobar la veracidad de ese daño y, en su caso, a concretar el *quantum* atendiendo a la prueba practicada. En estos supuestos de responsabilidad civil

30. Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 6045), de 21 de julio de 2007 (RJ 2007, 3783), de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285), de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372).

31. A este respecto, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La responsabilidad civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 209 considera que además de la dificultad de determinar si el abogado ha causado un daño indemnizable *«se une la consideración de que siempre una de las dos partes enfrentadas en un pleito y con intereses contrapuestos, en la mayoría de las ocasiones, va a ver en mayor o menor medida desestimada su pretensión […]»*.

del abogado, el Juez deberá para afirmar la existencia de un daño, valorar un escenario de probabilidades porque, con frecuencia, se tratará de un perjuicio no consolidado que nace de una situación inexistente que no ha llegado a materializarse[32]. Esta circunstancia exige que, para su cuantificación, el órgano judicial tenga que efectuar una operación intelectual acerca de la prosperabilidad de la pretensión, bien a través del denominado «juicio dentro del juicio» o de criterios estadísticos.

2.3. LA DIFICULTAD PARA SU REPARACIÓN: EL INSTITUTO DE LA «COSA JUZGADA»

La configuración legal del proceso condiciona también el daño y su reparación, porque las leyes procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales impiden, a través del instituto de la «cosa juzgada»[33], que el cliente pueda reproducir en un proceso posterior la pretensión sobre la que se ha advertido la negligencia del abogado[34]. Esta institución nace con el objetivo de evitar que la discusión jurídica se alargue indefinidamente, vuelva a entablarse un procedimiento sobre un asunto ya definido por la jurisdicción y se generen resoluciones o sentencias contradictorias sobre unos mismos hechos[35].

La institución de la «cosa juzgada» limita, con carácter general, la posible reparación específica o «*in natura*» del daño que genera el letrado cuando su intervención se desarrolla en el seno de un procedimiento judicial. En los casos en los que la actuación culposa del profesional se produce fuera del proceso, existen algunas resoluciones judiciales en las que los órganos judiciales condenan al abogado al abono de una indemnización pecuniaria destinada a

32. Esta cuestión es advertida por REGLERO CAMPOS, L. F. «La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia…» *op. cit.* 2007, p. 809. A nivel jurisprudencial esta cuestión es reconocida, por todas, en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914) y Sentencias de la Audiencia Provincial de León (Sección 3.ª), de 22 de noviembre de 2001 (AC 2002, 830) y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 11 de mayo de 1999 (AC 1999, 1298) dispone, esta última, que «*resulta totalmente imposible saber, sin introducirse en el resbaladizo y absolutamente inadmisible terreno de las conjeturas, cuál hubiera sido el tratamiento, estimatorio o desestimatorio, que habrían recibido los frustrados recursos de apelación […]*».

33. Esta institución según TAPIA FERNÁNDEZ, I. *La cosa juzgada (estudio de jurisprudencia civil),* Dykinson, Madrid, 2009, p. 16, no es una característica esencial necesaria de los actos jurisdiccionales, sino sólo una institución dispuesta por la Ley por motivos de oportunidad y conveniencia política y social. Para NIEVA FENOLL, J. *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 120, el fundamento de la institución se deriva del principio de la prohibición de reiteración de juicios, para dar fijeza a los ya emitidos, y como consecuencia, seguridad jurídica al sistema jurídico-social.

34. Esta cuestión se identificaría con la cosa juzgada en su concepción material, concretándose la pretensión como el fundamento o razón en que el actor basa su petición de tutela [cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, I. *La cosa juzgada… op. cit.* 2009, p. 65].

35. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil,* Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 105.

situar al prestatario del servicio en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a sufrir el evento dañoso. A efectos ilustrativos, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 1 de julio de 2016 (RJ 2016, 2894) la actuación negligente del profesional provocó que los clientes tuvieran que soportar la carga de dos embargos y se condena al profesional a «*asumir el levantamiento de las dos cargas, de los dos embargos, que pesan sobre la vivienda, con sus respectivas anotaciones en el Registro de la Propiedad, y de este modo, dejar a los actores, acreedores, en la posición jurídica que ostentarían antes de firmar la escritura de dación en pago*». En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1129) también, en relación con una negligencia producida en materia hipotecaria, condena al abogado a indemnizar el valor que tenía la vivienda y las rentas dejadas de percibir al momento de interponerse la demanda porque la actuación negligente del profesional le hizo perder el inmueble que pretendía ser alquilado.

Por su parte, los órganos judiciales respecto a la reparación por equivalente deberán enfrentarse a la difícil labor de cuantificar el daño cuyo método de valoración dependerá de la naturaleza moral o patrimonial que se le atribuya al que resulte acreditado y a la viabilidad de la pretensión del cliente.

Una vez expuesta la articulación actual del daño en el ámbito de la responsabilidad civil del letrado e identificados los factores que condicionan su configuración, debemos examinar los presupuestos del daño y del nexo causal, con el objetivo de partir de una visión general sobre estos requisitos de la responsabilidad civil para, con ello, valorar las especialidades que presentan respecto a cada uno de ellos, la responsabilidad civil del abogado. En este punto, debe advertirse al lector que la relación de causalidad y el daño son presupuestos íntimamente relacionados porque la configuración que se efectúe del daño condicionará la concurrencia del nexo causal; por tanto, en el desarrollo del discurso, se hará referencia a esta cuestión al resultar especialmente relevante en el ámbito de nuestro estudio.

3. EL CONCEPTO DE DAÑO Y LOS REQUISITOS DEL «DAÑO JURÍDICAMENTE RELEVANTE»

El daño es, junto con la acción u omisión negligente y con el nexo causal uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. Sin embargo, se le atribuye una función central dentro de la institución porque su exteriorización es la que pone en marcha el análisis de la concurrencia, en el caso concreto, del resto de los requisitos de la responsabilidad[36]. De ahí que la dificultad de su

36. La consideración del daño como presupuesto central de la responsabilidad civil ha sido admitida entre otros por, DELGADO ECHEVARRÍA, J. «Incumplimiento de la obligación» *op. cit.* 1994, p. 210; DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.*, 1999, p. 290; YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad civil: contractual y extracontractual op. cit.*, 1993, p. 182 considera que «*el daño constituye hoy día el elemento principal de la*

percepción por la víctima, como se ha especificado, en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado lo erija en el aparentemente centro del problema.

La importancia que ha adquirido el daño dentro de la responsabilidad civil se ha proyectado en el contenido y alcance de los restantes presupuestos. La razón radica en que la progresiva admisión, por parte de los órganos judiciales, de nuevos daños indemnizables ha obligado a modificar la interpretación que de ellos se efectuaba para que el perjudicado pudiera obtener la tutela resarcitoria[37]. El fenómeno descrito ha provocado la evolución desde una responsabilidad de corte subjetivo hacia la admisión en determinados supuestos de una responsabilidad objetiva; también, paulatinamente ha obligado a aceptar el uso de ficciones jurídicas que permitan presumir la culpa del agente dañoso y que influyen en el resto de los presupuestos de la responsabilidad civil, con el objetivo final de reconocer el resarcimiento del daño causado a la víctima.

Antes de continuar con la exposición sobre el «daño» como presupuesto de la responsabilidad civil, en el estudio se utilizarán los términos «daño» y «perjuicio» como sinónimos de una consecuencia perjudicial o menoscabo. Sin embargo, no se desconoce que se han realizado labores interpretativas sobre el tratamiento que el Código Civil efectuó de estos conceptos, considerando que cuando el Codificador utiliza la expresión «daño» o «perjuicio» de forma aislada comprende cualesquiera de los que puedan causarse, mientras que, cuando se utiliza la expresión «daños y perjuicios», el término «daño» se vincula con el daño emergente y el «perjuicio» con el lucro cesante[38].

---

responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurría en épocas pretéritas, cuando el predominio de la responsabilidad subjetiva implicaba que el fundamento del deber de reparar sólo podía situarse en la culpa o negligencia, estando el elemento daño, colocado en un segundo plano» o, VICENTE DOMINGO, E. «El daño» en FERNANDO REGLERO, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. *Tratado de responsabilidad civil,* Vol. 1, 2014, p. 318, que estima como el daño «*se trata de una pieza clave del sistema ya que sin el daño o perjuicio no hay obligación de resarcir y su importancia es tal que la responsabilidad civil se viene estudiando últimamente desde la óptica del derecho de daños*».

37. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. y ARANA DE LA FUENTE, I. *El desbordamiento del derecho de daños,* Thomson Reuters Aranzadi, 2009, Cizur Menor (Navarra), p. 19 reconocen como *«[…] desde hace algún tiempo, en las decisiones de nuestro Tribunal Supremo prevalece la doctrina favorable a la más amplia aplicación del llamado principio "pro damnato" en materia de derecho de daños»*.

38. El tratamiento de los conceptos y significado de «daño» y «perjuicio» ha sido una cuestión controvertida, NAVEIRA ZARRA, M. M. *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual,* Editoriales de Derecho Reunidas, Fuenlabrada (Madrid), 2006, p. 74 consideró que, el argumento decisivo que permite establecer una correlación o correspondencia entre daño/daño emergente y perjuicio/lucro cesante es, la lectura del artículo 1106 del Código Civil que utiliza la expresión «daños y perjuicios» para definir los conceptos que se comprenden en la indemnización, vinculando el daño emergente al valor de la pérdida que se ha sufrido y al lucro cesante como la ganancia que se ha dejado de obtener. Esta equiparación entre daño/daño emergente y perjuicio/lucro cesante ha sido reconocida por el propio Tribunal Supremo

En el Código Civil, el artículo 1902 reconoce la obligación de reparar los daños causados derivados de una acción u omisión culpable o negligente. Por su parte, el artículo 1101 también reconoce esta obligación cuando en el cumplimiento de las obligaciones se incurra en dolo, negligencia o morosidad o, de cualquier modo, se contravenga el tenor de aquéllas. Por su parte, el Código Penal dentro de la responsabilidad civil derivada del delito, en concreto, en los artículos 109 a 115, tampoco reconoce un concepto de daño indemnizable más allá de declarar la obligación de reparar los daños y perjuicios causados como consecuencia de la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito. En estos preceptos se exponen los requisitos para la indemnización de los daños pero no se proporciona un concepto de daño indemnizable. La ausencia de un concepto de perjuicio resarcible se produce también en otras normas de responsabilidad civil aprobadas con posterioridad como pueden ser: la Ley de Caza o la LO 1/1982.

El hecho de que por parte de nuestro legislador no se proporcione un concepto de perjuicio resarcible obedece a que el ordenamiento jurídico español se encuadra dentro de los *sistemas abiertos o atípicos* en la configuración del daño. Estos sistemas se caracterizan, en contraposición a los *sistemas cerrados o típicos*, porque la obligación de reparar el daño causado se ampara en una cláusula abierta articulada sobre el principio «*alterum non laedere*» en la que sólo se señalan los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad pudiendo ser objeto de reparación, prácticamente, cualquier interés jurídico[39]. En contraposición, los *sistemas cerrados o típicos* limitan los daños

(Sala 1.ª), entre otras en sus Sentencias de 14 de junio de 1978 (RJ 1978, 2239) y de 10 de enero de 1979 (RJ 1979, 18).

Por su parte, mantienen una posición partidaria de utilizar ambos términos de forma indistinta, CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral, derecho de obligaciones,* tomo III, Reus, Madrid, 1992, pp. 273 y 274 pese a reconocer el posible significado distinto que tienen estos conceptos, señala que *«se habla de "daño", en el uso actual, en un doble sentido, pues unas veces se toma en sentido amplio, comprendiendo toda clase de detrimentos o lesión, y otras se toma en sentido estricto, como daño positivo»*, SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal op. cit.*, 1993, p. 151, considera que el concepto de «perjuicio» es anfibológico puesto que responde a un concepto amplio de daño que *«en sentido estricto ni siquiera puede contraponerse a la de daños directos en la forma que al parecer hace nuestro CC al hablar de "daños y perjuicios"»* o, YZQUIERDO TOLSADA, M. *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos),* Dykinson, Madrid, 1997, p. 78, quien considera que: *«de poco valen los intentos de identificar el daño con el "daño emergente" y el perjuicio con el "lucro cesante", pues ello implicaría que sólo fuese indemnizable este segundo cuando se tratara de daños inferidos a la familia de la víctima o a un tercero (artículo 113 C. pen), no siéndolo en cambio el daño emergente. Lo mismo cabe decir si se pretende que el daño es el que sufre el titular del interés protegido por la norma penal, mientras que el perjuicio lo pueden sufrir también esas otras personas»*.

39. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1106 del Código Civil» ALBALADEJO M. (director) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989, p. 699. También, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO

indemnizables a aquéllos que se producen en una serie limitada de bienes jurídicos de *utilitas inestimabile*, a los que el propio sistema les atribuye el carácter de indemnizables[40].

El encuadramiento de nuestro sistema general de responsabilidad civil dentro de los *sistemas abiertos o atípicos* supone reconocer al órgano judicial, un amplio margen de actuación en la configuración del «daño resarcible» que ha generado paulatinamente una ampliación del contenido de éste, siendo especialmente llamativa en los daños extrapatrimoniales[41]. En éstos últimos, se ha experimentado una evolución desde su tradicional identificación con vulneraciones de derechos de la personalidad hasta su reconocimiento en supuestos de desprestigio comercial de personas jurídicas, molestias ocasionadas por obras e incluso dentro de las relaciones familiares, por ejemplo, por los daños derivados de una acción por impugnación de la filiación o provocados por el alumbramiento en los casos denominados como «*wrongful birth*» o «*wrongful life*»[42].

MICHEL, M. *Derecho de daños: textos y materiales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 35 y 36 reconocen que fuera de los supuestos de responsabilidad objetiva en los que la Ley tipifica las conductas que generan un daño resarcible, en el resto, la obligación nace del deber general de indemnización al damnificado respecto a los perjuicios que no tiene la obligación de soportar.

40. El sistema alemán y anglosajón responden a los *sistemas cerrados o típicos* en el resarcimiento del daño, mientras que, Francia, Italia o España se encuadran en un sistema abierto o atípico. En mi opinión, el sistema adoptado por los *Principles of European Tort Law* (arts. 2:101 y 2:102) es, un sistema típico pero flexible, porque el daño sólo es resarcible y resulta jurídicamente relevante si afecta a un interés tutelado por el ordenamiento jurídico. Entre los que se encuentran: la vida, integridad física, psíquica, dignidad, libertad, etc. El listado establecido no es cerrado. [cfr. GÓMEZ CALLE, E. «Los principios de derecho europeo de la responsabilidad» en GUZMÁN MENDOZA, C. E. e INSIGNARES CERA, S. (editores) *Política y derecho: retos para el siglo XXI,* 2010, p. 71].
41. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. «Comentario al artículo 7.1 del Código Civil» en PAZ ARES, C., DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALVADOR CODERCH, P. (directores) *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Vol. I, pp. 37-39 pone de relieve que la labor de los Jueces es especialmente importante en la interpretación de las cláusulas generales porque constituyen auténticas normas de delegación judicial por parte del legislador para que componga la norma concreta aplicable al caso de modo que su función no se limita exclusivamente a la interpretación legal en sentido estricto, mediante un sistema de «concretización», han de ir construyendo normas más específicas que sean susceptibles de aplicación al caso concreto.
42. Sobre la extraordinaria amplitud con la que se reconoce la indemnización del daño moral indemnizable, puede verse, PANTALEÓN PRIETO, F. «Daño (Derecho Civil)» en MONTOYA MOLGAR, A. (coordinador) *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. 2, p. 1898 *«[…] la jurisprudencia admite el resarcimiento del daño no patrimonial. Y lo hace con la máxima amplitud. No sólo en casos de lesión del honor, la intimidad personal y familiar, o la propia imagen (art. 9.3 LHI); o en casos de muerte: dolor por la pérdida de un ser querido; o de lesiones: sufrimientos hasta la curación, "daño a la vida de relación" incluido el "daño sexual"; "daño estético"; o de afecciones de carácter psíquico. Sino llegando a estimar daño moral resarcible: el aparecer un inquilino como mal pagador a causa de un desahucio conseguido*

La situación referida ha puesto de relieve la necesidad de realizar en algunos supuestos una labor de contención judicial respecto al reconocimiento de los «daños indemnizables», bajo la premisa de que no todo daño en sentido material, esto es, cualquier tipo de consecuencia perjudicial que padece una persona con motivo de una conducta propia, ajena o, incluso con ocasión de un fenómeno natural, no imputable a sujeto alguno[43], tiene la consideración de «daño jurídicamente relevante». La anterior afirmación surge de la idea de que no todo quebranto económico, pérdida o gasto debe ser resarcido por parte del ordenamiento jurídico puesto que, como acertadamente señala DÍEZ-PICAZO, existen daños «*que el ordenamiento jurídico no repele, que algunas veces tolera y que incluso puede favorecer*»[44].

En las páginas siguientes se expondrán algunas de las teorías barajadas para la determinación de un concepto de «daño» así como los requisitos que se exigen para que éste tenga la consideración de «daño jurídicamente relevante», que es el que motiva la respuesta resarcitoria del ordenamiento jurídico.

3.1. TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DEL DAÑO

El concepto más sencillo de daño permite considerarlo como cualquier lesión de un interés, ya sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial[45], entendido como un quebranto, menoscabo, desventaja o perjuicio en los bienes de cualquier persona[46]. No obstante, la dificultad que tiene la determinación

---

mediante fraude del arrendador; la frustración de un viaje turístico a causa de lesiones sufridas por causa del dañante; las molestias que reporta verse privado de la propia vivienda, destruida por culpa del responsable; el haber quedado privada la mujer del lesionado de las posibilidades de mantener relaciones sexuales con él; el sufrido por el autor de una escultura por haber sido atribuida la autoría de ella a otra persona; la "frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida" a causa de la nulidad de un matrimonio dolosamente provocada por el responsable; o el impacto psíquico que, en un caso de abusos deshonestos, supuso para la ofendida el verse privada del "signo de su virginidad"».

43. Cfr. NAVEIRA ZARRA, M. M. *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil… op. cit.* 2006, p. 39.
44. DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, pp. 294 y 295. Este autor plantea como ejemplos de gastos o pérdidas que no motivan una respuesta por parte del ordenamiento jurídico, los gastos en marketing o publicidad que debe acometer un comerciante para llamar la atención de eventuales clientes frente a grandes empresarios o, la pérdida de valor de un inmueble que está situado en las proximidades de un campo de golf si éste se cierra.
45. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1106 del Código Civil» *op. cit.* 1989, p. 670 afirma que «*el concepto más simple de daño, y el único que por lo mismo no puede pecar por omisión, define aquél como cualquier lesión de un interés, sea éste de naturaleza patrimonial o no patrimonial*».
46. CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones op. cit.*, 1989, p. 227 considera que la definición que plantea esta teoría de la diferencia *«[…] escasamente sobrepasa, lo que vulgarmente se entiende como tal: cualquier afectación negativa experimentada en relación a las cosas que apreciamos y valoramos. El tránsito a la estricta área jurídica se produce*

de un concepto jurídico de daño nos obliga a exponer sucintamente las principales teorías defendidas en torno a esta figura.

3.1.1. Teoría de la diferencia

Esta teoría acuñada por MOMMSEN en su obra *Zur Lehre von der Interesse* (1855), identifica el daño con el resultado de la comparación entre la situación patrimonial hipotética de la víctima si no se hubiera producido el daño y la que realmente presenta tras el acaecimiento del evento dañoso.

A la teoría de la diferencia la principal crítica que se le hace es que el concepto de daño que ofrece es abstracto porque parte de la consideración del patrimonio del perjudicado como un bloque en el que no se tienen en consideración las singularidades ni los elementos subjetivos que puede ofrecer el caso concreto. Esta teoría se enfrenta además, a otras dos críticas: la primera es que podría resultar acorde para la determinación de los daños patrimoniales pero no sirve para la articulación de los morales. La segunda es que el concepto de daño conforme a esta teoría facilitaría la reparación por equivalente –pues, valora la diferencia patrimonial antes y después del hecho dañoso–, pero tampoco resulta adecuada para la reparación *in natura*[47]. La teoría de la diferencia tampoco sería apropiada para la articulación del daño en los supuestos de causalidad hipotética porque como el daño se habría manifestado en todo caso, no sería posible establecer una diferencia de patrimonio y debería negarse la existencia del daño. Esta teoría plantearía además dificultades respecto a la «*compensatio lucri cum damno*» porque la teoría de la diferencia no excluiría de la valoración aquellas ventajas económicas que procedan de títulos distintos del derecho a la reparación[48].

---

cuando la lesión irrogada resulta injusta y cuando cabe reclamar responsabilidad a una concreta persona por el mismo».

47. Entre los autores que han abordado los aspectos críticos que presenta la teoría de la diferencia pueden verse, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, pp. 312-314; NAVEIRA ZARRA, M. M. *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil… op. cit.* 2006, pp. 64-67. Resulta también en este punto reseñable el tratamiento que efectúa SOLER PRESAS, A. *La valoración del daño en el contrato de compraventa,* Aranzadi, Elcano (Navarra), 1998, pp. 32-36 sobre las soluciones propuestas por la doctrina alemana para salvar los problemas prácticos que presenta esta teoría de la diferencia.

48. Estas cuestiones son advertidas por PANTALEÓN PRIETO, F. «Comentario al artículo 1902 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO, L. BERCOVITZ CANO, R. y SALVADOR CODERCH, P. (directores) *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1989 quien afirma que «*el concepto del daño de la teoría de la diferencia implica la más amplia admisión de la figura de la "compensatio lucri cum damno". Ahora bien, una vez que aquel concepto de daño deja de considerarse como algo "obvio" o "natural", y puesto que el ordenamiento debe partir del principio de que todo lucro (como todo daño) debe dejarse en el patrimonio donde se ha producido, salvo que exista una buena razón (no el simple hecho de que haya sido causado por otro) para trasladarlo a un patrimonio ajeno, deja de ser algo "evidente" que, de no admitirse tal "compensatio"; el daño vendría a enriquecerse injustamente a costa del dañante […]*».

Esta teoría ha resultado superada en nuestro panorama jurídico a favor de la *concepción objetiva del daño* o de la *concepción subjetiva o real –concreta*[49], a las que aludiremos a continuación. Sin embargo, ha sido utilizada en algunos pronunciamientos judiciales para identificar la entidad del resarcimiento y del daño con «*el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo*». [Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de enero de 1979 (RJ 1979, 18); 28 de abril de 1992 (RJ 1992, 4466) y de 2 de abril de 1997 (RJ 1997, 2727)].

3.1.2. Teorías de la concepción objetiva o del daño concreto

Los partidarios de esta teoría establecen la medida del resarcimiento con el valor objetivo de mercado que corresponde al bien dañado. Ese valor se determina con el de venta o valor de cambio, entendido como el que corresponde a la posibilidad de obtener una determinada cantidad de dinero a cambio de un bien. Esta teoría ha sido también objeto de crítica porque supone reconocer que el daño recae sobre los bienes y no sobre los intereses. Este planteamiento genera tres cuestiones controvertidas, la primera es que existan determinados daños producidos sobre bienes que no tengan la consideración de «daño jurídicamente relevante» puesto que éste se identifica con la lesión de un interés humano y no sobre un bien; la segunda es que esta teoría objetiva, al igual que ocurría con la teoría de la diferencia, no aporta una respuesta satisfactoria en relación a los bienes no patrimoniales, puesto que resulta extremadamente difícil atribuirles un valor objetivo cuando no se trata de bienes susceptibles de enajenación; por último, la reparación del perjuicio por la cuantía del valor de mercado del bien puede no coincidir con el valor del perjuicio efectivamente causado porque éste puede ser inferior o superior al valor de mercado del bien.

3.1.3. Teoría subjetiva o real concreta

La teoría subjetiva del daño exige que se tenga en consideración el específico interés humano lesionado, porque únicamente se obtendrá la reparación íntegra del perjuicio, si ésta se contempla desde la perspectiva del dañado. Esta

49. Sobre la no aplicación de la teoría de la diferencia al daño resarcible, SOLER PRESAS, A. *La valoración del daño en el contrato de compraventa op. cit.*, 1998, p. 36 defiende que «*el concepto de daño patrimonial que se desprende de nuestro sistema jurídico, de forma totalmente congruente con la función que la indemnización de daños, es un daño subjetivo y real concreto*». Por su parte, NAVEIRA ZARRA, M. M. *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil… op. cit.* 2006, p. 68 considera que «*la teoría de la diferencia ha sido abandonada por la doctrina actual, que a la hora de contemplar el daño desde el plano del resarcimiento, suele optar por alguna de las dos teorías siguientes: la que alude a la concepción objetiva del daño o la que postula una concepción subjetiva o real-concreta del mismo*».

teoría subjetiva del daño ha sido reelaborada por el Profesor PANTALEÓN PRIETO. Este autor considera que el daño patrimonial puede definirse como «*la lesión de un interés valorable en dinero. Pero entendiendo "interés" como el interés "subjetivo-histórico" del concreto dañado […] no como el interés "objetivo-típico" del que se habla cuando se define el derecho subjetivo como "interés jurídicamente protegido"*». Sobre esa base, articula el concepto de daño por la conjunción de dos perspectivas, la «subjetiva», en virtud de la cual, salvo que una norma disponga lo contrario, deben tenerse en cuenta las específicas circunstancias del concreto daño y, por otro lado, la «real-concreta», que atiende a los singulares factores del daño, cada uno de ellos considerado en sí mismo (fenómeno real al que no pueden «sacar del mundo» acaeceres hipotéticos), en lugar de disolverlos en una diferencia matemática entre dos situaciones patrimoniales globales, una real y otra hipotética[50].

3.2. LOS REQUISITOS DEL «DAÑO JURÍDICAMENTE RELEVANTE» EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS

En las líneas precedentes se ha anticipado la idea de que no todo quebranto o perjuicio sufrido por una persona es merecedor de la tutela reparadora que el ordenamiento jurídico proporciona, puesto que sólo serán objeto de protección aquéllos que son seleccionados o discriminados por concurrir en ellos una serie de exigencias. A este respecto, el Profesor DE CUPIS señalaba como «*el objeto del daño en sentido jurídico se configura como más limitado respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es cualquier situación favorable que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un interés humano jurídicamente tutelado*»[51].

El daño tiene, así, la consideración de «hecho jurídico» cuando el ordenamiento jurídico lo tutela al obligar al responsable de su producción a repararlo. Es decir, el «daño jurídicamente relevante» no pierde su esencia física pero se le atribuye una jurídica, de modo que su estructura se integra por dos elementos: un hecho físico que representa su núcleo interior, como elemento material o substancial y, además, una reacción suscitada en el ordenamiento jurídico, derivada de la perturbación provocada por la vulneración del interés jurídicamente tutelado[52].

---

50. Esta teoría ha sido sostenida por el Profesor PANTALEÓN PRIETO, F. «Comentario al artículo 1902 del Código Civil» *op. cit.* 1989, pp. 1990 y 1991 y, posteriormente, aceptada en nuestro sistema por DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 314; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Tratado de Responsabilidad Civil op. cit.* 1993, p. 673 o YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, op. cit.* 2001, p. 145.
51. DE CUPIS, A. *El daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil* (traducción de MARTÍNEZ, SARRIÓN, A. de la obra: *Il Danno: Teoria generales della responsabilità civile*), Bosch, Barcelona, 1975, p. 109.
52. A este respecto, BUSTO LAGO, J. M. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 42. Por su parte, LLAMAS POMBO, E.

Tradicionalmente, se ha reconocido que el Derecho puede tutelar los intereses susceptibles de ser dañados de dos formas distintas: por un lado, justificando su sacrificio en beneficio de otro, de modo que en estos supuestos no estaríamos ante un daño antijurídico por estar avalado por el ordenamiento jurídico y, por otro lado, calificando de ilícita esa privación, lo que comporta, una respuesta preventiva, inhibitoria o reparadora del daño por el ordenamiento jurídico[53].

Los autores requieren en el daño la concurrencia de una serie de requisitos para que el ordenamiento jurídico proporcione a los responsables la obligación de repararlo. Estas características varían de unos autores a otros[54], pero fundamentalmente se exige que sea antijurídico, cierto y definitivo. A continuación vamos a analizar estos requisitos y enunciaremos los problemas que genera la articulación de los daños en el ámbito de la responsabilidad civil de los abogados.

3.2.1. El daño antijurídico

Esta característica del daño trae causa de una exigencia tradicionalmente requerida por el Derecho Público[55]. En el *Derecho penal* la antijuridicidad se reconoce en todas las actuaciones que se tipifican en el Código Penal por constituir actos injustos, con independencia de que generen, o no, un perjuicio civilmente indemnizable. En el *Derecho administrativo*, dentro de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se entiende por daño antijurídico el que el particular no tiene obligación jurídica de soportar

---

Las formas de prevenir y reparar el daño op. cit. 2020, p. 193 explica este fenómeno de la siguiente forma «*el esquema [supuesto de hecho-consecuencia jurídica] de toda norma de responsabilidad es bien conocido: El supuesto de hecho se identifica por la situación en que un sujeto (la víctima) sufre un daño que es causalmente consecuente a la conducta activa u omisiva de otro (el responsable), que resulta imputable por razón de culpa, riesgo u otros elementos. Y la consecuencia jurídica es el nacimiento de una obligación, que consiste en "reparación del daño causado" para el artículo 1902 del Cc o en "indemnizar los daños y perjuicios" para el artículo 1101 del Cc*».

53. Cfr. NAVEIRA ZARRA, M. M. *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil… op. cit.* 2006, p. 42.
54. Sobre esta cuestión se han examinado los requisitos exigidos por DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, pp. 290-298 y 314-322; SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal op. cit.* 1993, pp. 146-163; VICENTE DOMINGO, E. «El daño» *op. cit.* 2014, pp. 329-337; NAVEIRA ZARRA, M. M. *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil… op. cit.* 2006, pp. 41-60; SOLER PRESAS, A. *La valoración del daño en el contrato de compraventa op. cit.* 1998, pp. 37-73.
55. BUSTO LAGO, J. M. *La antijuridicidad del daño resarcible… op. cit.,* 1998, p. 48 considera que cuando se alude a la «antijuridicidad» tradicionalmente se consideraba el ilícito penal, civil y el ilícito administrativo; sin embargo es un concepto que se ha ido proyectando en otras ramas del Derecho como el Derecho del trabajo o el Derecho tributario de modo que, puede decirse que se ha asumido de forma generalizada su carácter interdisciplinar.

[cfr. artículos 106.2 de la Constitución Española y artículo 32.1 de la Ley 40/2015[56]]. Este requisito tiene como objetivo circunscribir el área de los daños resarcibles y evitar una propagación irracional de los mecanismos de la tutela indemnizatoria[57].

En el ámbito de la responsabilidad civil no resulta sencillo identificar cuándo un daño es antijurídico[58]. Algunos autores sostienen que la antijuridicidad es una característica inherente al daño, de modo que toda actuación que genere un daño resulta ilícita, salvo cuando concurra alguna causa de exclusión de la antijuridicidad[59]. Otros autores, para valorar si una conducta es o no antijurídica, contrastan el comportamiento realizado por el agente con la conducta debida o, en su caso, con la que hubiera desarrollado un ciudadano diligente[60].

Entre nuestra doctrina ha habido dos corrientes que han tenido un especial predicamento al objeto de determinar cuándo un daño es antijurídico. La primera identifica el daño antijurídico con la violación del principio *alterum non laedere*[61]. La otra teoría que también ha obtenido bastante aceptación es

56. A este respecto MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. «Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)» en CASARES MARCOS, A. B. y QUINTANA LÓPEZ, T. (coordinadores) en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: Estudio general y ámbitos sectoriales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 39 consideraba en relación al homólogo del artículo 32.1 en la Ley 30/1992 que «*cuando se habla de la antijuridicidad del daño, no se está haciendo referencia a que derive de una actuación ilegal, es decir, la antijuridicidad no se predica de la actuación que da lugar a responsabilidad –entre otras razones porque la responsabilidad se da tanto por funcionamiento anormal como normal del servicio, por lo que no es necesario que la actuación sea incorrecta o contraria a la legalidad–, sino del daño en el sentido de que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar tales perjuicios, con independencia de la legalidad o de la corrección o no de la actuación causante de los mismos*».
57. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. V, *op. cit.* 2011, p. 302.
58. Efectúa un pormenorizado estudio sobre las teorías que se han articulado en relación con la antijuridicidad del daño, BUSTO LAGO, J. M. *La antijuridicidad del daño resarcible op. cit.,* 1998, pp. 54-70.
59. Entre los partidarios de esta teoría se encuentran PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV, Vol. II, Edersa, Madrid, 1951, p. 571; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil,* T. II, Vol. III, Bosch, Barcelona, 1983, p. 81.
60. En este sentido, puede verse DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Tratado de responsabilidad civil op. cit.* 1993, pp. 260 y 261, quien considera *«que hay una tendencia que mira las cosas desde otra perspectiva: no desde la perspectiva de la víctima del daño sino desde la del propio agente»*. Este autor mantiene que ello supone que el Juez debe efectuar un mecanismo intelectual de comparación del comportamiento enjuiciado tomando como referencia o modelo la conducta previsible de un ciudadano medio.
61. Entre los pronunciamientos judiciales que identifican la antijuridicidad del daño con el *principio alterum non laedere* pueden verse entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 noviembre 1979 (RJ 1979, 3828), de 16 julio 1991 (RJ 1991, 5393), de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9602). Esta última considera que «*en estas conductas que actúan dentro del campo del derecho civil, no se puede hablar de tipicidad, y que en el tema de la antijuridicidad no se puede ir más lejos del principio "alterum non laedere"*».

la que identifica la antijuridicidad con la lesión de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico[62].

En el ámbito de la responsabilidad civil del abogado la dificultad para apreciar la antijuridicidad en los daños ocasionados por estos profesionales se ha manifestado en relación con los perjuicios que éstos han podido ocasionar a la contraparte del proceso durante la defensa de los intereses de su cliente. En estos supuestos para que el daño ocasionado a la contraparte resulte «antijurídico» y, en su caso, pueda prosperar una acción del artículo 1902 del Código Civil contra el abogado –pues con la contraparte del proceso, el profesional no tiene ninguna relación de naturaleza contractual– es necesario que la actuación profesional no proporcione ningún beneficio para su cliente y, en cambio, produzca un riesgo para la contraparte del proceso.

El otro supuesto en el que se plantea si estamos ante un «daño antijurídico» se encuentra también vinculado a la contraparte del proceso. La cuestión radica en si puede reclamarse responsabilidad extracontractual al abogado que insta la incoación de un procedimiento contra una persona en defensa de los intereses asumidos cuando este procedimiento genera unos perjuicios a la contraparte –por ejemplo, una lesión de su imagen derivada de ser investigado en un procedimiento penal–. La respuesta, debe ser negativa, salvo que la actuación profesional pueda calificarse como dolosa, manifiestamente negligente, abusiva o hubiera traspasado los límites impuestos por la equidad y la buena fe, en los términos ya expuestos.

3.2.2. El daño cierto y definitivo: la incertidumbre del proceso y su incidencia en este presupuesto de la responsabilidad civil

El daño jurídicamente relevante debe ser además, cierto. Este requisito supone que el perjuicio sea real y efectivo y, por contraposición, que no resulte eventual o hipotético pues, el mero peligro o amenaza de que se va a producir un daño, no cumple el requisito de certeza. La prueba de la certeza del daño corresponde, por aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al reclamante[63]. La persona que ha sufrido el daño deberá acreditar la

62. A este respecto, PARRA LUCÁN, M. A. «Responsabilidad por hecho propio» en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador) *Derecho de Obligaciones*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2008, pp. 917 y 918 o BUSTO LAGO, J. M. *La antijuridicidad del daño resarcible… op. cit.* 1998, p. 105 reconoce que «*se sostiene la suficiencia de la lesión de intereses dotados de estabilidad y certeza, aun cuando no gocen de un reconocimiento jurídico específico o concreto, de forma que la tutela indemnizatoria ex artículo 1902 del Código Civil se extendería a las lesiones de intereses y expectativas en cuanto su goce no comporte una situación de hecho ilícita*».

63. La carga de la prueba de todos los presupuestos de la responsabilidad civil incluida la existencia, consistencia y certeza del daño corresponde al reclamante [cfr. PEÑA LÓPEZ, F. «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, Thomson

certidumbre del daño en dos planos: por un lado, que el daño sea real en su existencia, pero también, en su cuantía[64].

Esta exigencia de que el daño sea cierto posee un doble fundamento: evitar que cualquier actuación negligente genere el nacimiento de la obligación jurídica de indemnizar y, también, obstaculizar que se indemnicen daños que la víctima no ha experimentado o que es seguro, que no vaya a experimentar. Este requisito del daño, no impide, por el contrario, que se indemnice el «daño futuro», entendiendo por éste el que se exterioriza con posterioridad a la resolución judicial en la que se reconoce la responsabilidad del autor del daño y su procedencia, tras efectuar un juicio de probabilidad o verosimilitud que viene a establecer su certeza aunque no se haya materializado todavía, porque la experiencia permite predecir que lo hará[65]. En el ordenamiento jurídico francés no se plantea duda acerca de la resarcibilidad del «daño futuro» aunque se exige constatar la probabilidad de su realización[66].

Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, p. 2182. Esta cuestión es también reconocida en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532) y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.ª), de 6 de febrero de 2009 (AC 2009, 404), de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª), de 23 de marzo de 2017 (JUR 2017, 299002). Sin perjuicio de que, en ocasiones los órganos judiciales consideran apreciable un daño o *perjuicio «in re ipsa»*, como natural o lógicamente derivado del incumplimiento [cfr. SÁNCHEZ ARISTI, R. «De la naturaleza y efectos de las obligaciones» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, p. 1317].

Para MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L. *La responsabilidad civil profesional: De los informáticos, Auditores de Cuentas, Periodistas, Arquitectos-Peritos, Médicos-Peritos y de los Peritos Judiciales en general*, Colex, Torrejón de Ardoz (Madrid), 1996, p. 61 la atribución de la carga de la prueba a la persona perjudicada o dañada se justifica por la especial tutela de los intereses del que así actúa (el profesional) *«porque quien actúa así y ejercita un "facere" responde a su actividad y oficio, del cual en base a su titulación o conocimientos obtiene sus recursos económicos de supervivencia por lo que, en principio y por el propio prestigio o autoridad ínsitos en esa titulación o conocimientos dentro de unos modelos o baremos de licitud se estima que no es igual una conducta en quien carece de tales atributos, a una conducta del que así está investido de tal profesionalidad […] el perjudicado el que debe acreditar que el "facere" del profesional no es ajustado a sus reglas ordenadora»*.

64. NAVEIRA ZARRA, M. M. *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual op. cit.* pp. 52 y 53. En cuanto a la certeza de la cuantía del daño ha considerado VICENTE DOMINGO, E. «El daño» *op. cit.* 2014, p. 330 que esta exigencia no es realmente una peculiaridad del daño, sino que responde más bien a la traslación a este presupuesto de las dificultades que presenta la prueba del evento dañoso.

65. YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad civil: contractual y extracontractual op. cit.* 1993, p. 183 contrapone los «daños futuros» a los «daños sobrevenidos», considerando estos últimos como *«aquéllos que, guardando relación de causa a efecto con el evento dañoso primitivo, se manifiestan con posterioridad a la emisión de la resolución y sin que ésta pudiera tenerlos en cuenta»*.

66. BAUDOIN, J. L. y DESLAURIERS, P. *La responsabilité civile,* Éditions Yvon Blais, 2003, París, p. 877 reconocen la indemnización de los daños futuros en el ordenamiento jurídico francés pero exige la demostración de la probabilidad de su realización en el futuro. En los casos en los que sea difícil determinar el alcance exacto de éstos

Este requisito del daño plantea obstáculos en los ámbitos de la responsabilidad civil de los sanitarios y en la de los abogados, porque en la producción del evento dañoso, pueden incidir factores ajenos a la actuación de estos profesionales[67], lo que plantea con harta frecuencia problemas para determinar la relación de causalidad, según el contenido que se proporcione al evento dañoso. Para evitar esta falta de certidumbre sobre la vinculación causal entre el incumplimiento del profesional y el daño, dentro de la responsabilidad sanitaria, pero sobre todo, en la responsabilidad civil del letrado, se indemniza el «daño por pérdida de oportunidad»[68].

Este perjuicio no se identifica ni con el daño puramente eventual ni con el lucro cesante, sino que constituye la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o de obtención de una ganancia cuya realización está sujeta a dos eventualidades[69]. La primera consistente en la incertidumbre que tiene todo beneficio futuro sobre su posible acaecimiento y que debe resolverse conforme a la razonable probabilidad en su obtención. La segunda, inherente a su propia naturaleza se basa en la idea de que se trata de una mera probabilidad de lucro, cuyo resarcimiento requiere dar por cierta que la eventualidad resultara finalmente favorable para los intereses del perjudicado.

El daño consistente en la pérdida de oportunidad para que pueda cumplir con la exigencia de certeza requiere acreditar que la pérdida de oportunidad de ganancia es real y seria, es decir que no se trate de meras oportunidades de ganancias hipotéticas sin un sustrato fáctico que las avale[70]. La articulación del

---

atendida la naturaleza de la disputa, la realidad del debate y la complejidad de los hechos, los órganos judiciales pueden abandonar el rigor matemático y realizar una valoración discrecional sobre su alcance y existencia.

67. Así, algunos autores como VINEY G., JOURDAIN, P. CARVAL, S. *Les conditions de la responsabilité* en GUESTIN, J. *Traite de droit civil*, LGDJ, Paris, 2006, p. 339 han puesto de relieve la dificultad de fijar el grado de incidencia tolerable de estos factores, para que no excluya la obligación del agente dañoso de reparar el perjuicio.
68. La teoría de la pérdida de oportunidad puede ser analizada desde el presupuesto del daño pero también desde el nexo causal. La configuración de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable supone la aceptación de la denominada «teoría ontológica» en virtud de la que, «*la oportunidad perdida implica el menoscabo de un bien distinto del que representa la ventaja final apetecida. La privación de una chance no puede identificarse con el perjuicio final y, por tanto, el daño en que consiste no constituye ni un lucro cesante ni un daño emergente dejado de evitar*» [cfr. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 349].
69. Estas dos eventualidades a las que se sujeta el daño por pérdida de oportunidad son expuestas por SOLER PRESAS, A. *La valoración del daño en el contrato de compraventa op. cit.* 1999, p. 76.
70. Cfr. VINEY G., JOURDAIN, P. CARVAL, S. *Les conditions de la responsabilité op. cit.* 2006, p. 347. Los criterios valorativos para admitir que las oportunidades perdidas son serias y efectivas, varían según los autores. Para SERRA RODRÍGUEZ *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.*, 2001, p. 246, las posibilidades reúnen este requisito si alcanzan un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento. En cambio, para CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 378 la pérdida de oportunidad

daño por pérdida de la *chance* en los términos reseñados plantea, por tanto, si no se está indemnizando una expectativa, un perjuicio futurible que no ha llegado a materializarse porque no se ha podido determinar si la oportunidad ingresaría o no en el patrimonio de la víctima, pues como se ha señalado, con harta frecuencia la víctima no identifica si ha sufrido o no un perjuicio. Es decir, podría estimarse que es un daño que carece de la necesaria certeza para su admisión; en cambio, se ha aceptado su indemnización cuando el órgano judicial llega a la convicción de que el resultado del proceso, en el que ha intervenido el abogado de modo negligente, aunque es futuro, aleatorio e incierto, tenía verdaderas posibilidades de que estimara la pretensión del cliente[71], para lo cual es necesario valorar la probabilidad objetiva de que la pretensión fuera estimada en el proceso[72].

Por otro lado, el daño indemnizable debe ser definitivo, es decir, debe tratarse de una lesión permanente a los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la persona perjudicada. La traslación de la exigencia de este daño definitivo a la responsabilidad civil del letrado plantea la imposibilidad de identificar el perjuicio causado con la pretensión del destinatario del servicio, cuando ésta pueda ser reproducida o subsanada en actuaciones procesales posteriores, por ejemplo, en supuestos de acciones no prescritas o que no se hayan visto afectadas por el alcance de la cosa juzgada. Ello es así, porque en estos casos no se priva al cliente de la oportunidad de que los órganos judiciales puedan valorar su pretensión ni del acceso al procedimiento[73]. Lo anterior,

---

cumplirá el requisito de certeza cuando exista oportunidad, es decir, cuando *«la pretensión frustrada no fuera claramente improsperable»,* de modo que, para esta autora, las escasas probabilidades de vencer o la débil fundamentación jurídica de la pretensión frustrada no repercuten en la certeza del daño, sino en la cuantía de la indemnización que ha de percibir el cliente.

71. Se ha considerado que la acción entablada por profesionales jurídicos carece de viabilidad o de posibilidades de éxito y, por tanto, no reconocía responsabilidad entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5792) y 12 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2919).

72. A efectos ilustrativos, se ha analizado esta probabilidad del éxito de la pretensión tanto en los casos en los que el daño se ha configurado como una pérdida de oportunidad procesal [Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548); de 28 de junio de 2012 (RJ 2012, 10403)], como cuando se ha articulado como un daño moral por privación de la tutela judicial efectiva [entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de abril de 2010 (RJ 2010, 3770) y 9 de marzo de 2011 (RJ 2011, 4250)]. Respecto a la certeza del daño cuando éste se configura como una pérdida de oportunidad procesal, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) dispone que: *«el daño […] es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades, […] exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas».*

73. Sobre la no concurrencia del requisito de que el daño sea definitivo cuando la pretensión del cliente puede ser reproducida ante los órganos judiciales con posterioridad, pueden verse, entre otros, CRESPO MORA, M. C. «La responsabilidad civil del Abogado en el Derecho español: perspectiva jurisprudencial» *op. cit.,* 2006, p. 274 quien

no impide que puedan indemnizarse como gastos definitivos: el coste del proceso infructuoso, las costas procesales y aquéllos otros que puedan generarse por el retraso en la obtención de una resolución judicial.

3.3. EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: LA PREVISIBILIDAD COMO POSIBLE CRITERIO DE DELIMITACIÓN DE SU ALCANCE

La identificación de la responsabilidad civil del abogado como responsabilidad contractual nos obliga a detenernos, de una forma más pormenorizada, en el alcance del resarcimiento de estos daños. Este tipo de responsabilidad está dirigida a devolver al patrimonio del acreedor el equilibrio derivado con ocasión del incumplimiento. Ese desnivel experimentado en el patrimonio del deudor por haberse frustrado la expectativa de la prestación debe ser atendido por el patrimonio del deudor, de modo que el resarcimiento del daño en las relaciones contractuales tiene una función equilibradora[74].

El propio funcionamiento de las relaciones contractuales nos obliga a plantear cuál es el alcance del daño que el incumplimiento del deudor puede producir en el patrimonio del acreedor porque, en principio, el desvalor de la actuación no se limitará a los daños que ha sufrido la víctima en sus bienes y derechos, pues puede comprender, además, la no obtención del beneficio esperado por la relación obligacional. El alcance de este desvalor es distinto cuando el acreedor que ejercita la acción de responsabilidad *ex* artículo 1101 del Código Civil ha solicitado la resolución contractual, el cumplimiento o, ninguno de ellos. Recordemos, que como se ha expuesto, cuando el acreedor opte por la resolución contractual al amparo del artículo 1124 del Código Civil, la indemnización de los daños y perjuicios se limitará al *interés contractual negativo*. En contraposición, si solicita el cumplimiento de las obligaciones, la indemnización de los daños y perjuicios alcanzará el *interés contractual positivo*.

En este punto, nos vamos a adentrar en el análisis del artículo 1107 del Código Civil. Este precepto dispone que «*los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*».

---

reconoce como requisito para que el daño sea calificado como pérdida de oportunidad que el resultado sea definitivo, es decir, que la situación no pueda ser resuelta mediante otros remedios procesales. En idéntico sentido, MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad op. cit.*, 2007, p. 230, admite que «*la doctrina de la "chance" no es aplicable cuando cabe que los acontecimientos venideros palien el daño padecido*».

74. CRISTÓBAL MONTES, A. «El enigmático artículo 1107 del Código Civil español» en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889–1989),* Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 219.

El artículo 1107 del Código Civil permite en el apartado primero, circunscribir el daño contractual resarcible a aquél que *haya sido previsto o se haya podido prever* al tiempo de constituirse la obligación y que *sea consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*. Por su parte, el apartado segundo de este precepto gradúa la responsabilidad del deudor, reconociendo un alcance más amplio del deber de reparación que abarca «todo el daño» cuando la falta de cumplimiento de la obligación obedezca a una actuación dolosa del deudor. Este precepto, en el que algunos han discernido un cariz punitivo en el ámbito de la responsabilidad contractual por atender a la gravedad o reprochabilidad de la conducta del deudor, es escasamente utilizado en la práctica pese a la funcionalidad que podría atribuírsele como mecanismo para la restricción del daño indemnizable en la responsabilidad civil contractual y, en particular, del letrado[75]. Además, su aplicación dotaría de mayor virtualidad a la distribución de los riesgos entre el deudor y el acreedor de la obligación en el momento de la contratación. Sin embargo, lejos de la interpretación literal que permitiría el precepto, se ha articulado otra que se aleja de los aspectos apuntados y que acertadamente sintetiza el Profesor LLAMAS POMBO conforme al siguiente silogismo: «1.º*) Si los daños previstos o previsibles (en sentido jurídico, no filosófico) no son otra cosa que las consecuencias necesarias del incumplimiento. 2.º) Y el deudor doloso responde de todos los daños (en sentido jurídico), es decir, de las consecuencias necesarias de su incumplimiento. 3.º) Se concluye que el quantum indemnizatorio, acaba siendo el mismo, sea el deudor de buena fe o doloso*»[76].

En las páginas siguientes, sin perjuicio de la consideración hecha sobre el escaso valor práctico que se atribuye al precepto, vamos a analizar de forma independiente[77], los requisitos que establece el precepto para la indemnización del daño contractual, así como la diferencia existente entre el deudor de buena fe y el deudor doloso.

A) El artículo 1107.1 del Código Civil: La previsibilidad del daño en el incumplimiento contractual

La previsibilidad del daño exigida por el apartado primero del artículo 1107 del Código Civil es requerida también por el artículo 1123 del Código

75. CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual: Tratamiento sustantivo y procesal*, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1992, pp. 34-36 reconocen que «*[…] la posible eficacia del artículo 1107.1 como reductor de los daños indemnizables es obviada en la jurisprudencia, implícita, aunque constantemente, mediante diversos recursos […] un somero recorrido de la jurisprudencia demuestra que el Tribunal Supremo se conforma con una previsibilidad de tipo genérico y de mera probabilidad o, incluso, posibilidad*».
76. Cfr. LLAMAS POMBO, E. *Las formas de prevenir y reparar el daño op. cit.* 2020, p. 61.
77. MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, p. 157 advierte que la conexión entre el apartado primero y segundo del artículo 1107 del Código Civil radica en que el primero se refiere a los incumplimientos ordinarios del deudor en los que no existe dolo, mientras que el segundo, regula el incumplimiento doloso del deudor.

Civil italiano y por el artículo 1150 del Código Civil francés[78]. La virtualidad que, en estos ordenamientos jurídicos, tiene el requisito de la previsibilidad del daño ha justificado que se haya incorporado esta exigencia también en el article 9:503 de los *Principles of European Contract Law*[79].

El fundamento del requisito de que los daños derivados de una obligación contractual estén vinculados y sean consecuencia del incumplimiento del acreedor de la obligación, responde a la necesaria búsqueda de una limitación en su reconocimiento que resulte coherente con el tráfico económico y jurídico que permita determinar el fin de protección del contrato, esto es, diferenciar los daños indemnizables de los no indemnizables. En este sentido, el Profesor PANTALEÓN PRIETO ha afirmado cómo el apartado primero del artículo 1107 del Código Civil «*no es sino la manifestación típica, en el campo de la relación contractual, del "fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad" […] dicha norma fundamentadora es el contrato mismo, ley entre las partes*»[80]. Este precepto permite realizar una distribución idónea de los riesgos que el contrato genera a las partes, susceptible de ser alterada convencionalmente, por la que imputa al acreedor la obligación de responder no sólo por los daños por él previstos sino también por aquéllos que una persona sensata y en su posición debería haber considerado en el momento de celebración del contrato; por ser este momento en el que el contratante evalúa los riesgos de un potencial incumplimiento contractual y toma la decisión o no de celebrar el contrato[81].

78. El artículo 1123 del Código Civil italiano señala que «*il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere cosi' la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*». Por su parte, el artículo 1150 del Código Civil francés señala que «le *débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée*».

79. El art. 9:503 de los Principles of European Contract Law dispone que «*The non-performing party is liable only for loss. which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless. the non-performance was intentional or grossly negligent*».

80. PANTALEÓN PRIETO, F. «El sistema de responsabilidad contractual» en *Anuario de Derecho Civil,* n.º 3, 1991, p. 1026. En relación con el artículo 1107.1 del Código Civil MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, p. 157 considera que la previsibilidad que exige el artículo 1107.1 del Código Civil «*[…] no deben confundirse con la función de la previsibilidad en la teoría de la adecuación. En la teoría de la adecuación la previsibilidad significa que no se pueden imputar al sujeto responsable los daños que no pudo prever (ni cuyo conocimiento le era imputable) al ejecutar el acto que fundamenta su responsabilidad*» pues mantiene que «*una cosa es determinar el bien jurídico protegido, lo cual es función del artículo 1107.1 del Código Civil y, otra determinar si un daño producido a un bien jurídico protegido es o no imputable objetivamente al sujeto que materialmente lo ha causado, lo cual es función de las reglas de imputación objetiva*».

81. Sobre el fundamento de la previsión contenida en el artículo 1107 del Código Civil puede verse, SOLER PRESAS, A. *La valoración del daño en el contrato de compraventa op. cit.* 1999, pp. 44 y 45. Respecto al momento en el que se debe realizar el juicio

Otra cuestión que plantea este artículo es si las exigencias contenidas en el artículo 1107 del Código Civil, esto es, la «*previsibilidad del daño*» y que resulte «*consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*» constituyen un único requisito o, por el contrario, se trata de dos maneras distintas de aludir a un único requisito. Pues bien, el Profesor CARRASCO PERERA mantiene que los requisitos descritos en el artículo 1107 del Código Civil funcionan en campos diferentes. La *previsibilidad del daño* indica una cuestión de «comprensión» de ciertos daños distintos del de prestación; mientras que, el que sea *consecuencia necesaria de su incumplimiento,* hace referencia a un problema de imputación del daño al deudor, porque puede ocurrir que, por la aplicación de estos requisitos, el deudor no tenga que responder por no resultar previsibles en el momento de contratar aunque sean consecuencia necesaria de su incumplimiento[82]. Por su parte, el Profesor MORALES MORENO considera que las dos fórmulas cumplen una misma función porque la regla de que resulte *consecuencia necesaria de su incumplimiento* expresa la conexión jurídica con el fin de protección del contrato y el requisito de la previsibilidad absorbe el mismo contenido que la anterior exigencia, haciéndola innecesaria[83].

La traslación de los requisitos del artículo 1107.1 del Código Civil a los daños patrimoniales resulta más sencilla que en el caso de los perjuicios morales porque, para que estos últimos resulten resarcibles en el seno de un incumplimiento contractual, es necesario que se haya previsto, en el momento de constituirse la obligación, una posible afectación de un bien de la personalidad (por ejemplo: salud, integridad u honor) o que la prestación verse sobre un interés de satisfacción no patrimonial del deudor (por ejemplo: un viaje de recreo o unas vacaciones). Así, la regla general sería la no indemnización de los daños morales cuando el objeto de la prestación sea la satisfacción de un interés patrimonial del acreedor[84]. No obstante, jurisprudencialmente se admite su indemnización en el ámbito contractual, aunque se insiste en la idea de que no todo incumplimiento contractual genera una obligación de indemnización porque no debe identificarse la falta de obtención de una ventaja o provecho derivada de un incumplimiento contractual con un perjuicio, un daño o una frustración en la economía de la parte, de su interés material o

---

sobre la previsibilidad del perjuicio, PANTALEÓN PRIETO, F. «El sistema de responsabilidad contractual» *op. cit.* 1991, pp. 1027-1030; CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1107 del Código Civil» en ALBALADEJO Manuel (coordinador) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989, p. 740 defiende que es éste el momento temporal cuando se debe abordar la previsibilidad del daño puesto que, «*se entiende que el deudor, al mismo tiempo que contrata, asume unos determinados riesgos de inejecución y se obliga a la indemnización por estos riesgos*».

82. Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1107 del Código Civil» *op. cit.* 1989, pp. 722, 723, 726 y 741.
83. MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, p. 163.
84. Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1107 del Código Civil» *op. cit.* 1989, pp. 747 y 748.

moral [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 31 de mayo del 2000 (RJ 2000, 5089)][85].

En el ámbito de la responsabilidad civil del letrado, de conformidad con el artículo 1107 del Código Civil, para que nazca en el profesional la obligación de reparar, es necesario que el perjuicio se hubiera previsto o pudiera ser previsible en el momento de contraer la obligación. Por tanto, a la luz de este precepto, el letrado, en su condición de deudor de la obligación, tendría la carga de efectuar un juicio de *previsibilidad* en el momento de la contratación respecto a aquellas consecuencias dañosas que puedan derivarse del incumplimiento de la obligación principal asumida pero también de los que puedan derivarse de la inobservancia de las obligaciones accesorias que se integran en el contenido del contrato al amparo del artículo 1258 del Código Civil. A este respecto, la Profesora SERRA RODRÍGUEZ reconoce que la valoración por el profesional de la Abogacía de estas exigencias resulta más sencilla cuando su actuación es extraprocesal que cuando se incardina en el seno del proceso porque se excluye la incertidumbre inherente a éste[86]. No obstante, el abogado en el momento de contratar podrá valorar en todo caso, aunque sea con carácter general, los eventuales daños que puede ocasionar al cliente si incumple el contrato.

B) El artículo 1107.2 del Código Civil: el deudor de buena y mala fe

El artículo 1107.2 del Código Civil impone al deudor doloso la obligación de responder de todos los daños que se deriven de la falta de cumplimiento.

Este apartado segundo del artículo 1107 del Código Civil plantea en primer lugar, qué debemos entender por deudor doloso. La contraposición del apartado primero con el apartado segundo del artículo 1107 del Código Civil permite considerar que se entiende por *deudor de buena fe,* al que incumple por

85. Algunos autores han puesto de relieve la necesidad de realizar una labor de contención de la indemnización de los daños morales, intentando devolver a los cauces naturales la responsabilidad civil y sus presupuestos; de tal forma que exigen para su indemnización no sólo los requisitos de previsibilidad y ser consecuencia necesaria del incumplimiento sino también que el daño resulte ser de suficiente entidad; es decir, que exceda de las meras molestias o incomodidades asociadas a todo incumplimiento contractual, puesto que, de otro modo, su reconocimiento sería automático cada vez que se constatara un incumplimiento contractual [cfr. SOLÉ FELIU, J. «El daño moral por infracción contractual…» *op. cit.* 2009, p. 30]. Además, debe evitarse que al resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual se le atribuyan funciones distintas al resarcimiento de los daños patrimoniales tales como, evitar la impunidad del incumplimiento cuando la determinación de los costes es muy elevada, la sanción de conductas abusivas o desconsideradas del contratante o, el resarcimiento del daño por pérdida de oportunidades [cfr. CARRASCO PERERA, A. *Derecho de Contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 1234-1236].

86. Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 306.

culpa[87]; mientras que se considerará de *mala fe*, a aquél que lo hace con dolo, pudiendo entender por tal el que infringe de una manera consciente y voluntaria un deber jurídico produciendo un daño[88].

El apartado segundo del artículo 1107 del Código Civil tiene como finalidad impedir que el deudor que dolosamente ha incumplido el contrato se beneficie de las limitaciones respecto al alcance del daño contractual, que el apartado primero prevé para el deudor negligente. Es decir, el artículo 1107.2 contiene una regla que permitiría que el deudor doloso asumiera un contenido indemnizatorio más amplio que el exigible al deudor culposo[89], que podría abarcar toda la cadena dañosa sin otro límite que el de la causalidad en sentido propio, aunque no hay razón para imputar a éste, más daños que los que impondrían los criterios aplicables a la responsabilidad extracontractual[90]. Sin embargo, la virtualidad práctica de esta regla, como ya se ha indicado, es muy escasa, porque se ha considerado mayoritariamente que tanto el deudor que ha actuado con buena fe como el deudor doloso merecen a efectos de la valoración del daño, idéntico tratamiento porque la cuantía indemnizatoria se establece atendiendo a la extensión del daño causado y no a la reprochabilidad

87. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* Vol. I, *op. cit.* 2007, pp. 713 y 714 critica el uso que del término «deudor de buena fe» efectúa el artículo 1107 del Código Civil puesto que, un deudor que en hipótesis es culpable no debe ser calificado como de buena fe, ya que este término se utiliza para aquéllos que han ajustado su conducta a los cánones de diligencia imperantes. Sobre esa base, este autor no comprende como el deudor de buena fe puede incurrir en responsabilidad, pues, para él la buena fe del artículo 1107 del Código Civil no es un criterio para liberar de responsabilidad al deudor, sino únicamente para limitar esa responsabilidad frente al resarcimiento integral, al permitir exonerar de responsabilidad en supuestos de exterioridad y de inevitabilidad del suceso dañoso, pero no en cambio la utilización plena de la diligencia debida. En apoyo de su tesis, acude a la redacción del artículo 1106 del Proyecto de García Goyena que establecía una regla general de responsabilidad (el resarcimiento del daño previsible) frente a una responsabilidad agravada en caso de dolo (el resarcimiento integral).

    En el Código Civil francés se ha evitado la alusión al «deudor de buena fe» que hace nuestro artículo 1107 del Código Civil y establece de forma más satisfactoria el alcance de los daños por incumplimiento contractual cuando el deudor es doloso, los que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento contractual [cfr. article 1151 del Code Civile dispone que, «*Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention»*].

88. Sobre el concepto de dolo civil pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 9 de febrero de 1962 y de 23 de mayo de 1983 (RJ 1983, 3415).

89. MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, pp. 174 y 177. Por su parte, DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. *El daño moral,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Vol. I, 2000, p. 124 ha considerado en relación al artículo 1107.2 del Código Civil que constituye «*el único caso en que, por expreso mandato legal, la consideración de la gravedad del hecho tiene relevancia a efectos resarcitorios y en la que, por tanto, la indemnización tiene un claro matiz punitivo*».

90. Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J. «Incumplimiento contractual» *op. cit.* 1994, p. 214.

que merece de la conducta que lo ha generado[91]. En la misma línea, el Tribunal Supremo no ha prestado especial atención a esta regla, quizás, porque con frecuencia en el ámbito de la responsabilidad contractual existe una cierta voluntariedad en el incumplimiento del contrato, y una prueba de ello es que, con carácter general, no se aclara si el deudor ha incumplido por dolo o por culpa[92].

4. LOS TIPOS DE DAÑO: EN ESPECIAL EL DAÑO MORAL

4.1. LOS DAÑOS PATRIMONIALES: EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE

Los daños patrimoniales son los que sufre la víctima del daño en la esfera de su patrimonio, entendido como el conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial que posee la víctima[93].

Estos daños se componen de dos partidas diferenciadas a las que alude expresamente el artículo 1106 del Código Civil[94]; *el daño emergente*, que se

91. Se ha considerado que el «deudor de buena fe» y el «deudor doloso» deben ser tratados de la misma manera, puesto que la ambigüedad de los términos en los que se pronuncia el párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil no autorizan una interpretación que vaya más allá de lo que dispone el párrafo primero del artículo 1107 [cfr. DE LOS MOZOS, J. L. *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 197]. En esta línea, PANTALEÓN PRIETO, F. «El sistema de responsabilidad contractual…» *op. cit.* 1991, pp. 1025 y 1036 considera que el deudor de buena fe es todo deudor que tenga que responder por incumplimiento sin que pueda reprocharse que actúe con dolo, de modo que, el contratante que incumple dolosamente «*no debe ser tratado de distinta manera que un extraño que, sin relación contractual previa con el dañado, ocasionase intencionadamente un evento dañoso análogo*».

    Por su parte, LLAMAS POMBO, E. «Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños» *op. cit.*, 2007, p. 456 insiste en la idea de que: *«[…] la indemnización no se gradúa en función de la gravedad de la conducta dañadora ni, eventualmente de la reprochabilidad de la misma, sino con arreglo a la entidad del daño»*. En cuanto a lo dispuesto en el artículo 1107 del Código Civil debe interpretarse conforme al siguiente silogismo *«1.º) si los daños previstos o previsibles (en sentido jurídico, no filosófico) no son otra cosa que las consecuencias necesarias del incumplimiento. 2.º) Y el deudor doloso responde de todos los daños (en sentido jurídico), es decir, de las consecuencias necesarias del incumplimiento. 3.º) Se concluye que el quantum indemnizatorio acaba siendo el mismo, sea deudor de buena fe o doloso. Y según esto, el artículo 1103 quedaría reservado para aquellos casos en que el daño, siendo previsible, ha resultado mucho mayor de lo previsto»*.
92. En este sentido, CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1107 del Código Civil» *op. cit.* 1989, pp. 751 y 752.
93. En este sentido, DELGADO ECHEVARRÍA, J. «Incumplimiento contractual» *op. cit.* 1994, p. 211 contrapone el daño material con el daño moral. De este modo, considera que el primero, es el *«causado al patrimonio, a los bienes que lo integran; y el otro sin contenido económico, sufrimiento o dolor infringido a una persona»*.
94. En el Código Civil francés sin aludir tampoco a los conceptos «daño emergente» y «lucro cesante» se reconocen las mismas partidas indemnizables en el artículo 1149 del Código Civil que reconoce: *«Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en*

identifica con el valor de la pérdida que haya experimentado el acreedor y, el *lucro cesante*, descrito como la ganancia que ha dejado de percibir. La articulación de los daños patrimoniales de este modo garantiza la función reparadora de la responsabilidad civil y el principio de *restitutio in integrum*[95] porque asegura no solo la reparación del menoscabo producido por el hecho dañoso, sino también las pérdidas dejadas de obtener como consecuencia de éste, llegando a considerarse que «*el daño emergente y el lucro cesante son, en el plano económico, las dos maneras de manifestarse los daños*»[96].

Estos daños patrimoniales, sobre todo, la partida del daño emergente no plantea problemas sobre su realidad y certeza, porque se trata de daños evidentes y objetivos. En cambio, el lucro cesante presenta importantes dificultades en torno a su prueba porque es, con frecuencia, un daño que se produce y concreta en el futuro por lo que tiene siempre cierta dosis de incertidumbre o aleatoriedad, al depender su manifestación de factores externos y de la propia conducta del acreedor[97].

En el tratamiento de los daños patrimoniales se debe evitar identificar, de un lado, el daño emergente con el perjuicio presente que se ha exteriorizado con el hecho dañoso y, de otro, el lucro cesante con el daño futuro[98]. Esta cuestión fue especialmente abordada por DE CUPIS[99] quien ha considerado que el daño emergente puede ser tanto presente como futuro y lo mismo se puede referir respecto al lucro cesante. Este autor mantiene que, para calificar el evento dañoso como de daño emergente o lucro cesante, hay que tener en consideración la situación del bien en el momento en el que se daña el interés, es decir, si el bien se encuentra o no en el patrimonio del perjudicado cuando se produce el evento dañoso.

---

général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après».

95. CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones op. cit.*, 1989, p. 250 considera que estimar el lucro cesante como partida de la indemnización de daños y perjuicios supone remontar la arcaica visión del deudor que no sufre más daños que la mutilación de activos patrimoniales ya existentes, supone situarse en una versión justa de los hechos que, revela, una sensibilidad racional y propia de una civilización avanzada.
96. MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, p. 23.
97. Cfr. VICENTE DOMINGO, E. «El daño» *op. cit.* 2014, pp. 339 y 340 y MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, p. 25.
98. Esta cuestión es también aludida por YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad civil: contractual y extracontractual op. cit.* 1993, p. 189 quien ejemplifica como en un accidente de automóvil será daño emergente actual el coste de reposición del automóvil y los gastos de hospital, médico y farmacia. También será lucro cesante actual, los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima de trabajar durante el tiempo de la convalecencia. Constituirá además, la partida de daño emergente futuro los gastos que deberá acometer para el tratamiento de las secuelas permanentes y la de lucro cesante futuro, las ganancias que quedarán sin percibir por la incapacidad permanente.
99. DE CUPIS, A. *El daño… op. cit.* 1975, pp. 312, 313 y 320.

La distinción que se efectúa respecto a los daños patrimoniales en el artículo 1106 del Código Civil, es decir, en sede de responsabilidad contractual es también predicable a la responsabilidad extracontractual consagrada en el artículo 1902 del Código Civil[100].

4.1.1. El daño emergente

En el concepto de daño emergente, se incluyen los detrimentos efectivamente producidos en los bienes del perjudicado conectados causalmente con el evento dañoso, consistentes en los gastos realizados o que se van a realizar para reponer a la persona perjudicada en la misma situación que se encontraría si no hubiera acaecido el daño. Es preciso reseñar que los daños emergentes no se circunscriben únicamente a los gastos derivados de la reparación o reposición del bien dañado sino que puede también abarcar otros conceptos siempre que se cumplan con los presupuestos de la responsabilidad civil, es decir, que sean consecuencia de un comportamiento negligente del causante del daño y se encuentren vinculados causalmente con éste.

Los daños emergentes son, pues, daños objetivos y aritméticamente evaluables, para cuya valoración no es necesaria la realización de ningún pronóstico o presunción sobre cómo se habrían desarrollado los acontecimientos[101], sino que su reparación se justifica atendiendo a los documentos de gasto o factura razonable; debiendo quedar al margen, las posibles mejoras o gastos excesivos que no se encuentren causalmente conectados con el evento dañoso.

---

100. Esta cuestión es expresamente admitida por PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil op. cit.* 1976, p. 182 que considera como *«el artículo 1106 del Código Civil es una de las normas de derecho de daños que se aplica por igual a los contractuales y a los extracontractuales»*.

    El Tribunal Supremo también ha reconocido la posibilidad de aplicar el artículo 1106 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual en su Sentencia (Sala 1.ª), de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250) al señalar respecto a la relación entre la responsabilidad contractual y extracontractual que *«de los puntos y notas comunes se sigue también que la tajante separación originaria se atenúe en su aproximación a la común finalidad reparadora mediante la aplicación indistinta de preceptos que pueden reputarse, con matizaciones, preceptos comunes (por regular dentro del Código y la necesidad de llenar sus lagunas, la responsabilidad en general), así los arts. 1101 a 1107 Código Civil)»*.

    En contraposición con el criterio del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del artículo 1107 del Código Civil en sede de responsabilidad extracontractual se muestra PANTALEÓN PRIETO, F. *«El sistema de responsabilidad contractual…» op. cit.* 1991, pp. 1020 y 1031 este autor estima, en síntesis, que el artículo 1107.I del Código Civil determina una específica distribución de riesgos entre las partes imputable a la autonomía privada propia del contrato, de modo que no puede predicarse respecto de las obligaciones nacidas legalmente. Se muestra también crítico con los que estiman que la proposición primera del artículo 1107.II del Código Civil es trasladable al ámbito de la responsabilidad extracontractual por entender que responde a un deseo de proporcionar un soporte normativo al criterio de la adecuación exigido por la teoría de la causalidad adecuada.

101. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 17 de julio de 2011 (RJ 2011, 5612).

4.1.2. El lucro cesante

Esta partida del daño patrimonial se identifica con el lucro frustrado y tiene dos partidas[102], la ganancia dejada de obtener y la pérdida de ingresos, derivada directa e inmediatamente del evento dañoso. Es decir, el lucro cesante se determina como la privación de una utilidad que previsiblemente se habría incorporado al patrimonio de la víctima, si el responsable no hubiera provocado el daño.

A diferencia de lo que ocurría con el daño emergente, el reconocimiento del lucro cesante resulta más complejo porque participa de las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos hipotéticos ya que la ganancia no llegó a obtenerse[103]. Por tanto, para su reconocimiento resulta necesario reconstruir el curso que habrían tenido los acontecimientos si no hubiera mediado el hecho dañoso y constatar una alta probabilidad de que la ganancia se hubiera incorporado al patrimonio de la víctima. Esta reconstrucción debe hacerse sobre datos sólidos y fiables porque como pone de relieve el Profesor CRISTÓBAL MONTES «*en el mundo jurídico la secuencia de los acontecimientos esperados presenta unos márgenes de anticipación y confianza que permiten, dentro de límites razonables, saber cuál habría sido el desenvolvimiento de las expectativas en el supuesto de que los acontecimientos hubiesen discurrido con normalidad*»[104].

La indemnización de los lucros cesantes no obliga a la víctima a acreditar con certeza absoluta que las ganancias se habrían incorporado a su patrimonio, pero sí tiene que demostrar una probabilidad verosímil[105], debiendo

102. VICENTE DOMINGO, E. «El daño» *op. cit.* 2014, p. 345.

103. FISCHER, H. A. *Los daños civiles y su reparación* (traducción española por ROCES, W.) Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pp. 42 y 43. En idéntico sentido, CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones op. cit.* 1989, p. 252 considera que *«[…] la idea de "lucrum cessans" encierra mayor grado de inseguridad e indeterminación que la del "damnum emergens" en cuanto su punto de referencia es algo que no ha tenido verificación y que en ningún momento, por tanto, ha llegado a existir de manera actual: la ganancia esperada»*.

104. CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones op. cit.* 1989, p. 253.

105. La indemnización del lucro cesante supone la indemnización de beneficios futuros por lo que el Tribunal Supremo ha considerado que debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas (juicio de probabilidad) *«[…] fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y la ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto, según reclama la jurisprudencia, debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, pero existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso»* [Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8515)].

Por su parte, el artículo 518-21 apartado segundo de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil dispone que *«para la estimación del*

presentarse como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva. Es decir, no se exige una seguridad absoluta pero tampoco una apreciación subjetiva de ganancia, siendo necesario que se presenten como reales, con cierta consistencia y apoyadas en algún principio de prueba, basada en experiencias previas y en las circunstancias concretas del caso, de la que pueda derivarse una probabilidad objetiva. El Tribunal Supremo ha exigido para el reconocimiento del lucro cesante que concurra «*[…] similitud suficiente para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico*» [Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 octubre de 2007 (RJ 2007, 8264)].

Además de la dificultad de la prueba apuntada, se ha reconocido en algunas resoluciones judiciales como límite para el resarcimiento del lucro cesante, el deber de mitigar el daño causado impuesto al acreedor de la indemnización, entendiéndolo vinculado al principio de buena fe y de causalidad[106]. Este deber de mitigación es exigible tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, pero, tiene especial importancia en la indemnización del lucro derivado del incumplimiento contractual por el peligro de que este tipo de daños se extiendan excesivamente[107]. El efecto de este deber es excluir o sustituir la indemnización del daño evitable o reducir su cuantía cuando se considere que el perjudicado no debe obtener la tutela resarcitoria porque la pérdida de la ganancia o de los ingresos dejada de

---

lucro cesante se atiende a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias».

106. Para LLAMAS POMBO, E. *Las formas de prevenir y reparar el daño op. cit.* 2020, p. 230 el deber de la víctima de mitigar el daño se deriva al amparo de la buena fe *ex* artículo 7 del Código Civil, porque como acertadamente señala este autor «*la buena fe, en efecto impone que el perjudicado no pueda exigir reparación por los daños que hubiera podido eliminar con operaciones o tratamientos que entren dentro de los límites razonables, o medidas que no entrañen para el perjudicado sacrificios desproporcionados o que no le coloquen ante nuevos riesgos*». Este deber justifica que en ocasiones, los órganos judiciales desestimen la indemnización del lucro cesante por considerar que, la actuación razonable del perjudicado podría haber reducido el impacto económico futuro del evento dañoso [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2806) y de 29 de noviembre del 2005 (RJ 2006, 36)].

    En el artículo 518-21 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil se recoge expresamente el deber de mitigar el daño en el siguiente sentido «*no responde el deudor del daño que el acreedor haya podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero debe resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas*».

107. MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, pp. 180 y 181. Este deber de mitigación en el ámbito de la responsabilidad contractual tiene una doble implicación «*para el acreedor insatisfecho supone que tiene que tomar medidas (razonables), de diversa índole, para evitar o reducir el lucro cesante. Y para el deudor supone sustituir la indemnización del lucro cesante mitigable por la indemnización del coste de las medidas adoptadas para evitarlo o reducirlo*».

obtener hubiera podido evitarse si la victima hubiera desempeñado un comportamiento razonable[108].

Entre nuestros órganos judiciales hay una tendencia a reconocer de modo muy restrictivo la indemnización del lucro cesante por la dificultad que tiene la prueba de su existencia y su posible confusión con daños inciertos e hipotéticos. En este sentido hay autores que critican el rechazo al reconocimiento de esta partida del daño patrimonial por considerar que ello supone que los tribunales acudan incorrectamente a la indemnización del daño moral de la víctima con el objetivo de reducir los problemas de prueba que genera el lucro cesante[109]; mientras que otros, por el contrario, consideran necesaria la contención de los órganos judiciales a indemnizar el lucro cesante conforme a criterios de razonabilidad, en virtud de los cuales, el Tribunal Supremo ha estimado que «*la fijación de este tipo de indemnización, debe abordarse por los tribunales mediante criterios que deben buscar un equilibrio que huya tanto del rechazo de lucro cesante por entender que tiene carácter hipotético como de su admisión incondicional sin prueba alguno, pues debe fijarse su cuantía conforme a la prueba mediante un cálculo razonable y atento a todas las circunstancias concurrentes y a las expectativas previsibles del mercado en torno a las operaciones económicas que se han visto truncadas por el incumplimiento*»[110].

4.2. LOS DAÑOS MORALES

Los daños morales tradicionalmente se han identificado como aquellos perjuicios infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica[111]. Sin embargo, los contornos de su resarcimiento resultan difíciles de precisar porque, al no existir una definición de su concepto en el Código Civil, han sido los órganos judiciales quienes han asumido esta labor.

A diferencia de lo que ocurría con los daños patrimoniales, el Código Civil no realiza un reconocimiento explícito de los daños morales como partida indemnizable, aunque se han considerado incluidos en el concepto general

108. La exigencia de un comportamiento razonable en la víctima del daño no incluye el requerimiento de comportamientos heroicos o la aceptación de una actuación ilícita del tercero ni tampoco atribuirle la carga de la prueba de que actuó racionalmente e hizo todo lo posible para evitar o reducir el daño [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 4 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1095)].
109. Se muestran críticos con el reconocimiento restrictivo que se hace del lucro cesante entre otros: GÓMEZ POMAR, F. «Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2003, p. 4; por el contrario, se muestra conforme con el reconocimiento limitado de la indemnización del lucro cesante, VICENTE DOMINGO, E. «El daño» *op. cit.* 2014, p. 349.
110. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 9 de abril del 2012 (RJ 2012, 8986).
111. Esta es la definición general que, sobre los daños morales proporciona, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Tratado de responsabilidad civil op. cit.* 1993, p. 675.

de «daños y perjuicios» al que alude el artículo 1101 del Código Civil o en el de «daño» empleado por el artículo 1902 del Código Civil. El Código Penal en su artículo 110.3 y otras leyes especiales a las que posteriormente se aludirá, sí reconocen la indemnización de los perjuicios morales[112], pero sin determinar qué debe entenderse por tales.

El principal escollo en la admisión del daño moral se planteó en el ámbito de la responsabilidad contractual[113]. Una prueba de ello es que el primer reconocimiento judicial del daño moral en materia de responsabilidad extracontractual se sitúa en la Sentencia de 6 de diciembre de 1912 pero no es hasta la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403) cuando se reconoce propiamente la indemnización de este tipo de daños en sede de responsabilidad contractual[114]. Este cambio de criterio

112. CASANOVA ASENCIO, A. S. «El daño moral: dificultades prácticas…» *op. cit.,* 2016, p. 50, destaca como una de las causas que dificulta la definición del daño moral el hecho de que, tradicionalmente los bienes morales o de la personalidad han tenido menor significación legislativa que los de carácter patrimonial, atendida la tendencia de otorgar más importancia a los aspectos patrimoniales en el tráfico jurídico; lo que justifica, en opinión de esta autora, que exista una menor claridad en la enumeración de éstos.

    Esta falta de reconocimiento normativo del «daño moral» en el Código Civil es también reconocida por SOLÉ FELIU, J. «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 1, 2009, p. 20 y GÓMEZ LIGÜERRE, C. «Concepto de daño moral» *op. cit.,* 2017, p. 30.

    A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha reconocido la indemnización del daño moral como un «*principio incuestionable*» [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 1)] que no debe negarse por el hecho de que el Código Civil no prevea su referencia normativa por entenderse implícitamente reconocida en la exigencia de resarcir todos los daños [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 27 de julio de 1994 (RJ 1994, 6787)].

113. CRISTÓBAL MONTES, A. «El enigmático artículo 1107 del Código Civil español» *op. cit.* 1990, p. 6 reflexiona sobre los principales argumentos contrarios a la indemnización del daño moral en supuestos de incumplimiento contractual, en este sentido, se consideró que no existía ningún precepto en el Código Civil que autorizara la reparación de este tipo de daños; que éstos sólo tenían cabida en la esfera de la responsabilidad extracontractual o que, no procedía en la esfera de la responsabilidad contractual la resarcibilidad del quebranto moral causado, pues el daño indemnizable debía tener contenido patrimonial.

114. Con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 9 de mayo de 1984, el Tribunal Supremo reconoció de forma implícita el resarcimiento de los daños morales en las resoluciones de 26 de febrero de 1966 y de 7 de diciembre de 1979, pero no se condenó a la reparación del daño moral por falta de prueba del hecho que dio origen al daño moral.

    En relación con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 9 de mayo de 1984, critica RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. «La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual» *op. cit.*, 2007, p. 244 como en esta resolución y también en muchas posteriores, el Alto Tribunal se aleja de la concepción tradicional del daño moral vinculada a los bienes de la persona y derechos de la personalidad y, *«recurre al camino más cómodo de indemnizar el daño moral, sin referirse de manera concreta al lucro cesante»*.

se justificó por parte del Tribunal Supremo por la irrupción de la ética en el cambio de las relaciones jurídicas atendidos los principios supralegales consagrados constitucionalmente[115] y se mantiene sobre la base de que los perjuicios resarcibles son los mismos con independencia de que se reconozcan en sede de responsabilidad contractual o extracontractual, advirtiendo incluso que, quizás, tiene más sentido la indemnización de este tipo de daño dentro de la responsabilidad contractual puesto que el damnificado ha suscrito un contrato para la satisfacción de un interés[116].

En la actualidad no hay duda sobre la aceptación de que un incumplimiento contractual puede generar en el acreedor de la prestación un daño moral[117]. La falta de alusión expresa de los daños morales en el artículo 1106 del Código Civil no obedece a una voluntad restrictiva o limitativa en el reconocimiento de su existencia –el artículo no prohíbe la indemnización de estos daños–, sino al momento temporal en el que se aprobó el Código Civil[118]. Otros autores admiten su resarcimiento al amparo de una interpretación teleológica del

115. El propio Tribunal Supremo en la referida resolución (RJ 1984, 2403), reconoce como la prueba de la producción, existencia y realidad de los perjuicios y daños inmateriales, *«[…] es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7 y 1258 del Código Civil)»*.

116. Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, R. «La responsabilidad por daño moral» *op. cit.*, 1966, p. 89. En una línea similar BARRIENTOS ZAMORANO, M. *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa op. cit.* 2007, p. 328 destaca que *«[…] el daño moral no puede quedar constreñido a las normas reguladores de la responsabilidad extracontractual, sino que pertenece al campo de la responsabilidad civil en general. No concurren en principios motivos que verifiquen su negativa en materia contractual. El artículo 1106 del Código Civil no representa un obstáculo para la indemnización de los daños morales, porque este se aplica sólo a supuestos de daños de carácter patrimonial, y se atiende para los daños morales a los criterios que para esta clase de daños se siguen»*.

117. MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R. «Daño moral contractual» en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. (directores) *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, p. 244 consideran que *«la problemática actual del daño moral no es la admisibilidad de su reparación, pues se entiende reconocida en el artículo 1101 del Código Civil. Las principales cuestiones jurídicas que plantea el resarcimiento del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual son tres: el uso indebido de esta figura por parte de los tribunales, la determinación de los límites al deber de reparar el daño moral por incumplimiento contractual y la ausencia de criterios a emplear para su cuantificación»*.

118. Cfr. SOLÉ FELIÚ, J. «El daño moral por infracción contractual…» *op. cit.* 2009, p. 30; MARÍN GARCÍA, I. y MILÁ RAFEL, R. «Daño moral contractual» *op. cit.*, 2017, p. 208. En relación con el artículo 1106 del Código Civil, DELGADO ECHEVARRÍA, J. «Incumplimiento de la obligación» op. cit. 1994, p. 211 afirma que este precepto no excluye que junto con los efectos patrimoniales que se deriven del incumplimiento de una obligación pueda existir un daño moral, inferido a la salud, la libertad, el honor y en general los bienes de la personalidad, por cuanto se trata de daño producido en otros bienes del acreedor (distintos de la prestación debida) tan valiosos y susceptibles de indemnización como la propiedad misma.

artículo 1106 en relación con el artículo 3.1 del Código Civil[119] o por integración de los perjuicios extrapatrimoniales dentro de los términos «daños» y «perjuicios» a los que aluden los artículos 1101 y 1106 del Código Civil[120].

Por otro lado, para abordar el estudio del daño moral, es necesario advertir que nuestro sistema de responsabilidad civil se encuadra, como ya se ha indicado, dentro de los *sistemas no limitativos, atípicos o abiertos,* lo que conlleva que la pretensión indemnizatoria no se limite a *priori* atendiendo a la naturaleza de los bienes o derechos afectados, sino que puedan indemnizarse con carácter general los perjuicios que se deriven de una acción u omisión negligente o dolosa vinculados por la oportuna relación de causalidad.

La falta de regulación legal unida a que la expresión «daño moral» no permite conocer su significado particular[121] ha provocado que la concreción de los contornos de este concepto sea una labor encomendada a los órganos judiciales, quienes además de procurar fijar el perfil de su resarcimiento, han empleado esta institución como una fórmula de protección a las víctimas cuando el contenido del daño resulta difuso o el daño patrimonial no logró probarse[122], porque la asignación de esta naturaleza al daño facilita a los órganos judiciales su reconocimiento y cuantificación[123].

Por su parte, el Tribunal Supremo ha mantenido en relación al silencio del artículo 1106 del Código Civil sobre los daños morales lo siguiente *«si bien es cierto que el referido precepto civil 1106 establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible, –los llamados daños morales–, […] su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes»*. [Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 21 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7235)].

119. GARCÍA LÓPEZ, R. *Responsabilidad Civil por daño moral: op. cit.,* 1990, pp. 311 y 312.
120. RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual…» *op. cit.,* 2003, p. 841.
121. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.* 2008, p. 13 afirma que «*si era comprensible que nunca hubiéramos tenido una idea especialmente clara de qué debe entenderse por "daño moral", esa idea es hoy menos clara que nunca […]»*. En sentido similar, BARRIENTOS ZAMORANO, M. *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa op. cit.*, 2007, p. 39.
122. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1106 del Código Civil» *op. cit.* 1989, p. 701 pone de relieve como la jurisprudencia está utilizando la doctrina del daño moral para «*escamotear injustificadamente el principio de la carga de la prueba del daño patrimonial»*. En sentido similar, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. y ARANA DE LA FUENTE, I. *El desbordamiento del derecho de daños op. cit.* 2009, p. 19 destacan que *«[…] desde hace algún tiempo, en las decisiones de nuestro Tribunal Supremo prevalece la doctrina favorable a la más amplia aplicación del principio "pro damnato" en materia de Derecho de daños»*.
123. Esta cuestión es puesta de relieve por SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.,* 2001, p. 315 cuando analiza el uso del daño moral en la responsabilidad civil del Letrado al advertir que «*el daño moral se convierte así en remedio para solucionar esta clase de conflictos sin entrar en la complejidad probatoria que implica valorar el éxito de una pretensión no planteada o mal planteada, con lo que se acaba admitiendo el resarcimiento de pérdidas que tienen un estricto carácter económico»*.

El análisis de las resoluciones judiciales permite advertir un amplio reconocimiento de los daños morales siendo una institución en constante cambio y evolución, en parte porque sus manifestaciones pueden ser tantas como las facetas de la personalidad, valores y estimas tiene el ser humano[124], habiéndose reconocido incluso cuando los padecimientos se han derivado de un incumplimiento contractual. Sobre esa base, se han alzado algunas voces partidarias de realizar una labor de contención en su reconocimiento, para evitar que se convierta en nuestro ordenamiento jurídico, en un «*concepto comodín*»[125].

Es preciso procurar proporcionar una aproximación del concepto de «daño moral» porque únicamente se garantizará el principio de «*reparación integral del daño causado*»[126] si se concretan los supuestos en los que debe repararse. Para ello, se expondrán las ideas básicas sobre las tesis positivas y negativas utilizadas para su definición, así como una visión jurisprudencial sobre las principales categorías de supuestos en los que se reconoce la indemnización de los perjuicios que tienen esta naturaleza. El perfil que articulemos en torno al concepto del «daño moral» nos permitirá al final del *Capítulo* reflexionar sobre la calificación del daño ocasionado por el Letrado a su cliente como un «daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva».

En el intento de definir el «daño moral» han surgido dos teorías contrapuestas[127], las *teorías negativas* del daño moral, que destacan los elementos que

124. CRISTÓBAL MONTES, A. «El daño moral contractual» en *Revista de Derecho Privado*, n.º 74, 1990, p. 3.

125. Quizás, una de las voces más críticas, entre nuestra doctrina, con el empleo desmedido del daño moral sea DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.* 2008, p. 14 y 15. Este autor ha afirmado que «*estoy dispuesto a admitir que los conceptos jurídicos tienen, como decía Engisch, un núcleo duro y un halo que ya no es tan duro, pero no estoy dispuesto a aceptar que sean proteicos, tan modelables como lo que los niños llaman "plastilina" y que en sus manos se pueda hacer con ellos lo que se quiera. Sin embargo, esto es, cabalmente, lo que está ocurriendo con la figura del daño moral ante nuestros escandalizados ojos. Habría que añadir que, falto de los necesarios empalmes, el concepto jurisprudencial, si es que se le puede llamar así, se mueve en el vacío y sólo genera una variante de lo que Weber, llamaba "justicia del cadí", que puede responder a vagos o si se quiere, intuitivos ideales de justicia, pero que, careciendo de ayer y de mañana, sólo se le puede calificar como arbitrariedad*».

126. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño op. cit.* 2008, p. 77. Sobre el «principio de reparación integral» reconoce GÓMEZ LIGÜERRE, C. «Concepto de daño moral» *op. cit.* 2017, pp. 35 y 36 la dificultad que los daños morales plantean para garantizar este principio, atendiendo a los obstáculos que plantea su prueba y por la imposibilidad de reparar bienes para los que no existe sustituto en el mercado.

127. Es destacable el tratamiento que de estas teorías sobre la configuración del daño efectúa GARCÍA LÓPEZ, R. *Responsabilidad Civil por daño moral… op. cit.* 1990, pp. 51-80. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242) se hace eco de estas dos teorías respecto a la configuración del daño moral y, reconoce que la concepción negativa pretende definir el daño moral frente a otra clase de daños, atendiendo fundamentalmente a la posibilidad de traducción económica de los daños patrimoniales, lo cual resulta difícil en los daños morales o extrapatrimoniales. Por su parte, las corrientes positivas, según esta resolución, intentan

se encuentran ausentes en este tipo de daños y, las *teorías positivas,* que pretenden a través de la descripción, dotar de contenido a esta figura.

Es frecuente que, en la búsqueda de un concepto de daño moral se opte por proporcionar una definición negativa[128], por resultar más sencillo contraponerlo al concepto de daño patrimonial, que intentar efectuar una agrupación de daños heterogéneos que pueden integrarse en éste. Sin embargo, estas *teorías negativas* despiertan poco interés por que no proporcionan información sobre el significante[129]. El daño moral conforme a estas teorías se podría definir como aquél no susceptible de comprenderse en el daño patrimonial por tener un interés de naturaleza no patrimonial o por carecer el perjuicio de consecuencias patrimoniales, pudiendo definirse como «*[…] el perjuicio que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado*»[130].

La definición negativa del daño moral ha sido objeto de otras críticas además de la expuesta sobre la escasa utilidad que proporciona para determinar el significante de este concepto. Se ha considerado, además, que este tipo de definiciones sólo pueden admitirse cuando los fenómenos que se oponen son homogéneos, lo cual no sucede con los daños morales y patrimoniales. También se ha esgrimido que no debe identificarse el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado con un daño de idéntica naturaleza, es decir, la lesión de un derecho patrimonial no sólo genera daños patrimoniales, sino que también puede producir daños extrapatrimoniales.

En contraposición, los partidarios de las *tesis positivas* pretenden proporcionar una descripción que dote a la definición del daño moral de contenido.

---

extraer una serie de supuestos o subcategorías específicas que pueden dar lugar a daño moral, advirtiendo la dificultad de perceptibilidad jurídica, puesto que en la mayor parte de las ocasiones afectan a la intimidad de la persona.

128. Sobre la tendencia a proporcionar una definición negativa del «daño moral», pueden destacarse ÁLVAREZ VIGARAY, R. «La responsabilidad por daño moral» *op. cit.* 1966, p. 81 y DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.* 2008, p. 73.

129. GÓMEZ LIGÜERRE, C. «Concepto de daño moral» *op. cit.* 2017, p. 48 defiende que, la utilidad de la información que proporcionan la teoría negativa sobre el daño moral es idéntica a la que facilitaría una definición negativa del daño patrimonial que lo considerara como aquél que no es moral. Bajo ese argumento, concluye el autor que *«de hecho, la posibilidad de definir ambos tipos de daños por negación el uno del otro, evidencia que se refieren a una misma realidad, el perjuicio que sufre la víctima o, mejor dicho, a consecuencias posibles de una misma realidad referida en todo caso a las consecuencias negativas de un comportamiento ajeno»*. Por su parte, DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.* 2008, p. 74 considera que: *«la definición negativa no es más que puro escapismo de problemas que tanto en lógica como en pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan difíciles de resolver»*.

130. MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. «El daño moral» en CÁMARA LAPUENTE, S. (coordinador), *Derecho privado europeo,* Colex, Madrid, 2003, p. 858. Por su parte, de forma más escueta, pero siguiendo también estas teorías negativas ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. *Derecho de daños… op. cit.*, 2011, p. 125 los define como *«aquéllos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial»*.

Estas corrientes se dividen del siguiente modo: de un lado, las que pretenden proporcionar significado a la institución atendiendo al «tipo de daño ocasionado»; esta corriente, actualmente superada, parte de la materialidad o inmaterialidad del daño, de modo que daño material será el que puede ser apreciado por las facultades sensitivas del ser humano, mientras que el daño inmaterial es el que afecta a la esfera invisible del ser humano. La otra posible clasificación se basa en los «derechos que resultan afectados»; así, se distingue entre los derechos patrimoniales, destinados a procurar satisfacciones pecuniarias y los derechos extrapatrimoniales, representados por los derechos políticos, de la personalidad o de la familia. La principal crítica que plantean las concepciones positivas es compartida con las teorías negativas y consiste en que tampoco resultan satisfactorias para la identificación del perjuicio extrapatrimonial como toda lesión que se produzca en un bien o derecho extrapatrimonial, pues la lesión de bienes extrapatrimoniales puede provocar también perjuicios de naturaleza patrimonial.

Atendida la dificultad que plantea la definición teórica del concepto de daño moral y que no es posible efectuar una aproximación normativa al contenido de este concepto, en las próximas páginas intentaremos abordarlo[131]. Para ello, se va a exponer los supuestos en los que leyes especiales reconocen el resarcimiento de este tipo de perjuicios y se efectuará una catalogación de los principales supuestos en los que los órganos judiciales reconocen la existencia de este tipo de perjuicios.

4.2.1. Los supuestos de reconocimiento legal y jurisprudencial del daño moral

A nuestro ordenamiento jurídico se han ido incorporando, en distintas normas, reconocimientos legales a favor de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, aunque como se ha anticipado, estas previsiones no proporcionan un concepto sobre el «daño moral». Su virtualidad es, por tanto, limitada porque únicamente nos permite identificar como indemnizables los menoscabos sufridos sobre los bienes objeto de regulación en estas normas.

Entre estas normas podemos destacar la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que desarrolla el contenido, límites y supuestos en los que la vulneración de estos derechos exige una respuesta del ordenamiento jurídico destinada al resarcimiento de los daños causados a la víctima. El artículo 7 de la LO 1/1982 recoge distintos supuestos bajo la denominación

131. En esta línea, LLAMAS POMBO, E. *Las formas de prevenir y reparar el daño op. cit.* 2020, p. 199 reconoce que «*para dilucidar si se deben indemnizar (o no) todos los daños morales, o cuáles si y cuáles no, o lo que es igual, para precisar el límite de resarcibilidad del daño mora, primero habrá que saber qué son los daños morales*».

de «intromisión ilegítima»[132] que, en caso de concurrencia, justifican que el ordenamiento jurídico ponga en funcionamiento medidas para detener el daño y/o destinadas al resarcimiento del perjuicio ocasionado. Por su parte, el sistema se completa con la autorización de conductas constitutivas de «intromisiones ilegítimas» cuando exista una autorización legal o el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento expreso (artículo 2.2 de la LO 1/1982), cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (artículo 8.1 de la LO 1/1982) y en el caso, del derecho a la imagen, si concurre alguna de las causas previstas en el apartado segundo del artículo 8 de la LO 1/1982.

El reconocimiento de un hecho como una «intromisión ilegítima» permite presumir la existencia de un perjuicio –que también puede ser de naturaleza moral– al amparo del artículo 9.3 de la LO 1/1982[133]. Esta presunción constituye el primer reconocimiento normativo de la indemnización del daño moral en el ordenamiento jurídico español, a salvo de lo establecido en el Código Penal para los supuestos de responsabilidad civil *ex delicto* del artículo 110.3. Este precepto es también importante porque se trata de la primera norma que establece una presunción de un presupuesto de la responsabilidad civil distinto al de la culpa, porque, hasta la aprobación de esta Ley Orgánica, el paso más importante que se había orquestado era el de presumir la culpa o, prescindir de ella, como factor de atribución de la responsabilidad[134].

Por último, en el artículo 9.3 de la LO 1/1982 el legislador determina los criterios que los órganos judiciales deben utilizar para la cuantificación del daño moral indemnizable. En concreto, se atenderá a «*las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*».

---

132. Con el concepto «intromisión ilegítima» se quiere hacer referencia a la entrada o penetración que una persona hace de modo antijurídico, en la esfera de la personalidad protegida de otra. [cfr. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L. *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 111].

133. El artículo 9.3 de la LO 1/1982 tiene el siguiente tenor *«la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido»*.

134. Cfr. ATIENZA NAVARRO, M. L. «La responsabilidad civil por los daños producidos por las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor» en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 229 e YZQUIERDO TOLSADA, M. «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)» en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 1452.

Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido una serie de normas dirigidas a la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, reconociendo normativamente la facultad del autor de solicitar la indemnización de daños morales si constata algún tipo de violación en sus derechos. En este sentido pueden verse, el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, (en adelante, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) y, el artículo 140 que establece los criterios para su indemnización[135]; el artículo 43.2 de la Ley de Marcas que dispone que «en el caso de *daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico»;* con un contenido idéntico, el artículo 74.2 a) de la Ley de Patentes y el artículo 55.2 a) de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (en adelante, Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial). Estas normas, además, establecen fórmulas para el cálculo de la indemnización por daño moral –cfr. artículo 140.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y el artículo 43.5 de la Ley de Marcas–.

Por su parte, el TRLGDCU prevé un sistema para la indemnización de daños ocasionados a cualquier persona[136] que use o consuma un producto o

135. YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAS MAÍZ, V. «Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual» en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 1658 consideran que, en estos casos, el derecho protegido es el derecho moral de autor en las diversas modalidades recogidas en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de modo que no quedan amparados por este precepto, el honor o la reputación artística o profesional, ni los daños resultantes de una difamación, sin perjuicio de que se trate de supuestos que tengan encaje dentro de la LO 1/1982; al igual que tampoco lo son los supuestos de suplantación de la personalidad del autor o asignación de una falsa autoría.

En contra de lo apuntado por estos autores, en ocasiones, los órganos judiciales han vinculado la conculcación de los derechos de propiedad intelectual con el prestigio profesional, de modo que aplicando la normativa sobre propiedad intelectual se ha reconocido la indemnización de daños morales por el aprovechamiento ilícito de la obra, por ejemplo, por generar dudas frente a terceros sobre la autoría de la obra [Por todas, Sentencias de la Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.ª), de 18 de noviembre de 2019 (JUR 2019, 329556), de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª), de 3 de marzo de 2004 (AC 2004, 1752), de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), de 25 de mayo de 2004 (AC 2004, 1809)].

136. PARRA LUCÁN, M. A. «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos» *op. cit.* 2014, pp. 69 y 70 plantea quiénes deben resultar protegidos por el régimen de responsabilidad previsto para los servicios en el TRLGDCU. Esta autora considera que pueden defenderse dos interpretaciones, la primera limitativa que entiende que únicamente los sujetos que tengan la consideración de «consumidores y usuarios» *ex* artículo 3 del TRLGDCU y, una segunda que es por la que se inclina esta autora que, permitiría su aplicación a cualquier persona que consuma un producto o se le suministre un servicio y sufra un daño de los previstos en el artículo 129 del TRLGDCU, porque considera que esta segunda interpretación resulta más coherente si se tiene en cuenta que los regímenes de responsabilidad por productos y servicios forman ahora

a la que se le suministra un servicio si ese producto o servicio tiene la consideración legal de defectuoso (artículo 147 del TRLGDCU) y le ocasiona un daño de los previstos en el artículo 129 del TRLGDCU. A diferencia de las normativas anteriores, el artículo 129 del TRLGDCU descarta la aplicación de este régimen a los daños morales causados tanto por productos como por servicios defectuosos[137], seguramente porque el legislador consideró que el régimen de responsabilidad que acoge el TRLGDCU resultaba excesivamente riguroso para el responsable, de modo que no se entendió oportuno hacerlo extensivo a la indemnización de los daños morales. Sin embargo, como reconoce el propio párrafo segundo del artículo 128 del TRLGDCU la indemnización de los daños morales deberá reclamarse atendiendo a las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual que resulten aplicables al caso.

La exposición que del tratamiento del daño moral efectúan la LO 1/1982, las leyes que regulan las infracciones del derecho a la propiedad intelectual e industrial y el TRLGDCU permite concluir que estas Leyes no proporcionan un concepto de «daño moral», aunque establecen previsiones para regular la prueba –por ejemplo, la presunción contenida en el artículo 9.3 de la LO 1/1982–, el régimen de responsabilidad aplicable al daño –por ejemplo, objetiva en los artículos 128 y 129 del TRLGDCU– o los criterios para cuantificarlo –artículos 9.3 *in fine* de la LO 1/1982 y 140.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual–.

La imposibilidad de delimitar el contenido del «daño moral» después de analizar las previsiones legales que reconocen su indemnización, nos obliga a realizar un análisis jurisprudencial dirigido a determinar qué menoscabos y a qué bienes pueden ser susceptibles de constituir un «daño moral».

El reconocimiento que los órganos judiciales efectúan sobre el daño moral es amplio puesto que, aunque nuestro sistema de responsabilidad civil responde a un *sistema abierto o atípico*, en las resoluciones judiciales analizadas se observa cómo la admisión del daño moral se hace en algunos supuestos por la infracción de una serie de bienes jurídicos basados en la conculcación del principio «*alterum non laedere*».

---

un único cuerpo normativo. De modo que si se admite la protección por los daños derivados de productos defectuosos a sujetos que no tienen la consideración legal del artículo 3 del TRLGDCU, esa misma protección debe dispensarse también, en opinión de esta autora, para los destinatarios de servicios jurídicos.

137. La exclusión de la aplicación del régimen del TRLGDCU a los daños morales derivados de servicios defectuosos, supone una infracción de los límites de la delegación legislativa efectuada a favor del Gobierno porque en la normativa objeto de refundición no se limitaba la indemnización de los daños morales. Por ese motivo, los tribunales deberían inaplicar esta limitación cuando enjuicien supuestos de daños ocasionados por servicios defectuosos [cfr. PARRA LUCÁN, M. A. «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos» *op. cit.* 2014, pp. 71 y 73].

Los órganos judiciales han admitido la indemnización de los daños morales en los siguientes grupos de supuestos por lesión de derechos inherentes a la persona, por lesiones corporales y como «pretium doloris».

El daño moral por la lesión de derechos inherentes a la persona es el supuesto paradigmático de admisión de los «daños morales»; una prueba de esta afirmación es que las primeras condenas del Tribunal Supremo en las que se reconoce la reparación del daño moral, tanto en sede de responsabilidad civil extracontractual [Sentencia (Sala 1.ª), de 6 de diciembre de 1912] como contractual [Sentencia (Sala 1.ª), de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403)], responden a la lesión de derechos de la personalidad.

En el presente estudio, se va a utilizar la denominación de «derechos de la persona» en sustitución de «derechos de la personalidad»[138]. Esta decisión viene motivada porque este último término tiende a identificarse con los derechos fundamentales del artículo 18.1 de la Constitución Española y el contenido de éstos puede ser más amplio[139]. En este sentido, resulta especialmente interesante la clasificación que efectúa el Profesor DE CASTRO[140] al diferenciar tres tipos de «bienes de la personalidad»: los «*bienes esenciales*» compuestos por la vida, la integridad corporal y la libertad; los «*bienes sociales e individuales*», entre los que se encuentran el honor y la fama, la intimidad personal, la imagen y la condición de autor y, por último, los «*bienes corporales o psíquicos secundarios*» en los que se incluirían las manifestaciones de los bienes lesionables de la persona tales como la salud física y psíquica, los sentimientos o la estima social.

En este apartado, se van a incluir dentro de los «derechos inherentes a la persona» los tradicionales derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española y el derecho a la libertad, porque los derechos a la integridad corporal (salud física y psíquica) y los derivados de sentimientos de «zozobra», inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre y desasosiego, cuentan actualmente con autonomía e identidad propia que permite clasificarlos en categorías independientes dentro de los daños morales.

138. LLAMAS POMBO, E. *Las formas de prevenir y reparar el daño op. cit.* 2020, pp. 200-203 mantiene que los daños deben clasificarse como «*daños al patrimonio*» y «*daños a la persona*». Estos últimos además, pueden dividirse en dos grandes grupos: los daños que resultan de una agresión a la integridad física de la persona, que es el llamado «*perjuicio corporal*» y, otro segundo grupo, que constituye el «*daño moral en sentido estricto*» que es el producido al ser humano en sus valores más íntimos y personales.

139. Sobre la evolución y determinación de los bienes y derechos de la personalidad antes y después de la Constitución Española de 1978, resulta especialmente interesante la obra de ROGEL VIDE, C. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas,* Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 1985. Por su parte, en relación a la identificación de los derechos de la personalidad con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, puede verse MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. «El daño moral» *op. cit.,* 2003, pp. 872-874.

140. DE CASTRO Y BRAVO, F. *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pp. 10 y ss.

Los daños derivados de la lesión del derecho al honor, intimidad personal y propia imagen se indemnizan siempre que sea posible la subsunción de los hechos dentro del concepto de «intromisión ilegítima» definida en el artículo 7 de la LO 1/1982 –pudiendo presumir en estos casos, la existencia de un daño moral *ex* artículo 9.3 de la LO 1/1982–, o en alguna de las conductas que el Código Penal tipifica como delitos cuando afectan a este tipo de derechos.

Por su parte, respecto a los daños derivados de ataques a la libertad del individuo, como reconoce el Profesor CASTÁN TOBEÑAS[141] está compuesto por las denominadas «libertades públicas» de las que se ocupa el Derecho Público y que están garantizadas constitucionalmente, como, por ejemplo, la libertad de prensa, religión o reunión y las «libertades civiles» garantizadas por normas de Derecho penal y de Derecho civil, entre las que se pueden destacar la libertades físicas, morales y profesionales.

Dentro de los ataques a las libertades civiles pueden destacarse dos grupos de casos en los que el lesionado puede ser indemnizado por el daño moral ocasionado. Los derivados de privaciones de este derecho constitutivas de delito (cfr. conductas tipificadas en el Título VI bajo la rúbrica «*delitos contra la libertad*» y en el Título VIII bajo la rúbrica «*delitos contra la libertad e indemnidad sexual*» ambos del Código Penal) y, por otro lado, las generadas por los Poderes Públicos cuando acuerdan indebidamente la privación de la libertad (artículos 292-294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

La segunda categoría sobre la indemnización de los daños morales es el derivado de las lesiones corporales provocadas por terceros son la exteriorización de la lesión de un derecho esencial de la persona, la integridad física, que puede generar simultáneamente, unos daños físicos y morales en la víctima[142]. La evolución jurisprudencial de estos daños, sobre todo, desde la aprobación del Baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante, TRLRCSCVM) justifica que

141. Esta distinción puede verse en CASTÁN TOBEÑAS, J. «Los derechos de la personalidad» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1952, p. 45.

142. Sobre la compatibilidad de los daños morales y patrimoniales tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su Sentencia (Pleno) de 29 de junio de 2000 (RTC 2000, 181) que resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el sistema de valoración de daños previsto en la Ley sobre responsabilidad civil por daños causados por vehículos a motor al reconocer que, *«el mandato constitucional dirigido al legislador, en orden a que adopte los remedios normativos necesarios para ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y la integridad personal (art. 15 CE), […] si en el ámbito de la responsabilidad civil, la vida y la integridad (física y moral) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el más elemental respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) obliga a que aquélla sea la misma para todos. […] el sistema de baremación legal cuestionado no es contrario al art. 15 de la Constitución […] atiende […] unas indemnizaciones básicas por muerte (tabla I) y por lesiones permanentes, incluidos los daños morales (tabla III), cuyas cuantías no pueden estimarse insuficientes desde la apuntada perspectiva constitucional».*

en este análisis sobre el daño moral, se articule como una categoría distinta a la de la lesión de los derechos de la persona[143].

La constatación de los daños morales derivados de un daño personal se ha considerado más sencilla que otros supuestos en los que se solicita la indemnización por este concepto. Ello es así porque el reconocimiento de un daño personal lleva implícito un padecimiento moral[144] y, por otro lado, porque su resarcimiento está normativamente previsto en el Baremo del TRLRCSCVM.

La última categoría de indemnización de los daños morales es el daño *como «pretium doloris»*, entendido como el sentimiento de «zozobra», la sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre y, desasosiego, puede derivarse de múltiples situaciones que no pueden ser *a priori* determinables porque, como se ha expuesto anteriormente, sus manifestaciones pueden ser tantas como las facetas de la personalidad, valores y estimas tiene el ser humano[145].

4.2.2. El daño moral en los *Principles of European Contract Law* y en los *Principles of European Tort Law*

El reconocimiento en todos los países de nuestro entorno europeo de la compensación de los daños morales ha influido en su admisión dentro de los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL[146]) en relación a la responsabilidad contractual[147] y en los *Principles of European Tort Law* (en adelante, PETL[148]) sobre responsabilidad extracontractual.

143. Recordemos que para DE CASTRO Y BRAVO, F. *Temas de Derecho Civil op. cit.* 1972, pp. 10 y ss., la integridad corporal era un «bien esencial» dentro de los bienes de la personalidad.
144. Cfr. GÓMEZ LIGÜERRE, C. «Concepto de daño moral» *op. cit.* 2017, p. 38.
145. CRISTÓBAL MONTES, A. «El daño moral contractual» *op. cit.,* 1990, p. 3.
146. El texto de los *Principles of European Contract Law* está accesible en abierto en: https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf [última consulta: marzo de 2021].
147. Es necesario advertir que el concepto de «responsabilidad contractual» que manejan los PECL no se limita exclusivamente a la reparación de los daños en el ámbito contractual sino que incorpora además, otros remedios contractuales. En este sentido, reconoce PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, p. 30 que el sistema de responsabilidad contractual en los PECL se articula en torno a «la unificación del concepto de incumplimiento, el acogimiento de la responsabilidad en su configuración objetiva y la instauración de un sistema unitario y armonizado de remedios». También aboga por un concepto amplio de incumplimiento contractual MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, pp. 29 y 30.
148. El texto de los *Principles of European Tort Law* está disponible en el siguiente enlace: http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf [última consulta: diciembre del 2020].

Estos textos académicos que no tienen la consideración de normas jurídicas pero que están dotados de una indudable *auctoritas* tienen dos objetivos fundamentales: el primero, es la creación de un régimen moderno y armonizado del Derecho de obligaciones y contratos y de la Responsabilidad Civil acorde a las necesidades sociales actuales[149] y, por otro lado, servir a los órganos judiciales de pauta para la interpretación de estas instituciones *ex* artículo 3.1 del Código Civil[150]. Así, el Tribunal Supremo ha aludido en ocasiones a los PETL cuando ha tenido que abordar el reproche culpabilístico y los criterios de imputación objetiva [Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 1442), de 2 marzo de 2009 (RJ 2009, 3287), 10 de septiembre del 2012 (RJ 2012, 11046)], pero también respecto a la configuración y alcance del daño moral [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de junio de 2010 (RJ 2010, 5151)], llegando incluso a reconocer en su Sentencia (Sala 1.ª), de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895) que «*tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el art. 1104 cuando alude tanto a la "diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" como a "la que correspondería a un buen padre de familia" para, así, configurar un modelo de conducta diligente, válido para la mayoría de los casos*».

A) Principles of European Contract Law

Los PECL reconocen expresamente la indemnización de los daños morales en el article 9:501 cuando admiten dentro de las pérdidas que pueden derivarse del incumplimiento contractual, «*las pérdidas no pecuniarias*»[151].

Los PECL en consonancia con los ordenamientos jurídicos europeos no definen el contenido del «daño moral». En el Comentario de los *Principles*

149. Sobre la naturaleza jurídica de los *Principles of European Tort Law* puede verse SALAS CARCELLER, A. «Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil» en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro,* n.º 48, 2013, p. 10, y GÓMEZ CALLE, E. «Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil» *op. cit.*, 2010, p. 70, esta autora ha considerado que *«son textos puramente académicos, no textos jurídicos refrendados por una institución política comunitaria ni vinculante para los estados miembros […] se trata de estimular y contribuir al debate sobre responsabilidad civil extracontractual, inspirar a los legisladores –tanto nacionales como comunitario– y servir de referencia y ayuda a los tribunales superiores de los Estados Miembros»*.

150. Cfr. OLIVA BLÁZQUEZ, F. Prólogo a la obra de PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, p. 19.

151. El article 9:501 de los PECL determina que «*the aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108. The loss for which damages are recoverable includes: (a) non-pecuniary loss; and (b) future loss which is reasonably likely to occur*».

se considera que dentro de este concepto, se incluyen los daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte[152].

Puede afirmarse, por tanto, que los PECL adoptan un sistema no limitativo del daño moral, ni en el ámbito objetivo ni en el subjetivo. En el primero no se delimitan los bienes o derechos que tienen que resultar afectados para que se puedan resarcir los perjuicios sufridos por la parte contratante. Por su parte, en el subjetivo, no se circunscribe la indemnización de estos daños exclusivamente a la víctima, sino que puede hacerse extensiva su reparación a otros sujetos relacionados con ella. No obstante, el alcance del reconocimiento del daño derivado del incumplimiento contractual no es ilimitado porque, siguiendo la tradición de nuestro Código y de algunos de nuestro entorno (artículos 1107 del Código Civil español, artículo 1225 del Código Civil italiano y artículo 1150 del Código Civil francés), el art. 9:503 de los PECL exige para la indemnización de estos daños que se hubiera previsto o que razonablemente pudiera haberse hecho en el momento de celebración del contrato, salvo que el incumplimiento haya sido intencional o negligente grave[153].

B) Principles of European Tort Law

El tratamiento que efectúan los PETL del daño moral es distinto al articulado por los PECL, pues parece que los primeros adoptan un *sistema limitativo* de este tipo de daños, como a continuación trataré de argumentar.

Para abordar la articulación que de esta institución hacen los PETL es necesario poner en conexión el contenido de los artículos 2:101 y 2:102 con el artículo 10:301. El artículo 2:101 alude al daño en general, al afirmar que «*el daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido*». Por su parte, el artículo 2:102 establece una escala de intereses atendiendo al valor, la precisión de su definición y su obviedad (apartado primero del artículo 2:102)[154]. Según este precepto, la *más amplia protección* la tiene la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad; *una amplia protección*

152. LANDO, O. y BEALE, H. *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II.* (edición española a cargo de BARRES BENLLOCH P., EMBID IRUJO J. M. Y MARTÍNEZ SANZ F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 641.

153. El article 9:501 de los PECL dispone que «*the non-performing party is liable only for los which it foresaw or could reasonably 502 have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its nonperformance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent*».

154. El artículo 2:102 de los *Principles of European Tort Law* determina que *«(1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection. (2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection. (3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property. (4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor*

se proporciona a los derechos reales, incluidos los que se refieren a las cosas incorporales y también una protección de *alcance más limitad*o, a los intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales. Los PETL también prevén que cuando el daño se deriva de una lesión dolosa del responsable, la víctima pueda recibir una protección más amplia que cuando la obligación de indemnizar surge por otros criterios de imputación.

La enumeración de los intereses que deben ser objeto de protección y cuya vulneración puede permitir la indemnización de daños no patrimoniales obliga a plantearse si constituye un «*numerus clausus*» o, si por el contrario, podrían ser objeto de indemnización otros intereses distintos a los expresamente contemplados. La opinión mayoritaria entiende que no constituye un listado cerrado porque los términos de la redacción permiten una cierta flexibilidad del sistema, aunque se determine claramente una jerarquía de intereses para graduar su nivel de protección[155].

Por su parte, el artículo 10:301 de los PETL[156] establece las pautas para el reconocimiento y valoración cuantitativa del daño moral. Si bien reconoce expresamente que los daños de esta naturaleza se pueden derivar de cualquier lesión de los bienes e intereses definidos en el artículo 2:102 de los PETL, considera que en especial pueden constituirse como tal, los daños corporales, a la dignidad humana, a la libertad y a otros derechos de la personalidad que sufra la víctima. Este daño, según señala el propio precepto, puede reconocerse además de a la propia víctima, a personas vinculadas a ella, cuando se haya producido un accidente mortal o lesión muy grave. Por último, proporciona también pautas para la valoración de estos daños, en concreto, menciona: la gravedad, la duración y consecuencias del daño, así

is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim».

155. MARTÍN CASALS, M. «Una primera aproximación a los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2005, pp. 8 y 9 considera que la jerarquización prevista en el artículo 2:102 no constituye un listado cerrado de bienes e intereses, sino que, resulta meramente orientativa para el Juez, pues es en parte tributaria de la tradición del *Common Law,* al contraponer las categorías del daño llamado tangible que se refiere tanto al daño a las personas como a las cosas y del daño patrimonial puro. Niega también que el contenido del artículo 2:102 tenga la consideración de un *numerus clausus* GÓMEZ CALLE, E. «Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil» *op. cit.* 2010, p. 71.

156. El artículo 10:301 de los *Principles of European Tort Law* determina que *«(1) Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury. (2) In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim»*.

como la culpa del causante del daño si ha contribuido al daño de modo significativo.

A mi juicio, la tutela que proyectan los PETL sobre una serie de derechos e intereses y su configuración en distintos niveles de protección permite considerar que este texto se aproxima más, a los *sistemas limitativos* en el reconocimiento del daño moral que a los *sistemas no limitativos*. No considero que sea óbice para esta consideración la posible admisión de otros bienes o derechos distintos a los enumerados en el artículo 2:103 de los PETL, pues el resarcimiento de esos otros bienes y derechos por parte de los órganos judiciales requerirá de una cierta identidad de razón y similitud con los enumerados por el precepto. Por ese motivo, esta articulación del daño moral que no se ampara en una cláusula general, a diferencia de lo que mantienen los PECL, es coherente con la búsqueda de una contención en el resarcimiento de este tipo de perjuicios, que es la finalidad principal de los sistemas limitativos[157].

5. EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL LETRADO: LA PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL *PRETIUM DOLORIS*

Una vez abordada la noción del «daño jurídicamente relevante» a efectos del reconocimiento de responsabilidad civil, nos encontramos en situación de poder examinar si resulta adecuada la configuración que la doctrina y los órganos judiciales han hecho del daño que causa el abogado como un «*daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva*».

5.1. EL PUNTO DE PARTIDA: ASPECTOS CRÍTICOS QUE PLANTEA LA CONFIGURACIÓN DEL DAÑO COMO PRIVACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La configuración del daño ocasionado por un abogado a su cliente como «privación del derecho a la tutela judicial efectiva» es una de las opciones jurisprudenciales más comunes para la articulación de los perjuicios ocasionados

157. En contra de la consideración de que los *Principles of European Tort Law* siguen un sistema restrictivo o típico, MARTÍN CASALS, M. «Una primera aproximación a los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil» *op. cit.* 2005, p. 7 defiende que *«el sistema de responsabilidad civil que proponen los Principios se aproxima más al criterio abierto de estos últimos sistemas* –se refiere al francés y al español– *ya que rechazan tanto un sistema de torts o ilícitos civiles individuales, al estilo de Common Law, como la enumeración, a la alemana, de una lista más o menos cerrada de intereses protegidos cuya infracción genere responsabilidad»*. Con una posición más moderada, puede verse a GÓMEZ CALLE, E. «Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil» *op. cit.* 2010 que estima que si bien parece que estos Principios optan por un sistema típico, los intereses jurídicamente protegidos no se configuran como un sistema cerrado, con lo que se pretende a juicio de esta autora reconocer, una cierta flexibilidad en el reconocimiento de intereses protegidos.

por los letrados; sin embargo, su admisión ha sido objeto de crítica por un sector de la doctrina más cualificada[158].

El primero de los aspectos críticos que plantea esta configuración es que la privación de un derecho como la tutela judicial efectiva no encaja en el concepto tradicional de daño moral entendido como la afectación de derechos subjetivos de la personalidad o como el *pretium doloris* que abarca el dolor, sufrimiento, o padecimientos físicos o psíquicos, perjuicio estético, perjuicio para la vida de relación de la víctima derivado de daños corporales o de cualquier otra perturbación que justifique el nacimiento de la tutela resarcitoria[159].

La articulación en este caso del daño moral como una privación de un derecho fundamental ha hecho que se sostenga, por parte del Profesor DÍEZ-PICAZO[160] que un abogado, al carecer de la consideración de Poder Público, no tiene capacidad para, con su actuar negligente, privar a su cliente de un derecho fundamental. En esta línea argumental, se ha entendido que no puede hablarse de violaciones de este derecho que procedan de la actuación

158. Especialmente críticos con la aplicación de esta institución a los daños generados por Letrados a sus clientes, DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.*, 2008, pp. 27-37; CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 403-405; MOREO ARIZA, J. «La compleja configuración del daño…» *op. cit.*, 2007, pp. 16 y 17 para este autor *«el único daño que puede entenderse concurrente en este tipo de reclamaciones es el material y debe valorarse según la probabilidad de éxito, en el caso concreto, de la pretensión omitida o mal planteada, lo que requerirá replantear de nuevo con la mayor fidelidad posible la controversia y someterla a la valoración judicial considerando todas las circunstancias relevantes. La opción generalizada por el daño moral debe rechazarse porque propicia un elevado margen de arbitrariedad»*.

159. Sobre la tradicional configuración del daño moral vinculado inicialmente al *pretium doloris* entendido como el dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado y, posterior ampliación a bienes inmateriales de la personalidad como la libertad, salud, el honor, pueden verse, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J. «Los derechos de la personalidad» *op. cit.* 1952, p. 276, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 326. En esta línea, LINACERO DE LA FUENTE, M. A. «Concepto y límites del daño moral…» *op. cit.*, 2010, p. 1589 justifica la necesidad de reconducir la progresiva ampliación del daño moral mediante el exclusivo reconocimiento a supuestos de *pretium doloris* y, en este sentido, afirma que *«[…] en el escenario actual, en concepto de daño moral debe ponerse en relación con los valores y principios que la evolución de las relaciones humanas juzgue dignos de especial tutela y, precisamente, dicha posición permite hablar de un concepto flexible y más amplio del daño moral, en el sentido de su adaptación a las convicciones sociales actuales […] pero en concurrencia siempre con su requisito esencial y originario: dolor o sufrimiento como consecuencia de la lesión de los bienes de la personalidad»*.

160. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.* 2008, p. 33 argumenta que *«[…] el daño de los justiciables que no han recibido el amparo o la tutela de los tribunales sólo puede resultar producido por éstos, pero nunca por los abogados pues el derecho en cuestión es un derecho público subjetivo»*. Esta crítica planteada por el mencionado autor es también referenciada por CRESPO MORA, M. C. *La Responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 403 y 404.

de quienes no estén integrados en el Poder Judicial[161]. Por eso, algunos autores han optado por hablar de daños derivados de la «privación del derecho a los recursos» o «privación del derecho a que las pretensiones litigiosas sean examinadas por los Tribunales»[162].

Además, a las cuestiones apuntadas sobre la identificación del daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva, se unen las críticas inherentes a su configuración como daño moral vinculadas al uso, en ocasiones injustificado, que se hace de esta institución para no entrar en la complejidad probatoria de determinar cuál es la materialización del perjuicio ocasionado ni, por otro lado, en las dificultades inherentes a la cuantificación del daño[163].

El reconocimiento del daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva cuando las probabilidades de prosperabilidad de la acción son escasas pero la actuación ha impedido efectivamente que las pretensiones del cliente sean examinadas, supone a mi juicio, la indemnización de un daño inexistente. Si la probabilidad de que la pretensión del cliente prosperase era mínima, no se ha generado ninguna lesión de derechos y, en cambio, mediante esta configuración del daño se estaría imponiendo al profesional la obligación de resarcir únicamente por la realización de un comportamiento culposo.

5.2. EL DAÑO MORAL POR AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, LA PRIVACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En el ordenamiento jurídico español la función de reintegración o reparación frente a la vulneración de derechos fundamentales es una función reservada a los mecanismos establecidos constitucionalmente que se encuentran extramuros del ámbito de la responsabilidad civil[164].

161. Cfr. JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. «Comentarios al artículo 24 de la Constitución Española» en *Comentario a la Constitución: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 239.
162. ILLESCAS RUS, A. V. «El daño moral estricto» en *Cuadernos de derecho judicial* n.º 2, 1999, p. 259 considera que, no se trata propiamente de que la actuación de un particular produzca la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, pero sí la pérdida de un derecho o una expectativa.
163. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 315 apunta que en ocasiones, la valoración del daño moral se hace según el prudente arbitrio judicial y sin conexión alguna con la cuantía de la pretensión frustrada por el profesional a su cliente. De forma más contundente, MOREO ARIZA, J. «La compleja configuración del daño…» *op. cit.,* 2007, p. 16 destaca como «*probablemente la facilidad con que los Tribunales acuden a la institución del daño moral es directamente proporcional a la rigidez con que el Tribunal Supremo ha ido interpretando el concepto de lucro cesante, para lo que viene requiriendo que tales daños sean beneficios concretos, ciertos y acreditados que el perjudicado debería haber obtenido de no mediar el acto ilícito*».
164. PANTALEÓN PRIETO, F. «Comentario al artículo 1902 del Código Civil» *op. cit.* 1991, p. 1972 reconoce que no cabe predicar sobre las normas de responsabilidad

La configuración del perjuicio generado por el abogado a su cliente como un daño moral por privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva presenta dos dificultades, en cierto modo interrelacionadas, que deben ser tratadas. La primera de ellas es si la afectación de un derecho fundamental genera *per se* un daño moral indemnizable y, en su caso, si el derecho a la tutela judicial efectiva puede tener la consideración de un derecho de la persona; en segundo lugar, resulta preciso reflexionar sobre si el letrado en el desarrollo del encargo profesional, puede privar a su cliente de un derecho fundamental[165].

5.2.1. La automaticidad del daño por vulneración de derechos fundamentales

La cuestión de si la lesión de derechos fundamentales permite presumir la existencia de un daño moral no resulta doctrinalmente pacífica. En contra de esta automaticidad se considera que, si bien la producción de un daño requiere la preexistencia de ciertos derechos en el dañado, eso no supone la equiparación del daño con su lesión porque la reintegración de derechos

civil extracontractual una función de «reintegración de derechos subjetivos absolutos» sino que esta función es propia *«sino de acciones como la reivindicatoria, la negatoria, las de cesación o eliminación de la actividad o el estado de cosas lesivo, etc., cuyo supuesto de hecho requiere solo la existencia de una situación contraria al ámbito típico de poder garantizado por el derecho subjetivo en cuestión, que su titular no tenga el deber de soportar (no que se haya producido un daño, ni que haya intervenido culpa o negligencia por parte del autor de la situación), y que se dirigen contra quien en cada momento pueda jurídicamente poner fin a la situación lesiva del derecho (que no siempre será quien dio origen a la misma). Notas éstas que cabe predicar, p. e. de las acciones encaminadas a la adopción de las "medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima" […]»* además, sustenta su postura en que «*en nuestro Derecho, en el que, además, la lesión de un derecho subjetivo no es requisito del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual, no cabe predicar de éstas una función de "reintegración" de los derechos subjetivos*». En sentido similar, DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.* 2008, p. 25 destaca como «*en el derecho positivo español no puede decirse que la protección de los derechos subjetivos absolutos sea función de la responsabilidad extracontractual y que el concepto de daño los presuponga. En nuestro derecho positivo el daño puede producirse cualquiera que sea el régimen del que los derechos gocen y el carácter y la calificación de éstos. Además, en nuestro Derecho la lesión de un derecho subjetivo no es requisito del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad*». También, LLAMAS POMBO, E. *Las formas de prevenir y reparar el daño op. cit.* 2020, p. 242 afirma que *«no se debe confundir la reparación en forma específica con la "reintegración" del derecho subjetivo o situación jurídica lesionada, que es objeto de las acciones reivindicatoria, negatoria, de cesación o eliminación del estado lesivo de las cosas, que no presuponen necesariamente la existencia de un daño, pues no es función de la responsabilidad civil la protección de los derechos subjetivos absolutos»*.

165. BENÍTEZ PINEDO, J. M. *La reparación del daño por violación de derechos fundamentales… op. cit.* 2015, pp. 186 y 190 considera que la cuestión no estriba en si la lesión de los derechos fundamentales puede ocasionar o no un daño, sino cuál sería el escenario para reclamar la reparación de ese daño. De modo que puede afirmarse que, no toda afectación de un derecho fundamental dará lugar a una reparación, sino sólo aquellas que afecten a la dignidad humana de la persona y que revista cierta gravedad que justifiquen la tutela resarcitoria.

subjetivos no es una función propia de la responsabilidad civil[166]. En cambio, existen voces a favor de reconocer que la vulneración de un derecho constitucional sí lleva aparejada la producción de un perjuicio sin necesidad de probar su existencia, siempre que concurran el resto de los requisitos propios de la responsabilidad civil.

El Derecho laboral ha sido la rama del ordenamiento jurídico que mayor atención ha prestado a esta cuestión al analizar si la constatación de una vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas de naturaleza laboral puede dar lugar *per se* a la indemnización de los perjuicios causados a trabajadores o sindicatos. En la actualidad, el artículo 179.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, Ley reguladora de la jurisdicción social) ha resuelto normativamente esta cuestión al determinar que, en la demanda, deberán expresarse con claridad los diversos daños y perjuicios estableciéndose las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada (gravedad, duración y consecuencias del daño), salvo en el caso de los daños morales derivados de la vulneración de estos derechos fundamentales, cuando resulte difícil su estimación detallada[167].

Hasta la aprobación del artículo 179.3 referido, que debe ponerse en relación con el artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social que reconoce la indemnización de los daños morales vinculados a la vulneración de derechos fundamentales[168], el sentido de las resoluciones de los órganos judiciales del orden social pasó por distintas etapas sobre el reconocimiento

166. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 291 destaca como «*la normativa de la responsabilidad civil extracontractual no tiene, en nuestro Derecho, una función de reintegración de derechos subjetivos lesionados, sino una pura y simple función resarcitoria […] tampoco puede entenderse que la lesión de derechos subjetivos sea presupuesto del daño en el sentido de que sólo merezcan este concepto o esta calificación aquellos que deriven de una previa lesión de derechos, por más que ésta no fuera constitutiva del daño*»; PANTALEÓN PRIETO, F. «Resolución por incumplimiento e indemnización» *op. cit.* 1989, p. 1972 y, en términos similares, LINACERO DE LA FUENTE, M. «Concepto y límites del daño moral…» *op. cit.* 2010, p. 1586.

167. Para FOLGUERA CRESPO, J. A. «De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas» en FOLGUERA CRESPO, J. A.; SALINAS MOLINA, F. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L. (directores) *Comentario a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 679, en este precepto *«se proporciona respaldo legislativo expreso a la condena al pago de daños morales a los que se asigna además la cualidad de estar "unidos a la vulneración del derecho fundamental", estableciendo con ello una relación íntima entre lesión de derechos fundamentales y daño moral (en sentido de afectante a valores inmateriales), si bien con la exigencia de que ello solamente procederá cuando resulte difícil la estimación detallada del daño patrimonial derivado de la vulneración del derecho fundamental».*

168. El artículo 183.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social dispone que «*cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados*».

del daño moral derivado de la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, yendo desde su reconocimiento automático, cuando se constataba la existencia de una vulneración, hasta una exigente prueba del daño moral causado, que posteriormente, se relajó en la etapa anterior a la aprobación del mencionado precepto de la Ley reguladora de la jurisdicción social[169].

La aplicación de esta teoría de la automaticidad del daño que, como se ha señalado, se encuentra superada[170], presenta como principal aspecto positivo que facilita el resarcimiento de los daños morales superando el obstáculo que supone que su naturaleza dificulte en muchas ocasiones la acreditación de su existencia y, como aspectos negativos, se considera que exalta la finalidad punitiva de este régimen porque la obligación de reparar evita que se propicien este tipo de situaciones. También puede constreñir el derecho a la tutela judicial efectiva del obligado al pago de la indemnización, al impedirle defenderse sobre la existencia y circunstancias del perjuicio irrogado porque

---

Sobre este precepto FOLGUERA CRESPO, J. A. «De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas» *op. cit.* 2011, p. 688 considera que este *«precepto no tenía artículo totalmente correlativo a éste en el texto de la Ley de Procedimiento Laboral anterior y es de nueva elaboración, a partir de algunos elementos sueltos del anterior artículo 181 párrafo segundo de la LPL que se mantienen, como la mención a que el juez debe pronunciarse sobre la indemnización que le pudiera corresponder al trabajador por haber sufrido discriminación, pero añadiendo que igualmente por cualquier otra lesión de sus derechos y libertades, mención antes inexistente»*.

169. En relación con esta evolución jurisprudencial que en el orden social tuvo el reconocimiento del daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito laboral puede verse, NOGUEIRA FERREIRO, L. «Valoraciones judiciales en torno a la prueba del daño moral por vulneración de derechos fundamentales» *op. cit.* 2014, pp. 300-304.

    En concreto, el Tribunal Supremo ha declarado en relación a la nueva regulación contenida en los artículos 179.3 y 183.2, es más flexible, porque la prueba de la violación de un derecho no determina automáticamente la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios, sino que precisa la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo y que los mismos resulten acreditados [por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 4.ª), de 9 de marzo del 2010 (RJ 2010, 4146) y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1.ª), de 2 de septiembre de 2014 (AS 2014, 2788)].

170. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª), de 28 de febrero del 2000 (RJ 2000, 2242) determina que, el que la Ley Orgánica de Libertad Sindical y la Ley del Procedimiento Laboral reconocieran la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera *«no significa en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el Juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demandas las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase»*.

se reconocerán automáticamente y dificultará su posibilidad de alegar causas de exoneración[171]; e incluso puede propiciar que se indemnicen unos supuestos daños y perjuicios que no se han devengado, produciendo en el dañado un enriquecimiento injusto[172].

En el Derecho de daños, puede entenderse que el que la vulneración de un derecho sea daño indemnizable es una decisión de política legislativa –que no se predica, con carácter general, en nuestro Ordenamiento jurídico–. Uno de esos reconocimientos normativos que permiten identificar la vulneración de un derecho con la producción de un daño indemnizable, puede identificarse en la LO 1/1982 que, como ya se ha indicado, presume la existencia de un perjuicio si se constata una «intromisión ilegítima» que afecte a alguno de los derechos fundamentales implicados (cfr. artículos 7 en relación con el 9.3 de la LO 1/1982[173]).

Las cuestiones expuestas ponen en evidencia que, en nuestro actual panorama jurídico, no procede la aplicación de la automaticidad de la indemnización del daño moral por vulneración de derechos fundamentales, salvo que normativamente se reconozca –como sucede con el artículo 9.3 de la LO 1/1982– o se establezca algún mecanismo para favorecer su reconocimiento, como prevé el artículo 179.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social[174].

171. Cfr. NOGUEIRA FERREIRO, L. «Valoraciones judiciales en torno a la prueba del daño moral por vulneración de derechos fundamentales» en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ YÁNEZ, N. M. *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Bomarzo, Madrid, 2014, p. 302.

172. Al respecto, los tribunales han considerado que toda lesión de un derecho fundamental, aun cuando esté ligado al género, no genera sin más un daño moral consistente por ejemplo, en la pérdida de confianza o autoestima pues ello supondría una consideración exclusiva de estos conceptos como abstractos y genéricos cuando, en realidad, se trata de cuestiones concretas en la persona. [cfr. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 27 de diciembre de 2002 (AS 2003, 1570)].

173. Además de los aspectos reseñados *ut supra* sobre la presunción contenida en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, algunos autores entre los que podemos destacar a DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.* 2008, p. 82 critican esta presunción, destacando que este apartado *«[…] es un cúmulo de incongruencias y puede decirse que hay una tentativa de convertir, al menos parcialmente, las indemnizaciones de daños en daños punitivos. La idea de que toda intromisión ilegítima supone un daño y que éste se presuma, no parece que pueda ser fácilmente sostenida»*.

En relación con esta presunción se ha justificado su inclusión, por la dificultad de la prueba de estos daños y por los costes de su cuantificación, que convertirían a la prueba en algo económicamente prohibitivo, en este sentido puede verse, ROVIRA SUEIRO, M. *La responsabilidad Civil derivada de los daños ocasionados por el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen*, Celes, Madrid, 1999, p. 240. En sentido similar, MARTÍN CASALS, M. y SALVADOR CODERCH, P. «Derecho al honor. *Quantum* de la indemnización. Su no revisabilidad en casación» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 21, 1989, pp. 757 y 785.

174. FOLGUERA CRESPO, J. A. «De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas» *op. cit.* 2011, pp. 688 y 689 considera que se *«establece un vínculo de unión entre*

Si bien no procede esta automaticidad, existe una tendencia jurisprudencial que identifica los perjuicios extrapatrimoniales cuando se constata la vulneración de un derecho fundamental de la persona. Esto es así porque los órganos judiciales han calificado como daño moral las consecuencias perjudiciales derivadas de las lesiones infligidas a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y la libertad como bienes básicos de la personalidad. En la línea de este reconocimiento jurisprudencial del derecho a la indemnización de los perjuicios derivados de la lesión de derechos fundamentales vinculados a la persona, se manifiestan también los *Principles of European Tort Law,* al prever en el artículo 2:102 que, la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la más amplia protección y, en su artículo 10:301, reconocen la existencia de un daño no patrimonial, en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad[175].

Por lo expuesto, creo que puede afirmarse que, con carácter general, no debe reconocerse automáticamente la indemnización de daños morales por vulneración de un derecho fundamental. Esta consideración obliga a plantear qué derechos fundamentales son de carácter personal para poder entrar a valorar si su conculcación genera en la víctima un daño de naturaleza moral.

La articulación que la Constitución Española hace de los derechos fundamentales en la Sección primera de la Constitución bajo la rúbrica «*de los derechos fundamentales y libertades públicas*» no distingue qué derechos fundamentales están vinculados con la persona. La Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de

la vulneración del derecho fundamental, lo que proporciona base legal expresa a la primitiva doctrina del Tribunal Supremo en los años noventa fijaba una presunción de existencia de daños morales por el hecho mismo de la lesión del derecho fundamental […] el texto legal novedoso tiene en nuestro caso el valor de presunción legal, que se completa con la posibilidad de probar otros daños, no morales, sino patrimoniales, que se añaden al daño moral básico presunto».

175. Sobre la configuración que del daño moral hacen los PETL, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 junio del 2010 (RJ 2010, 5151) señala que «*Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, artículo 10:301). La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas, y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana, impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple y exigen tener en cuenta, criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando éstos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho […]para la indemnización del daño moral se recomienda en los artículos 9:501 y 9:503 de los PETL, según los cuales, si no existe una cláusula penal que determine otra cosa, el resarcimiento incluye el daño moral, cuya extensión se limita a los daños que fueran previsibles al tiempo de la perfección del contrato y sean resultado del incumplimiento, salvo el caso de que éste sea doloso o debido a culpa grave, en que deberán indemnizarse todos los daños morales. […]».*

Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (en adelante, Ley 62/1978), aunque tiene un carácter eminentemente procesal y está dirigida a servir de cauce jurídico para la protección de estos derechos[176], realiza en su artículo 1.2 una enumeración de derechos que constituyen su ámbito de aplicación «*las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad, el secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público*»[177].

El listado establecido en el artículo 1.2 fue objeto de ampliación conforme a la Disposición Final de la Ley 62/1978 por el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, que amplió el ámbito de protección de la Ley a *«los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación por el territorio nacional, la libre entrada y salida de España en los términos legales, la libertad de cátedra y la libertad sindical»*.

La virtualidad de la Ley 62/1978 al objeto de determinar qué derechos fundamentales están vinculados a la persona es limitada, por su naturaleza procesal y por la paulatina ampliación de su ámbito de aplicación hasta reconocer que el proceso contencioso-administrativo abarca todos los derechos fundamentales[178]. No obstante, sirve para reseñar que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española no estaba entre los derechos que inicialmente la Ley 62/1978 consideró inherentes a la persona.

La determinación de si el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se encuentra dentro de los derechos de la personalidad –o, derechos de la

176. Sobre la naturaleza procesal de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona puede verse, TORNOS MAS, J. y SALAS HERNÁNDEZ, J. «Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona» en *Revista de Administración Pública,* n.º 93, 1980, p. 32.

177. BILBAO UBILLOS, J. M. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 47 ponía de relieve que, la delimitación inicial de su ámbito material provoca una primera decepción o, cierta extrañeza porque no establecía todos los comprendidos en la sección primera del capítulo II y, aunque se aprobó el Real Decreto 342/1979, el catálogo se mantenía incompleto porque dejaba al margen algunos importantes como los artículos como el 14, 23, 24 o 25 de la Constitución Española.

178. La disposición transitoria segunda, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) amplió con carácter provisional el procedimiento contencioso regulado en la Ley 26/1978 a todos los derechos y libertades comprendidos en los artículos 14 al 29 y 30.2 de la Norma Básica. Sobre esta cuestión, puede verse, CANO MATA, A. *Comentarios a la Ley 62/1979, de 26 de diciembre, sobre protección de los derechos fundamentales de la persona (Doctrina del Tribunal Constitucional),* Edersa, Madrid, 1985, pp. 10 y 19.

persona, según la denominación utilizada en este trabajo– es relevante porque, de seguirse la *concepción objetivo-típica* en la configuración del daño moral, se reconocerá la indemnización de los daños morales cuando se lesione un derecho de la personalidad[179].

La atribución del carácter de «derecho de la persona» al derecho a la tutela judicial efectiva no es una cuestión pacífica. A favor de su subsunción en esta categoría de derechos se argumenta que la privación al ciudadano de la posibilidad de obtener un pronunciamiento conforme a los principios de justicia y el quebranto que supone la frustración de su expectativa legítima a obtener un pronunciamiento conforme a Derecho –máxime cuando la actuación del profesional no es ajustada a Derecho–, genera un daño injusto que debe ser indemnizable, de igual modo que el que no ha cometido un delito sufre el daño causado por una condena injusta[180]. La consideración de la privación del derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho de la personalidad ha sido reconocida incluso en alguna resolución judicial al estimar que «*[…] no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta Sala no ha rehuido en ocasiones, en un contexto descriptivo de su implicación con ese derecho fundamental, aplicar esta calificación a supuestos de frustración de acciones procesales, como pone de relieve la parte recurrida en su escrito de impugnación*» [Por todas, Sentencias

179. MARÍN GARCÍA, I. y MILÁ RAFEL, R. «Daño moral contractual» *op. cit.* 2014, pp. 224 y ss. distingue en la configuración del daño moral entre la «*concepción objetivo-típica*» y la «*concepción subjetivo-consecuencialista*» en la que lo relevante no es el interés jurídico lesionado sino la naturaleza de las consecuencias de dicha lesión.

180. A favor de la consideración de que debe indemnizarse como daño moral la privación del derecho a la tutela judicial efectiva, se muestran LINACERO DE LA FUENTE, M. «Concepto y límites del daño moral…» *op. cit.* 2010, pp. 1586 y 1587 que estima que cualquier vulneración de los derechos consagrados constitucionalmente debe tener acogida en el concepto de daño moral y, en concreto sostiene la existencia de un daño moral por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva porque «*el ciudadano tiene derecho a obtener un pronunciamiento conforme a los principios de justicia y el quebranto de dicho derecho reconocido en la ley trunca su expectativa legítima a obtener un pronunciamiento conforme a derecho y, en este caso, el daño sí puede considerarse injusto, máxime cuando la actuación no es ajustada a derecho, de igual modo que el que no ha cometido un delito sufre en sus carnes el daño causado por una condena injusta*».

Por su parte, mantienen que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución Española puede incluirse dentro de la categoría de derechos de la personalidad MARÍN GARCÍA, I. y MILÁ RAFEL, R. «Daño moral contractual» *op. cit.* 2017, p. 225 y MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2011, p. 535 señala *«[…] en el caso del profesional forense que olvida recurrir la sentencia desfavorable para los intereses de su cliente. Se produce aquí un daño por frustración de aspiraciones de defensa. Pero la reparación de este daño no debe encauzarse a través de la doctrina de la pérdida de oportunidad: Constituye la lesión de un bien de la personalidad que debe indemnizarse con independencia de la mayor o menor probabilidad de victoria en el proceso que no fue. Por eso, junto a la compensación de este daño moral, puede acumularse la indemnización de los daños derivados de la falta de satisfacción de la pretensión […]».*

del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) o de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914)]. En contra de la consideración del derecho a la tutela judicial efectiva como un «derecho de la personalidad» se ha señalado que, aunque se trata de daños derivados de la lesión de intereses revestidos de cierta importancia según las convicciones sociales, porque se trata de un derecho o interés protegido por el ordenamiento, no constituye un bien de la personalidad como los expuestos anteriormente porque se trata de un derecho que tiene como finalidad instrumental la protección de los restantes[181].

5.2.2. ¿Un particular puede privar a otro de un derecho fundamental?

Una vez constatado que la privación de un derecho fundamental no genera *per se* la producción de un daño que deba ser indemnizado y que el derecho a la tutela judicial efectiva no constituye un derecho de la personalidad, para continuar con el análisis de si resulta adecuada la configuración del daño provocado por el letrado como un «daño moral por privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», debemos plantearnos si un particular, en nuestro caso, un profesional de la Abogacía, puede en el ejercicio de su actividad profesional privar de un Derecho Fundamental.

La promulgación de la Constitución Española planteó si el reconocimiento de los Derechos Fundamentales se hace a los ciudadanos frente a los Poderes Públicos o también tiene eficacia entre particulares. Esta cuestión radica fundamentalmente en que el artículo 53.1 de la Constitución Española declara que los derechos fundamentales vinculan a los Poderes Públicos, pero no extiende esa vinculación a las relaciones entre particulares. En esta línea se ha advertido cómo «*es indiscutible que, […] los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos*» [Por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª), de 12 de abril de 1988 (RTC 1988, 64)].

181. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 405 considera que *«[…] de aplicarse de forma estricta la teoría del daño moral que identifica estos daños con las lesiones a bienes de la personalidad, probablemente quedará sin indemnizar la privación del derecho a los recursos, al tratarse de un daño derivado de la lesión de intereses que, aunque revestidos de cierta importancia según las convicciones sociales (de hecho, se trata de un derecho o interés protegido por el Ordenamiento), no constituyen, "stricto sensu" bienes de la personalidad»*. En la misma línea, XIOL RÍOS, J. A. «El daño moral y la pérdida de oportunidad» *op. cit.* 2010, pp. 14 y 15 mantiene que la vulneración de derechos no puede dar lugar por si misma a la responsabilidad civil, sino que es menester demostrar que se ha producido la vulneración de uno de los bienes patrimoniales o de la persona. Los derechos tienen un sistema de protección específico que no puede ser desbordado acudiendo a los criterios de la responsabilidad civil. El derecho a la tutela judicial efectiva no es un bien de la persona o de su patrimonio, sino un derecho fundamental que tiene como finalidad instrumental la protección de todos los demás derechos.

En nuestra Constitución Española no existe una previsión similar al artículo 53.2 que reconozca la vinculación de los derechos fundamentales a los particulares[182]. Así, el Profesor ALFARO ÁGUILA-REAL descarta que este reconocimiento se encuentre en el artículo 9.1 de la Constitución Española cuando consagra la sujeción de Poderes Públicos y particulares a la Constitución porque, a juicio de este autor, ello supone un recordatorio de que ambos están sometidos a Derecho, sin que pueda identificarse el término «sujeción» con el de «vinculatoriedad» del artículo 53.1 de la Constitución Española[183].

Para algunos autores, la posibilidad de que un derecho fundamental vincule a los particulares requiere de un reconocimiento expreso del legislador porque el silencio e indeterminación del artículo 53.1 de la Constitución Española sobre su aplicación a particulares puede suponer una limitación importante de la libertad de los sujetos[184]. En contraposición, otros autores estiman que no es necesaria esa intervención del legislador porque se trata de derechos constitucionales y no legales, de modo que, para la determinación de su alcance, habrá que atenerse al contenido de la Constitución y a lo que, en su caso, establezcan las normas que lo desarrollen[185].

---

182. En contra de esta afirmación, BALLARÍN IRIBARREN, J. «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La "Drittwirkung" en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, 1988, p. 289 señala que *«[…] adviértase el contraste entre el artículo 53.2 CE (que no se refiere exclusivamente a las violaciones de los derechos por obra de los Poderes Públicos) y el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, que como indican GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO, si contiene tal limitación»*. También contrario se muestra, PRIETO SANCHÍS, L. «Derechos fundamentales» en LAPORTA SAN MIGUEL, F. J. y GARZÓN VALDÉS, E. (coordinadores) *El derecho y la Justicia*, Vol. II, 1996, p. 505.
183. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Autonomía privada y derechos fundamentales» en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 1993, p. 60.
184. En contra de la oponibilidad directa de los derechos fundamentales a los particulares se muestran CRUZ VILLALÓN, P. *Derechos fundamentales y Derecho privado,* Edersa, Madrid, 1988, pp. 113 y 114 y JIMÉNEZ CAMPO, J. «El legislador de los derechos fundamentales» en GÓMEZ ÁLVAREZ, U. *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1984, p. 497.
185. A favor de la oponibilidad directa de los derechos fundamentales a los particulares pueden destacarse, BILBAO UBILLOS, J. M. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares… op. cit.* 1997, p. 297 que defiende como *«un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible con esa caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide […] Quienes defienden la necesidad de una mediación legal como paso obligado para el reconocimiento del derecho están negando, en realidad, la eficacia "horizontal" de los derechos fundamentales, en cuanto tales»*; en sentido similar también, BELADIEZ ROJO, M. «La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21, 2017, p. 83.

A pesar de que no existe en la Constitución un reconocimiento explícito sobre la vinculatoriedad de los derechos fundamentales entre particulares, lo cierto es que, generalizadamente se acepta que estos derechos son relevantes en las relaciones entre particulares, aunque con alcance distinto. Los derechos fundamentales son «*derechos de libertad frente a los poderes públicos o de prestación de éstos en favor de los particulares*»[186]; sin embargo, se admite su operatividad en las relaciones *inter privatos* cuando existe una mediación estatal –mediante normas de Derecho público o de Derecho privado dispositivo– que se canaliza fundamentalmente a través de la intervención del legislador y, de manera indirecta, también de los órganos judiciales a los que les compete la interpretación de esas normas, estableciendo en su caso, los límites de la operatividad de los derechos.

Entre los mecanismos que la Constitución articula para la defensa de los ciudadanos ante violaciones de derechos fundamentales se encuentra el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional [artículo 161.1 b) de la Constitución Española en relación con los artículos 41 y ss. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)], cuyo objeto, según el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es proteger a los ciudadanos frente a violaciones *«[…] originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes»*.

Una interpretación estricta de los artículos 41.2 en relación con el 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional plantearía excluir del recurso de amparo las violaciones de derechos fundamentales provocadas por particulares, limitándolo exclusivamente a las perpetradas por los Poderes Públicos mediante actos del poder legislativo (artículo 42 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), del ejecutivo (artículo 43 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y del judicial (artículo 44 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) en los ciudadanos. Sin embargo, SARAZÁ JIMENA considera que «*el Tribunal Constitucional ha seguido una línea que permite el acceso al recurso de amparo de las vulneraciones de derechos fundamentales producidas por la actuación de particulares a través de varias vías: la ampliación del concepto de "Poderes Públicos" contenido en el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; la consideración "dual" del valor de la sentencia judicial en relación al acto público que debe ser impugnado, según el origen de la vulneración ius fundamental se ubique en una relación jurídica pública o privada; y mediante una interpretación extensiva del art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que imputa a la resolución judicial el origen inmediato y*

186. DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.* 2008, p. 83 considera «*si por derechos fundamentales entendemos aquellos que están consagrados en la Constitución y que básicamente son derechos de libertad frente a los poderes públicos o de prestación de éstos en favor de particulares, no se ve con claridad que la lesión de tales derechos conduzca a un daño moral*».

directo de la lesión del derecho fundamental cuando el litigio resuelto tiene por objeto un supuesto de vulneración de derechos fundamentales en relaciones entre particulares»[187].

El reconocimiento de la operatividad de los Derechos Fundamentales en las relaciones *inter privatos* plantea si las vulneraciones de derechos que se produzcan entre particulares pueden contar con la tutela del Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo. Se puede admitir esta protección a las vulneraciones entre particulares si se tiene en cuenta que la violación del derecho fundamental tiene su origen inmediato y directo en un acto u omisión judicial cuando, en el marco de un proceso, el órgano judicial no cumple con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Ello es así porque el artículo 53.2 de la Constitución Española tutela los artículos 14 a 29 de la Constitución Española y la objeción de conciencia, de modo que, si los órganos judiciales no proporcionan tutela *in procedendo* o *in iudicando* de estos derechos, ello supone la infracción del artículo 24 de la Constitución Española y, por consiguiente, el acceso al recurso de amparo[188].

En mi opinión, el reconocimiento horizontal de los derechos fundamentales –esto es, en las relaciones entre particulares– debe efectuarse como regla general por mediación del legislador[189], sin perjuicio de que se ha reconocido que algunos de ellos son directamente eficaces en las relaciones entre particulares como el artículo 18.1 que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el artículo 20 de la Constitución Española sobre las libertades de información y expresión[190]. De modo

187. SARAZÁ JIMENA, R. *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 299 y 300.

188. Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Autonomía privada y derechos fundamentales» *op. cit.* 1993, pp. 80 y 81.

189. VENEGAS GRAU, M. *Derechos fundamentales y Derecho privado: Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 116 y 117 señala que «*la proyección horizontal de los derechos fundamentales debe realizarse, por tanto, a través de la mediación del legislador y, en su defecto del juez. Se trata de que las normas que regulan las relaciones entre particulares sean formuladas y aplicadas de tal forma que los derechos fundamentales (oponibles al Estado) reciban, también en la esfera privada, la protección necesaria. Pero, al mismo tiempo, la exigencia de la mediación del legislador y del juez permite, según los defensores de la Drittwirkung indirecta, preservar la libertad de las partes. Más exactamente, ésta es la única formulación compatible con el principio de autonomía: sólo esta construcción tiene en cuenta la especificidad del sujeto jurídico-privado y solo esta teoría de la Drittwirkung mediata propone una articulación satisfactoria de los derechos fundamentales con la autonomía de la voluntad, eje del Derecho Privado*».

190. Sobre la oponibilidad de estos derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas pueden verse, BELADIEZ ROJO, M, «La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares…» *op. cit.*, 2017, pp. 78 y 80 que considera que los derechos consagrados en los artículos 18.1 y 20 de la Constitución Española son eficaces en las relaciones entre particulares porque los conflictos solo pueden surgir en este tipo de relaciones. También a favor del reconocimiento de estos derechos en las relaciones entre particulares, QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares,* Cuadernos Civitas,

que estos derechos fundamentales pueden oponerse *inter privatos* cuando el ordenamiento jurídico penal o la potestad sancionadora de la Administración Pública intervienen protegiendo ese derecho, pues ambas vías son compatibles con la indemnización por parte del causante del daño de los perjuicios que haya podido irrogar al otro si con su actuación ha generado un daño resarcible. En las relaciones extracontractuales entre particulares se ha reconocido que, salvo previsiones normativas, como la realizada en la LO 1/1982, el resto de conflictos que puedan acaecer entre particulares deberán ser valorados por los órganos judiciales con base en el artículo 1902 del Código Civil[191].

A continuación, se va a constatar mediante la exposición de algunas normas vinculadas a la protección de derechos fundamentales, que los supuestos en los que el legislador ha intervenido para reprobar las conductas de los particulares afectan siempre a «derechos fundamentales de la persona», porque, en estos casos, *«el daño causado directamente a la persona es siempre indemnizable, incluso cuando no representa una pérdida económica […]»*[192].

a) El artículo 14 de la Constitución Española sobre el derecho a la igualdad está especialmente protegido en distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico. A modo ejemplificativo, podemos destacar la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LO 3/2007) que, describe qué conductas deben considerarse discriminación directa e indirecta (artículo 6 de la LO 3/2007). Esta Ley completa la protección reconocida con un sistema de garantías que afectan a distintos ámbitos (artículo 10 de la LO 3/2007), entre las que se encuentra la responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido; y ello porque, como apunta AGUILERA RULL, «*el daño por discriminación es, en gran medida, un daño moral*»[193].

   Por su parte, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004)

Madrid, 1981, pp. 55 y ss. mantiene que son derechos que por su propia estructura tienen influencia directa ilimitada en las relaciones entre los particulares.

191. Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Autonomía privada y derechos fundamentales» *op. cit.* 1993, pp. 87-89.

192. Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil,* volumen II, Dykinson, Madrid, 2009, p. 459. Por su parte, ROGEL VIDE, C. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas op. cit.* 1985, pp. 163-165 reconoce que en los denominados «derechos de la personalidad» concurren distintas garantías, una primera constitucional, de la que se pueden valer los ciudadanos plasmada en diversos artículos de la Constitución y leyes que lo desarrollan; una garantía penal, contenida en diversos artículos del Código del mismo nombre; una garantía administrativa y una garantía civil.

193. AGUILERA RULL, A. «Daño moral por discriminación» en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. (directores) *El daño moral y su cuantificación,* Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, p. 557.

establece una serie de medidas que afectan a distintos ámbitos, tendentes a reducir estas conductas reprobables que también son susceptibles de generar daño moral, porque, como acertadamente señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5.ª), de 19 de julio de 2013 (ARP 2013, 1115), la violencia de género «*produce sobre quien recae un profundo sentimiento de humillación, impotencia, desconfianza e, incluso, pérdida de autoestima que puede acarrear problemas en un futuro*».

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, TRLISOS) sanciona a las personas físicas o jurídicas y a las comunidades de bienes que por acción y omisión incurran en la infracción de las conductas tipificadas en la Ley. Sin ánimo de exhaustividad, la norma tipifica como infracciones, la conculcación de derechos legales que afectan a la igualdad, como el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes y medidas de igualdad establecidas en la Ley Orgánica 3/2007 (artículo 7.13 del TRLISOS). En este punto resulta reseñable como, dentro de la configuración de las sanciones, el TRLISOS establece sanciones específicas cuando las responsabilidades se derivan de infracciones relativas al derecho de igualdad (artículo 46 bis del TRLISOS).

b) El artículo 15 de la Constitución Española consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral. El Código Penal castiga los ataques contra el derecho a la vida de las personas físicas (Título primero bajo la rúbrica del «homicidio y sus formas»), los que se hayan cometido en atentados terroristas[194] (artículos 573 a 580 bis del Código Penal), pero también los perpetrados contra el feto (Título segundo, bajo la rúbrica «del aborto»).

   En cuanto a la protección de la integridad física y moral, al constituir una vulneración menos grave que la privación del derecho a la vida, es también tipificada como delito pero con una pena inferior, como puede comprobarse en los delitos de lesiones (Título III bajo la rúbrica «*de las lesiones*») incluidas las ocasionadas al feto (Título IV bajo la rúbrica «de las lesiones al feto»). La integridad moral es objeto de protección específica en los delitos contenidos en el Título VII bajo la rúbrica «*de las torturas y otros delitos contra la integridad moral*».

194. FUSTER-FABRA TORRELLAS, J. M. *Responsabilidad civil derivada de actos de terrorismo,* Atelier, Madrid, 2001, p. 72 considera este autor que en los delitos de terrorismo, las víctimas tienen la «doble consideración de víctima» porque además del atentado a la vida o a la integridad física estima que, al político, al funcionario, al empresario o al servidor del orden, se le ataca de forma indirecta por la función social que desarrolla cada uno de ellos, de modo que, la finalidad directa de la acción terrorista es la subversión del estado democrático.

c) El artículo 16 de la Constitución Española, relativo a la libertad ideológica, religiosa y de culto, es desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante, Ley Orgánica de Libertad Religiosa), que reconoce en sus artículos 7 y 8 que el Estado pueda establecer Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que, por su ámbito y número de creyentes, hayan alcanzado notorio arraigo en España[195].

   El ordenamiento jurídico penal también tutela los sentimientos religiosos dentro de los artículos 522 a 528 bajo la rúbrica «*de los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*». De modo que al igual que en supuestos anteriores, si la conducta delictiva genera en el perjudicado un daño patrimonial o moral, puede ser resarcido conforme a la responsabilidad civil *ex delicto*[196].

d) El artículo 17 de la Constitución Española reconoce la libertad y seguridad de las personas. La libertad del ciudadano es un bien jurídico que resulta especialmente tutelado no sólo frente a ataques de los poderes públicos, sino también de un particular a otro particular.

   Los ataques contra el bien jurídico de la libertad individual provocado por otro particular también son objeto de respuesta por el ordenamiento jurídico penal. Así, el Título VI del Código Penal, bajo la rúbrica de «*delitos contra la libertad*» tipifica como tales una serie de actuaciones cometidas por los particulares dirigidos a privar, violentar o restringir el derecho de libertad de otras personas, comprensivos de los delitos de detenciones ilegales y secuestros, amenazas y coacciones. En esta línea y como una manifestación de la libertad personal del individuo, se tipifican también como delitos las agresiones contra su libertad sexual, dentro del Título VIII, «*delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*».

195. Estos Acuerdos se materializaron de conformidad con el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, en el Acuerdo de España con la Santa Sede y en la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; en la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; y, en la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

196. A modo de ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 6 de Madrid, de 18 de marzo de 2016 (ARP 2016, 266) condena por un delito contra los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos no reconoce la existencia de responsabilidad civil, por entender que, de los hechos no se deriva un daño apreciable. En contra de la indemnización de los daños morales vinculados a sentimientos religiosos, DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.* 2008, p. 23, estima que «*la desaparición de las creencias o la pérdida de la fe religiosa no constituyen daño moral, porque no van necesariamente unidos a la aflicción síquica, aunque siempre habrá que especular sobre la solidez de las creencias que se tambalean con el leve soplo de una convicción que se cree injusta*».

e) El artículo 18 de la Constitución Española, sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y el uso de las tecnologías es quizás, el precepto que contiene los derechos de naturaleza más heterogénea, aunque, a efectos de este estudio, nos centraremos en los reconocidos en el apartado primero, es decir, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

   El ordenamiento jurídico español protege estos derechos desde una doble vertiente, civil y penal. Respecto a la primera, la LO 1/1982, como se ha anticipado, tipifica una serie de conductas como «intromisiones ilegítimas» (artículo 7 de la LO 1/1982), estableciendo una presunción de daño –que abarca el moral–, si se acredita esta intromisión[197]. Por su parte, desde la perspectiva penal, y tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, se castigan las vulneraciones del derecho al honor que sean constitutivas del delito de calumnias (artículos 205 y 206 del Código Penal) y las injurias que sean tenidas en el concepto público por graves o las que supongan la imputación de hechos cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (artículo 208 del Código Penal). El reconocimiento de responsabilidad penal por vulneración del derecho al honor dará lugar si se genera un daño a la correspondiente indemnización «*ex delicto*».

La presente exposición se ha hecho con el objetivo de acreditar que el ordenamiento jurídico español tutela con carácter principal los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los Poderes Públicos (cfr. artículos 53.1 de la Constitución Española y 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). También los tutela en relación a otros particulares cuando son derechos fundamentales de la persona, pero para ello siempre dispone una previsión normativa que reproche esa conducta, la cual será frecuentemente, de Derecho Público, penal o administrativa sancionadora, aunque excepcionalmente podrá ser civil.

---

197. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Autonomía privada y derechos fundamentales» *op. cit.*, 1993, pp. 82 y 88 reconoce que el régimen de la LO 1/1982 supone un reconocimiento legal de modo típico en el seno de las relaciones extracontractuales. También, este autor analiza el papel atribuido al Tribunal Constitucional y considera que *«en relación con la aplicación de las leyes que articulan la relación entre derechos fundamentales de particulares (Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), por ejemplo, la función del Tribunal Constitucional en el ámbito del recurso de amparo es, inevitablemente, revisora de la interpretación de los tribunales ordinarios. Este carácter de "cuarta instancia", sin embargo, queda reducido porque la revisión debe limitarse a comprobar si la interpretación legal (y la solución al conflicto) dada por el Tribunal a quo es incompatible con la Constitucional, de forma análoga a la revisión constitucional del desarrollo legal de normas constitucionales»*.

Estas consideraciones no resultan afectadas por la protección civil que la LO 1/1982 dispensa al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen porque esta norma tiene limitado su ámbito de aplicación a los derechos previstos en el artículo 18.1 de la Constitución Española, sin que sea posible una aplicación extensiva ni analógica a otros derechos fundamentales porque las consideraciones que hace la Ley son específicas para estos derechos de la personalidad, teniendo especialmente en cuenta, su posible injerencia en otras libertades públicas como las previstas en el artículo 20 de la Constitución Española. Además, la protección que articula esta norma no se limita a la tutela resarcitoria (artículo 9.3 de la LO 1/1982), sino que también prevé otras medidas previstas para la restitución al perjudicado en el disfrute de derechos y para evitar e impedir ulteriores intromisiones (artículo 9.2 de la LO 1/1982).

A la vista de lo anterior, puede afirmarse que la protección de todos los derechos fundamentales previstos en la Constitución se garantiza frente a las conculcaciones de los Poderes Públicos, mientras que las efectuadas por un ciudadano frente a otro, sólo obtienen respuesta del ordenamiento jurídico cuando afectan a un derecho fundamental personal, existiendo en tal caso una norma que reprueba esa conducta.

Dicho esto, nuestra línea de investigación nos lleva a plantearnos si los abogados, con su actuar negligente, pueden privar a sus clientes del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, para lo que será necesario estudiar el papel que el ordenamiento jurídico les atribuye a los profesionales de la Abogacía, su función en el proceso, así como el contenido y alcance de este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

5.2.3. ¿Puede un abogado privar a su cliente del derecho a la tutela judicial efectiva?

En el desarrollo de este trabajo se ha indicado cómo existe una corriente jurisprudencial que configura el daño generado por un letrado a su cliente como un daño por «privación de la tutela judicial efectiva»[198]. La aceptación de esta postura exige plantearse si, efectivamente, el abogado puede privar de este derecho fundamental. Para efectuar dicho análisis resulta preciso examinar el papel que el ordenamiento jurídico procesal les otorga como defensor en el proceso de los derechos e intereses que su cliente le encomienda, puesto

198. En esta corriente, pueden destacarse, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), de 8 de febrero del 2000 (RJ 2000, 842), de 8 de abril del 2003 (RJ 2003, 2956); de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914), de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1.ª), de 3 de junio de 2009 (JUR 2009, 311794), de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), de 3 de marzo de 2017 (AC 2017, 692), de la Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª), de 10 de mayo de 2018 (AC 2018, 1407) y de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), de 18 de mayo de 2018 (JUR 2018, 261259).

que carece en principio de la condición de «Poder Público», y, por otro lado, la interpretación que, del artículo 24 de la Constitución Española efectúa el Tribunal Constitucional, atendido el papel esencial que ha tenido este órgano en el desarrollo de este derecho fundamental[199].

Por otro lado, debe anticiparse que, la configuración del daño como «privación de la tutela judicial efectiva», de admitirse en este ámbito, resulta satisfactoria únicamente en los supuestos en los que la negligencia del profesional se deriva de una inactividad pre-procesal o procesal, pero resulta más difícil admitir, por ejemplo, que un inadecuado uso de los conocimientos jurídicos del profesional prive al cliente de este derecho fundamental. En esta línea, de aceptarse la configuración del perjuicio como la infracción del derecho fundamental previsto en el artículo 24 de la Constitución Española, sería más adecuado que se hiciera una correlación entre la actuación negligente del profesional y las diferentes facetas que incluye el derecho fundamental a la «tutela judicial efectiva». A efectos ilustrativos, la no presentación de una demanda que inicie el procedimiento se incardina mejor dentro de la privación del «*derecho de acceso a los Tribunales*» o, si la inactividad consiste en la no interposición en plazo del recurso, se puede considerar como una privación del «*derecho a usar los recursos previstos en las Leyes*»; finalmente, el extravío por parte del letrado de la documentación de la que es depositario, puede conllevar una privación del «*derecho de usar los medios de prueba pertinentes*».

Para poder responder a la cuestión formulada en el epígrafe resulta necesario perfilar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

A) El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; especial referencia al «derecho de acceso a los Tribunales» y al «derecho de acceso a los recursos»

El artículo 24 de la Constitución Española[200] es un derecho de configuración legal, vinculado a la prohibición de la tutela privada y a la interdicción de

199. Sobre el papel del Tribunal Constitucional en la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva señala IGLESIAS BAREZ, M. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, p. 278 señala que *«la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva en nuestro país ha sido, sin duda, una labor de la jurisprudencia del TC, pues el Texto constitucional se muestra parco en la delimitación y contenido del derecho, cuestiones básicas que han tenido que ir siendo perfiladas por una jurisprudencia constitucional, que se ha ocupado mucho y bien de este derecho»*.

200. El artículo 24 de la Constitución Española tiene el siguiente tenor: *«1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

la indefensión que reconoce el propio precepto. El derecho a la tutela judicial efectiva se ofrece como condicionante para la operatividad y el reconocimiento de los restantes derechos, atendido el sistema de garantías plasmado en el artículo 53 de la Constitución Española[201].

La estructura del artículo ha planteado el debate de si existe o no conexión entre ambos apartados. Se reconoce mayoritariamente la interrelación entre ambos, aunque con distinto alcance. Para el Profesor DE LA OLIVA SANTOS, los derechos fundamentales procesales reconocidos en ambos apartados integran un derecho más amplio denominado «derecho al proceso debido»[202]; en cambio, otros consideran que, mientras que el apartado primero del artículo 24 asegura la tutela judicial efectiva mediante el acceso al proceso, el apartado segundo también lo garantiza, pero lo hace a través del correcto juego de los instrumentos procesales[203].

El Tribunal Constitucional ha reconocido que, entre el apartado primero y segundo del artículo 24 de la Constitución Española, existe cierta relación «causa-efecto» pero que a su vez, presentan cierta sustantividad propia, al señalar que «*esta sustantividad propia del derecho que se enuncia en el apartado 1.º del art. 24 C.E. hace ciertamente posible que un acto del poder, y en particular de los órganos judiciales, que viole alguno de los derechos declarados en el apartado 2.º del mismo artículo lesione también aquél, pero, aunque en el plano de lo fáctico pueda apreciarse entre ambas vulneraciones una relación de causa efecto, es indispensable que ambas se hayan producido efectivamente sin que, en el plano jurídico, sea admisible partir de una implicación recíproca de ambas, de manera que se afirme la existencia de una porque se da también la de la otra*»[204].

Los derechos procesales contenidos en el artículo 24 de la Constitución Española no se limitan al derecho a la «tutela judicial efectiva» y al «derecho de acceso a los recursos». Sin embargo, el análisis que se va a efectuar se centrará en estos derechos por ser sobre los que se articula el daño que puede causar el abogado a su cliente.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

201. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 6 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1265).
202. DE LA OLIVA SANTOS, A. «La perversión jurídica del amparo constitucional en España» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* n.º 124, 2009, p. 370, considera que: «*1) el primero de ellos se refiere a la tutela judicial efectiva, de contenido complejo, el cual incluye la libertad de acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener un fallo y el derecho a que el fallo se cumpla; este derecho comporta que en ningún caso pueda producirse indefensión, por lo que deben respetarse necesariamente los principios de contradicción e igualdad de armas; y 2) el segundo apartado se refiere a las denominadas garantías procesales, es decir, al juego de los instrumentos procesales, cuya eficacia se extiende al procedimiento administrativo sancionador*».
203. A este respecto, puede verse MARTÍNEZ ATIENZA, G. *Constitución Española sistematizada op. cit.* 2018, pp. 232 y 233.
204. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 19 de julio de 1985 (RTC 1985, 89).

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido configurado por el Tribunal Constitucional como el libre acceso a la jurisdicción[205]. En el derecho a la jurisdicción quedan comprendidos para el derecho de libre acceso a los Jueces y Tribunales; el derecho a obtener una resolución motivada, razonable, congruente y fundada en el sistema de fuentes; el derecho a la ejecución de la resolución; y el derecho a entablar los recursos previstos legalmente[206].

El derecho de acceso a la jurisdicción se ampara en la facultad jurídicamente reconocida de poder instar la actividad jurisdiccional con el objetivo de obtener una resolución judicial motivada sobre sus pretensiones. Su ejercicio, al tratarse de un derecho de configuración legal[207], requiere el cumplimiento por quien desea acceder a la jurisdicción, de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada orden jurisdiccional. Por tanto, se satisface siempre que el órgano judicial resuelva en Derecho y motivadamente sobre las pretensiones de la parte.

En aplicación de lo señalado, se ha considerado que no vulneran el derecho de acceso a los Tribunales las decisiones judiciales de inadmisión meramente procesal, en el caso de que concurra un obstáculo fundado en un precepto expreso de la Ley, si éste es, a su vez, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental [cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª), de 19 de diciembre de 2012 (RTC 2012, 231)]. En contraposición, se ha admitido que vulneran este derecho, las condiciones impeditivas u obstaculizadoras de tal acceso, que carezcan de los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad. Por ese motivo, los órganos judiciales para respetar este derecho fundamental deben realizar una interpretación amplia de la legitimación activa, permitir la subsanación de los defectos u omisiones procesales cuando sea posible y limitar la desestimación o rechazo por motivos formales únicamente en los casos en que no sea posible su rectificación o cuando no se haya procedido a ésta.

---

205. Por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 21 de julio de 1987 (RTC 1987, 132) y 16 de marzo de 1989 (RTC 1989, 59). De modo que, el derecho al proceso se ha llegado a considerar uno de los principios esenciales procesales propios de un Estado de Derecho [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 1)].
206. MARTÍNEZ ATIENZA, G. *Constitución Española sistematizada*, Experiencia, Madrid, 2018, p. 227.
207. El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva, «*no se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos*» [Por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 18 de diciembre del 2000 (RTC 2000, 311) y de 12 de diciembre de 2005 (RTC 2005, 327)].

Por su parte, el derecho de acceso a los recursos, que está reconocido con carácter general en el apartado segundo del artículo 24 de la Constitución Española, es un derecho que también se configura en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales y cuyo ejercicio está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador[208].

En la valoración de la posible vulneración del «derecho de acceso a los recursos» el control constitucional de esas resoluciones judiciales es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las normas que regulan el acceso a los recursos, porque la jurisdicción del Tribunal Constitucional no se extiende al control del acierto de las decisiones adoptadas por los jueces en ejercicio de su competencia [cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 30 de octubre del 2000 (RTC 2000, 258)]. Sobre esa base, se ha considerado por parte del Tribunal Constitucional que también constituye una vulneración del «derecho de acceso al recurso» cuando la admisión de este no era procedente según las normas procesales[209].

En ambos casos, la denegación del acceso a la «tutela judicial efectiva» o del «derecho de acceso al recurso» exige que se genere una indefensión real y efectiva, la cual debe conllevar una privación constatable del derecho del interesado a defenderse en el proceso[210]. Además, la exposición efectuada sobre qué actuaciones son susceptibles de generar la privación o vulneración de estos derechos pone de relieve cómo son actuaciones que, en principio, resultan ajenas al ámbito de actuación de los abogados, puesto que se derivan del ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución Española atribuye a Jueces y Magistrados (cfr. artículo 117.3 de la Constitución Española).

208. Sobre el contenido del derecho de acceso al recurso pueden verse, Sentencias del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) de 30 de octubre del 2000 (RTC 2000, 258), de 22 de abril del 2002 (RTC 2002, 91), Auto (Sala 2.ª), de 9 de mayo de 2005 (JUR 2005, 150341).

209. A este respecto, se ha considerado en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 9 de octubre del 2006 (RTC 2006, 285) «*que del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la Ley, tampoco le está permitido pronunciarse en vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista una causa impeditiva para ello, puesto que, si ignorara esta prohibición legal, estaría excediéndose de la competencia que el legislador le ha otorgado en el caso concreto, exceso que este Tribunal Constitucional debe corregir en la medida en que el pronunciamiento judicial pudiera lesionar el derecho de otros justiciables a la tutela judicial efectiva*».

210. SOSPEDRA NAVAS, F. J. «El objeto en el recurso de amparo (1.ª parte)», SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coordinación) *Práctica de los Procesos Jurisdiccionales*, Civitas, Madrid, 2004, p. 580. En idéntico sentido, MARTÍNEZ ATIENZA, G. *Constitución Española sistematizada op. cit.* 2018, p. 234.

B) ¿Quién puede privar del derecho a la tutela judicial efectiva?

La siguiente cuestión que debe plantearse sobre el objeto de estudio es si la causación de una indefensión jurídicamente relevante derivada de la privación del derecho a la tutela judicial efectiva puede atribuírsele al letrado que, con su actuar negligente, impide definitivamente que el cliente tenga acceso a la jurisdicción o al recurso o sólo puede venir de un Poder Público. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que la indefensión constitucionalmente relevante sólo puede proceder del Poder Judicial.

Se exponen a continuación, distintos fragmentos de resoluciones de este Tribunal, que reconocen esta idea:

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 6 de mayo del 2002 (RTC 2002, 109) determina que «*el resultado de indefensión prohibido por la norma constitucional, ha de ser imputable, por ello, a los poderes públicos y tener su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales, estando excluidos de su ámbito protector la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los representantes profesionales que las representan o defienden*».

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 30 de marzo del 2000 (RTC 2000, 91) considera que «*[…] para que exista indefensión constitucionalmente relevante, es preciso que el órgano judicial, en el curso del proceso, limite indebidamente a una de las partes la posibilidad de defenderse, alegando o practicando prueba en defensa de sus propios intereses*».

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª), de 12 de abril de 1998 (RTC 1998, 64) dispone que *«[…] hay que entender que, en línea de principio, la titularidad del derecho que establece el art. 24 de la Constitución corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, si bien en este último caso el reconocimiento del derecho fundamental debe entenderse dirigido a reclamar del órgano jurisdiccional la prestación a que como parte procesal se tenga derecho […]».*

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª), de 21 de junio de 1990 (RTC 1990, 117) *«[…] es doctrina reiterada de este Tribunal que los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del justiciable, salvo en los casos en que la situación acaecida sea también imputable a la falta de diligencia de la parte […], pues el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión impone a los órganos judiciales un deber positivo de promoción del derecho de defensa de los justiciables, una de cuyas exigencias es la advertencia tempestiva de los defectos formales que pueden ser subsanados».*

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 22 de febrero de 1989 (RTC 1989, 52) declara que «*[…] el concepto de indefensión que el art. 24.1 C. E.*

proscribe tiene un carácter material, a diferencia del carácter marcadamente formal que dicho concepto reviste en el ámbito del Derecho procesal, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes en el proceso […]».

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª), de 7 de febrero de 1984 (RTC 1984, 18) considera que «*Esta concretización de la Ley Suprema no debe interpretarse en el sentido de que sólo sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas, en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1.ª de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, […] Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del artículo 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (artículo 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas*».

De lo expuesto se deduce *a priori* que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es un derecho de índole instrumental cuyo fundamento es la protección del resto de derechos y que se garantiza frente a los «Poderes Públicos» y, en concreto, con respecto a los órganos judiciales; carece por tanto, del efecto horizontal en las relaciones entre particulares[211]. De modo que, como «*son los jueces y tribunales los que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos a los que cabe imputar su violación, pues es un derecho de prestación que sólo puede ser reclamado a jueces y tribunales ordinarios integrantes del Poder Judicial; y el derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional por los mismos corresponde a todas las personas físicas, y, a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso*»[212].

211. A este respecto, SARAZÁ JIMENA, R. *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares op. cit.* 2011, pp. 320-322 considera que, puede haber tres tipos de violaciones en las relaciones jurídico-privadas producidas por la Sentencia del Juez ordinario que resuelve la demanda. La primera, por la falta de protección judicial de un derecho fundamental violado por la interpretación y aplicación en su incidencia en las relaciones particulares lesivas de derechos fundamentales. La segunda, derivada de la condena del juez ordinario lesiva de un derecho fundamental en el seno de las relaciones jurídico-privadas por cuanto entendió que la condición del particular no estaba amparada por el legítimo ejercicio de un derecho fundamental y, la tercera, que es la que en este punto nos interesa, por la falta de protección judicial del derecho fundamental de justiciable derivado de la falta de observancia de las obligaciones que, formando parte del contenido del derecho fundamental, pesa específicamente sobre el órgano judicial en su labor de enjuiciamiento del conflicto sobre tal lesión, obligación que recae sobre los jueces como únicos destinatarios en el ejercicio de la función jurisdiccional.

212. MARTÍNEZ ATIENZA, G. *Constitución Española sistematizada op. cit.* 2018, p. 226.

En contraposición, son abundantes las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que se reconoce la vulneración por parte de los órganos judiciales –Poder Público– del «derecho a un proceso equitativo» reconocido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[213]. Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que se constata la existencia de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio exigen del Estado la adopción de las medidas necesarias destinadas a su restitución (artículo 46.5 de la Convención) y, en su caso, el Tribunal puede reconocer, además, una satisfacción equitativa (artículo 41 de la Convención) que se identifica con la indemnización económica de los perjuicios patrimoniales y morales. Por tanto, como señala CASADEVALL MEDRANO[214], pueden adoptarse medidas de carácter individual y de carácter general, dirigidas a la restitución *in integrum* y cuando éstas no resultan posibles, se acude a la satisfacción equitativa.

En los supuestos en los que la violación del Derecho al proceso equitativo (artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) afecta al ámbito penal, puede conllevar también la privación indebida de la libertad del individuo. Si bien se ha previsto que pueda juzgarse *ex novo* al interesado[215], lo cierto es que la afectación en los bienes y derechos para el resto de las partes intervinientes en los procedimientos judiciales justifica que, en la práctica no sea habitual. En contraposición, es bastante frecuente que la constatación de la vulneración de este derecho al proceso equitativo vaya acompañada de una satisfacción por daño moral[216].

213. OVEJERO PUENTE, A. M. *El derecho al juicio justo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 54-60, pone de relieve la importancia transcendental que tiene el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque entre otros motivos, «*la garantía del proceso equitativo es consustancial al espíritu mismo del concepto de Estado de Derecho*». De este modo, para la autora el lugar preeminente de este Derecho se justifica por tres motivos, el «*primero, por ser expresión de los principios informadores del Acuerdo, Estado de Derecho y principio liberal democrático; segundo, por proyectarse no sólo en los ordenamientos internos, como el resto de los derechos, sino también en el propio sistema de garantías establecido por el Convenio; tercero, por considerarlo la garantía funcional por excelencia del resto de los derechos*».
214. CASADEVALL MEDRANO, J. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 112 y 117 destaca que las medidas individuales están destinadas a la reapertura o revisión de procedimientos judiciales internos y/o a la restitución mediante actuaciones positivas o negativas de los derechos lesionados que dependerán en buena medida de la violación constatada y de la situación particular del demandante. Las medidas de carácter general estarán dirigidas a la reforma o modificación legislativa en materias sobre todo, procesal, penal y civil.
215. Cfr. Recomendación n.º R (2000) 2, del 19 de enero de 2000, del Comité de Ministros del Consejo de Europa dirigida a los Estados miembros.
216. El reconocimiento por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de una satisfacción equitativa por la vulneración de derechos responde al sistema que se ha articulado cuando los Jueces y Magistrados en el ejercicio de su potestad ocasionan un daño indemnizable a los justiciables y que será posteriormente analizado.

La exposición de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho al proceso equitativo está en la misma línea que la del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que únicamente puede atribuirse la privación del derecho jurídicamente relevante a los Poderes Públicos, representados por los órganos judiciales.

Estos reconocimientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vienen a excluir la consideración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como un derecho de la persona, aunque pueda tener cierta incidencia en éstos, cuando la vulneración de este derecho influye en la libertad individual del ciudadano. Se advierte que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española) y el derecho al proceso equitativo (artículo 6 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos) son mandatos a los órganos judiciales en relación con los derechos que tienen los justiciables y que, por tanto, no sería susceptible de vulneración por parte de un profesional en el desarrollo de una prestación[217].

5.2.4. ¿Es el Abogado un «Poder Público»?: Análisis de la función del abogado como cooperador de la Justicia y la configuración de la postulación procesal como garantía del ciudadano

El ordenamiento jurídico ha considerado a los letrados como los colaboradores más frecuentes de la Justicia y auxiliares de la misma. El reconocimiento de este papel aparece referenciado en distintas normas de nuestro Ordenamiento jurídico.

En la Constitución Española se establecen dos previsiones relativas al papel del abogado dentro «*de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*». La primera, en el artículo 17.3 de la Constitución Española que garantiza a toda persona detenida la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales cuando la Ley así lo establezca y, la segunda, en el artículo 24 de la Constitución Española que reconoce, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de todos a la defensa y a la asistencia de un letrado.

La alusión que se hace a la intervención del abogado en el artículo 17.3 y 24 de la Constitución Española responde a una distinta función. El Tribunal Constitucional ha estimado que la función del profesional de la Abogacía en la asistencia al detenido *ex* artículo 17.3 de la Constitución Española «*[…] consiste en asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufran coacción o trato incompatible con su*

217. En este sentido, CORDÓN MORENO, F. «El derecho a la tutela judicial efectiva» en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 218, considera que: «*es un mandato constitucional, dirigido al legislador y al juez, de plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicas de naturaleza sustancial reguladas por el ordenamiento, salvo aquéllas que estén privadas expresamente de accionabilidad por la ley y esta privación tenga un fundamento objetivo y razonable*».

dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como su derecho a comprobar una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma». En cambio, el derecho de defensa y asistencia letrada previsto en el artículo 24 de la Constitución Española tiene un alcance más amplio, puesto que «*[…] tiene como finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y de contradicción, y que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión, prohibido por el precitado art. 24.1 CE*» [cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 10 de noviembre de 2003 (RTC 2003, 198)].

Dentro de la normativa de rango legal, el artículo 542.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye la denominación de «abogado» al titulado universitario en Derecho habilitado para el ejercicio de la Abogacía que se dedique profesionalmente a la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o al asesoramiento y consejo jurídico. Las normas procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales prevén la intervención preceptiva, o no[218], de los abogados en los procedimientos de su respectiva orden[219]. Así, en el orden civil la capacidad de postulación aparece prevista en el artículo 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el orden penal, se establecen distintas previsiones al respecto, por ejemplo, en el artículo 520.2 c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en el orden contencioso administrativo, es el artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LRJCA) y, en el orden social, el artículo 18, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social determina la capacidad de postulación. Por su parte, el artículo 238.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé la nulidad de pleno derecho de los actos procesales cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la Ley la establezca como preceptiva.

218. El Tribunal Constitucional ha declarado sobre el derecho fundamental a la asistencia letrada, que este derecho alcanza una dimensión aplicativa especialmente intensa en los supuestos en que la intervención de abogado sea preceptiva, supuesto éste en que el órgano jurisdiccional debe observar una labor positiva en aras a garantizar el correcto desenvolvimiento del proceso con todas las garantías de contradicción [Por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª), de 27 de enero de 2003 (RTC 2003, 11) y de 19 de junio de 2006 (RTC 2006, 189)].

219. El derecho fundamental a la asistencia letrada se integra en el conjunto de garantías que conforman el derecho a un proceso justo, el cual tiene su ámbito de aplicación no sólo en el proceso penal, sino también en los demás procesos, con la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y contradicción [Por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 1 de diciembre de 2003 (RTC 2003, 211) y de 30 de enero de 2006 (RTC 2006, 18)].

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, Ley 15/2015) no establece un criterio general sobre el carácter preceptivo de la intervención del abogado y el procurador, de modo que su intervención obligatoria en los expedientes dependerá de lo que establezca la Ley para el caso concreto, sin perjuicio de que, en los expedientes en los que no sean necesarios, las partes podrán, si lo desean, actuar asistidas o representadas por estos profesionales. Esta Ley prevé la obligatoriedad de su intervención para la presentación de recursos de revisión y apelación o para la oposición de los que se interpongan de contrario, frente a la resolución definitiva del expediente (cfr. artículo 3 de la Ley 15/2015)[220].

En la normativa reguladora de la profesión, la función de los letrados como colaboradores necesarios de la función jurisdiccional que contribuyen activamente a mejorar e incrementar la calidad de la Justicia, se reconoce en el Preámbulo del Estatuto General de la Abogacía de 2001. También, su labor como defensores de derechos e intereses públicos o privados les obliga a que en el desarrollo de su labor respeten las normas previstas reglamentariamente, constituidas por el Estatuto General de la Abogacía, debiendo atenerse, para dar efectividad a los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia, a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto [cfr. artículo 55.1 del Estatuto General de la Abogacía Española de 2021 y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1225)].

En el Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía, se reconoce la necesidad de establecer unas normas deontológicas atendiendo a *«la función social de la Abogacía»* y reconoce que muchos han sido los intereses transcendentales confiados a la misma, fundamentalmente relacionados con el imperio del Derecho y la Justicia humana. Por su parte, el Código de Deontología de los Abogados de la Unión Europea reconoce igualmente en su Preámbulo, la función del Abogado como servidor de la Justicia, al indicar que «*[…] el Abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado en el ámbito de la legislación aplicable. Un Abogado debe servir los intereses de la Justicia, así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer […]*».

220. BAYO RECUERO, M. N. «Artículo 3. Legitimación y Postulación» en FERRER VANRELL, M. P., LLEDÓ YAGÜE, F. y TORRES LANA, J. A. (directores) *Estudio sistemático de la Ley de jurisdicción voluntaria*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 44 pone de relieve como la doctrina ha criticado la solución sobre la postulación, articulada finalmente por la Ley de Jurisdicción Voluntaria porque como señala esta autora «*la ley debía de haber optado por exigir en este tipo de procedimientos que los intervinientes actuaran con abogado y procurador dado los intereses que están en juego y las materias que se contienen en la misma. Sin embargo, el legislador ha optado por una solución, que podemos calificar de intermedia y exige su actuación únicamente en aquellos casos que el procedimiento así lo prevea, para la presentación de los recursos de revisión y apelación que se interpongan contra la resolución definitiva, así como desde que se formule oposición*».

Por último, la Carta de Derechos de los ciudadanos no recoge referencias expresas a la función que tiene la Abogacía en los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, les atribuye obligaciones específicas destinadas a garantizar los derechos de los ciudadanos ante la Administración de Justicia, como pueden ser la obligación del abogado de proporcionar información precisa y detallada sobre el estado del procedimiento y de las resoluciones que se dicten.

Una vez expuesto el reconocimiento que el ordenamiento jurídico español otorga al ejercicio de la Abogacía, es preciso analizar la función atribuida a los letrados en el proceso, puesto que el ordenamiento jurídico procesal actual limita la posibilidad de que el ciudadano pueda acceder por sí mismo al proceso, al establecer normativamente una serie de procedimientos en los que la defensa de los intereses particulares debe articularse a través de una defensa técnica. Surge así el debate de si los abogados constituyen el canal de acceso de los ciudadanos a los Tribunales y, más específicamente, si llevan a cabo una función de naturaleza pública de modo que el incumplimiento defectuoso de la obligación asumida podría suponer la privación al cliente del derecho fundamental a la «tutela judicial efectiva» (artículo 24.1 de la Constitución Española) o si existe alguna norma de naturaleza pública que sancione la conculcación por parte del abogado del derecho de acceso al proceso.

A) La postulación en el proceso como garantía del ciudadano

La articulación del proceso en torno a la defensa de los intereses del ciudadano por parte de profesionales jurídicos responde a las siguientes razones de Derecho Público: auxilio a las partes, garantía del principio de igualdad y colaboración con el Tribunal para realizar el orden jurídico[221]. El Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho a la defensa y a la asistencia letrada previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española tiene como finalidad «*[…] la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o limitación en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión prohibido en todo caso en el inciso final del artículo 24.1 de la Constitución Española*»[222].

221. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Derecho de Tribunales*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pp. 519 y 520. Quizás, de forma más ilustrativa CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. *Introducción al Derecho Procesal*, 4.º edición, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003, p. 201, señalan que: «*si todo ciudadano por el mero hecho de tener personalidad y capacidad pudiera dirigirse al Estado (Juez) en busca de la protección de lo que dice son sus derechos, se conseguirían fundamentalmente dos cosas: convertiríamos la Administración de Justicia en un consultorio jurídico, sin eficacia práctica alguna, saturando su actividad y malgastando su técnica cara y difícil de conseguir; y dejaríamos por el camino no pocos derechos arruinados y desprotegidos por la ignorancia de su existencia, por lo que, a la postre el Estado sufriría una enorme pérdida*».
222. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) de 27 de junio de 1996 (RTC 1996, 92).

La función del abogado en el proceso resulta imprescindible por la profusión de las normas legales, por su complejidad y porque las complicadas vías en la tramitación procedimental ante los Tribunales hacen que resulte sumamente difícil que el ciudadano pueda defenderse eficazmente y obtener la satisfacción de sus derechos o pretensiones, sin intervención letrada[223].

Los letrados se alzan en nuestro ordenamiento jurídico como garantes del derecho a la tutela judicial efectiva[224], lo que se demuestra por el establecimiento con carácter general y exclusivo de su intervención como preceptiva en el proceso, puesto que así se asegura la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción, evitando limitaciones de las posibilidades de defensa. Además, como se ha señalado anteriormente, la falta de asistencia letrada en los procedimientos cuya intervención es preceptiva comporta la nulidad del acto, según lo dispuesto en el artículo 225.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 238.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante, si bien hay órdenes jurisdiccionales como el civil en el que la capacidad de postulación se lleva a cabo fundamentalmente a través del letrado, hay determinados procesos de esa jurisdicción en los que no se requiere su intervención (artículos 31.2 de la LEC y 3 de la Ley 15/2015[225]); en el orden penal, hay supuestos en los que la capacidad de postulación se desarrolla simultáneamente por el abogado y el justiciable porque la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé limitadamente el ejercicio del derecho de «autodefensa» o

223. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. «El derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado» en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 298.

224. Este papel de los abogados como garantes del derecho a la tutela judicial efectiva es reconocido por IVARS RUIZ, J. «Intervención preceptiva del Abogado» en BONET NAVARRO, J. e IVARS RUIZ, J. (coordinadores) *Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil: Doctrina y Jurisprudencia,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 120.

225. Entre los procedimientos civiles en los que la Ley de Jurisdicción Voluntaria obliga con carácter preceptivo a la asistencia de Abogado destaca la remoción del tutor o curador, los procedimientos para la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes o derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, si el valor del acto supere los 6.000 euros. También, en el procedimiento de concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad, cuando se formule oposición. En los procedimientos de familia, cuando se solicite la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, siempre que el valor del acto de realización sea superior a 6.000 euros. En materia de Derecho sucesorio, en el procedimiento relativo al albaceazgo cuando la cuantía del haber hereditario exceda de 6.000 euros, en los relativos a contadores-partidores dativos cuando la cuantía del haber hereditario exceda de 6.000 euros y también, en los casos de aceptación y repudiación de la herencia cuando la cuantía del haber hereditario supere los 6.000 euros (artículo 94.4). En materia de Derechos reales, en los casos de deslinde de fincas no inscritas cuando su valor supere los 6.000 euros [cfr. en este sentido, BAYO RECUERO, M. N. «Artículo 3. Legitimación y Postulación» *op. cit.* 2019, pp. 44 y 45 y SANMARTÍN ESCRICHE, F. y LACALLE SERER, E. *Comentario a la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 28 y ss.].

de «defensa privada»[226] en distintas fases del procedimiento penal; en la *fase instructora*, la asistencia personal a las diligencias (artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o la de declarar cuantas veces considere oportuno la persona investigada (artículos 396 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y, en la *fase del juicio oral*, tiene derecho a plantear su conformidad con la pena solicitada por la acusación (artículos 655 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o el derecho a la última palabra (artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El Tribunal Constitucional ha declarado que, cuando la intervención letrada es preceptiva, el derecho previsto en el artículo 24 de la Constitución Española, se convierte en una exigencia estructural del proceso, tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, como es el de lograr el adecuado desarrollo del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador, con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilite al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho. En cambio, en los supuestos en los que la intervención de este profesional no sea legalmente preceptiva, la garantía de la asistencia letrada no decae como derecho fundamental sino que faculta a los justiciables para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, dejándoles a su libre disposición la opción por una u otra[227].

B) ¿Pueden los profesionales jurídicos privar a los ciudadanos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva?

En las líneas precedentes se ha señalado cómo la vulneración de derechos fundamentales sólo da lugar a la indemnización de daños morales en los denominados «derechos fundamentales de la persona», coincidiendo, además, que las conductas que vulneran esos derechos fundamentales se encuentran en la mayoría de los supuestos, sancionadas por una norma de Derecho Público.

226. Respecto al derecho de «autodefensa» o de «defensa privada» el Tribunal Constitucional en su Sentencia (Sala 2.ª), de 10 de marzo de 1995 (RTC 1995, 59) dispone que «*el derecho a la defensa privada o derecho a defenderse por sí mismo […] forma parte, ciertamente, del derecho más genérico, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, "a la defensa" […] más recientemente hemos señalado como el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente […]*». No obstante matiza respecto a los límites a la disponibilidad de la propia defensa y asistencia técnica lo siguiente «*el contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica. El mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica, aparezca también una defensa técnica*».

227. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 10 de noviembre de 2003 (RTC 2003, 356).

En este punto del estudio debe analizarse si los profesionales jurídicos pueden privar a los particulares en el ejercicio de su profesión de su derecho a la tutela judicial efectiva. Se va a estudiar, a continuación, la responsabilidad a la que están sujetos los Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional porque, en su condición de Poderes Públicos, se admite que su actuación negligente puede conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables y justificar el nacimiento de una obligación de reparar el daño ocasionado a éstos por la privación de este derecho. Las observaciones que se obtengan del estudio nos van a permitir concluir si resulta adecuada o no la articulación que los órganos judiciales hacen del daño ocasionado por el abogado a su cliente como un «daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva».

Como prolegómeno, es preciso recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 de la Constitución Española se refiere, en palabras del Tribunal Constitucional[228], a una potestad del Estado atribuida al Poder Judicial, que desarrollan los Jueces y Magistrados en la prestación de la actividad jurisdiccional (cfr. artículos 117.3 de la Constitución Española y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Esto nos permite afirmar que, mientras que los Jueces y Magistrados desarrollan una actividad jurisdiccional del Estado por su integración en el Poder Judicial, los profesionales de la Abogacía, aunque tengan una función de garantes en el proceso de los derechos de los ciudadanos, intervienen en éste por una designación basada en un contrato de servicios –de gestión según la última jurisprudencia del Tribunal Supremo– o, en su caso, por designación del Colegio de Abogados pero ni representan a un «Poder Público» ni ejercen un «servicio público»[229].

La responsabilidad de los Jueces y Magistrados en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado ha presentado tradicionalmente una confusa configuración normativa, que ha requerido de una importante labor interpretativa de los Tribunales y de la Doctrina. Ello es así, porque hasta la aprobación de la LO 7/2015, coexistía el reconocimiento de un régimen de responsabilidad

228. En este sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno), de 23 de noviembre de 1995 (RTC 1995, 174), de 14 de diciembre de 2006 (RTC 2006, 352).

229. La actuación de los profesionales de la Abogacía no responde pues, al concepto de «Poderes Públicos» que articula el Tribunal Constitucional en el que «*incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo*». Esta noción no es coincidente con la de «servicio público» aunque puedan encontrarse relacionadas «*pues las funciones calificadas como servicios públicos quedan colocadas por ello, y con independencia de cuál sea el título (autorización, concesión, etc.) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los "poderes públicos". Esta relación se hace tanto más intensa, como es obvio, cuanto mayor sea la participación del poder en la determinación de las condiciones en las que el servicio ha de prestarse y en la creación, organización y dirección de los entes o establecimientos que deben prestarlo*» [Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 11 de mayo de 1983 (RTC 1983, 3)].

civil, con otros procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por «error judicial» o por «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», al amparo del artículo 121 de la Constitución Española.

Por ese motivo, hasta la aprobación de la LO 7/2015, el justiciable podía optar entre plantear una reclamación ante la Administración Pública, bien por «error judicial» bien por «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», o accionar directamente contra el Juez o Magistrado, por responsabilidad civil al amparo del artículo 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[230]. La articulación de tres vías distintas para que el justiciable pudiera reclamar responsabilidad contra Jueces y Magistrados provocó que jurisprudencialmente tuvieran que establecerse los parámetros para distinguir, según el caso, qué vía era la adecuada para efectuar la reclamación[231]. Sin embargo, podía advertirse cómo, en la práctica, se constataba una preferencia por canalizar este tipo de reclamaciones por la vía administrativa frente a la civil, lo que es coherente con que se haya suprimido la acción de responsabilidad civil frente al funcionario[232].

En la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia (artículo 121 de la Constitución Española) se establecen dos procedimientos perfectamente diferenciados que presentan contornos propios bien delimitados. Por un lado, el régimen general de responsabilidad por *«funcionamiento anormal de la Administración de Justicia»* (artículos 292.1 y 293.2 de la

230. El artículo 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, fue suprimido por la LO 7/2015 señalaba que *«lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley»*.

231. A este respecto, pueden consultarse RUIZ ARNÁIZ, G. «Responsabilidad del Estado Juez por error judicial» en *Diario La Ley*, n.º 9313, 2018, p. 1 (según numeración del pdf) y MANZANARES SAMANIEGO, J. L. «El error judicial» en *Diario La Ley*, n.º 7740, 2011, p. 2 (según numeración del pdf).

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 2 de junio de 2016 (RJ 2016, 199) sobre la distinción entre el funcionamiento anormal y el error judicial, dispone que «*no cabe duda de que el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia está sujeto en nuestro Ordenamiento Jurídico a un tratamiento diferenciado respecto del error judicial. Mientras la indemnización por causa de error debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, a tenor del artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la reclamación por los daños causados como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige una previa declaración judicial, sino que se formula directamente ante el Ministerio de Justicia, en los términos prevenidos en artículo 282 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*».

232. La preferencia judicial del sistema de responsabilidad patrimonial sobre el de responsabilidad civil es puesta de relieve entre otros por OLIVA BLÁZQUEZ, F. «Responsabilidad Civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2010, p. 17 (según numeración del pdf) apunta que *«[…] puede decirse que la Sala Primera busca de una manera más que evidente reducir el campo de la responsabilidad civil personal de los Jueces y Magistrados derivando hacia la esfera del error judicial (del que responde el Estado) una serie de supuestos que en un principio podrían entrar perfectamente en el campo de aplicación de aquélla […]»*.

Ley Orgánica del Poder Judicial), que abarca cualquier defecto en la actuación de los juzgados y tribunales, y por otro, dentro del régimen de funcionamiento anormal, el legislador dota de un régimen jurídico autónomo al «error judicial» (artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)[233], aplicable cuando la desatención del juzgador respecto a cuestiones de carácter indiscutible rompe la armonía del orden jurídico o cuando, en su decisión, se interpreta equivocadamente el ordenamiento jurídico.

Hasta la aprobación de la LO 7/2015 los supuestos más palmarios de negligencia de los Jueces y Tribunales se reservaban para la vía de la responsabilidad civil[234], es decir, aquellos casos de negligencia dolosa o especialmente culposa, en los que se infringiera una ley sustantiva o procesal y, en todo caso, esa infracción supusiera la nulidad de la actuación o del trámite correspondiente, puesto que si no cumplía estos requisitos debía calificarse como un «*error judicial*» o «d*eficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia*», en cuyo caso la responsabilidad es del Estado y no del Juez o Magistrado personalmente [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 7 de junio de 2006 (RJ 2006, 3724) y Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4546)].

233. LLAMAS POMBO, E. *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones, op. cit.* 2010, p. 195 destaca que el «error judicial» es un «*error que, en principio, viene sometido a los criterios generales de toda responsabilidad civil profesional, en cuanto a la exigencia inexorable de una culpa o negligencia profesional, generatriz de consecuencias dañosas. Sin embargo, […] se encuentra condicionada por una importante peculiaridad, derivada de los efectos del principio de cosa juzgada, contra la que choca de bruces muy frecuentemente. Me explico: la doctrina del error judicial (y empleo aquí textualmente las palabras del Tribunal Supremo) "no puede dar lugar a una tercera instancia por los que solo cabe su apreciación cuando el tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a debate conclusiones que no resulten lógicas dentro del esquema traído al proceso". Es más, el procedimiento "extraordinario" en el que se ventila la acción declarativa de la existencia de error judicial tampoco "constituye un medio procesal revisorio al modo de un recurso de casación" que no procede por razón de la cuantía o de la materia*».

234. El reconocimiento de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados se producía exclusivamente cuando se apreciaba un grado de negligencia no despreciable, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 383) advierte que: «*no se trata de un simple supuesto de error judicial o deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia del que deba responder únicamente el Estado por su carácter objetivo, sino que se aprecia claramente la concurrencia de una grave negligencia por parte del magistrado, el cual, por circunstancias que carecen de explicación en el proceso […]*» y, que por tanto, la vía de la responsabilidad civil se articulaba como un mecanismo subsidiario de los dos anteriores, así el Tribunal Supremo en su Sentencia (Sala 1.ª), de 7 de junio de 2006 (RJ 2006, 3724) reconoce que «*desde el punto de vista negativo, la relación sistemática que debe establecerse con los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado ha llevado a esta Sala a declarar que la actuación culposa del juez no puede comprender los supuestos que sólo podrían conceptuarse como simple "error judicial" o "deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia" […] pues en estos casos es el Estado y no el juez o magistrado personalmente, el que asume directamente el deber de resarcimiento, sin perjuicio de la acción de repetición o reembolso, ceñida a los casos que la Ley prevé*».

Una vez expuestas sucintamente las vías que reconoce el ordenamiento jurídico para la reclamación de responsabilidad a los Jueces y Magistrados, resulta preciso analizar la naturaleza del daño que ocasionan los órganos judiciales a los justiciables cuando actúan negligentemente. Es indubitado que, de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad civil, el reconocimiento de responsabilidad ya sea frente al Estado o directamente respecto al Juez o Magistrado responsable de la negligencia, requiere la existencia de un perjuicio efectivo, evaluable y susceptible de ser individualizado, requisitos que son expresamente exigidos por el artículo 292.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[235].

El ordenamiento jurídico articula dos vías distintas para la reparación de los bienes del justiciable que pueden verse afectados por la actuación de los Jueces y Magistrados en el ejercicio de su potestad. La distinta naturaleza de los posibles bienes y derechos afectados de las partes del proceso justifican que la forma de reparación tenga un contenido y alcance distinto.

La actuación negligente de los Jueces y Magistrados que, como Poderes Públicos, pueden privar a los ciudadanos del derecho a la tutela judicial (artículo 24 de la Constitución Española) o al proceso equitativo (artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) justifica que el ordenamiento jurídico nacional o supranacional, articule un doble sistema para restituir el derecho lesionado y, en su caso, reparar los perjuicios patrimoniales y/o morales derivados de la actuación judicial. Los letrados, por su parte, al no tener la consideración de Poderes Públicos carecen de capacidad para provocar la privación de estos derechos y, por tanto, su actuación negligente se limitará a la esfera reparadora, sin que pueda identificarse el daño con la privación del derecho.

A continuación, se van a exponer las vías que tienen los justiciables para obtener la reparación de sus bienes y derechos cuando los Jueces y Magistrados en su actuación, han incurrido en «*errores judiciales*» o en actuaciones culposas.

a) Esfera constitucional

Los supuestos de responsabilidad de Jueces y Magistrados por «*errores judiciales*» (cfr. artículos 293.2 y 296.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) permiten en determinados casos que, el Tribunal Constitucional y, en última instancia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declaren la existencia

235. El artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 exigía que se tratara de «*perjuicios estimables que pudieran ser apreciados en metálico*» por lo que, como pone de relieve GARCÍA MANZANO, P. «Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados» en *Revista de Administración Pública*, n.º 117, 1988, p. 109, se entendía que el daño del que debían responder los Jueces y Tribunales era exclusivamente de naturaleza patrimonial.

de una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, o del derecho al proceso equitativo y la reintegración al justiciable de sus derechos[236].

La actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene carácter subsidiario respecto a los mecanismos nacionales de protección de estos derechos[237], porque, para la admisión de las demandas, resulta necesario haber agotado todas las vías de recurso internas, en tanto que, corresponde a los tribunales nacionales garantizar, de forma más inmediata, las posibles vulneraciones de derechos. Esta subsidiariedad en su actuación se encuentra relacionada con la función que tiene atribuida, que es la de supervisar la tutela que los Poderes Públicos nacionales han hecho de los derechos de los ciudadanos y garantizarlos cuando éstos han provocado violaciones de derechos protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el «*error judicial*» tiene relevancia constitucional cuando concurren determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. Así, exige para su constatación que el error sea patente, manifiesto, evidente o notorio, y que resulte inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible. Además, debe ser determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, es decir, su *ratio decidendi*. En definitiva, se trata de que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba de tal modo que no pueda conocerse cuál hubiera sido el sentido de la resolución de

236. Tras la aprobación del Protocolo n.º 11 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 11 de mayo de 1994 se admitió la posibilidad de los ciudadanos de interponer demandas individuales (cfr. artículos 34 y 35 del referido Protocolo). Esta admisión supone para OVEJERO PUENTE, A. M. «La aplicación de los principios y facultades inherentes al derecho al juicio justo en el proceso ante el TEDH», en ROMBOLI, R, y RUGGERI, A. (directores) *Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: comparación de modelos y experiencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 58 *«la creación de una acción en favor del individuo, que puede ejercer en defensa de su derecho lesionado, ante una autoridad con capacidad y competencia para restaurar la situación de afectación en el pleno disfrute del derecho»*.

237. Sobre el carácter subsidiario que tiene la protección de derechos proporcionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala OVEJERO PUENTE, A. M. «La aplicación de los principios y facultades inherentes al derecho al juicio justo en el proceso ante el TEDH» *op. cit.,* 2019, pp. 56 y 57 que *«todo el sistema de protección de los derechos y las libertades fundamentales establecidos por el Convenio Europeo se basa en el principio de subsidiariedad. De manera que, son los Estados parte del Convenio quienes, en primer lugar, tienen la obligación de garantizar su aplicación y su respeto, a través de instrumentos internos que, en todo caso, prevén garantías jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales. Lo que significa que, en términos concretos, quienes primero deben proteger los derechos convencionales son los jueces y tribunales de los países miembros del convenio, a través de procedimientos que puedan denominarse procesos "justos" o "equitativos". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sólo entra a conocer de las lesiones de derechos a posteriori, cuando ya se han pronunciado todos los demás órganos jurisdiccionales»*.

no haberse incurrido en el mismo [cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 27 de septiembre de 1999 (RTC 1999, 167), de 8 de noviembre de 1999 (RTC 1999, 206) y de 26 de mayo de 2008 (RTC 2008, 61)].

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos tras la aprobación del Protocolo n.º 14 al Convenio, de 13 de mayo de 2004 –cuya entrada en vigor fue el 1 de junio de 2010– establece como criterio de admisión una limitación sustantiva[238] dirigida a restringir el número de solicitudes, basada en la exigencia de que se ha tenido que causar un «*perjuicio significativo*» o un «*perjuicio considerable*» [artículo 35.3 b) del Convenio]. En este sentido, le ha correspondido a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinar el contenido del «*perjuicio significativo*» como criterio de admisión[239]. En ocasiones, se ha atendido a la afectación que en el interés general puede tener la vulneración del derecho [cfr. Sentencia (Gran Sala) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de junio de 2011 (TEDH 2011, 54)], también a las percepciones subjetivas del demandante [cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de diciembre de 2010 (JUR 2010, 403604)] pero, como pone de relieve OVEJERO PUENTE, el criterio de «relevancia del perjuicio» depende del análisis que lleva a cabo el Tribunal en virtud del cual será relevante «*siempre que, independientemente de la cuantificación económica de los efectos provocados por la lesión, se afecte de tal forma a los derechos convencionales que estos se vean cuestionados como obligaciones del estado o siempre que para su reparación efectiva se requiera una declaración por parte del Tribunal, que impida la perpetuación o reiteración de la conducta vulneradora de los derechos, por parte del estado*»[240].

La transcendencia de esta vía constitucional radica en que las vulneraciones de los derechos relacionados con el proceso se reintegran mediante el recurso

238. SÁNCHEZ PADRÓN, J. M. «El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: evolución y perspectiva» en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2011, p. 177 realiza una calificación de los criterios de admisibilidad de los recursos individuales ante este Tribunal y califica el relativo al «perjuicio considerable» como un criterio sustantivo frente a otros a los que se les atribuye naturaleza procesal.

Esta limitación como se señala en la «Guía práctica de la admisibilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»: «*otorga al Tribunal una herramienta suplementaria, que debería permitirle concentrarse en los casos que justifican un examen del fondo. En otras palabras, permite al Tribunal rechazar casos considerados "menores" en aplicación del principio según el cual los jueces no deberían conocer tales casos ("de minimis non curat praetor")*». La Guía referida está disponible en: https://www.derechoshumanos.net/denunciar/manuales/admisibilidad-demandas-TEDH-2010.pdf [última consulta: marzo del 2021].

239. SÁNCHEZ PADRÓN, J. M. «El recurso individual ante el Tribunal Europeo…» *op. cit.* 2011, p. 178 pone de relieve como el criterio de «perjuicio significativo» no es «*un término jurídico que pueda definirse con exactitud –a diferencia de otros mencionados en el CEDH–, sino que sólo aspira a que pueda delimitarse a partir de los criterios que perfile el TEDH a través de su jurisprudencia*».

240. OVEJERO PUENTE, A. M. «La aplicación de los principios y facultades inherentes al derecho al juicio justo en el proceso ante el TEDH» *op. cit.* 2019, p. 74.

de amparo ante el Tribunal Constitucional o, en su caso, a través de una demanda frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una suerte de reparación *in natura* que conlleva, de estimarse el recurso de amparo, la anulación del acto judicial y la retroactividad de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la constatación de la vulneración[241]. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si constata la existencia de una violación de los derechos del Convenio, obliga a los Estados a restaurar el derecho lesionado, correspondiendo a éstos elegir el modo para cumplir con su obligación[242].

b) Esfera reparadora

Los Jueces y Magistrados cuando con su actuar negligente ocasionan un perjuicio en los bienes o derechos de los justiciables real y efectivo, no meramente hipotético, y vinculado causalmente con la actuación generadora del daño, deben indemnizarlo. El ordenamiento jurídico español establecía hasta la aprobación de la LO 7/2015 dos vías, la de la responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados o mediante el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia[243]. Por su parte, cuando se constata por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos una violación de alguno de los Derechos del Convenio, se prevé la posibilidad de imponer una «*satisfacción equitativa*» (artículo 41 del Convenio). El Protocolo n.º 7 del Convenio de 22 de noviembre de 1984 establece en su artículo 3 que, cuando por un error judicial constatado, el justiciable ha sido condenado a una pena, si posteriormente ésta es anulada o se le ha concedido un indulto, tiene derecho a ser indemnizada conforme a la Ley o a la práctica vigente en el Estado respectivo,

241. Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 19 de abril del 2004 (RTC 2004, 63), de 26 de mayo de 2008 (RTC 2008, 61) y de 21 de septiembre de 2009 (RTC 2009, 189).

242. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 29 de marzo de 2006 (JUR 2006, 114043) destaca como el Estado condenado tiene en sus manos la posibilidad de elegir los medios de cumplir con su obligación, siempre y cuando esos medios sean compatibles con las conclusiones contenidas en el fallo del Tribunal. El Estado puede adoptar por tanto, cualquier tipo de medida que desee, pero no el contenido que debe garantizar con éstas porque su declaración compete al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

243. La Jurisprudencia para indemnizar los daños derivados del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia exige la concurrencia de los siguientes requisitos: «*a) La existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente. b) Que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. c) La concurrencia de la oportuna relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el daño causado, de tal manera, que, éste aparezca como una consecuencia de aquél y por lo tanto resulte imputable a la Administración. d) Que la acción se ejercite dentro del plazo de un año desde que la producción del hecho determinante del daño propició la posibilidad de su ejercicio*» [Por todas, Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de abril del 2010 (JUR 2010, 132057) y de 8 de febrero de 2006 (JUR 2006, 264945)].

excepto cuando se pruebe que la no revelación a tiempo del hecho desconocido le fuere imputable total o parcialmente.

El daño indemnizable en estos casos puede ser de naturaleza patrimonial o moral. Se ha indemnizado como daño patrimonial el valor de compra de unas joyas intervenidas y que se extraviaron en un traslado y, como daño moral, el valor afectivo y sentimental de algunas de ellas [cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de julio de 2013 (RJ 2013, 822)], o los gastos a los que ha tenido que hacer frente el actor a consecuencia de la pérdida del local derivados de la resolución judicial. En este caso, sin embargo, se descartó la indemnización de daños morales por considerar que no ha habido prueba de que el lanzamiento se materializase de forma desproporcionada y con menoscabo de la dignidad de los ocupantes [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 7 de junio de 2006 (RJ 2006, 3724)].

El daño moral susceptible de ser indemnizado presenta muy distintas manifestaciones. En algunos casos, se asocia al «*quebranto, perturbación o sufrimiento psíquico-físico del justiciable*». Por ejemplo, el daño moral derivado de la incertidumbre por la pendencia del asunto («pena de banquillo») a la que se califica como especialmente gravosa cuando se trata de delitos claramente infamantes o por el mantenimiento en el tiempo de las medidas cautelares que implicaban restricciones [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.º), 26 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4728)].

En otras resoluciones se identifica el daño con la «*privación de un bien de naturaleza personal o interés jurídicamente protegido*» como puede ser la libertad. En este sentido, se ha indemnizado el daño moral generado por detención e ingreso en prisión en virtud de una requisitoria dirigida a persona distinta con la que se da mera coincidencia nominal respecto al justiciable [cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 27 de octubre de 1999 (RJCA 1999, 3555)], el tiempo que el justiciable estuvo en situación de prisión preventiva no existiendo objetivamente el hecho imputado [cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 10 de mayo de 2017 (JUR 2017, 150636)], o el tiempo que pasó en prisión a consecuencia de un error de cálculo en la acumulación de las penas [cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 8 de abril del 2010 (JUR 2010, 132057)].

En la Jurisprudencia española, se han localizado dos pronunciamientos judiciales que resarcen el daño moral derivado de la privación de derechos procesales. El primero, en sede de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados por privar a una persona de su derecho a interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuya inadmisión hizo tambalear sus creencias como ciudadano de un Estado Social y democrático de Derecho [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 1)] y, otro, en sede de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la

Administración de Justicia, que condena a la Administración a indemnizar por daños morales a la víctima de malos tratos por vulnerar «*[…] derechos fundamentales de la recurrente, concretamente sus derechos a la igualdad y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral, y a la tutela judicial efectiva, y ello por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer*» [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 17 julio de 2018 (RJ 2018, 3555)].

La configuración del daño moral efectuada por la recién referida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 1) resulta especialmente controvertida y acertadamente criticada por distintas razones[244], siendo las más relevantes, que su indemnización presume que la lesión de un derecho fundamental genera *per se* un daño indemnizable apartándose del concepto tradicional que del daño moral ha articulado nuestra jurisprudencia. Por otro lado, tampoco se ha justificado en la resolución que la inadmisión del recurso de amparo haya quebrado la confianza del demandante en el Estado de Derecho, sino que incluso su inadmisión le pudo ahorrar sufrimientos y padecimientos futuros, tanto psíquicos como patrimoniales. En mi opinión añadiría otra cuestión crítica y es que el Tribunal Supremo no valora las posibilidades de éxito que tenía el recurso, es decir, la probabilidad de que la pretensión del justiciable pudiera ser atendida por el recurso de amparo[245].

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 17 julio de 2018 (RJ 2018, 3555) es una resolución en la que, para la valoración de los daños morales sufridos, se centra en otros derechos constitucionales inherentes a la persona, como es el derecho a la igualdad y a la integridad física o psíquica; dotando a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de un carácter secundario.

244. Se muestran especialmente críticos con esta resolución del Tribunal Supremo, OLIVA BLÁZQUEZ, F. «Responsabilidad Civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable» *op. cit.*, 2010, pp. 40-43. Por su parte, DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral op. cit.* 2008, pp. 24 y 25 considera en relación a la resolución analizada que la concepción del daño moral como una lesión del derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española: *«[…] que esta manera de entender las cosas no se había producido nunca antes ni tampoco después, es decir, sería una idea sin ayer y sin mañana, porque suponer que toda víctima de una lesión del derecho reconocido en el artículo 24 sufre un daño moral indemnizable es algo difícilmente sostenible. La segunda posibilidad es mantenerse en la idea clásica del daño moral como "pecunia doloris" pero en tal caso resulta también difícil explicar que el litigante que no consigue de un tribunal aquello que pretende experimente un dolor indemnizable como "daño moral"».*

245. En la misma línea, DÍEZ-PICAZO, L. M «¿Qué daño ha causado el Tribunal Constitucional?» *Derecho y Jueces*, n.º 15, 2004, p. 5 resalta que, en el caso enjuiciado, el acto que se reprocha es un acto jurídico, en el que la decisión del Tribunal Constitucional fue ajustada a Derecho y que en el hipotético caso de que el modo de inadmisión hubiera sido ilegal, no ha habido daño porque cualquier conducta posible habría debido conducir al mismo resultado.

A nivel supranacional, el artículo 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce esta esfera reparadora a favor de la víctima de la violación, cuando el derecho interno del Estado no pueda reparar de manera perfecta las consecuencias de dicha violación. Es decir, el Convenio articula de forma expresa la satisfacción económica vinculada a la violación de un Derecho convencional, cuando se considera que el Estado no va a poder proporcionar una reparación íntegra o cuando se acredite un error judicial en cuya virtud el ciudadano ha sido condenado a una pena.

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha vinculado el reconocimiento de esta satisfacción equitativa a padecimientos psíquicos o de frustración del justiciable. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2.ª), de 7 de enero del 2020 (TEDH 2020, 1) reconoce el daño moral, por el estrés y frustración, que le supuso al demandante la privación de su derecho al proceso debido; por la valoración que se hizo en sede de apelación de las pruebas testificales sin la debida inmediación –en idéntico sentido también, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2.ª), de 3 de diciembre de 2019 (TEDH 2019, 175)–.

En otras ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha vinculado la vulneración del derecho al proceso debido con la privación de la libertad del individuo y se ha reconocido la satisfacción equitativa del daño moral por la privación de este último derecho. Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de mayo de 1980 (TEDH 1980, 4) justifica la indemnización del daño moral por la duración suplementaria de la prisión que la violación del derecho al proceso debido provocó. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22 de junio de 1972 (TEDH 1972, 2) condenó a la indemnización del daño moral derivada de la grave injusticia y los perjuicios económicos que le supuso la prisión preventiva excesiva.

Por último, hay otro grupo de supuestos en los que el daño moral se reconoce únicamente por la vulneración de este derecho al proceso debido; se ha reconocido esta indemnización cuando no se ha garantizado la intervención en el proceso judicial a las partes [cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.ª), de 10 de enero de 2017 (TEDH 2017, 1)] o por las dilaciones indebidas en un proceso contencioso administrativo [cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.ª), de 20 de diciembre de 2016 (TEDH 2016, 107)].

De lo expuesto se deduce que, cuando los órganos judiciales actúan negligentemente en el ejercicio de su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, hay que distinguir dos esferas distintas[246]: la constitucional y la reparadora.

246. Sobre esta cuestión puede verse, GARCÍA GARCÍA, J. A. «Amparo constitucional frente a resoluciones judiciales que incurren en "error patente" sobre los hechos enjuiciados» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional,* n.º 11, 2001, p. 53.

La primera está orientada a reintegrar al justiciable, en su derecho a obtener la tutela judicial efectiva o al derecho al proceso debido, ya que, de estimarse los recursos, la Sentencia deberá restablecer al recurrente en la integridad de su derecho a través de la adopción de las medidas apropiadas para su conservación (cfr. artículos 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 46.5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). La segunda, en cambio, está destinada a reparar otros derechos e intereses particulares a través de los cauces previstos en la legislación ordinaria y, en su caso, a través de la responsabilidad patrimonial por normal o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

La principal diferencia en el tratamiento de la responsabilidad civil del abogado y la responsabilidad de los Jueces y Magistrados se deriva de la función que el ordenamiento jurídico les encomienda en el proceso. Los primeros intervienen por cumplimiento de un contrato de naturaleza civil o designación colegial, mientras que los segundos lo hacen en el ejercicio de una potestad del Estado. Si bien, puede apreciarse cierta similitud entre los daños que genera la negligencia de un letrado a su cliente y los que pueden ocasionar por un comportamiento culposo los órganos judiciales[247], los remedios que el ordenamiento jurídico articula para su reparación son distintos. Los daños que generan los profesionales de la Abogacía solamente pueden ser reparados por la vía civil –ya sea en un proceso civil o penal, como una responsabilidad civil *ex delicto*– mediante la determinación de una cuantía indemnizatoria que satisfaga los perjuicios irrogados, lo que viene por otra parte a confirmar, a mi juicio, que su actuación no es susceptible de generar una privación de derechos fundamentales. Por el contrario, los órganos judiciales como representantes del Poder Judicial pueden, bajo ciertos presupuestos, vulnerar el derecho fundamental a la «tutela judicial efectiva», lo que justifica que el ordenamiento jurídico articule, no sólo un mecanismo resarcitorio, sino también uno constitucional dirigido al restablecimiento del derecho vulnerado.

5.2.5. Recapitulación sobre la configuración del daño ocasionado por el abogado como privación del derecho a la tutela judicial efectiva

Las razones expuestas justifican que la calificación del perjuicio ocasionado por un abogado respecto a su cliente como un daño por «privación del

247. En contra de esta afirmación se encuentra OLIVA BLÁZQUEZ, F. «Responsabilidad Civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable» *op. cit.*, 2010, p. 43 critica la resolución del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 1) por considerar que la analogía que utiliza la Sentencia entre la responsabilidad civil del Abogado o Procurador con la de los Jueces y Magistrados no resulta afortunada porque considera que: *«cualquiera entiende que la negligencia del abogado o procurador puede impedir el ejercicio de un determinado derecho, cosa que en ningún caso ocurre cuando se ha accedido a la jurisdicción pero ésta no ha admitido la demanda o recurso interpuesto»*.

derecho a la tutela judicial efectiva» o, excepcionalmente del «derecho de acceso al recurso», resulte errónea.

La articulación del daño que genera un abogado como la privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no tiene encaje en las tradicionales categorías del «daño moral», porque el profesional no lesiona un derecho inherente a la persona, ni se trata de un perjuicio derivado de lesiones corporales, ni es un menoscabo vinculado al «*pretium doloris*».

La aceptación del daño generado por el abogado como una «privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» obliga a plantearse si un particular puede privar a otro de un derecho fundamental y, también, si el derecho previsto en el artículo 24 de la Constitución Española se garantiza frente a actuaciones de particulares o, por el contrario, sólo frente a los Poderes Públicos.

Los derechos fundamentales se garantizan frente a vulneraciones provenientes de otros particulares cuando se tratan de «derechos inherentes a la persona» porque el ordenamiento jurídico articula normas, fundamentalmente de Derecho Público (penales o sancionadoras administrativas) y, con carácter excepcional y complementario, de Derecho Privado (LO 1/1982) que vienen a reprobar esas conductas. Sin embargo, hay otros derechos como el derecho a la «tutela judicial efectiva» que, atendida la función que desarrolla como garantía para la protección de los restantes derechos fundamentales, se reconoce exclusivamente frente a los Poderes Públicos representados por los Jueces y Tribunales que, como integrantes del Poder Judicial, tienen la obligación de garantizar la tutela judicial efectiva de los justiciables.

Debe rechazarse que el ordenamiento jurídico atribuya a los abogados en el proceso un papel de «poder o servicio público» porque, con la comparación del fundamento y alcance de su responsabilidad y la que el ordenamiento jurídico articula para los Jueces y Magistrados, se llega a la conclusión de que ni desarrollan una función pública porque su intervención en el proceso no dimana del Estado, ni se prevén mecanismos constitucionales de restitución de derechos vulnerados, más allá de la obligación civil de reparar el daño causado.

La responsabilidad civil no desempeña con carácter general, una función de reintegración de derechos vulnerados, pues el ordenamiento jurídico constitucional ha establecido un sistema propio para desempeñar tal labor. La excepción que prevé nuestro ordenamiento jurídico a la anterior afirmación la constituye la LO 1/1982, que se articula como una norma dirigida a la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No obstante, esta Ley está prevista para la protección de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución Española, sin que sea posible una aplicación extensiva ni analógica a otros derechos

fundamentales. Además, se trata de una Ley que prevé como remedios para subsanar las posibles vulneraciones, no sólo la tutela resarcitoria (artículo 9.3 de la LO 1/1982) sino también otra serie de medidas dirigidas a restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir e impedir ulteriores intromisiones en ellos (artículo 9.2 de la LO 1/1982).

Las consideraciones anteriores nos permiten concluir que, el tratamiento de la actuación profesional culposa del abogado debe quedar fuera del ámbito de los derechos fundamentales y que su eventual responsabilidad debe depurarse por la vía civil, sin vincularla con la conculcación de derecho fundamental previsto en el artículo 24 de la Constitución Española. Por *ende*, debe rechazarse la línea jurisprudencial y doctrinal que califica como daño moral por «privación del derecho a la tutela judicial efectiva» los daños generados por los abogados que impiden a sus clientes el acceso a los órganos judiciales. La explicación es que el profesional de la Abogacía que desatiende las obligaciones de su profesión genera un incumplimiento de naturaleza contractual que es ajeno a la esfera constitucional de los derechos fundamentales porque, al carecer de la consideración de Poder Público, no tiene capacidad para privar a sus clientes del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

5.3. EL PRETIUM DOLORIS COMO ÚNICO DAÑO MORAL QUE PUEDE GENERAR EL LETRADO

En la exposición que se ha efectuado ha quedado patente que considero que el reconocimiento que debe hacerse del daño moral tiene que ser restrictivo porque, de otro modo, se está provocando una ampliación excesiva de esta institución que distorsiona su contenido esencial, al dotar de tutela resarcitoria prácticamente a cualquier tipo de menoscabo o molestia provocada en los bienes de la persona.

En el ámbito de la responsabilidad civil del abogado, los órganos judiciales han reconocido hasta tres tipos de daños morales: el daño moral por pérdida de oportunidad procesal, el daño moral por «privación del derecho a la tutela judicial efectiva» y el daño moral por afectación psíquica del cliente. A mi juicio, en el ámbito de la responsabilidad civil de estos profesionales, solo debe ser indemnizado, este último. El motivo radica en que es la única categoría que encaja sin artificios en el contenido del daño moral y ello porque, fundamentalmente, el bien o el derecho a la tutela judicial efectiva no constituyen en sí un valor vinculado a la persona que deba ser objeto de protección específica[248].

248. Para LINACERO DE LA FUENTE, M. «Concepto y límites del daño moral…» *op. cit.* 2013, p. 1586 y 1587 la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva podría constituir un daño moral. Sin realizar un reconocimiento explícito a favor de la consideración como daño moral, GÓMEZ POMAR, F. «Pleitos tengas: pérdida de un litigio…» *op. cit.* 2003, p. 6 mantiene que «*la posibilidad de hacer valer derechos e intereses ante los*

La tutela resarcitoria del daño moral por *pretium doloris* debe tener un carácter complementario dentro de la reclamación por mala *praxis* contra el profesional porque, el menoscabo que sufre el cliente por la actuación culposa del abogado, no se identifica con el padecimiento psicológico sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual, pero sí es una partida que, de concurrir en el caso concreto, debe ser resarcida[249]. En esta línea, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, se han reconocido daños morales cuando la actuación culposa del abogado ha podido generar una incertidumbre económica en el cliente bien por el retraso en el ejercicio de acciones [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 4 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 18363)] o porque el letrado frustró una vía procesal con la que otros perjudicados habían obtenido la indemnización de sus daños [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3761)]. También se han resarcido los daños morales derivados de la frustración personal por la imposibilidad de obtener una resolución judicial sobre el fondo del asunto [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.ª) de 13 enero del 2000 (AC 2000, 154)] o, por la imposibilidad de acusar a quien atentó gravemente contra el cliente [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 9 marzo de 2011 (RJ 2011, 4250)].

Los daños morales derivados del *pretium doloris* por incumplimiento contractual deben ser admitidos, aunque con carácter limitado porque para su resarcimiento es necesario que el incumplimiento tenga cierta entidad. A renglón seguido, surge la necesidad de delimitar aquellos daños morales que justifiquen la intervención de una tutela jurídica de aquellas otras incomodidades o molestias que deban tenerse como jurídicamente irrelevantes[250]. En este ámbito no hay una norma que paute los criterios para la valoración

Tribunales, y solicitar su tutela y protección, es algo que los ciudadanos valoran de por sí, con independencia de los intereses o derechos concretos que se hagan valer, y su apreciación subjetiva de la posibilidad de victoria en juicio. Y casi seguro la mayoría de los humanos asignamos un valor positivo en términos de utilidad a vencer públicamente sobre quienes percibimos como nuestros adversarios (la contraparte procesal)».

249. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372) reconoce que en el ámbito de la responsabilidad civil de los letrados, su actuación comprende no sólo los daños materiales, en su doble modalidad, sino también los morales, siempre que todos ellos se prueben. En este sentido, la resolución afirma que «*ha de tenerse en cuenta que los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga, todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil), sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos), aparezcan debidamente probados*».

250. En este sentido, LINACERO DE LA FUENTE, M. «Concepto y límites del daño moral…» *op. cit.* 2013, p. 1578 quien además reconoce que «*el elenco de sufrimiento que la vida puede producir es obviamente infimito y no todos ellos merecen tutela porque la vida arrastra un inevitable componente de infelicidad y de dolores, más o menos intensos, del alma, de modo que tutelar todas las aflicciones y disgustos haría imposible el intercambio de bienes y servicios y el tráfico mismo*».

de los daños morales, por lo que dependerá del arbitrio judicial la delimitación de qué padecimientos o sufrimientos tienen entidad suficiente para que sean merecedores de la tutela resarcitoria[251]. No obstante, como se trata de un menoscabo producido en el ámbito de una relación contractual, para que surja la obligación de responder de estos daños tienen que ser previsibles y consecuencia necesaria de su incumplimiento (*ex* artículo 1107 del Código Civil). Además, para la valoración de estos daños, aunque carecen de rango normativo, se pueden traer a colación los criterios pautados por los *Principles of European Tort Law* (artículo 10:301) que para la valoración del daño no patrimonial consideran que debe tenerse en cuenta, las circunstancias del caso, la gravedad, duración y consecuencias del perjuicio materializado.

251. LINACERO DE LA FUENTE, M. «Concepto y límites del daño moral…» *op. cit.* 2013, p. 1578 considera que el arbitrio judicial «*estará vinculado y subordinado a la realidad social imperante en cada momento, y ello permitirá la evolución del instituto y su adaptación a las siempre cambiantes circunstancias sociales y dentro de éstas, naturalmente, han de tener cabida y permeabilidad, no sólo las necesidades y conveniencias del tráfico sino también la propia evolución de las ideas […]*».

Capítulo VI

La relación de causalidad en la responsabilidad civil

En este *Capítulo* vamos a abordar las cuestiones generales que plantea el nexo causal: las principales teorías que se han utilizado para su determinación, el uso de ciertos mecanismos tendentes al reconocimiento de este presupuesto y la concurrencia de otros factores que pueden tener incidencia en la apreciación de una relación de causalidad entre el comportamiento del responsable y el daño. Esta exposición nos va a permitir concluir una idea que ya anticipábamos *ut supra*, la escasa atención que se le ha prestado a este presupuesto dentro de la responsabilidad civil de los abogados.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La relación de causalidad es junto con la culpa y el daño uno de los presupuestos de la responsabilidad civil cuya concurrencia es necesaria para que nazca la obligación jurídica de reparar el daño causado[1]. Esta obligación exige que el menoscabo causado pueda ser atribuido a la acción u omisión culpable de un agente; es decir, para que nazca la obligación de reparar es necesario que exista una relación de causa a efecto. La causalidad actúa, por tanto, como conector necesario entre la conducta y el perjuicio, pues «*el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso. Dicho, en otros términos, entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto*»[2].

---

1. A efectos ilustrativos, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1426) considera la relación de causalidad como un *«[…] requisito indispensable para que puedan ser imputados al agente las consecuencias del daño originado, e implica o supone que cada uno de los momentos que integran o constituyen las partes o aspectos de su actuación total, desde el hecho o acto inicial hasta la producción del resultado, aparezcan perfectamente enlazados a manera de eslabones de una cadena, de forma que el acto anterior condicione (por lo menos en cierto modo) al posterior hasta que llegue o se produzca el resultado final»*.
2. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Tratado de responsabilidad civil*, *op. cit.* 1993. p. 751.

La causa y la causalidad sirven para solventar dos tipos de problemas, el primero, es encontrar una justificación por la que el daño debe imputarse a una determinada persona, de modo que se le haga responsable de las consecuencias indemnizatorias y, por otro lado, en sentido inverso, se trata de relacionar el daño con la persona[3]. Por tanto, este presupuesto pretende identificar al autor, pero también, determinar los límites del daño indemnizable porque el agente únicamente responderá de aquéllos que resulten causalmente vinculados con su conducta.

La relación de causalidad es quizás el elemento que introduce en el sistema de la responsabilidad civil mayores dificultades[4] porque su evolución no ha sido unidireccional. Por un lado, han aparecido criterios tendentes a constreñir el nacimiento de la obligación de reparar, como los criterios de imputación objetiva, que posteriormente trataremos y, por otro lado, se han planteado fórmulas destinadas a facilitar la prueba de este presupuesto para garantizar

3. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: La responsabilidad civil extracontractual* Vol. V, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 357. En la misma línea, SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal op. cit.* 1993, p. 245 considera que actualmente se habla de causalidad en un doble sentido «*por un lado, la conducta del agente realiza el supuesto de hecho de la norma que sanciona la responsabilidad (causalidad como fundamento); por otro, el daño producido ha de ser precisamente una consecuencia de la infracción prevista en dicho supuesto (causalidad como complemento)*» y PREVOT, J. M. «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil» en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, 2010, p. 146 mantiene que «*la causalidad cumple en el Derecho de la Responsabilidad Civil dos funciones: 1) una relativa a la imputación del hecho dañoso a su autor o, si se prefiere, tendiente a la individualización de su responsable, denominada […] "causalidad material" 2) otra, consistente en determinar el contenido de la obligación resarcitoria, conocida como "causalidad jurídica"*».

4. A este respecto, YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad civil: contractual y extracontractual op. cit.* 1993, p. 232; MOLINA SANDOVAL, C. A. «Relación de causalidad» en *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación,* n.º 2, 2019, p. 15, ROCA TRIAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. *Derecho de daños…* op. cit. 2011, p. 171 mantienen que «*la causalidad es una de las cuestiones más difíciles de determinar, puesto que, en muchas ocasiones, en la producción del resultado no concurre un único acontecimiento, si una sola persona*». Por su parte, REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor» en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. *Tratado de responsabilidad civil,* Vol. I, 2014, p. 769 consideran que «*en los sistemas de responsabilidad por culpa, la causalidad sigue siendo uno de los problemas más controvertidos y de más fácil delimitación, debido fundamentalmente a la imbricación entre la imputación causal y la imputación subjetiva*».

   Sobre la complejidad que plantea la acreditación del nexo causal ha declarado LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria: culpa y causalidad,* Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 351 que «*de ordinario, es sencillo acreditar el daño o, según los casos, presumirlo, más no sucede lo mismo con la culpa ni, como veremos con la relación de causalidad. A ello se suma, las más de las veces, una aplicación rígida de las normas procesales sobre carga probatoria que, unido a la asimetría de la información entre las partes, dificulta –cuando no le impide– a la parte demandante la obtención de cualquier tipo de reparación por la falta de prueba de los requisitos de la responsabilidad civil*».

el principio *favor victimae* como las presunciones judiciales de causalidad o la paulatina ampliación en nuestro ordenamiento jurídico de los regímenes de responsabilidad objetiva que han simplificado bastante el problema causal[5].

Este presupuesto de la responsabilidad plantea sus principales problemas cuando en la exteriorización del evento dañoso han podido tener relevancia causal otros factores ajenos a la actuación del propio agente, como sucede, por ejemplo, con los letrados o con los médicos pues el resultado de su actividad se verá condicionado, entre otros factores, por la viabilidad de la acción que pretenda ejercer el cliente o por la situación médica que presente el paciente. En contraposición, en los supuestos en los que el evento dañoso únicamente obedece a una causa, la labor del órgano judicial se limita a constatar si la actuación del responsable es idónea para la producción del daño manifestado y si el agente debe responder de éste.

En este apartado comenzaremos exponiendo las cuestiones básicas sobre este presupuesto de la responsabilidad para, posteriormente, adentrarnos en la exposición de las teorías causales que han tenido un mayor predicamento entre nuestra doctrina y en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

1.1. LA CAUSALIDAD MATERIAL Y LA IMPUTACIÓN CAUSAL O CAUSALIDAD JURÍDICA

El plano de la causalidad es puramente fáctico, es una cuestión de hecho que debe constatar el órgano judicial. Sin embargo, en su valoración es necesario distinguir, por un lado, las condiciones que desde el punto de vista natural o científico pueden explicar la provocación del daño y que constituyen, por tanto, las causas del mismo (causalidad material), de otros criterios de naturaleza jurídica que permiten realizar una preselección de las posibles causas del daño a efectos de delimitar la obligación de resarcir los perjuicios causados (imputación causal o causalidad jurídica)[6].

La causalidad material o física concurre cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos como si no hubiera mediado la actuación negligente del agente dañoso, se constata que la víctima no hubiera sufrido el hecho dañoso. Se considera pues, causa material, a «*aquel factor o condición que puede considerarse indefectible porque, en su ausencia, la víctima habría dejado de padecer el menoscabo*»[7]. Esta causalidad material o física, tiene en consideración

5. REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.,* 2014, p. 769.
6. A este respecto reconoce LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria… op. cit.* 2004, p. 354 como la causalidad entendida como la relación causa-efecto *«constituye un criterio de imputación de daños demasiado amplio, pues generalmente son muchos los eventos que confluyen y sin cuya presencia no se hubiera producido el daño, de modo tal que, teóricamente, las consecuencias de un acto se extienden hasta el infinito».*
7. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Tratado de responsabilidad civil op. cit.* 1993, p. 752.

todas las causas que, naturalmente, inciden en la responsabilidad sin ningún tipo de exclusión.

La constatación de que un hecho resulte causa material del daño no supone *per se*, que su autor tenga que convertirse en deudor de la obligación de reparar el daño porque la causalidad material no resulta idónea para determinar su alcance. Por ese motivo, se ha articulado la «causalidad jurídica» como un método limitativo de las causas materiales, que busca identificar aquellas fuentes objetivas del acontecer causal. Por ese motivo, la «causalidad jurídica» es susceptible de modificar o excluir la imputación jurídica de un acontecimiento a su autor y, por tanto, sirve para acotar la extensión del resarcimiento del daño o, en general, de la responsabilidad[8].

La teoría de la imputación objetiva realiza un análisis causal que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado[9]. Este análisis que se realiza en el seno del nexo causal no debe confundirse con la imputación subjetiva del perjuicio al agente dañoso que debe ser valorado conforme al criterio de la culpa o al criterio objetivo del riesgo.

El correcto examen de la relación de causalidad como acertadamente apunta CAVANILLAS MÚGICA «*[…] exige, partir de una distinción de planos. En un primer término se encuentra el problema, fáctico, de la prueba de la causalidad. ¿Es, determinada acción, causa, condición necesaria, sine qua non, del evento dañoso? En un segundo y diferenciado lugar, se presenta la cuestión, netamente jurídica, de la selección de causas jurídicamente relevantes. De entre todas las causas, ¿debe descartarse alguna, por remota, inadecuada, parcial, etc.?*»[10].

8. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 196. En este sentido, CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones op. cit.* 1989, p. 270 afirma que «*la causalidad jurídica no es tanto el señalamiento de que un daño se ha producido en virtud de un hecho humano cuanto, que el mismo se ha ocasionado por un hecho del hombre que jurídicamente pueda reputarse como suyo, esto es, en razón de que opera la imputabilidad*». En idénticos términos, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M. «Imputabilidad y responsabilidad objetiva» en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, 1968, pp. 592 y 593 mantiene que «*que la tendencia que considera "clásica" considera que para poder operar la "atribución" de los efectos a su causa eficiente, ha de partirse de una capacidad aptitud o facultad en el agente, que permita operar dicha "atribución", lo que a su vez requiere: a) en el actuar del agente, voluntariedad, consciencia y libertad b) en el acto realizado, la posibilidad de que pueda ser atribuido a alguien*».
9. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de julio de 2010 (RJ 2010, 6049).
10. CAVANILLAS MÚGICA, S. «Responsabilidad civil; relación de causalidad» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 17, 1988, p. 383. También en sentido similar, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, pp. 331 y 332 ha mantenido como «*la pregunta es quién debe indemnizar, pero también hasta dónde el autor de una de las sucesivas condiciones o daños tiene que indemnizar los subsiguientes. De esta manera, además de dar respuesta a un problema de imputación, el debate en torno a la causalidad es un debate sobre los límites del deber de indemnizar*».

Esta distinción entre causalidad material y causalidad jurídica ha sido también admitida por nuestros órganos judiciales. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 13 de enero de 2015 (RJ 2012, 3518) reconoce que *«para imputar a una persona un resultado dañoso (esto es, para determinar si una determinada acción u omisión imprudente es susceptible de haberlo causado) no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica»*[11].

1.2. ¿ES POSIBLE EL RECONOCIMIENTO DEL NEXO CAUSAL EN LAS OMISIONES?

La necesidad de abordar esta cuestión radica en que buena parte de las reclamaciones contra los profesionales de la abogacía responden a un acto profesional omisivo, vinculado, con carácter general, a la actividad jurisdiccional[12] –esto es, a la no interposición de la demanda o del recurso en el plazo preclusivo señalado por la Ley–. Por ese motivo, debe plantearse si efectivamente, puede articularse un nexo causal entre la omisión del profesional y el daño causado al cliente.

La razón es que en la omisión no puede apreciarse una relación de causalidad material y tiene que articularse de manera hipotética con las consiguientes dificultades de prueba, *(¿qué habría sucedido si el demandado hubiera actuado?).* Esto es así porque mientras que la acción provoca siempre la causación de efectos, la omisión se identifica con su ausencia, por tanto, la causalidad y la

11. A este respecto, SEOANE SPIEGELBERG, J. L. «La responsabilidad civil tras 130 años de vigencia del Código Civil» en *Diario La Ley,* n.º 9537, 2019, ha destacado como una de las evoluciones de la responsabilidad civil, la adopción por parte del Tribunal Supremo en el ámbito de la relación de causalidad la adopción de «*la doctrina de la imputación objetiva, exigiendo la doble causalidad: la física, natural o empírica, dependiente de la actividad probatoria desplegada en el proceso, determinada por el experimento intelectual de la apreciación de si la conducta enjuiciada conformaba una "conditio sine qua non" en la génesis del daños, según los principios del derecho europeo de la responsabilidad civil; o de acuerdo con la doctrina del "but for test" del derecho anglosajón ("de no haber sido por"), que actúa como presupuesto de una necesaria y adicional causalidad jurídica, operando esta última mediante la selección de causas jurídicamente relevantes para la atribución de un hecho a una conducta humana, manejando criterios tales como el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo, la conducta alternativa conforme a derecho, la prohibición de regreso, la competencia de la víctima, la asunción voluntaria de riesgos, los riesgos generales de la vida entre otros, a través de los cuales se fueron resolviendo las sucesivas reclamaciones de responsabilidad civil*».
12. YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del abogado op. cit.* 2019, p. 32 reconoce que «*la presentación extemporánea de un documento constituye el núcleo en el que se da cita mayor número de reclamaciones de daños y perjuicio*». Este autor afirma que la causa de estos errores en ocasiones obedece al despiste o mala organización, pero también puede deberse a palmarios desconocimientos bien del plazo aplicable, de la interrupción de la prescripción, del dies a quo o hasta de las diferencias entre prescripción y caducidad.

omisión no encajan desde una óptica *naturalística*[13]. Sin embargo, no debe obviarse que, siempre que hacemos algo evitamos algo (lo que habría ocurrido si no hubiéramos hecho nada) y omitimos algo (lo que habríamos podido hacer, pero no hemos hecho)[14].

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 1902 del Código Civil, en sede de responsabilidad civil extracontractual sitúa en el mismo plano, como actuaciones que pueden generar la obligación jurídica de reparar el daño causado, las acciones y las omisiones. Estas últimas constituyen comportamientos de carácter negativo y consisten en no hacer una cosa o no desempeñar una determinada conducta[15]. También en el ámbito de la responsabilidad contractual *ex* artículo 1101 del Código Civil y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas según el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, aunque no hacen alusión expresa a las omisiones, las admite como comportamiento humano susceptible de generar una obligación de reparar el daño.

1.2.1. Las «omisiones de diligencia» y las «omisiones puras»

Entre las posibles omisiones en las que puede incurrir una persona resulta preciso diferenciar las que se han denominado como «omisiones de diligencia» y las «omisiones puras». Las primeras se producen cuando el agente dañoso omite la realización de una conducta diligente; son supuestos en los que la declaración de responsabilidad puede explicarse tanto en sentido positivo –una actividad realizada de forma descuidada o deficiente– como inversamente, a través de la figura de las omisiones puesto que, en última instancia, siempre podrá entenderse que el agente no actuó debidamente al llevar a cabo la conducta causante del perjuicio –no realizó las concretas actuaciones exigidas o no lo hizo de la forma correcta–[16]. En cambio, en las «omisiones puras», la actuación negativa y la falta de negligencia se encuentran indisolublemente unidas de tal forma que, en estos casos, se requiere que el agente incumpla un deber previo de actuación, para poder calificar la omisión como jurídicamente relevante[17].

13. LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria… op. cit.*, 2004, p. 391.
14. MOSTERÍN, J. *Racionalidad y acción humana*, Alianza Universidad, Madrid, 1987, p. 141. Este autor reconoce además, que «*el verbo "hacer" cubre en realidad un campo semántico bastante más amplio que el sustantivo "acción"*».
15. A este respecto, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 94 considera que «*no es necesario destacar la importancia que la generalización de las omisiones como posibles causas de daño ejerció en el universo de la responsabilidad civil extracontractual, que, sin duda recibió por este motivo una muy considerable dosis de ampliación*».
16. Cfr. ARCOS VIEIRA, M. L. *Responsabilidad Civil: Nexo causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión),* Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2005, p. 126.
17. Sobre esta cuestión, ARCOS VIEIRA, M. L. *Responsabilidad Civil: Nexo causal e Imputación Objetiva… op. cit.* 2005, pp. 131 y 132.

Las omisiones relevantes, a efectos del presupuesto de la relación de causalidad son, las «omisiones puras». La razón es que las «omisiones de diligencia» siempre pueden reconducirse mediante los esquemas generales aplicados a las acciones, de tal forma que hay algunas resoluciones judiciales que presentan como «omisiones» lo que es propiamente el incumplimiento del deber de diligencia[18].

El requerimiento de un deber jurídico previo de actuación, información, seguridad o custodia tiene como objetivo circunscribir la omisión como actuación susceptible de generar responsabilidad civil. El Profesor DÍEZ-PICAZO justifica esta limitación porque «*en los comportamientos positivos se separa nítidamente la acción causante del daño y la culpa que en ella puede existir. En las omisiones, el comportamiento negativo debe ser entendido al mismo tiempo como causa y como negligencia*»[19]. Por tanto, la exigencia de que concurra un deber previo de actuación impide que cualquier comportamiento omisivo produzca la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados.

En el tratamiento de las omisiones se ha tenido especialmente en consideración la articulación que de ellas hace el Código Penal en su artículo 11. En el Derecho Penal las acciones se equiparán a las omisiones, siempre que exista una obligación específica legal o contractual de actuar o cuando el omitente haya creado con su acción u omisión un riesgo para el bien jurídico protegido[20]. A este respecto, ARCOS VIEIRA apunta que en las omisiones puras o

18. A modo ejemplificativo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 29 de noviembre del 2002 (RJ 2002, 10404) reconoce que «*en la prestación del servicio por el médico se produjo una omisión (dejar la gasa en la zona operada) "de cuya culpabilidad no cabe duda", por la razón de que "no aparece probada la relación de causalidad" entre tal omisión y el resultado dañoso*». Sobre esta resolución, ARCOS VIEIRA, M. L. *Responsabilidad Civil: Nexo causal e Imputación Objetiva… op. cit.* 2005, p. 127 critica la configuración como omisión de este supuesto al afirmar que «*lo que se produce en tal caso es una actividad defectuosamente prestada, o una negligencia en la realización de la intervención quirúrgica; en cualquier caso, un olvido o un descuido, pero acaso es excesivo –e innecesario– calificarlo como omisión (¿de la debida extracción de la gasa?)*».

19. DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 288.

20. A este respecto, el artículo 10 del Código Penal prevé que la comisión de un delito puede derivarse no sólo de la «acción» sino también, de la «omisión». Dentro de los delitos derivados de la «omisión» pueden advertirse dos modalidades, los delitos por «omisión pura» que se basan en la no realización de una mera actividad de los que se denominan delitos de «comisión por omisión», siendo éstos últimos, especialmente relevantes a los efectos de este estudio porque requieren la atribución a los sujetos activos de una posición de garante [sobre el tipo penal en la omisión, puede verse, MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008, pp. 309 y ss.].

    En concreto, sobre el artículo 11 del Código Penal y la exigencia de un deber jurídico de actuar, CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. «Comentario al artículo 11 del Código Penal» en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (directores) *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 54 consideran que este precepto se basa en la denominada «teoría de las fuentes formales de la posición de garante» porque «*no bastará, para ello, la infracción de cualquier deber*

simples resulta necesaria la existencia de un deber de actuar previo, para que pueda declararse la obligación de indemnizar, porque «*la omisión, a diferencia de la acción, carece de virtualidad para producir efecto alguno en el plano puramente natural, de no ser por la incorporación de aquél presupuesto –el incumplimiento de un deber preexistente–, resultaría obligado concluir que la simple inactividad –de cada uno– carece de las mínimas connotaciones que pudieran explicar su vinculación con un perjuicio, de cualquier otro*»[21]. Por ese motivo, para admitir el nexo causal en la omisión, SANTOS BRIZ exige la concurrencia de dos factores, por un lado, que con verosimilitud rayana a la certeza se hubiera evitado el daño de haberse realizado la acción omitida y, por otro lado, que para eludir el resultado dañoso hubiese un deber jurídico de obrar, de prevenir o de evitar un daño[22].

El incumplimiento de una obligación legal de obrar, de prevenir, o de evitar un daño permite acreditar la negligencia del agente dañoso pero también el presupuesto del nexo causal siempre que la obligación legal incumplida tenga como objetivo evitar el daño concreto que se ha materializado. En estas omisiones puede advertirse como los contornos de la causalidad se difuminan al ubicarse en un terreno más cercano a la culpa que a la relación de causalidad[23].

1.2.2. El tratamiento del nexo causal en las omisiones

El órgano judicial cuando valora el nexo causal en las acciones debe determinar las causas materiales que producen el menoscabo, posteriormente,

---

jurídico de actuar derivado de la ley, de un contrato o de un actuar precedente, si materialmente no equivale a causar el resultado». En el apartado a) del artículo 11 del Código Penal se prevén como fuentes de la posición de garante el contrato y la ley y en el apartado b) se menciona como origen de la posición de garantía la injerencia o actuar precedente, la creación de un riesgo para el bien jurídico.

21. ARCOS VIEIRA, M. L. *Responsabilidad Civil: Nexo causal e Imputación Objetiva… op. cit.* 2005, p. 128. Por su parte, KUBICA, M. L. *El riesgo y la responsabilidad objetiva,* tesis doctoral dirigida por MARTÍN CASALS, M., Universitat de Girona, 2015, pp. 358 y 359 distingue dos grupos distintos de deberes jurídicos de actuar que permitirían que la omisión de la actuación del agente, constituyera una omisión jurídicamente relevante. Los primeros son los que coadyuvan a la potencial víctima cuidarse a sí misma/o, como, por ejemplo, deberes de información y señalización que alertan de situaciones de peligro particular, que prohíben determinadas conductas o imponen uso de determinadas herramientas. Los segundos, tienen como propósito eliminar la fuente del riesgo, como, por ejemplo, el deber de instalar una barandilla en la escalera.
22. SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal op. cit.* 1993, p. 256. A este respecto también, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 290 ha declarado que «*aunque nuestro Código civil no lo diga de un modo especialmente claro, […] la omisión sólo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o negocial de obrar, aunque con independencia en materia civil de que se ocupe o no la denominada posición de garante*».
23. Cfr. LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria… op. cit.* 2004, p. 397.

realizar la imputación causal y, en último término, efectuar un juicio de imputación subjetiva. Cuando se trata de omisiones la principal especialidad es que no pueden distinguirse entre problemas causales y problemas de imputación porque, con carácter general, las omisiones comenzarán a examinarse en la fase de imputación objetiva, en tanto que, las omisiones por su propia naturaleza, son improductivas. La prueba de la causalidad en estos casos requiere que se acredite la existencia del daño y una conexión de condiciones entre éste y la omisión; no se obliga, por el contrario, a la víctima a probar el curso hipotético de los acontecimientos.

Por otro lado, el tratamiento de la omisión en la responsabilidad civil plantea el problema de si funciona como una suerte de responsabilidad objetiva, porque la constatación del incumplimiento de un deber previo motiva el reconocimiento inmediato de la obligación de resarcimiento del daño provocado. La respuesta debe ser negativa, puesto que, con carácter general, las omisiones funcionarán en el ámbito de la responsabilidad subjetiva. Así, en las «omisiones puras» la responsabilidad mantendrá este carácter subjetivo, porque el mero incumplimiento de un deber de actuar no justifica el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino que debe analizarse si es posible imputar el incumplimiento de este deber al agente dañoso. Por otro lado, en las «omisiones de diligencia», la responsabilidad también será subjetiva porque la infracción del deber de diligencia comporta la negligencia del demandado. No obstante, no debe desconocerse que, en ciertos casos, la relación entre la omisión y el daño se solapan cuando la comparación se hace con el deber legalmente previsto, de modo que esto provoca, por un lado, la elevación del nivel de diligencia exigible representado en el necesario para impedir el daño y, por otro lado, comporta la relajación del factor causal[24].

La actuación omisiva y culposa del agente dañoso provoca, además, la inadecuación en estos casos de la teoría de la *condicio sine qua non*. En primer lugar, porque las omisiones, por principio, no pueden provocar ningún efecto; además, la responsabilidad por omisión debe fundarse en la previa posibilidad de haber evitado el daño con la acción, de modo que es fácil caer en el error de valorar esa omisión conforme a la actuación que hubiera sido precisa para evitar el daño y, por último, porque debe probarse que, en relación a las omisiones, tiene que haber certeza sobre sus consecuencias. Es decir, la relación de causalidad se fundamenta en que la conducta hubiera evitado el resultado.

Las consideraciones anteriores nos permiten afirmar que la omisión del letrado por no incoar un procedimiento judicial dejando prescribir o caducar la acción o de no evacuar un trámite procesal perentorio son causas que justifican el reconocimiento del nexo causal entre su omisión y el daño. Las Leyes rituarias y sustantivas imponen normativamente unas condiciones y

24. En este sentido, ARCOS VIEIRA, M. L. *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva… op. cit.* 2005, pp. 134 a 136.

unos plazos para el ejercicio de los derechos y cuando el cliente encomienda la defensa de sus intereses al profesional, éste asume un deber de adecuar su actuación a los requisitos y plazos establecidos por la norma, por lo que su omisión negligente justifica el nacimiento de la obligación de reparar los daños vinculados a la frustración de la expectativa de derechos sufrida por el prestatario del servicio.

1.3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Los sistemas de responsabilidad objetivos permiten imputar a un sujeto la obligación jurídica de indemnizar los daños causados a otros, sin necesidad de entrar a valorar si concurre culpa o negligencia su actuación. La determinación de estos sistemas de responsabilidad objetiva corresponde al legislador a través de una norma con rango de ley –*cfr. artículos 1905 y ss., del Código Civil y los reconocidos en leyes especiales*–.

Entre las leyes especiales que reconocen un sistema de responsabilidad objetiva está el TRLGDCU. En concreto, se establece un régimen de responsabilidad por productos defectuosos (artículos 137 y ss. del TRLGDCU) y respecto a los servicios, en los artículos 148 y 149 del TRLGDCU. En el análisis que se ha efectuado previamente, se ha rechazado la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva de los artículos 148 y 149 del TRLGDCU a los servicios jurídicos. Sin embargo, aunque no tenga incidencia en el objeto de nuestro estudio, se va a indicar sucintamente las especialidades que presenta el nexo causal en los regímenes objetivos de responsabilidad civil.

El nexo de causalidad tiene un distinto ámbito de actuación según nos encontremos en el ámbito de la responsabilidad subjetiva u objetiva[25]. En la primera, como se ha señalado, conlleva el estudio de si la actuación negligente es causa del perjuicio materializado, esto es, si entre el comportamiento del agente y el evento dañoso existe una relación causa-efecto. En contraposición, en los regímenes de responsabilidad objetiva, el presupuesto del nexo causal no desaparece, lo que ocurre es que, como se ha expuesto anteriormente, se simplifica considerablemente porque se valora si el evento dañoso tuvo como antecedente causal la conducta o actividad del sujeto. De

25. Como afirma REGLERO CAMPOS, L. F. Y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.,* 2014, p. 817 en relación con el distinto tratamiento que tiene el nexo causal en la responsabilidad objetiva y subjetiva «*unos mismos hechos pueden ser objeto de un diferente tratamiento causal cuando los daños superen aquellos límites y sean imputables al dañante por aplicación de los criterios estrictamente objetivos de la norma especial. Puede suceder así que el sistema subjetivo niegue la relación de causalidad entre la actuación del agente y el resultado dañoso mientras que para el sistema objetivo tal nexo exista. Pero esto, […] es la particularidad que se deriva de la coexistencia de un sistema basado en la culpa y cuyos límites indemnizatorios son teóricamente ilimitados, con otros de naturaleza objetiva, sometidos a límites cuantitativos*».

tal forma que la constatación de la actividad permite imputar al responsable la obligación jurídica de reparar el perjuicio causado; es decir, se valora únicamente la relación de causalidad entre una situación reconocida legalmente y el evento dañoso.

En el ámbito de la responsabilidad objetiva, se constata así, una prevalencia del nexo causal frente a la culpa como elemento para atribuir la obligación jurídica de resarcimiento, porque lo relevante a efectos de la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva es que la consecuencia perjudicial esté estrechamente vinculada con la actividad del agente dañoso[26]. Pues la responsabilidad objetiva explica la razón jurídica por la que una persona debe responder del daño ocasionado, y el nexo causal determina la razón material por la que se vincula la conducta y el daño[27].

El reconocimiento de la relación de causalidad en los sistemas de responsabilidad objetiva requiere, según REGLERO CAMPOS la concurrencia en el supuesto de dos presupuestos: «*a) que el hecho dañoso se haya verificado dentro del ámbito de aplicación de la ley especial que instituyen un sistema objetivo de responsabilidad […] b) que exista una relación de causalidad material entre el daño cuya reparación se reclama y la actividad de la persona de quien se reclama*»[28].

En estos sistemas de responsabilidad objetiva la obligación jurídica de indemnizar nace con carácter general, salvo que se acredite la actuación de la víctima o un supuesto de fuerza mayor o, la concurrencia de alguna otra causa de exoneración que prevea la Ley, como las contenidas en el artículo 140 del TRLGDCU[29].

---

26. DE CUEVILLAS MATOZZI, I. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 353 y 371. Además, este autor apunta que *«[…] para el logro del resarcimiento se puede prescindir del elemento de imputabilidad jurídica: culpa o dolo, pero resulta imprescindible la demostración de la relación fáctica entre la actividad y el daño. Este es el acento que pone la ley para ir distinguiendo los supuestos de responsabilidad objetiva de la subjetiva*». [La cita pertenece a la p. 353].
27. MOLINA SANDOVAL, C. A. «Relación de causalidad» *op. cit.* 2019, p. 23.
28. REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.,* 2014, pp. 815 y 816.
29. Con carácter general las normas que regulan un régimen de responsabilidad objetiva establecen dos causas de exoneración, fundamentalmente: la culpa de la víctima y la fuerza mayor. A este respecto, el artículo 1905 del Código Civil en el último inciso hace referencia a la fuerza mayor y a la culpa del que hubiese sufrido el daño. Estas mismas causas de exoneración también se admiten respecto a la responsabilidad objetiva del propietario (artículos 1908 y 1910 del Código Civil).

    Dentro de las leyes sectoriales que adoptan este régimen de responsabilidad objetivo, el artículo 33.5 de la Ley de Caza también reconoce la fuerza mayor –para la determinación del concepto de fuerza mayor en este ámbito debe atenderse al artículo 35.6 a) del Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 (en adelante, Reglamento de caza)– y la actuación de la víctima como causas de exoneración. Por su parte, en la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos

2. LAS PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La cuestión relativa a cuándo una conducta es causa del resultado o, lo que es lo mismo, cuándo existe relación de causalidad entre una conducta y un resultado, ha permitido afirmar que «*il peut paraîte surprenant que la possibilité et l´utilité d´une definition juridique de la causalité ait été parfois mise en doute. Et pourtant il faut bien constater qu´une fraction importante de la doctine prône, en la matière, une attitude purement pragmatique tandis que certains proposent de remplacer la notion de causalité, trop difficile à définir, par un concept différent*»[30]. Sin embargo, se han articulado un importante número de teorías destinadas a dar respuesta a este aspecto no sólo desde el ámbito civil sino fundamentalmente, desde el Derecho penal[31].

Este apartado se circunscribirá a la exposición de las principales teorías que han revestido un cierto reconocimiento doctrinal y jurisprudencial en el Derecho civil español. Con carácter general, las teorías que se han desarrollado sobre la relación de causalidad pueden englobarse en dos grupos: las *teorías generalizadoras*, que consideran que cada una de las condiciones es causa del daño, de modo que sin alguna de ellas no se hubiera ocasionado el menoscabo; y las *teorías individualizadoras,* que defienden que no toda condición del resultado es causa del mismo, sino que para que tenga la consideración de condición es necesario que tenga una mayor eficacia causal que el resto de las que se presentan como posibles[32].

2.1. LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

La teoría de la equivalencia de las condiciones se encuadra como una teoría generalizadora porque no permite distinguir entre causa y condición. Esta teoría fue forjada fundamentalmente en la rama del Derecho penal y se atribuye a Maximilian VON BURI en su trabajo *Über Causalität und deren Verantwortung*. El pensamiento de este autor parte de la consideración de que toda condición del resultado es igualmente causa del mismo, de modo que se produce una «equivalencia de las condiciones», es decir, «*cada condición crea la causalidad de las otras y el conjunto de todas ellas determina el evento causa causae est causa causati*»[33].

---

por materiales radiactivos (en adelante, Ley 12/2011), los artículos 6.2 y 6.3 también exoneran de responsabilidad al explotador de la instalación nuclear cuando intervenga la actuación de la víctima o fuerza mayor en los términos señalados en ambos preceptos.

30. VINEY G. *Les obligations. La responsabilité: conditions*, LGDJ, Paris, 1982, p. 407.
31. Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte general op. cit.* 2008, p. 238.
32. Hace referencia a esta distinción DE CUEVILLAS MATOZZI, I. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños op. cit.*, 2000, p. 80. En la doctrina penalista española, alude también a esta diferenciación CEREZO MIR, J. *Teoría Jurídica del Delito*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1998, p. 60 o MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte general op. cit.* 2008, p. 246.
33. DE CUEVILLAS MATOZZI, I. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños op. cit.* 2000, pp. 81 y 82. Al respecto, en el ámbito del Derecho penal, la Sala 2.ª, del Tribunal Supremo ha reconocido la teoría de la equivalencia de las condiciones con la

A renglón seguido, se plantea cuándo debe considerarse que una conducta ha sido condición del resultado. Para resolver esta cuestión, se acude a la fórmula de la «*conditio sine qua non*» (en adelante, *conditio sqn*)[34]. El operador jurídico considerará que una conducta es causa del menoscabo dañoso cuando, suprimiendo hipotéticamente la conducta, el resultado no se materializaría. Esta teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido considerada como el método más seguro para la constatación o averiguación de la relación de causalidad[35].

Actualmente, la teoría de la equivalencia de las condiciones es rechazada entre nuestra doctrina, por los motivos que, a continuación, paso a exponer:

a) El uso de esta teoría de la equivalencia de las condiciones supondría una importante extensión de la responsabilidad, porque considera causales muchas conductas para las que no es posible la imputación del resultado[36] y también porque permite la imputación no sólo las consecuencias directas, sino también de las sobrevenidas, remotas o desproporcionadas que se presenten como vinculadas a los actos desempeñados por el agente dañoso[37].

   Esta teoría no da respuesta a los supuestos en los que en el evento dañoso interviene la conducta dolosa o imprudente de la víctima o de

---

siguiente expresión «*el que es causa de la causa es causa del mal causado*» [cfr. por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5152) y de 6 de junio de 1994 (RJ 1994, 4530)].

34. Esta fórmula es definida en el art. 3:101 de los *Principles of European Tort Law* del siguiente modo «*an activity or conduct (hereafter activity) is causa of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred*».

35. Cfr. CEREZO MIR, J. *Teoría Jurídica del Delito op. cit.* 1998, p. 52.

36. Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F. «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación» en *Centenario del Código Civil,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1565. En esta línea DE COSSÍO, A. «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español» en *Anuario de Derecho Civil,* n.º 3, 1966, p. 531 había mantenido que «*no todos los elementos que condicionan la producción del resultado pueden ser considerados jurídicamente como causas del mismo; ni siquiera en un plano meramente físico parece correcta tal conclusión, y así no han faltado autores que han distinguido entre la "causa eficiente" –esto es la condición más eficaz, la fuerza o el ser humano capaces de producir por sí un determinado evento–; la "condición" –aquello que permite a la causa actuar, bien secundándola, bien removiendo los obstáculos que se oponen a tal movimiento– y la "ocasión" que es la coincidencia o combinación de circunstancias más o menos favorable al juego de la acción*». También, MOLINA SANDOVAL, C. A. «Relación de causalidad» *op. cit.* 2019, p. 18.

   Entre la doctrina penalista, MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte general op. cit.* 2008, p. 245 reconoce que los efectos extensivos derivados de la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones pueden delimitarse mediante la exigencia del dolo o imprudencia (imputación subjetiva), en la actuación del agente dañoso.

37. DE ÁNGEL YÁGUEZ, R. *Tratado de responsabilidad civil op. cit.* 1993, p. 754 considera que este criterio resulta a todas luces excesivo porque «*su estricta aplicación conduce a conclusiones que la razón rechaza, pues con él se hace responsable a la persona de todas las consecuencias –aun remotas y desproporcionadas– que resulten de sus actos*».

un tercero, o cuando la manifestación del daño resulta influida por las circunstancias subjetivas de la víctima. Este aspecto crítico de la teoría de la equivalencia de las condiciones ha resultado en ocasiones, corregido por parte del Tribunal Supremo al admitir la interrupción del curso causal en estos supuestos, por entender que el resultado dañoso no era consecuencia natural de la actuación del agente dañoso[38].

b) Esta teoría también se enfrenta a las limitaciones que presenta la fórmula de la *conditio sqn*. Esta fórmula sirve para valorar la vinculación entre la condición de la conducta y el resultado dañoso; sin embargo, no resulta idónea cuando se desconoce la virtualidad que en el menoscabo puede producir la condición examinada –piénsese en los casos de riesgos en el desarrollo–. Además, tampoco resulta adecuada en los supuestos de «*cursos causales hipotéticos*», en los casos de «*causalidad cumulativa*» ni tampoco en los de «*causalidad adelantada*»[39].

Los motivos anteriores han justificado que, actualmente, aunque la teoría de la equivalencia de las condiciones siga teniendo relevancia para la determinación de la «causalidad material», ésta debe ser limitada en su extensión, bien mediante la admisión de *teorías individualizadoras* destinadas a proporcionar relevancia jurídica a una única causa; bien mediante la exigencia no sólo de la relación causal, sino también, de la imputación objetiva[40].

2.2. LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA O TEORÍA DE LA CAUSA EFICIENTE

La teoría de la causalidad adecuada pertenece a las denominadas *teorías individualizadoras* del nexo causal porque surge para restringir el ámbito de aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones entre la actuación del agente dañoso y el menoscabo materializado. Esta teoría fue planteada por Johannes VON KRIES en su estudio *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung* y considera que únicamente existe relación de causalidad entre una actuación y un resultado dañoso cuando éste era previsible *ex ante*, teniendo

38. Cfr. CEREZO MIR, J. *Teoría Jurídica del Delito op. cit.* 1998, p. 59.
39. Sobre la incidencia que tienen estas causas respecto a la fórmula de la *conditio sqn* INFANTE RUIZ, F. J. *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y «causas hipotéticas»,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 143 y MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte general op. cit.* 2008, pp. 239 y ss. Los *Principles of European Tort Law* proponen una solución a los supuestos de «causalidades concurrentes» (art. 3:102), «causalidades alternativas» (art. 3:103) y «causalidades potenciales» (art. 3:104).
40. Al respecto, MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte general op. cit.* 2008, p. 246 mantiene que «*para restringir los resultados de la teoría de la equivalencia de las condiciones hay dos posibilidades: o bien rechazar el concepto de causa de la teoría de la condición y mantener otra concepción más restringida de la causalidad, o bien aceptar el concepto de causa de la teoría de la condición, pero considerando insuficiente la relación de causalidad para permitir la imputación objetiva del resultado*».

en cuenta todo el conocimiento experimental de la humanidad (saber nomológico) y las circunstancias del caso conocidas o cognoscibles por el sujeto (saber ontológico).

Esta teoría procura proporcionar una razonable combinación entre la aceptación de las concausas y una valoración de la idoneidad de ésas en la producción del daño. Es decir, exige la concurrencia de una condición desde el plano material o físico, pero además, esa condición debe ser adecuada para la producción del evento dañoso. Es decir, debe presentarse como adecuada para un espectador objetivo y prudente, en un momento *ex ante*. En contraposición, no serán causa del resultado esas otras condiciones que, según criterios de razonable previsibilidad o de verosimilitud estadística (juicio de probabilidad), aparecieran como improbables o que no resultaran idóneas para la producción del menoscabo materializado[41].

La teoría de la causalidad adecuada tiene en nuestra jurisprudencia un especial predicamento porque los órganos judiciales son conscientes de que con frecuencia, cualquier acaecimiento lesivo viene motivado por más de una causa, siendo la cuestión principal, la de determinar qué condición es la relevante en la producción del resultado[42].

En los últimos tiempos se ha valorado si esta teoría no debería tratarse como un criterio de imputación objetiva porque su finalidad es la de limitar la responsabilidad desde la efectiva causalidad[43]. El principal motivo es que

41. Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.* 2014, pp. 781 y 782. En esta línea, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Tratado de Responsabilidad Civil op. cit.* 1993, p. 754 destaca respecto a la teoría de la causalidad adecuada que «*el daño se tiene que asociar a aquel antecedente que, según el curso causal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. Todos los demás son periféricos y por tanto irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad*».

42. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 4 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4910) ha afirmado que «*cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda en su individualidad de un cierto poder causal, reduciéndose entonces el problema a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final*». Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 31 de marzo del 2010 (RJ 2010, 2539) considera que es necesario constatar que «[…] *concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose, por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente –causa– y una consecuencia –efecto–*».

    La teoría de la causalidad adecuada es aplicada también, en las Sentencias de la Sala 1.ª, del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 1998 (RJ 1998, 5411), de 19 de diciembre del 2000 (RJ 2000, 10127) y de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8703).

43. Algunos autores, entre los que puede destacarse a DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños, op. cit.* 1999, p. 349 reconocen que este criterio de la adecuación tiene un papel

su función no es la de seleccionar las causas jurídicamente relevantes, si no valorar si la actuación del agente es *ex ante* adecuada para imputarle el daño causado.

En cualquier caso, a esta teoría se le atribuye como principal inconveniente la imprecisión sobre el nivel de conocimientos ontológicos y nomológicos que deben servir para la realización del juicio de previsibilidad objetiva, y también del grado de posibilidad que se requiere para aceptar la relación de adecuación[44]. En clara conexión con las circunstancias expuestas, esta teoría resulta crítica porque atribuye un papel importante al arbitrio judicial en la valoración sobre la adecuación de la causa en la producción del resultado dañoso[45]; como contrapunto, proporciona al Juez un considerable margen de discrecionalidad para valorar las posibles causalidades, aunque deba considerar como la «adecuada» aquélla que se presenta en la práctica como razonable e idónea para la producción del resultado.

2.3. LA TEORÍA DE LA CAUSA PRÓXIMA O DE LA CAUSA INMEDIATA

Esta teoría se sitúa dentro de las *teorías individualizadoras* porque considera relevante a estos efectos una única condición que es la fuente del acto indemnizable. La teoría de la causa próxima o teoría de la causalidad inmediata identifica dentro del complejo causal que justifica la producción del daño, aquellos factores causales más próximos a la producción del resultado, entendiendo que éstos serán los relevantes en la manifestación del resultado dañoso. Esto es, dentro del complejo causal que proporciona la teoría de la equivalencia de las condiciones, deben descartarse aquéllas que se presentan como lejanas o remotas en la producción del evento dañoso[46]. No obstante, la inmediatez que exige la aplicación de esta doctrina no debe ser entendida en sentido cronológico sino lógico, porque lo relevante es el establecimiento de una causa directa entre la condición y el resultado dañoso.

---

subsidiario respecto a los restantes criterios de imputación objetiva porque puede presentar en algunos casos, contenido coincidente con ellos, dando lugar incluso a soluciones dispares, en palabras del Profesor PANTALEÓN PRIETO, F. «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación» en *Centenario del Código Civil,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1590 «*sigue siendo útil para la correcta solución de supuestos de cursos causales completamente irregulares o anormales, que no la encuentran fácilmente mediante los otros criterios de imputación*».

44. CEREZO MIR, J. *Teoría Jurídica del Delito op. cit.* 1998, p. 63.
45. Esta consideración crítica sobre la teoría de la adecuación resulta rechazada por CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones op. cit.* 1989, p. 274 al considerar que «*cuando el juez establece la causalidad de acuerdo al criterio en consideración, ni está recurriendo a apreciaciones subjetivas ni introduce su propia determinación personal, ya que él no hace otra cosa que poner a jugar aquellas apreciaciones que en el sentir colectivo relacionan como ordinaria, normal o típica la existencia de un acto determinado con la producción de una específica consecuencia, algo que nos aleja sobremanera de cualquier consideración personalista de la materia*».
46. Cfr. CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones op. cit.* 1998, p. 271.

Esta teoría causal ha tenido reconocimiento normativo en el Código Civil francés (artículo 1151) y en el Código Civil italiano (artículo 1223) aunque no posee un homólogo en el Código Civil español[47]. En cambio, nuestro Tribunal Supremo ha reconocido puntualmente esta teoría, por ejemplo, en la Sentencia (Sala 1.ª), de 26 de octubre de 1929 en la que se alude a que la causa del daño debe ser «*verdadera e inmediata*» o, en la Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de marzo de 1950 (RJ 1950, 394), que en un supuesto de cirugía estética afirma que la responsabilidad «*no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente que en este supuesto no es imputable a los médicos*».

Esta teoría ha sido criticada por su simplicidad y superficialidad, así como por la dificultad de determinar cuál es la causa inmediata de un evento dañoso, llegando a considerarse que «*no es fácil ni justificable la homologación entre causalidad inmediata y casualidad jurídica*» de modo que, para que sea operativa, debe interpretarse con criterios de generosa flexibilidad[48].

3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

3.1. LAS BASES DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La teoría de la imputación objetiva es una categoría dogmática que opera con posterioridad a la determinación de las causas materiales o físicas, destinada a la valoración de la imputación al autor del menoscabo materializado.

En el ámbito del Derecho Civil, la aplicación de esta teoría de la imputación objetiva es defendida por el Profesor PANTALEÓN PRIETO en su trabajo «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación»[49]. El fundamento

47. El artículo 1151 del Código Civil francés apunta que «*dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*». Por su parte, el artículo 1223 del Código Civil italiano en sentido similar reconoce que «*il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*». Sin embargo, esta alusión a la inmediatez no es recogida por nuestro artículo 1107 del Código Civil.

48. CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones op. cit.* 1998, p. 271. Por su parte, VINEY, G. *Les obligations. La responsabilité… op. cit.* 1982, p. 411 considera que «*parmi les doctrines qui s'attachent à la proximité temporelle on peut citer celle de la "conséquence immédiate", et surtout celle de la causa próxima qui, simplifiant à l'extrême, n'accorde la qualité de "cause" qu'à la dernière condition. Mais cette conception, qui a reçu certaines consécrations, au moins formelles, dans la jurisprudence anglaise, semble aujourd'hui à peu près unanimement rejetée*».

49. PANTALEÓN PRIETO, F. «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación» en *Centenario del Código Civil,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561-1591. Este autor parte de que «*el Derecho no puede sino partir del concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza […] Por ello puede afirmarse que la decisión sobre la existencia o no de la relación de causalidad es una "cuestión de hecho",*

de esta teoría se deriva de la diferenciación dentro de la doctrina de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, entre la causalidad y la imputación objetiva que, por el contrario, no tenía predicamento dentro de la jurisprudencia de la Sala 1.ª del mismo órgano judicial. En su estudio mantiene que la aceptación de la teoría de la equivalencia de las condiciones requiere la separación entre las cuestiones de causalidad y las de imputación objetiva. Esta distinción es necesaria porque la exclusiva aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones provocaría una ampliación indeseada de la responsabilidad civil que debe ser restringida mediante los criterios de imputación objetiva que actúan como mecanismos para constreñir el ámbito del Derecho español de daños[50].

El juicio sobre imputación objetiva se plantea en dos fases: una primera, que es una *questio facti*, supone la valoración causal conforme al criterio de la *condicio sqn* de si el resultado dañoso puede derivarse naturalmente de la actuación del agente dañoso y, una segunda fase, que constituye una *questio iuris* por la que, una vez constatada la causa a nivel material, se realiza un juicio jurídico-valorativo, dirigido a determinar si el resultado dañoso provocado por la conducta del agente, puede serle objetivamente imputado[51]. Por tanto, este juicio está destinado a comprobar si la conducta del agente ha provocado el daño y, además, si puede ser imputada objetivamente al sujeto[52].

La teoría de la imputación objetiva se presenta por tanto, como un correctivo de la teoría de la *condicio sqn* al pretender, con base en criterios o valores normativos, discriminar los posibles factores físicos que son susceptibles de provocar el evento dañoso de aquéllos otros que deben tener capacidad de imputar el daño al agente culposo. Por ello, la imputación objetiva requiere que, además del juicio relativo a la causalidad, se valore la adecuación, por

---

libre de valoraciones específicamente normativas. Por el contrario, el problema de la imputación objetiva –la función de cuyos criterios es evitar que sean puestas a cargo del responsable absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa– es una cuestión claramente jurídica, un problema de valoración a resolver con las pautas, más o menos precisas, ofrecidas por el sistema normativo de responsabilidad» [La cita pertenece a la página 1563].

50. PANTALEÓN PRIETO, F. «Causalidad e imputación objetiva…» *op. cit.* 1990, pp. 1565 y 1566.
51. PREVOT, J. M. «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil» *op. cit.,* 2010, p. 165.
52. ALCALÁ NAVARRO, A. «El comportamiento y su consideración como acto ilícito. Los sujetos de la responsabilidad civil. El daño. La relación de causalidad» en RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. *Conceptos básicos de derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 437, mantiene que «*dentro de la genéricamente denominada "relación de causalidad" en sentido genérico o amplio, existen dos elementos: la relación de causalidad en sentido estricto y la imputación objetiva. Con la primera se trata de realizar una especie de "filtro" previo para determinar si existe relación causa-efecto entre el daño y una determinada acción u omisión humana. Con la segunda pretendemos, una vez afirmada esta relación causa-efecto, determinar si, desde el punto de vista jurídico, es razonable imputar de forma objetiva el daño causado al sujeto que realizó la acción u omisión (son los llamados criterios de imputación objetiva)*».

razones de política jurídica, de imputar el daño al agente dañoso, conforme a determinados criterios del ordenamiento jurídico, tales como *el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, el criterio de la provocación, el fin de protección de la norma, el criterio del incremento del riesgo o el de competencia de la víctima* [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 4183)]. Lo expuesto pone de relieve que la teoría de la imputación objetiva supera a la teoría de la equivalencia de las condiciones y a la teoría de la causalidad adecuada porque tiene en consideración ciertos criterios que permitirían rechazar la imputación del daño al autor[53].

Entre nuestra doctrina la teoría del Profesor PANTALEÓN PRIETO ha tenido una importante acogida[54]. Pero también ha sido objeto de críticas como la del Profesor DE CUEVILLAS MATOZZI que si bien comparte la conclusión de que no es suficiente la constatación de mera causalidad física o material para hacer responsable al agente dañoso del perjuicio ocasionado, considera que la «teoría de la imputación objetiva» que tiene predicamento en el ámbito de la responsabilidad penal no puede trasladarse al ámbito civil porque la estructuración de los delitos en el Código Penal permiten la distinción de los elementos característicos de la infracción punitiva, de los componentes objetivos y subjetivos; en cambio, éstos no pueden reconocerse en los supuestos de ilicitud civil[55].

53. Cfr. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. «La relación de causalidad y la imputación objetiva» en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializado en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 61, 2017, p. 7. Para MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 251 «*en rigor, la teoría de la imputación objetiva, más que desplazar la teoría de la causalidad adecuada, la absorbe, pues, al menos en lagunas versiones, sigue operando como uno de sus títulos o criterios de selección jurídica de "condiciones sine quibus non"*».

54. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Tratado de responsabilidad civil op. cit.* 1993 pp. 787-802, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, pp. 343-349; también, SALVADOR CODERCH, P. «Causalidad y responsabilidad» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2000, p. 4-8 hace referencia a algunos de los criterios apuntados por PANTALEÓN PRIETO al tratar los criterios legales y doctrinales de imputación del daño.

55. DE CUEVILLAS MATOZZI, I. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños op. cit.* 2000, pp. 66 y 67 mantiene que los criterios de imputación fuera del estricto campo de la acción humana implicaría que deberían hacerse en el juicio de la reprochabilidad, esto es, en el campo de la culpabilidad y, esa opción debe ser descartada por dos motivos «*uno, porque se estaría mezclando ambas categorías, la causalidad y la culpabilidad, otro, porque el nexo causal al ser estudiado en el campo jurídico reviste unos fines previos que vienen valorados por la norma jurídica con la finalidad de establecer cuándo la acción es relevante jurídicamente, es decir, que la relación de causalidad tiende a precisar un elemento del ilícito: la acción, asignarle otra función es confundir los distintos elementos*».

    En el Derecho Penal la teoría de la imputación objetiva comporta la posibilidad de atribuir jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material. El tratamiento que se hace de esta teoría de la imputación objetiva depende en buena medida del tipo de delito. En los «*delitos de resultado*» la causación material del resultado no es suficiente para que pueda considerarse típica la conducta, de modo que es necesario para su posible imputación objetiva que se valore la finalidad de la norma correspondiente al tipo. En los «*delitos de mera actividad*» la realización del

3.2. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

Los criterios de imputación objetiva tienen mayor virtualidad en la exclusión de la imputación de responsabilidad al autor del daño que en su atribución[56]. Estos criterios de imputación «*no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender*» porque pueden existir entre ellos, coincidencias e incluso a veces, soluciones dispares[57].

Estos criterios permiten una valoración normativa o ponderación de las posibles causas que han provocado el daño, para atribuir o excluir al agente dañoso la responsabilidad por la producción de un perjuicio en otro. No obstante, es necesario advertir, como pone de relieve INFANTE RUIZ, que su aplicación debe respetar sus estructuras básicas conforme al ordenamiento jurídico al que pertenecen con el objetivo de realizar una correcta extrapolación de éstos y, por otro lado, su aplicación y virtualidad puede variar según se apliquen en un sistema punitivo o resarcitorio[58].

Estos criterios son *el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, el criterio de la provocación, el fin de protección de la norma, el criterio del incremento del riesgo o el de competencia de la víctima*. No vamos a realizar un examen pormenorizado de estos criterios porque, en el objeto de nuestro estudio, la atención que se les ha prestado es escasa, quizás, porque la cuestión conflictiva se ha identificado siempre con el presupuesto del daño y no tanto con el nexo causal y, por otro lado, porque los criterios que los órganos judiciales aplican en la responsabilidad civil del letrado, no coinciden con los generales.

En la Doctrina, ha prestado especial atención a los criterios de imputación objetiva en la responsabilidad civil del abogado, la Profesora SERRA RODRÍGUEZ. Esta autora considera como criterios de imputación objetiva aplicables en este ámbito las exigencias previstas en el artículo 1107 del Código Civil porque su finalidad es la de delimitar la extensión del «*quantum respondeatur*», una vez afirmada la efectiva existencia de una conexión entre el incumplimiento y el daño y, tras descartar la concurrencia en el caso del caso fortuito y de la fuerza mayor *ex* artículo 1105 del Código Civil[59]. En cambio, a mi juicio,

---

tipo debe comportar la imputación objetiva y en los «*delitos de comisión por omisión*» la imputación objetiva no precisa la realización del resultado, sino sólo la admisión de que de haber actuado el sujeto, el resultado se hubiera evitado y, de forma cumulativa, requiere que el sujeto se encuentre en una posición de garante [cfr. MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte general op. cit.* 2008, pp. 254-256].

56. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 346.
57. PANTALEÓN PRIETO, F. «Causalidad e imputación objetiva…» *op. cit.* 1990, p. 1591. También este autor en «Comentario al artículo 1902 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, p. 1988.
58. INFANTE RUIZ, F. J. *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y «causas hipotéticas»* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 161 y 162.
59. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, pp. 273 y 276.

las exigencias del artículo 1107 del Código Civil más que como criterios de imputación objetiva –porque aunque a este precepto podría utilizarse como delimitador de la responsabilidad, su virtualidad práctica es escasa y también, porque no se trata de principios extraídos del ordenamiento jurídico–, considero que deben analizarse como una exigencia que debe cumplir el daño en sede de responsabilidad contractual, para que tenga la consideración de «daño resarcible».

La no identificación del artículo 1107 del Código Civil como criterio de imputación objetiva es apoyada también, por los órganos judiciales que, en las reclamaciones por responsabilidad civil de los abogados no han atribuido a los presupuestos contenidos en el precepto esta consideración. En sus resoluciones tampoco han identificado como tales los expuestos anteriormente, con carácter general (cfr. criterios de la adecuación; riesgo general de la vida, prohibición de regreso, provocación, fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad, etc.) sino que han articulado éstos en torno a algunas circunstancias exógenas que pueden tener incidencia causal en el rechazo de la responsabilidad profesional (cfr. la viabilidad de la pretensión, la obligación de medios que asume el profesional, falta de idoneidad de la actuación del letrado para la causación del daño etc.).

En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 22 de octubre del 2008 (RJ 2008, 5787)[60] reconoce que, desde la perspectiva de los criterios de imputación, la articulación de la prestación del cliente como una obligación de medios impide utilizar como criterio de imputación el fracaso de la acción ejercitada, si no se demuestra que el mismo fue debido al incumplimiento de los deberes profesionales. Tampoco debe responder el profesional a hechos o circunstancias ligadas a la incertidumbre inherente a todo proceso jurisdiccional, pues depende de obtener la convicción del juzgador y de las posibilidades de acierto de éste. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 1 de mayo del 2012 (JUR 2012, 330330) ha considerado que este juicio de imputabilidad debe tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, pues el desenlace del procedimiento dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador.

A la vista de lo expuesto, el debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del

60. En la misma dirección también, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7859), de 15 de febrero del 2008 (RJ 2008, 2670) o de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2126).

debate jurídico procesal y no atribuible directamente al profesional. Este criterio obliga a descartar la responsabilidad civil del abogado cuando en el resultado negativo concurren otros elementos externos que permiten desvirtuar la incidencia de la conducta del agente en la producción del daño (la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial).

4. LA PRUEBA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

4.1. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LOS MECANISMOS DE FACILITACIÓN PROBATORIA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Las normas procesales atribuyen al demandante la carga de la prueba de la concurrencia de los presupuestos sustantivos de la responsabilidad civil para que surja en el demandado la obligación jurídica de reparación del daño causado (artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)[61]. A modo ilustrativo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de junio del 2000 (RJ 2000, 5918) considera que «*la prueba del nexo causal, requisito al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado*».

Los órganos judiciales exigen por parte del demandante, una prueba terminante del nexo causal, tanto en el ámbito de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva[62]. Es decir, debe constatarse una certeza probatoria de que la actuación del responsable ha provocado el daño, sin que sean suficientes, las meras conjeturas, deducciones o probabilidades[63]. Esto ha provocado

61. De forma similar, en el derecho francés, VINEY, G. y JOURDAIN, P. *Traité de Droit Civil: Les effets de la responsabilité,* LGDJ, Paris, 2002, p. 427 *«en l'absence de présomption légale, c'est le demandeur qui doit établir le lien de causalité entre le fait reproché au défendeur et le dommage. Cette règle, qui est admise par la plupart des systèmes juridiques, est constamment affirmée par les tribunaux français, qui en tirent les conséquences en décidant qu'à défaut d'apporter la preuve du rapport de nécessité entre l'événement désigné comme "cause" et le préjudice invoqué, la victime doit être déboutée de sa demande»*.

62. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152) reconoce que con independencia de que «*se aplique un criterio de imputación subjetiva, o de mera imputación objetiva –responsabilidad cuasi-objetiva–, en todo caso es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción. Por otra parte es de señalar que no basta la causalidad física, sino que es preciso que conste una acción u omisión atribuible al que se pretende responsable (o por quien se debe responder) determinante, –en exclusiva, o en unión de otras causas; con certeza, o en un juicio de probabilidad cualificada, según las circunstancias concurrentes (entre ellas la entidad del riesgo)–, del resultado dañoso producido*».

63. Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 8 de febrero del 2000 (RJ 2000, 1235), de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10425) y de 20 de febrero del 2003 (RJ 2003, 1174).

que últimamente se haya constatado una tendencia jurisprudencial dirigida a facilitar el reconocimiento de este presupuesto, mediante instrumentos que permiten su presunción o que distribuyen la carga de la prueba de éste, con el objetivo de que las víctimas puedan acreditar el nexo causal entre la actuación del responsable y el daño[64].

En las reclamaciones por responsabilidad contra los profesionales se ha producido una cierta flexibilización en el reconocimiento del presupuesto del nexo causal, sobre todo, en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria y, con mucha menor incidencia, en la de los abogados. Esta flexibilización obedece a la dificultad de entablar esa conexión causal por la concurrencia de otros factores exógenos que puedan ser causa o que influyen en la producción del perjuicio.

En los servicios jurídicos la acreditación del nexo causal puede verse condicionado por la viabilidad de la pretensión del cliente [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), de 5 de mayo de 2015 (JUR 2015, 151312)], la no frustración definitiva de las pretensiones del prestatario del servicio [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª), de 29 de marzo de 2011 (JUR 2011, 270618)] o la falta de idoneidad de la actuación de los profesionales para la causación material del perjuicio [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), de 18 de febrero de 2014 (JUR 2014, 81322)]. Estos factores impiden que el abogado pueda garantizar *a priori* el resultado del proceso porque éste dependerá de la convicción del órgano judicial.

Algunos autores han reconocido que en los casos en los que la actividad que provoca el evento dañoso se encuentra especialmente vinculada a desarrollos científicos o tecnológicos, resulta extremadamente compleja la constatación de una relación de causalidad. Por eso, en estos casos, el órgano judicial puede dar por probada la relación de causalidad cuando constate una mayor

64. Sobre esta cuestión puede verse LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria op. cit.* 2004, pp. 536 y ss. Además, VINEY, G. *Les obligations. La responsabilité… op. cit.* 1982, p. 427 mantiene «*a cet égard, la jurisprudence a posé un principe (A)*–la charge de la preuve incombe au demandeur– *auquel la loi et les tribunaux ont apporté des exceptions (B) et des assouplissements (C) et qui a fait, au moins dans certains cas, l'objet d'un aménagement particulier lorsque l'auteur physique de l'acte causal ne peut être identifié*».

En el Derecho francés se reconocen «les présomptions de causalité» en los supuestos de daños derivados de la energía nuclear, en materia de accidentes de trabajo, en los supuestos de daños sobre una cosa inanimada que es objeto de vigilancia o, en sede de responsabilidad contractual [cfr. VINEY, G. *Les obligations. La responsabilité… op. cit.* 1982, pp. 429-432]. Sobre «les présomptions de causalité» dans le domaine contractuel señala este autor como «*la jurisprudence admet constamment que la resposabilité du débiteur d'une obligation de résultat est engagée sur la seule preuve de l'inobtention du resultat promis. Or, ainsi que l'a pertinemment souligné un auteur, cette solution implique non seulement une simplification radicale de la preuve de la faute, mais aussi l'admission d'une presomption de causalité*» [La cita pertenece a la p. 432 de la citada obra].

probabilidad de que exista la causalidad frente a la tesis contraria. En esta línea, afirma LUNA YERGA como «*la probabilidad estadística se convierte así en la máxima experiencia que sustenta la presunción judicial y permite aligerar la prueba del nexo causal, pues si bien es cierto que también la presunción judicial debe conducir al pleno convencimiento del juzgador, no lo es menos que la carga de la persuasión, por definición, se satisface con un grado de certeza inferior*»[65]. También se plantea como alternativa por el Profesor DÍEZ-PICAZO que en estos supuestos de desarrollos científicos y tecnológicos especialmente complejos en los que resulta especialmente complicado la determinación del proceso causal, se pueda modificar la regla de la carga de la prueba, haciéndola recaer en la parte que dispone de la información necesaria o a quien le resulta más fácilmente accesible, sin que en ningún caso, deba generalizarse[66].

Se plantean así dos mecanismos con distinto amparo normativo para la facilitación probatoria del nexo causal. Por un lado, las presunciones judiciales y, por otro lado, el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba. Las presunciones judiciales de causalidad, que son consideradas presunciones *iuris tantum* tienen su reconocimiento legal en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su uso afecta a la culpa y también al nexo causal, pero no supone una modificación de las reglas sobre la carga de la prueba porque pesa sobre el demandante la carga de la prueba mediante indicios del hecho presunto, pudiendo el demandado exonerarse de responsabilidad a través de otros hechos o circunstancias que permitan desvirtuarla[67].

Esta presunción judicial de causalidad se utiliza con harta frecuencia en los casos de daños personales ocasionados por transfusiones sanguíneas[68]. La

65. LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria op. cit.* 2004, p. 540.
66. DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 238 y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil… op. cit.* 1995, pp. 77-79 reconoce que en el terreno de la responsabilidad profesional hay una tendencia a afirmar que cuando no resulte posible acreditar la certeza o exactitud de la relación de causalidad el Juez puede aceptar la probabilidad de su existencia. Este autor reconoce que esta tendencia permite *«[…] la condena al demandado, considerándose por tanto que la relación de causalidad se ha probado, cuando los elementos de juicio suministrados conducen a "un grado suficiente de probabilidad". Será en ocasiones una probabilidad próxima a la certeza, o bastará en otros casos la "alta probabilidad", o será suficiente contar con una probabilidad de más del 50 por 100 (el principio more probable than not de la jurisprudencia norteamericana), pero en todo caso se aliviará de forma sensible la posición del demandante»* y concluye señalando que «quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un *daño no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en el que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una "probabilidad" determinante»*.
67. SOLÉ FELIU, J. «Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria» en *Revista de Derecho Civil*, n.º 2, 2018, pp. 65 y 66.
68. Cfr. LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria op. cit.* 2004, pp. 537 y 538; también SOLÉ FELIU, J. «Mecanismos de flexibilización de la prueba y del nexo causal…» *op. cit.* 2018, pp. 66 y 67.

posibilidad de probar directamente que la unidad de sangre administrada está contaminada resulta prácticamente imposible, siendo especialmente importante a estos efectos indiciarios que, el perjudicado no perteneciera a un grupo de riesgo o que no estuviera infectado con anterioridad a la transfusión. A efectos ilustrativos, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 251) «*[…] se constata de acuerdo con la prueba pericial que la transfusión aparece como único factor de riesgo de la infección y que la enfermedad recibe en algunos informes la calificación de postransfusional; se tienen en cuenta, entre otros factores, las circunstancias de la atención médica prestada y la secuencia temporal entre la transfusión y el diagnóstico de hepatitis; se advierte que las pruebas practicadas en los donantes de modo inmediato a la donación no son suficientes para descartar la posibilidad de infección; se toma en consideración que no consta un nuevo análisis ni interrogatorios y otras pruebas practicadas a los donantes; y se llega a la conclusión de que la transfusión es la causa "más probable" de la infección*»[69].

Otro mecanismo que permite aligerar la prueba del nexo causal es la denominada «probabilidad estadística». Si bien inicialmente se articuló como un criterio destinado al convencimiento judicial sobre unos determinados hechos[70], su aplicación al presupuesto del nexo causal permitiría el reconocimiento de una «*causalidad probabilística*» que aceptara causalidades parciales o probabilísticas en supuestos en los que se presenta una cierta incertidumbre causal[71].

En algunas resoluciones judiciales nuestros órganos judiciales han realizado una valoración de la frecuencia estadística en la producción, o no, de un resultado dañoso para el reconocimiento o exclusión de relación de causalidad e incluso permitiría la determinación y/o modulación del *quantum* indemnizatorio. En el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria, la

69. También, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 11 de abril de 2002 (RJ 2002, 3382) reconoció la reclamación solicitada por un paciente que recibió transfusión de sangre después de sufrir un accidente de tráfico sobre la base de que «*la sentencia de instancia declara como hecho probado, incólume en casación, en base a la prueba de presunciones, correctamente aplicada, que la hepatitis tuvo su causa en las transfusiones de sangre practicadas en el centro médico. Ciertamente, es hecho demostrado que el paciente carecía de hepatitis, sufrió transfusiones y apareció la enfermedad, de lo que se deduce, con enlace preciso y directo, que la hepatitis tuvo por causa aquellas transfusiones*». En contraposición, se ha negado la tutela resarcitoria en un supuesto de transfusión sanguínea en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 8 de febrero del 2000 (RJ 2000, 1235) porque se acreditó que las pruebas realizadas a las unidades de sangre objeto de transfusión dieron un resultado negativo y además, los donantes que volvieron a donar con posterioridad, también dieron negativo en el análisis que se les practicó con posterioridad.
70. LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria op. cit.* 2004, p. 540.
71. Sobre la realización de un juicio de probabilidad, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 338 admite como «*la fuerza de la probabilidad es un juicio objetivo, que tiene en cuenta las uniformidades naturales y sociales científicamente establecidas en el momento en que el juicio se emite, de manera que éste se realiza sobre la base de una descripción generalizadora que comprenda las circunstancias del caso*».

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 914) utiliza este método al reconocer que «*no se trata de exigir la prueba de la causa, sino la de desechar la hipótesis que sin estar dotada de certeza aparece como más razonable, y revestida de la verosimilitud que proporciona un juicio de probabilidad cualificada*»[72]. En la responsabilidad civil de los abogados también se examina en términos similares la certeza, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª), de 3 de noviembre de 2017 (JUR 2018, 61037).

El otro mecanismo que facilita la apreciación de concurrencia de nexo causal, pero cuya incidencia en el ámbito de la responsabilidad de los profesionales de la Abogacía ha sido descartada[73], es la aplicación de la fórmula de inversión de la carga de la prueba, que tiene amparo normativo en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta vía permite atribuir la carga de la prueba a quien tenga una mayor «*disponibilidad y facilidad probatoria*»[74] y, en el

72. Sobre esta resolución puede verse el comentario de LUNA YERGA, A. «Parálisis cerebral de recién nacida como consecuencia de la duración excesiva del parto: Comentario a la STS, 1.ª, 23.12.2002» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 2, 2003, pp. 2 y 3 que reconoce como «*esta Sentencia constituye una de las decisiones más relevantes en materia de aplicación de los principios procesales de disponibilidad y facilidad probatoria*» porque «*se hacen recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que con mayor facilidad podía aportarla al proceso o se hallaba en una mejor posición probatoria por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba. Lo anterior no implica sino un juicio sobre el coste para cada una de las partes de aportar al proceso la prueba de los hechos relevantes para su resolución*». Más recientemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª), de 3 de febrero de 2014 (AC 2014, 516) considera que «*la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada*».

73. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 5 de julio de 1991 mantiene que la inversión de la carga de la prueba «*es tan sólo aplicable a determinadas esferas de actuación como puede ser, por ejemplo, la de los daños causados por la circulación de vehículos, pero ni puede pretenderse su indiscriminada aplicación a todos los supuestos de daños, ni menos aún su vocación de regir los posibles perjuicios que al particular ocasione la falta de prosperidad de una actuación judicial, ya que de admitirse tal doctrina se produciría la inadmisible conclusión de que promovido un litigio, que normalmente concluye con la desestimación, en mayor o menor grado, de las pretensiones de una de las partes, las profesiones que tuviesen atribuidas la representación y defensa de los intereses de la parte que no vio atendidos sus pedimentos, se verían forzados, para evitar ser responsabilizados por los perjuicios que la falta de éxito de sus pretensiones ocasionase a su cliente, a formular una dificultosa prueba de que la causa de tal resultado no fue la negligencia en su actuación, sino la carencia de razón, con arreglo a derecho, de la postura que ellos sostuvieron*». En esta línea también, Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección única); de 26 de enero del 2000 (AC 2000, 96).

74. La virtualidad de este mecanismo de flexibilización se ha limitado en la última época al reconocerse que, «*en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 de la LEC)*» [Por todas, Sentencias de

ámbito de la responsabilidad civil únicamente se aplica por los Tribunales en relación a la «culpa».

Esta fórmula tradicionalmente se vinculaba en las reclamaciones por responsabilidad civil sanitaria, al presupuesto de la culpa del agente dañoso. Sin embargo, se ha advertido que, en la práctica, estos mecanismos se encuentran destinados a la estimación de la demanda, de tal forma que no solo sirven para entender concurrente la culpa del responsable, sino que también inciden en el nexo causal[75].

En el ámbito sanitario puede traerse también a colación, la doctrina del «*daño desproporcionado*» que es un mecanismo de facilidad probatoria que ha adquirido en este sector su máximo exponente. En principio, esta teoría está destinada a facilitar la acreditación de la culpa del profesional sanitario; sin embargo, algunos autores han reconocido que en esta doctrina subyace una presunción tanto de la culpa como del nexo causal[76].

Por último, nos debemos referir en este punto muy sucintamente, porque será objeto de un pormenorizado análisis a la «*teoría de la pérdida de oportunidad*» por la importancia que tiene en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria, pero, sobre todo en la de los letrados. Esta teoría permite el reconocimiento de indemnizaciones parciales en aquellos casos en los que la vinculación causal entre la actuación del agente y el resultado dañoso es posible pero no cierta o segura, de tal forma que, no se puede asegurar la concurrencia de nexo causal porque no se ha alcanzado el nivel suficiente de certeza para formar la convicción de que el agente provocó el daño[77].

---

la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª), de 28 de enero de 2013 (AC 2013, 893) y de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª), de 3 de febrero de 2014 (AC 2014, 516)].

75. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. «22 de enero de 1996. Responsabilidad civil extracontractual. Muerte por accidente en explotación minera. Relación de causalidad» en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 41, 1996, p. 715 mantiene que en esta resolución, se aplica el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba, cuando el problema se encontraba en la relación de causalidad. En relación al comentario de esta resolución, DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 239 afirma, no obstante, que la inversión de la carga de la prueba respecto al nexo causal en este caso, resulta excesiva. Más recientemente y con carácter general plantea CARRASCO PERERA, A. «Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana» en HERRADOR GUARDIA, M. J. (director) *Derecho de Daños*, Lefebvre, Madrid, 2020, p. 145 si *«¿importa mucho en la práctica este intercambio fluido entre cumpla y causalidad en la responsabilidad? En el fondo, no, porque el proceso heurístico de obtención de la "prueba" de la culpa no es distinto del proceso heurístico para la obtención de la prueba de la "causalidad". Quiero decir, no hay presunciones ni cargas de la prueba en uno de ellos que no pudieran existir también en el otro»*.

76. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. «Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2004, p. 24.

77. ASÚA GONZÁLEZ, C. I. «Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 112, 2020, p. 2 (según numeración del pdf)

En el Derecho de daños la constatación de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil se encuentra especialmente vinculada a la articulación que se haga del evento dañoso. Esta situación justifica que el estudio de la teoría de la pérdida de oportunidad pueda hacerse desde una doble perspectiva: como una «teoría ontológica» que identifica la pérdida de la *chance* con el daño; de tal forma que se considera que la privación de la oportunidad efectuada por el responsable es un daño autónomo y distinto del perjuicio final[78]. La otra opción es articularla como una «*teoría etiológica*» que permite enfocar la pérdida de oportunidad desde el punto de vista de la relación causal entre la conducta del agente dañoso y el perjuicio; esta última perspectiva requiere la realización de un juicio probabilístico sobre las oportunidades pérdidas respecto al perjuicio final[79].

4.2. LA REVISIÓN EN CASACIÓN DEL PRESUPUESTO DEL NEXO CAUSAL

La revisión de este presupuesto de la responsabilidad civil dentro del recurso de casación ha sido una cuestión controvertida porque tradicionalmente se negaba su revisión casacional al considerarse que constituía una cuestión de hecho que debe ser probada y valorada por los Tribunales de instancia y que, por tanto, quedaba extramuros de este recurso porque no comporta la violación de normas sustantivas de Derecho privado[80] *ex* artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, paulatinamente se empezó

---

reconoce como «*el análisis de la responsabilidad en clave de pérdida de oportunidad es una perspectiva posible en supuestos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido*».

78. Para la admisión de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable requiere el cumplimiento de una serie de requisitos: 1) La chance perdue doit être réelle et sériuse; 2) l'obligation de tenir compte, dans l'evaluation des dommages-intérêts, de l'aléa affectant la réalisation de la chance perdue [cfr. VENEY, G. *Les obligations, La responsabilité… op. cit.* 1982, pp. 347 y 350].

79. Este doble planteamiento de la pérdida de oportunidad desde el presupuesto del daño y del nexo causal, es admitido también por GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. «Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio 2017 (RJ 2017, 3959)» en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 107, 2018, pp. 9-11.

80. Si bien el artículo 477.1 de la LEC hace referencia a la infracción de normas y no alude a que sea de normas sustantivas, como acertadamente apunta LÓPEZ SIMÓ, F, *Recurso por infracción procesal y recurso de casación delimitación objetiva,* Dykinson, Madrid, 2004, p. 47 *«[…] interpretado este precepto a la luz de lo que en la E. de M. de la propia LEC se afirma sobre el ámbito objetivo del recurso de casación (y no cabe olvidar que la exposición de motivos de una ley es siempre un elemento de interpretación de primera línea para conocer la voluntas legislatoris), me parece que resulta muy claro que el legislador de la Ley 1/2000 ha querido que dicho recurso quede reservado para las infracciones de normas que posean naturaleza sustantiva*».

a considerar por parte de las resoluciones del Tribunal Supremo que concurrían en el examen de este presupuesto ciertas cuestiones de Derecho. Esto ha motivado que la Jurisprudencia de este órgano judicial haya efectuado una importante labor de delimitación de los contornos sobre los aspectos de este presupuesto que pueden ser objeto de comprobación casacional y aquéllos otros que corresponde valorar únicamente al Tribunal de instancia y que se encuentran vedadas al objeto de este recurso.

Así las cosas, en un primer grupo de resoluciones[81] se consideraba que el análisis del nexo causal entre la acción u omisión y el resultado dañoso, tenía la consideración de «*quaestio facti*», cuya valoración correspondía a los Tribunales de Instancia incluida la determinación de la posible individualización de las contribuciones causales, salvo que se demuestre que en su valoración han seguido, una vía o camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica o del buen criterio. En cambio, hay otras resoluciones que optan por diferenciar entre la causalidad material y la causalidad jurídica, de modo que, se ha reconocido como «*la fijación del nexo causal en su primera secuencia (material) tiene carácter indefectiblemente fáctico, y por ende probatorio, por lo que no es casacionalmente revisable mediante la invocación de un precepto como el artículo 1902 Cc […] el posterior juicio de imputación (causalidad jurídica –adecuación–) es revisable como "questio iuris"; obviamente requiere como antecedente insoslayable la realidad de aquella causalidad material o física*»[82].

En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6717) considera que «*la problemática del nexo causal no es en puridad técnica una cuestión de derecho, o al menos no es una cuestión jurídica "stricto sensu" o en sentido propio. La determinación acerca de si hay una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño exige diversas apreciaciones, de las cuales unas tienen carácter fáctico y otras son de orden valorativo. Las primeras se fijan mediante la prueba, por lo que sólo son impugnables, controlables en la casación, a través del denominado error de derecho en la valoración de la prueba. Las segundas implican juicios de valor; se hallan en la frontera de la "quaestio iuris" con la "quaestio facti", y se admite su revisión en casación*».

Actualmente, se considera que la causalidad material por su carácter fáctico debe ser valorada por el tribunal de Instancia mientras que la causalidad jurídica, por su propia naturaleza es susceptible de ser revisada en casación por encontrarse dentro del ámbito de aplicación del artículo 1902 del Código Civil [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de julio del 2010 (RJ 2010, 6049), 1 de junio de 2011 (RJ 2011, 4260)].

81. Así, pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de enero del 2004 (RJ 2004, 50), de 12 de febrero del 2003 (RJ 2003, 1010) y de 21 de enero de 2003 (RJ 2003, 1361).
82. Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 20 de febrero del 2003 (RJ 2003, 1174).

5. OTROS FACTORES QUE INFLUYEN EN LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En la responsabilidad civil en general y en la del abogado en particular, existen otras circunstancias distintas a la actuación del responsable que pueden ser causalmente relevantes en la materialización del daño como la intervención de otros sujetos que pueden influir en el curso causal y que permitirían excluir o modular el reconocimiento y *quantum* de la obligación de reparar el daño causado.

5.1. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN SUPUESTOS CON PLURALIDAD DE RESPONSABLES

A la producción del resultado dañoso, además de la actuación del agente dañoso, puede concurrir la actuación culposa de la propia víctima o de terceros que, de forma conjunta, acumulativa o alternativa contribuyen a la producción de ese evento dañoso. Esta cuestión que tiene respuesta en el artículo 116.2 del Código Penal no ha sido resuelta por el Código Civil. En cambio, el art. 3:103 de los *Principles of European Tort Law* mantiene que, en el caso de pluralidad de actuaciones, si cada una de ellas ha sido por sí misma suficiente para causar el daño, pero no puede determinarse cuál de ellas lo ha producido efectivamente, se considerará que cada actuación es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a la víctima. Esto es, en proporción a la participación que han tenido en la causación del daño.

Este fenómeno se ha denominado como «*compensación de culpas*», «*concurrencia de culpas*» o «*concurrencia de causas*», dando lugar a un importante debate doctrinal sobre la terminología más adecuada para hacer referencia a este grupo de supuestos[83]. En este estudio nosotros adoptaremos la de «concurrencia de causas» por entender que es la denominación más acertada.

83. Este fenómeno como se ha indicado puede recibir distintas denominaciones como «compensación de culpas», «concurrencia de culpas», «concurso de culpas» o «concurrencia de causas». A juicio de REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.* 2014, pp. 948 y 949 la denominación más adecuada es la de «concurrencia de culpas» porque la «concurrencia de causas» no presenta un perfil definido pues en todo hecho dañoso puede identificarse concurrencia de causas y, además la atribución de la responsabilidad requerirá una valoración de la imputación subjetiva. Tampoco a juicio de este autor resulta adecuada la expresión «compensación de culpas» porque hace propiamente referencia a las consecuencias pero no al hecho y por otro lado, porque lo que en todo caso se compensa, no son las culpas sino la deuda indemnizatoria. También crítico con la denominación de «compensación de culpas» se muestra MONTÉS PENADÉS, V. L. «Causalidad, imputación objetiva y culpa en la "concurrencia de culpas"» en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis DÍEZ-PICAZO,* Thomson Civitas, 2003, pp. 2609 y 2610 quien con apoyo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 26 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1731) mantenía que «*la concurrencia de conductas (más que la compensación de culpas) permite atribuir proporciones a la causación del daño y, como consecuencia, en*

El reconocimiento de concurrencia de causas exige el cumplimiento de una serie de requisitos: a) la simultaneidad de los presupuestos de la responsabilidad civil; b) la exigencia de dos o más conductas concausales a un único daño; c) la participación de los sujetos en el resultado dañoso y d) la idoneidad, autonomía e independencia de la conducta concurrente para ocasionar el daño[84].

El comportamiento causalmente relevante puede provenir tanto de la propia víctima o, de un tercero, de modo que se van a analizar ambos supuestos de modo autónomo y la incidencia que la intervención del propio cliente o de otros profesionales puede tener en el daño generado por el abogado.

5.1.1. La concurrencia de causas por intervención de la propia víctima: en concreto, la actuación culposa del propio cliente

La participación de la víctima en la producción del resultado dañoso no sólo debe circunscribirse al momento del hecho dañoso sino también a los posteriores, porque sobre la víctima pesa el deber de mitigar el daño causado, entendido éste como la obligación de aminorar, dentro de las circunstancias, del alcance y consecuencias del resultado dañoso[85].

---

la obligación de resarcirlo mediante la indemnización» y destaca como problemas que suscita esta denominación, la imprecisión de la expresión de culpa, que el mecanismo funciona como una suerte de compensación y, que resulta equívoca porque en ocasiones alude a problemas causales pero en otras ocasiones se utiliza para resolver problemas de imputación.

En contraposición, en una opinión que, yo también comparto, MONTERROSO CASADO, E. *Responsabilidad Civil por Accidentes de Circulación: La concurrencia de causas,* Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 50 y ss., se muestra partidaria de la utilización de la expresión «concurrencia de causas» porque resulta adecuada ya que *«[…] nos permite encuadrar dentro de la misma aquellos casos en los que no existe culpa por alguna de las partes, e incluso nos permite rechazar el concepto de culpa […] desde la órbita de una responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva».*

84. A este respecto, MONTERROSO CASADO, E. «Responsabilidad Civil por Accidentes de Circulación…» *op. cit.* 2001, pp. 54 y 55.

85. Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.* 2014, p. 950 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. *op. cit.* 2011, p. 183. No obstante, no puede desconocerse que el fenómeno de «concurrencia de culpa» se encuentra relacionado con el deber de mitigación del daño, aunque se traten de figuras diferentes. A este respecto, reconoce SOLER PRESAS, A. «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1.ª, de 15-11-94)» en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 2, 1995, pp. 960, 961 y 963 que el deber de mitigar «*exige al acreedor del resarcimiento la adopción de todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado. No se trata de una obligación cuyo cumplimiento pueda exigirse jurídicamente por el causante del daño, sino de una carga ("onere") cuyo incumplimiento solo precluye el resarcimiento de aquellas pérdidas que podrían haberse evitado*» [la cita pertenece a la p. 960] pero que tienen una finalidad distinta porque la concurrencia de culpas exige que tanto demandante como el demandado participen en la causación del daño, excluyéndose el resarcimiento de aquella pérdida que se deba al comportamiento "negligente" del demandante, no a la actuación del

El Código Civil no hace referencia a la concurrencia de causas como mecanismo de distribución del daño, si bien puede ser admitido por nuestros órganos judiciales al amparo de la facultad moderadora prevista en el artículo 1103 del Código Civil[86]. En cambio, el artículo 114 del Código Penal en sede de responsabilidad civil *ex delicto* reconoce expresamente esta facultad moderadora de los órganos judiciales para la determinación del importe de la reparación o indemnización[87]. De igual modo, el artículo 8:108 de los *Principles of European Tort Law*[88] admite la exclusión o reducción de la responsabilidad en la medida en que concurra la culpa de la víctima y cualesquiera otras circunstancias que sean relevantes para la determinación de la responsabilidad.

---

demandado. El deber de mitigar surge en la cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior porque su aplicación presupone que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandado.

86. Especialmente crítica sobre la virtualidad de la facultad moderada del artículo 1103 del Código Civil en los supuestos de concurrencia de culpas se muestra DÍAZ ALABART, S. «La facultad moderadora del artículo 1103 del Código Civil» en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, n.º 4, pp. 1166, 1168-1170. Esta autora si bien reconoce que «*de todas las sentencias en que se aplica el artículo 1103 del Código Civil en el campo extracontractual, la gran mayoría lo hacen en casos de concurrencia de culpas, es decir, cuando la propia víctima colaboró con su conducta al resultado dañoso*». No obstante, esta autora, de conformidad con la opinión de ALBALADEJO (*Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Barcelona, 1982, p. 481), mantiene que en los casos de responsabilidad extracontractual resultaría suficiente con la aplicación del artículo 1902 del Código Civil porque si el acto fue provocado por varias conductas, cuya suma causó el daño, resulta evidente que cada uno de los participantes de acuerdo con el artículo 1902 del Código Civil tendrá que reparar la parte del daño que causó. En el ámbito de la responsabilidad contractual la autora también considera que la aplicación del artículo 1103 del Código Civil resulta inútil porque aunque en los supuestos de concurrencia de culpas se hable de moderación, a realidad es que no se está moderando nada, sino más bien determinando qué parte de los daños y perjuicios corresponde asumir a cada uno de los contratantes de acuerdo con su culpa.

    Por su parte, LLAMAS POMBO, E. *Las formas de prevenir y reparar el daño op. cit.* 2020, pp. 60 y 61 rechaza la aplicación literal de la facultad moderadora del artículo 1103 del Código Civil y reconoce que la actual interpretación de esta previsión, queda reservada para aquellos casos en los que el daño contractual, siendo previsible, ha resultado ser mucho mayor de lo previsto.

87. En el ordenamiento jurídico también se reconocen otras previsiones sobre la concurrencia de culpas, a modo ejemplificativo, en el artículo 827 del Código de Comercio se hace referencia a la concurrencia de culpas cuando se produce el abordaje de buques; también en el artículo 145 del TRLGDCU se establece que la responsabilidad de los productores o fabricantes podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causados fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o persona de la que éste deba responder civilmente.

88. El art. 8:108 de los *Principles of European Tort Law* bajo la rúbrica «*Contributory conduct or activity of the victim*» determina que: «*Liability can be excluded or reduced to such extent as is considered just having regard to the victim's contributory fault and to any other matters which would be relevant to establish or reduce liability of the victim if he were the tortfeasor*».

La prueba de la concurrencia de causas es una cuestión de hecho que no es susceptible de ser revisada en casación [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 5 de febrero de 1991 (RJ 1991, 992)[89]], pudiendo ser advertida de oficio sin necesidad de que sea alegada por la parte demandada [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 7 de junio de 1991 (RJ 1991, 4426)].

La concurrencia de causas plantea distintas cuestiones que deben ser abordadas, la primera de ellas es si procede la admisión de una compensación indemnizatoria siempre que se produzca una intervención culpable de la víctima. Por otro lado, se cuestiona qué mecanismos deben utilizarse para la distribución de la obligación resarcitoria y, por último, qué daños deben resultar imputados a cada uno de los intervinientes.

En estos supuestos de concurrencia de causas existen tres teorías destinadas a determinar los efectos de la contribución causal de la propia víctima: la «*teoría de la absorción*» que consiste en valorar la transcendencia o gravedad de la actuación de cada una de las partes, al objeto de determinar si muestra tal potencialidad absorbente que torne en irrelevante la culpa, ya sea de la propia víctima o del agente dañoso. Por otro lado, se encuentra el «*criterio de la neutralización*» que se produce cuando las culpas del agente dañoso y de la propia víctima son de igual rango y virtualidad jurídica, lo cual provoca la extinción por compensación de las responsabilidades pecuniarias. Por último, se encuentra la «*teoría de la moderación de la responsabilidad*» que permite en estos casos, que se produzca una moderación de la responsabilidad y una reducción de la cuantía indemnizatoria cuando la víctima contribuye al daño[90].

Los órganos judiciales han reconocido fundamentalmente en la aplicación de esta doctrina de la «concurrencia de causas», el criterio de la moderación de responsabilidad y, también en algunos casos, la «*teoría de la absorción*». Esta valoración de la concurrencia de causas no resulta afectada porque la víctima sea una persona inimputable[91] [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª),

89. Esta resolución mantiene que según reiterada doctrina jurisprudencial «*la aplicación del art. 1103 (que aunque no se cita en el recurso es el fundamento de la compensación alegada) está encomendada a la instancia y excede del ámbito de la casación*».

90. Cfr. MONTERROSO CASADO, E. *Responsabilidad Civil por Accidentes de Circulación… op. cit.* 2001, pp. 57 y 58.

91. Esta cuestión surge porque se entiende por inimputable a cualquier persona que es capaz de discernir entre las actuaciones adecuadas e inadecuadas, o de representarse mentalmente las eventuales consecuencias de su conducta. Esto plantea problemas porque existen supuestos en los que pueda atribuirse la producción del daño a una persona inimputable. En el ámbito de la responsabilidad subjetiva no se plantea problemas porque no generaría la obligación de indemnizar al no ser posible la imputación subjetiva del daño causado, en cambio, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, la actuación de la persona inimputable no exonera *a priori* de la obligación de indemnizar [cfr. REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de la responsabilidad…» *op. cit.* 2014, pp. 940 y 941]. Sin embargo, las disposiciones previstas en el artículo 1903 del

de 4 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4059)]. Además, para su admisión es necesario que la entidad de las culpas entre la víctima y el agente dañoso sean similares o que hayan contribuido de la misma manera a la producción del daño, para que no se produzca la absorción de culpas a favor o en contra de la víctima [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de febrero del 2000 (RJ 2000, 675) o de 11 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1996)][92]. No obstante, apunta el Profesor REGLERO CAMPOS que, en la valoración de la entidad de las culpas concurrentes no deben utilizarse criterios idénticos porque, si el evento dañoso surge por la materialización de un riesgo creado por el agente dañoso, entiende este autor que el sujeto que crea una situación de riesgo debe exigírsele un grado superior de diligencia que quien no lo crea[93]. Por último, en el caso de que la víctima y el agente dañoso se hayan provocado daños recíprocos, el criterio jurisprudencial es que se atribuya a cada uno de ellos los daños propios [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1587)].

Después de la exposición de las cuestiones generales que plantea la intervención causalmente relevante de la propia víctima, resulta preciso abordar qué actuaciones jurídicamente relevantes puede llevar a cabo el prestatario de los servicios jurídicos en la producción del hecho dañoso. En este ámbito su actuación puede desarrollarse en un doble contexto, por un lado, porque proporcionen al letrado instrucciones que repercutan negativamente en el desenlace del proceso judicial incoado, o porque incumplan su deber de colaboración con el profesional para la ejecución del encargo encomendado.

El otorgamiento por parte del cliente de instrucciones al profesional sobre su proceder se ha considerado causa de exoneración de su responsabilidad. No obstante, para que pueda dispensarse al abogado de la obligación de reparar

---

Código Civil no excluyen la posibilidad de que haya otras personas que se encuentren obligadas jurídicamente a responder de las actuaciones dañosas realizadas por las personas inimputables con base en la *culpa in vigilando.*

92. Por el contrario, se absorbe la culpa del agente por la actuación negligente de la víctima entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6745) y, en sentido contrario, han admitido que la culpa de la víctima del agente no tiene relevancia suficiente como para hacer desaparecer la del agente dañoso, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 527).

93. Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de la responsabilidad…» *op. cit.* 2014, pp. 953 y 955. Pues bien este autor mantiene que *«[…] si el grado de negligencia de quien controla el instrumento de riesgo es superior al de la víctima, ésta debería ser resarcida por el total de la cantidad indemnizatoria que le corresponda en atención a los daños sufridos o en un porcentaje quizá algo inferior (pero nunca en proporción a su grado de culpa), para lo que habrá de atenderse a las circunstancias que concurran en cada caso. Si el grado de culpa de la víctima es superior al del dañante, el porcentaje de detracción podría determinarse mediante un criterio objetivo, como por ejemplo, que la indemnización se redujera en la cantidad que resulte de detraer de 100 la diferencia entre las diferentes aportaciones causales»* [la cita pertenece a la p. 955].

los perjuicios irrogados es, a mi juicio, preciso que éste haya, en cumplimiento de su «*lex artis*», informado al cliente sobre las posibles consecuencias derivadas del seguimiento de sus instrucciones –tales como la prescripción o caducidad de la acción, el efecto de cosa juzgada sobre la resolución que rechaza recurrir, etc.[94]–, siendo además recomendable recabarlas por escrito, sobre todo, cuando el sentido de éstas es contrario al criterio técnico del profesional[95]. En contraposición, alguna autora ha manifestado que la aceptación de instrucciones contrarias al criterio técnico resultaría contraria al artículo 2.4 del Código Deontológico de la Abogacía que faculta al profesional a rechazarlas si contravienen su criterio[96], debiendo el letrado cesar en el asesoramiento o defensa del asunto cuando considere que no puede actuar con total independencia, evitando, en todo caso la indefensión del cliente.

En el curso causal, además de la incidencia que pueden tener las instrucciones del prestatario del servicio, la ausencia de colaboración del cliente para el correcto desempeño del encargo profesional encomendado puede tener también un papel causal relevante en la manifestación del resultado dañoso. El Código Civil no reconoce en el prestatario del servicio de manera expresa este deber de colaboración, aunque sí lo hace el artículo 1584 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación y los propios órganos judiciales. Este deber tiene especial relevancia en los servicios jurídicos en los que la colaboración del prestatario es relevante para la consecución de la pretensión objeto del contrato. Este deber se materializa fundamentalmente, en la necesidad de facilitar la información y documentos que obren en su poder, así como su asistencia a las actuaciones procesales en las que se requiera su comparecencia[97].

94. A efectos ilustrativos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.ª), de 13 de febrero de 2017 (JUR 2017, 45201) que rechaza la responsabilidad de los Letrados que no formularon recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cuando en las dos instancias anteriores los fallos de las sentencias eran contradictorios, por no recibir en plazo la oportuna orden de formalizarlo.

95. Admiten la existencia de responsabilidad del profesional de la Abogacía por no constar acreditadas por escrito las instrucciones del cliente, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5.ª), de 30 de enero de 2015 (AC 2015, 802).

96. MONTERROSO CASADO, E. «La responsabilidad del Abogado» *op. cit.* 2016, pp. 75 y 76. Esta autora alude a que la aceptación de instrucciones contrarias al criterio técnico resultan contrarias al artículo 2.2 del Código Deontológico de la Abogacía Española; sin embargo, esa previsión tras la aprobación del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado el 6 de marzo de 2019 se encuentra prevista en el artículo 2.4.

97. Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5.ª), de 21 de diciembre de 2018 (JUR 2019, 240039) reconoce respecto al deber de colaboración del cliente en el contrato de servicios lo siguiente, *«en la relación de arrendamiento de servicios en que se desenvuelve el encargo profesional por el que interviene el letrado, el cumplimiento de la prestación se configura más como negocio que como mero acto jurídico; dado que para su desenvolvimiento se requiere la colaboración del defendido, tanto en lo referente a la facilitación de información y documentos, como al hecho mismo de su concurrencia a las actuaciones procesales en las que se exige su comparecencia. De tal forma que no podemos compartir, como se pretende por el apelante, el razonamiento según el cual la mera designación o encargo al letrado*

Los órganos judiciales se muestran reacios a reconocer en sede de responsabilidad civil del letrado, supuestos en los que la culpa de la víctima sea causalmente relevante para la exoneración de la responsabilidad del profesional[98]. Así se ha considerado que el incumplimiento de la obligación de provisión de fondos no justifica la dejación de los intereses de defensa asumidos [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 17 de octubre de 2002 (JUR 2003, 80580)]; tampoco, la tardanza en el otorgamiento de poderes salvo que el profesional acredite sucesivos requerimientos para su otorgamiento [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª), de 6 de abril del 2000 (AC 2000, 1412) y del Tribunal Supremo de 2 de diciembre del 2003 (RJ 2003, 8471)]. Es quizás, la desidia del cliente, el principal motivo que puede justificar, según las circunstancias, la exoneración de responsabilidad del abogado; se admite el descargo de la responsabilidad profesional, a modo ejemplificativo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª), de 6 de abril del 2000 (AC 2000, 1412) y se rechaza en cambio, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª), de 22 de octubre del 2002 (JUR 2003, 126429) o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3.ª), de 18 de febrero del 2003 (JUR 2003, 157394).

5.1.2. La concurrencia de causas por intervención de un tercero: la intervención culposa del procurador de los tribunales

La determinación del nexo causal puede resultar también afectado por la actuación de un tercero ajeno a la relación entre el agente y la víctima. Para que su actuación pueda influir en la obligación de resarcir el daño causado, tiene que ser *antijurídica* y concurrir en ella un *factor de atribución*. La actuación del tercero puede obedecer a una conducta activa, mediante el desarrollo de una actividad que irrumpe en la que desarrollaba el sujeto que se presenta como responsable del evento dañoso, u omisiva, si sobre el tercero recae un deber de actuar.

La incidencia que tiene la actuación de un tercero a efectos de la causación del daño también se encontrará condicionada según estemos dentro del ámbito de la responsabilidad subjetiva u objetiva porque en esta última, para la determinación de si el hecho constituye o no una causa de exoneración de responsabilidad, resultará especialmente relevante el atender al criterio de la ajenidad o no al específico ámbito de aplicación de la ley especial, en el sentido de que el hecho del tercero sólo eximirá de responsabilidad cuando la causa provenga fuera del ámbito de aplicación de la ley especial, teniendo que

le transmite la responsabilidad respecto de cualquier consecuencia adversa del proceso, bien por falta oposición a los medios de defensa aportados de contrario, o bien por falta de aportación de medio probatorio para su contradicción, cuando, como es el caso, carece de la debida colaboración del interesado».

98. MONTERROSO CASADO, E. «La responsabilidad del Abogado» *op. cit.* 2016, p. 75.

irrumpir la causalidad de forma relevante, convirtiéndose en causa fundamental del daño, o bien resultar irrelevante para el curso causal interno[99].

En el ámbito de la responsabilidad civil del abogado puede tener especial incidencia la actuación del procurador de los tribunales como representante de la parte en el proceso y como cauce de comunicación entre ésta y el órgano judicial (cfr. artículo 543.1 y 543.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En la valoración de la relevancia causal que puedan tener estos representantes procesales, trataremos aquellos supuestos en los que su intervención no excluye la responsabilidad de los letrados, pero interfiere de tal modo en el curso de los acontecimientos que no puede ser atribuida de forma exclusiva al profesional de la Abogacía.

La actuación de las partes en el proceso requiere que para la defensa de las pretensiones del cliente intervengan casi siempre de manera preceptiva y simultánea el letrado y el procurador. Si bien cada uno de los profesionales tiene un determinado ámbito de actuación diferenciado en cuya delimitación ha influido decisivamente el Tribunal Supremo[100], existen ciertos casos, en los que todavía resulta difícil dilucidar la atribución de responsabilidades, siendo los casos paradigmáticos aquéllos en los que se produce una omisión culposa que comporta la caducidad del trámite procesal. Por tanto, habrá que averiguar a quién le corresponde la obligación profesional que ha motivado el incumplimiento contractual y el evento dañoso.

Los órganos judiciales han determinado, para circunscribir el ámbito de la responsabilidad de los abogados y de los procuradores, que la obligación de

99. REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de la responsabilidad…» *op. cit.,* 2014, p. 919.

100. En la delimitación de la actuación que corresponde al Letrado y al Procurador en el proceso tienen especial relevancia, tres resoluciones del Tribunal Supremo; en concreto, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 7 de abril del 2003 (RJ 2003, 3003), de 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682) y de 11 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3950), que, para MARTÍ MARTÍ, J. *La responsabilidad civil del Abogado y del Procurador,* Bosch, Barcelona, 2009, pp. 128-142, suponen el cierre del círculo de distribución de responsabilidades entre el abogado y el procurador. En concreto, la relación jurídica del primero con su cliente se deriva normalmente de un contrato de prestación de servicios (aunque, en el último tiempo, prefiere calificarse como un contrato de gestión), mientras que la relación del cliente con el procurador, se deriva de un contrato de mandato, en su modalidad de mandato representativo.

Sobre los deberes profesionales del procurador se ha afirmado que «*[…] sería contrario tanto a la profesionalidad […], como a los requisitos legalmente exigidos para ejercer la profesión, e incluso a la propia dignidad de ésta, su equiparación a una especie de mero servicio de mensajería entre los órganos jurisdiccionales y el Abogado. En consecuencia, debiendo considerarse que el ejercicio de la profesión de Procurador 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*» [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 de febrero del 2005 (RJ 2005, 1682)].

presentación de un escrito de personación para la interposición de un recurso y evitar que éste quede desierto es un deber del procurador y, por tanto, no entra entre las obligaciones del abogado [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 7 de abril del 2003 (RJ 2003, 3003) y de 11 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3950)] y, en cambio, la decisión de solicitar una anotación preventiva de embargo es un deber propio de la dirección técnica del procedimiento que corresponde al abogado [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 29 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2471)]. No obstante, existe un grupo no desdeñable de resoluciones que reconocen la existencia de una responsabilidad compartida de ambos profesionales en la causación del daño como, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), de 22 de marzo de 2019 (AC 2019, 1328), de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.ª), de 31 de marzo de 2014 (JUR 2015, 270441), de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 24 de marzo de 2011 (JUR 2011, 342508).

5.1.3. El daño causado por un miembro indeterminado de un grupo

Este supuesto no posee mucha incidencia en el ámbito de la responsabilidad civil de los letrados, porque como se ha indicado en el apartado precedente la posible concurrencia de responsabilidad de este profesional con otros sujetos se encuentra bastante delimitada. No obstante, en el tratamiento de la responsabilidad civil, sí que se puede encontrar algún caso en el que no pueda identificarse al causante del daño, aunque se conozca que ha sido producido por uno de los miembros de un grupo concreto de personas. Es un caso distinto, como indico, a los dos anteriores porque cuando en el curso causal ha intervenido la propia víctima o un tercero, se desconoce qué virtualidad causal ha tenido su actuación, pero los sujetos responsables se encuentran perfectamente identificados. En contraposición, en los supuestos de daño causado por un miembro indeterminado de un grupo, se ignora la identidad de cuál de ellos ha causado el perjuicio resarcible.

En las Leyes especiales de responsabilidad civil, existen algunos reconocimientos más o menos explícitos a este tipo de supuestos –cfr. artículo 33.5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza (en adelante, Ley de Caza) o el artículo 132 del TRLGDCU[101]–. La respuesta que proporcionan estas normas y que también se ha asumido por los órganos judiciales en supuestos distintos a los que entran dentro del ámbito de aplicación de las normas anteriores[102], es la

101. El reconocimiento que efectúa el artículo 33.5 de la Ley de Caza para los daños causados por un miembro indeterminado del grupo resulta más explícito que el previsto en el TRLGDCU que no prevé propiamente, en el contenido del precepto, la imputación de los daños en los que no conste el autor.

102. Se han considerado tradicionalmente ejemplos jurisprudenciales de la aplicación de esta doctrina, las Sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos, de 4 de diciembre de 1980 y de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 24 de enero de 1981.

solidaridad, esto es que todos los miembros son solidariamente responsables de los daños causados[103]. En relación a esta cuestión el Profesor PANTALEÓN PRIETO planteó que esta doctrina afecta al tratamiento de la culpabilidad y plantea la vigencia del *principio del in dubio pro reo* en el ámbito de la responsabilidad civil. Este autor reconoce que existen reconocimientos puntuales del régimen de solidaridad en algunos Códigos Civiles de nuestro entorno como el alemán y, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley de Caza –también, en el artículo 17.3 de la LOE (aunque este autor no hace referencia a este precepto)– que como son disposiciones excepcionales, no son extensibles analógicamente[104].

5.2. EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR: LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El agente causante del daño puede exonerarse de la obligación jurídica de reparar el daño causado cuando concurren los denominados «caso fortuito y fuerza mayor» *ex* artículo 1105 del Código Civil.

El artículo 1105 del Código Civil permite la exclusión de responsabilidad del deudor respecto al daño que objetivamente le resulta imputable por su falta de cumplimiento, cuando haya sido provocado por un suceso que no hubiera podido preverse, o que previsto, resultase inevitable. El referido precepto no distingue entre caso fortuito y fuerza mayor; sin embargo, la doctrina apunta la distinción entre ambas figuras atendiendo a dos criterios fundamentalmente, el primero, utiliza el criterio de la *previsibilidad del suceso*, de modo que se considera como «caso fortuito» aquel suceso imprevisible pero que, previsto, habría podido ser evitado y como «fuerza mayor» aquel acontecimiento que, aunque hubiera podido ser previsto no hubiera podido ser evitable. El

Más recientemente, pueden traerse a colación las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 11 de abril del 2000 (RJ 2000, 2148) que condenó solidariamente a los representantes de dos menores que disparando pistolas de aire comprimido provocaron la pérdida de la visión de un menor, sin que se pudiera comprobar en el proceso, cuál de los dos efectuó el disparo específico que causó la ceguera o la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6864) que condena solidariamente también, a dos dueños de una explotación agraria porque una de sus reses causó el fallecimiento de una persona; en el proceso tampoco se pudo identificar a cuál de los dos propietarios correspondía la vaca que provocó el óbito.

103. En este sentido se pronuncia expresamente BARRÍA DÍAZ, R. *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*. Tesis dirigida por LLAMAS POMBO, E. Universidad de Salamanca, 2009, p. 138, puede accederse al trabajo en el siguiente enlace: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/76243/DDP_Barria_Diaz_R_El_da%F1o_causado_por.pdf;jsessionid=F759957C489FA17DFC9DD519F2B7DCB1?sequence=1 [última visita: diciembre del 2020] o ARCOS VIEIRA, M. L. *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva… op. cit.* 2005, p. 60.

104. PANTALEÓN PRIETO, F. «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 2, 1983, p. 416.

segundo criterio, atiende a la *esfera de control del deudor*, de modo que el caso fortuito lo conformarían sucesos que tienen lugar en una esfera que alcanza el control del agente dañoso, mientras que se calificarán como fuerza mayor, aquéllos otros que se encuentren fuera de este ámbito de control[105].

Para que el deudor quede exonerado de la obligación de indemnizar en los supuestos de caso fortuito, en opinión de PANTALEÓN PRIETO, deben cumplirse tres requisitos: i) la falta de cumplimiento tiene que haber sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito de control del deudor; ii) tiene que tratarse de un suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar; iii) y, por último, ha de ser un suceso inevitable, en sí y en sus consecuencias empleando la diligencia que, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, correspondería a un buen padre de familia[106].

La virtualidad del caso fortuito y de la fuerza mayor, como causas de ruptura del nexo causal entre el daño y el comportamiento del demandado de la obligación jurídica de reparar el daño causado, tiene especial predicamento dentro del ámbito de la responsabilidad subjetiva –aunque no en el ámbito de la responsabilidad civil de los letrados–. Sin embargo, es frecuente en los regímenes de responsabilidad objetiva encontrar la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad –cfr. artículo 33.5 de la Ley de Caza, artículos 6.2 y 6.3 de la Ley 12/2011, artículo 32.1 de la Ley 40/2015– pero no, el caso fortuito, lo que en cierto modo, resulta coherente porque la fuerza mayor constituye un suceso extraño al ámbito de control del deudor, mientras que el caso fortuito resulta previsible pero inevitable.

105. BASOZABAL ARRUE, X. «La relación de causalidad» en SOLER PRESAS, A. y DEL OLMO GARCÍA, P. *Practicum de Daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 310 y 311. Sobre esta cuestión puede verse por resultar especialmente ilustrativa, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de septiembre de 1983 (RJ 1983, 4688). Por su parte, DELGADO ECHEVARRÍA, J. «Incumplimiento de la obligación» *op. cit.* 1994, p. 182 reconoce que existen materias como la relativa a los accidentes de trabajo en las que resulta especialmente importante la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor al objeto de determinar la responsabilidad del agente dañoso.
106. PANTALEÓN PRIETO, F. «Causalidad e imputación objetiva…» *op. cit.* 1990, pp. 1067 y 1068.

Capítulo VII

El daño ocasionado por el letrado: ¿el daño por pérdida de oportunidad o la pretensión como daño indemnizable?

Una vez articulada la noción del «daño jurídicamente indemnizable» y descartada la admisión de la configuración del daño ocasionado por el abogado como un «daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva» resulta preciso detenernos en la otra calificación que, tradicionalmente, la doctrina y los órganos judiciales efectúan del perjuicio cometido por el abogado, esto es, el «daño por pérdida de la oportunidad procesal».

El tratamiento de esta cuestión nos obliga a advertir, como prolegómeno, que la teoría de la pérdida de oportunidad puede abordarse desde una doble perspectiva: desde la teoría *ontológica* que identifica la pérdida de oportunidad como el daño causado por el agente dañoso que, a su vez, puede ser calificado como daño moral o como daño patrimonial o, desde la teoría *etiológica,* que aproxima la pérdida de oportunidad a la relación causal entre la conducta del agente dañoso y el perjuicio. Por ese motivo, para analizar la adecuación de la configuración del daño ocasionado por el abogado como un «daño por pérdida de oportunidad» deberemos adentrarnos en el estudio de esta teoría y en la aplicación que los órganos judiciales españoles efectúan sobre ésta dentro del ámbito objeto de nuestro estudio, pero también, de los médicos, por ser el primero en el que la teoría de la pérdida de oportunidad comenzó a aplicarse en España y porque, a diferencia de lo que sucede en relación con la responsabilidad de los abogados, se ha utilizado tanto la teoría *ontológica* como la *etiológica*.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

En la responsabilidad civil de los letrados y de los profesionales sanitarios fundamentalmente y, con menor incidencia, en la contratación pública, se ha

ido paulatinamente admitiendo la teoría de la pérdida de oportunidad, aunque también podría tener relevancia en otros ámbitos como las competiciones deportivas, juegos de azar o en las relaciones comerciales[1]. Esta teoría nació como un instrumento de facilitación probatoria que permitía, en supuestos de incertidumbre causal en los que no concurría una relación directa entre la acción u omisión y la producción del daño, atribuir al agente dañoso la privación de las expectativas que la víctima tenía sobre la obtención de una ventaja final o de evitación de un perjuicio. Es pues, un mecanismo de atribución de responsabilidad por el que se reconoce al perjudicado una indemnización en la que se resta la probabilidad de que el agente dañoso no fuera el causante del padecimiento. Así, se configura como una regla de indemnización o responsabilidad proporcional, en principio, destinada a resolver los problemas vinculados al nexo causal[2].

Esta teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en supuestos de *incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca*[3]. La *incertidumbre es estricta* cuando expresa una posibilidad seria y no desdeñable que, sin alcanzar el nivel máximo, supera el mínimo que permite asegurar que el agente dañoso no causó el daño[4]; es decir, para valorar si procede o no la aplicación de esta teoría, hay

1. TAPIA HERMIDA, A. J. «Seguro de Responsabilidad Civil y doctrina de "pérdida de oportunidad"» 2020, disponible en: http://ajtapia.com/2020/10/seguro-de-responsabilidad-civil-y-doctrina-de-perdida-de-oportunidad-conferencia-en-el-ii-congreso-internacional-de-derecho-de-seguros/ [última consulta: octubre del 2020] reconoce como esta doctrina de la pérdida de oportunidad puede extenderse *«[…] a otras clases de responsabilidad civil profesional y, por lo tanto, a su asesoramiento. Estamos pensando en la responsabilidad civil de administradores de administradores y directivos de sociedades y a los seguros que cubren los siniestros de este tipo (los llamados seguros de D&O). En particular, cuando se trata de los seguros de la responsabilidad civil de los altos cargos de entidades financieras, la finalidad tuitiva de colectivos numerosos de terceros perjudicados, la dificultad de probar la relación causal precisa entre el acto negligente y el daño económico –muchas veces, difuso– ocasionado y la necesidad de da dar respuesta justa a los daños sufridos son otros tantos argumentos para plantear esta posible extensión ya que, según veremos, están en la estructura básica de la teoría o técnica de la perdida de oportunidad».*
2. Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad […]» *op. cit.,* 2014, pp. 794 y 795. Este autor mantiene que la teoría de la pérdida de oportunidad evita las drásticas consecuencias que proporciona la teoría causal tradicional del «todo o nada» porque permite distribuir el peso de la incertidumbre entre las dos partes implicadas, porque la responsabilidad se determina en la proporción en la que el agente habría intervenido en el proceso dañoso por las dificultades probatorias que se enmarcan en el caso.
3. Sobre estos requisitos pueden verse, MEDINA ALCOZ, L. «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la Responsabilidad patrimonial…» *op. cit.* 2011, pp. 545 y 546. En idéntico sentido también, REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.*, 2014, pp. 791 y 792.
4. Para la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad es necesario que el Juez llegue al convencimiento de que la víctima poseía un «fumus boni iuris», o unas posibilidades serias de éxito de su pretensión, así MUSOLINO, G. «Responsabilità dell'avvocato per perdita della chance di appellare la sentenza sfavorevole» en *Responsabilita'*

que analizar la probabilidad de que las pretensiones frustradas llegaran a materializarse en el evento futuro que ha sido privado por el agente dañoso. La *incertidumbre* debe ser, además, *irreversible*, es decir, la *chance* ha debido ser inexorablemente sacrificada como consecuencia de la intervención del agente dañoso. Por último, la *incertidumbre* debe ser *intrínseca*, no propiciada por la propia víctima, de modo que opera cuando la víctima del daño únicamente puede probar la existencia de posibilidades reales para la consecución de la ventaja.

Los elementos expuestos han justificado que se haya considerado que la pérdida de oportunidad «*constituya una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades*»[5].

Esta teoría de la pérdida de oportunidad permite disminuir las dificultades para en la indemnización de supuestos en los que no existe certeza sobre cuál habría sido el resultado final si no se hubiera producido la actuación negligente del agente dañoso. La situación de incertidumbre expuesta sobre la causa que produce el resultado final resulta especialmente visible, en el ámbito de la responsabilidad profesional de sanitarios y abogados, y ello porque su posible actuación negligente genera un perjuicio constatable (desestimación judicial de las pretensiones del cliente, fallecimiento, secuelas) pero sobre el que existen dudas de si, efectivamente, se hubiera manifestado si hubiera desaparecido del curso causal la actuación del profesional negligente.

Civile e Previdenza, n.º 4, 2010, p. 835 considera que «*secondo la giurisprudenza, il giudice della responsabilità deve compiere una valutazione prognostica circa la sussistenza di un consistente fumus boni iuris o, se si vuole, di serie e apprezzabili possibilità di successo (chance) dell'azione*».

5. Cfr. TRIGO REPRESAS, F. A. *Reparación de daños por mala praxis médica*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999. Por su parte, resulta también interesante traer a colación la reflexión de GALLARDO CASTILLO, M. J. «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria; la doctrina de la pérdida de oportunidad» *en Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 45-46, 2015, p. 38 que considera que con la doctrina de la pérdida de oportunidad se produce «*una situación de coexistencia de un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Lo primero en cuanto que de no haber interferido en el curso causal de los acontecimientos la acción de un tercero, la víctima habría conservado la oportunidad o chance de obtener un beneficio o de evitar una pérdida o un perjuicio. Lo segundo, en cuanto a que, aún sin la interferencia de un tercero y, por tanto, aun manteniéndose incólume la situación, no puede garantizarse a ciencia cierta que el resultado final no se hubiera producido, puesto que, si así fuera, ya no estaríamos en presencia de una "pérdida de oportunidad" sino ante un supuesto de responsabilidad patrimonial con derecho a una indemnización plena*».

El fundamento de esta teoría es evitar que la víctima quede sin reparación por las dificultades que tiene la prueba del nexo causal y que pueden generarle, en cierto modo, una situación de desigualdad frente al agente dañoso por no poseer conocimientos o medios para poder determinar si hubo, o no, causalidad entre la actuación eventualmente negligente y el daño causado[6]. También se ha articulado como un mecanismo idóneo para evitar la solución que provoca la aplicación de la teoría causal «del todo o nada», al permitir la distribución del peso de la incertidumbre entre la víctima y el agente dañoso, presentándose, así como una fórmula acomodada a la sensibilidad judicial[7]. Recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 613) ha reconocido que la teoría de la pérdida de oportunidad puede desarrollar una función paliativa de las dificultades probatorias sobre el nexo causal entre un hecho y el resultado dañoso porque «*existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad*». En cualquier caso, la víctima tiene que probar, aunque sea presuntamente, que cuenta con circunstancias fácticas que acreditan una probabilidad razonable de que sin la intervención del agente dañoso se habría obtenido la ventaja pretendida[8].

---

6. Para BERROCAL LANZAROT, A. I. «A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado» en *Revista de la Escuela de Medicina Legal,* n.º 16, 2011, p. 31, «*la aparición en escena de la teoría de la pérdida de oportunidad […] introduce un nuevo criterio normativo no con el fin de negar relevancia resarcitoria a causas físicas probadas, sino a la inversa, para condenar al agente, pese a que su actuación, no se presenta como condición necesaria del menoscabo o daño*». En la misma línea, GALLARDO CASTILLO, M. J. «Causalidad probabilística, incertidumbre causal…» *op. cit.* 2015, p. 37 afirma que la teoría de la pérdida de oportunidad «*al igual que el resto de los mecanismos paliativos de la carga de la prueba en la reclamación por daños, el recurso a la doctrina de la pérdida de oportunidad viene auspiciado, en aplicación de los principios de favor victimae o pro damnato, por una suerte de justicia material en aquellos casos en que se deduce que la víctima ha sufrido un daño que no debía soportar en relación con la situación inicial de la que partía*». También, esta finalidad de la teoría de la pérdida de oportunidad es apreciada por MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 79 y 80 quien considera que esta teoría «*se trata de una técnica emparentada con otras surgidas en el marco de la responsabilidad civil, como la denominada "prueba por presunciones" o la teoría de la creación (o incremento) del riesgo, que persiguen evitar que la dificultad de probar la causalidad en determinados sectores (actividades sanitarias e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos y concursos) conduzca a la completa exoneración de quien, con su actuación, pudo provocar el daño*».
7. Esta representación de la teoría de la pérdida de oportunidad es advertida por REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.* 2014, p. 794.
8. En este sentido, MUSOLINO, G. «Responsabilità dell'avvocato…» *op. cit.* 2010, p. 835 mantiene que «*La perdita in esame, perciò, viene in considerazione come danno risarcibile a condizione che il soggetto danneggiato dia la dimostrazione, pure in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e allegate in maniera puntuale, la sussistenza di un valido elemento causale fra il fatto e la probabilità ragionevole della verificazione futura del dann*» Por su parte, SOLURI, G. «Il risarcimiento del danno da perdita di chance:

La teoría de la pérdida de oportunidad se encuentra estrechamente vinculada a la causalidad, pero se ha producido una evolución jurisprudencial y doctrinal, que ha transformado este instrumento procesal, destinado *ab initio* a operar como una fórmula para aligerar la exigencia de la concurrencia del nexo causal, pasando a ser configurado como un daño autónomo de carácter patrimonial o moral, que no se identifica con el daño final sino que constituye un daño previo o intermedio que es «*la pérdida de oportunidad*»[9]. Es necesario en este sentido analizar qué aplicación jurisprudencial se hace de esta doctrina en el ámbito de la responsabilidad sanitaria y en la de los letrados, porque la configuración que se realice de los perjuicios resarcibles va a condicionar la estimación de una eventual demanda de responsabilidad, al facilitar o dificultar el reconocimiento del nexo causal en este ámbito[10].

En nuestra jurisprudencia, la principal causa de desestimación de las demandas de responsabilidad civil de los abogados es la falta de reconocimiento de nexo causal entre la conducta negligente del profesional y el perjuicio causado, sobre todo cuando el daño se identifica con la pérdida de la pretensión del cliente, al considerarse que esa articulación del daño impide el reconocimiento del nexo causal con la actuación profesional negligente[11].

Breve analisis di questa particolare técnica risarcitoria del danno applicabile alla responsabilità contrattuale ed aquiliana» en *Rivista di informazione guiuridica*, 2017, p. 3 considera que la pérdida debe ser probada por la persona lesionada conforme a criterios de verosimilitud, para acreditar que la posibilidad es no despreciable de acuerdo con la regla causal de que es más probable la realización de la utilidad esperada que de que no se materializase.

9. LUNA YERGA, A. «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2005, p. 4. También en este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil: contractual y extracontractual op. cit.* 2001, p. 214 cuando aborda la cuestión de la prueba de la causalidad hace referencia a la transformación en el uso de la teoría de la pérdida de la oportunidad al reconocer que *«[…] se facilita la posición del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria que presume al médico autor de un daño abstracto que presume al médico autor de un daño abstracto. Por medio de este artificio judicial, se sustituye la reparación de un daño no probado por la indemnización de equidad, a la vista de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de posibilidad de curación»*.

10. ARCOS VIEIRA, M. L. *Responsabilidad Sanitaria por Incumplimiento del Deber de Información al Paciente,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 53 reconoce que el éxito de una demanda de responsabilidad civil *«[…] se encuentra directamente relacionado con una correcta delimitación del daño cuya indemnización se reclama, por lo que ambos aspectos –nexo causal y daño indemnizable– mantienen una clara interdependencia que aconseja llevar a cabo un análisis integrado de ambos elementos»*.

11. En esta línea, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 210 apunta como *«[…] esta imposibilidad de entablar, en todo caso, un nexo causal entre la conducta imperita o negligente del abogado y el resultado dañoso, identificado éste con la insatisfacción de la pretensión del cliente, o con la pérdida del litigio, se encuentra en la base de la mayoría de las decisiones jurisprudenciales que niegan la existencia de responsabilidad civil»*.

En cambio, si se configura este daño como la pérdida de oportunidad, no se plantean problemas en torno al nexo causal, al poder mantener la compatibilidad, en los supuestos de incertidumbre causal, entre este daño intermedio (la oportunidad perdida) y la configuración tradicional de la indivisibilidad de la causa[12].

Se plantea, por tanto, la existencia de una dicotomía en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en este ámbito, esto es, su posible vinculación con el presupuesto del nexo causal, que permita la valoración de la probabilidad de que el profesional negligente causara el perjuicio final o, por el contrario, su identificación como un perjuicio resarcible, de naturaleza moral o patrimonial.

Con anterioridad a exponer el tratamiento que en el ámbito de la responsabilidad civil de médicos y letrados se hace de esta doctrina, vamos a plantear la articulación de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable y como teoría causal.

1.1. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO INDEMNIZABLE: LA TEORÍA ONTOLÓGICA Y SU CONFIGURACIÓN COMO DAÑO PATRIMONIAL O COMO DAÑO MORAL

La teoría de la pérdida de oportunidad, como se ha señalado, nació vinculada al presupuesto de la relación de causalidad para favorecer que se estime la concurrencia de responsabilidad civil cuando existe incertidumbre sobre la incidencia que la actuación del agente dañoso ha tenido en la producción del daño. Sin embargo, esta teoría ha evolucionado para acercarse al presupuesto del daño, dando lugar a la teoría ontológica o autonomista de la pérdida de oportunidad.

La identificación de la pérdida de oportunidad como un daño indemnizable supone admitir como perjuicio la frustración de la posibilidad de obtención de una ganancia o de evitar un perjuicio por la intervención negligente

---

Recientemente, se ha negado la existencia de responsabilidad profesional del abogado por la ausencia de nexo causal entre la conducta negligente y el daño configurado como la pérdida de pretensión del cliente entre otras, en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5.ª), de 31 de octubre de 2019 (JUR 2020, 41176), de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª); de 18 de febrero de 2014 (JUR 2014, 81322), de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.ª), de 8 de enero de 2014 (JUR 2014, 24855); de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 11 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 5828).

12. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 244 y 245 respecto a la indivisibilidad de la causa señala que «*supone que el vínculo etiológico, en el plano de la realidad objetiva, es o no es, por lo que, en el plano del Derecho, sólo puede afirmarse o negarse, es decir, tenerse por cierto y demostrado o por incierto e indemostrado, sin que quepa hablar, estrictamente, de grados, niveles, cupos, porciones, fracciones o cuotas de causalidad*».

del agente dañoso al que se le hace responder sobre la base de que con su actuación pudo causar el perjuicio[13]. De modo que la pérdida de oportunidad se presenta como un daño autónomo vinculado a la privación de una expectativa que tiene atribuido un determinado valor[14].

La teoría ontológica de la pérdida de oportunidad no reconoce el perjuicio resarcible con el eventual daño final que podría provocar la actuación negligente, sino como un daño autónomo. No obstante, como acertadamente señala el Profesor MEDINA ALCOZ, este daño final constituye una referencia imprescindible, porque es una parte del supuesto de hecho considerado, en tanto que, el daño por pérdida de oportunidad (daño intermedio) se configura como la frustración de la posibilidad de obtener esa ventaja en el momento en que ésta se presentaba como posible, aunque su realización fuera insegura[15].

La oportunidad se configura como un ente que está destinado a desaparecer, bien porque no llegue a materializarse o porque acabe traduciéndose en un beneficio real y concreto[16]. En la línea de lo expuesto, la pérdida de la *chance* subyace en todos los supuestos en los que el agente dañoso, con su actuación, ha roto o interrumpido el curso de un proceso en el que la víctima del daño tenía ciertas probabilidades de conseguir un resultado favorable.

La admisión de la teoría ontológica de la pérdida de oportunidad supone que la incertidumbre sobre la producción del resultado ya no se busca en el seno de la relación de causalidad, sino en la esfera del daño, al configurarse la pérdida de oportunidad como un daño intermedio[17] basado en las

13. La doctrina francesa atribuye a la pérdida de oportunidad un doble sentido, la pérdida de oportunidad de obtener un beneficio *«perte d'une chance de réaliser un profit»* o de evitar una pérdida «*perte de une chance d' éviter une perte»* [cfr. VINEY, G, JOURDAIN, P., CARVAL, S. *Les conditions de la responsabilité op. cit.*, 2006, pp. 140 y 141]. Por su parte, ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARÉS, I. «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica» *op. cit.,* 2013, p. 233 consideran cuestionable la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, *«[…] ya que contradice un postulado básico del derecho de daños: incurre en responsabilidad quien causó un daño, no alguien del que sólo se sabe que pudo causarlo»*.
14. TRIGO REPRESAS, F. A. *Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 1991, p. 175 considera que «*la "chance" es sustantiva en sí misma, y la mera posibilidad de obtener una ganancia o ventaja lleva de por sí implícito un valor indiscutible»*. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del Letrado op. cit.* 2019, p. 139 ha concluido que la pérdida de oportunidad «*constituye una nueva categoría de daño, distinta conceptualmente con el daño emergente que no se ha evitado, distinta del lucro cesante o ventaja o beneficio final esperado, y distinta del daño moral y distinta también del daño material, por más que quepa encajarlo casi siempre como una especie o subclase de este último*».
15. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 349.
16. Cfr. MÜLLER, C. *La perte d'une chance*, Stämpli Verlag, Bern, 2002, p. 250.
17. Con la expresión «daño intermedio» me refiero a la identificación del daño indemnizable, en los supuestos en los que existe incertidumbre sobre la vinculación causal entre la actuación del responsable y el perjuicio ocasionado, con un perjuicio previo que puede ser atribuido causalmente al agente dañoso.

probabilidades que tenía de materializarse la ventaja o de no producirse el evento dañoso[18].

La teoría de la pérdida de oportunidad se aplica con carácter subsidiario en los supuestos en los que la víctima únicamente puede demostrar que se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para la materialización de las *chances* en una ventaja final[19]. El ámbito de aplicación de la doctrina de la teoría de la pérdida de oportunidad se delimita por dos extremos polarizados, por un lado, los supuestos en los que la probabilidad de obtención de la ventaja es nula y, por otro, aquéllos en los que se aprecia que la posibilidad de obtención de esa ventaja es rayana a la certeza. Por tanto, surgen tres escenarios posibles, los casos en los que la viabilidad de la oportunidad es escasa, los que la viabilidad es razonable y en los que es certera. En el primero y último caso, la teoría de la pérdida de oportunidad carece de predicamento porque si la viabilidad es escasa, no existe certeza del nexo causal, y, en los que la probabilidad de que se hubiera obtenido la ventaja es rayana a la certeza, el daño sufrido no es la pérdida de la oportunidad, sino la pérdida de la ventaja. Por exclusión, el ámbito de la teoría de la pérdida de oportunidad se materializa en aquellos en los que las posibilidades de que la víctima obtuviera un resultado no son insignificantes, sino que son serias y reales, pero no suficientes para dar por cierto el hecho causal[20].

El valor de la pérdida de oportunidad tiene como límite cuantitativo el valor de la pretensión o de la oportunidad perdida[21]. Así, una de las características esenciales de esta doctrina es que su aplicación conlleva el reconocimiento de indemnizaciones cuantitativamente inferiores a la pretensión del cliente como fórmula para neutralizar la posible desestimación de la demanda

18. BÉNABENT, A. *Droit des obligations op. cit.* 2018, p. 510 destaca que la teoría de la pérdida de oportunidad surgió *«pour éviter ce système du "tout ou rien", la jurisprudence a-t-elle introduit une notion permettant de prendre une decisión intermédiaire: la notion de "perte d'une chance". Cette notion est utilisée lorsque l'existence ou l'entendue du préjudicie dépendait d'un événement aléatoire auquel la victime n'a pu participer […]».*

19. Sobre el carácter subsidiario de la teoría de la pérdida de oportunidad procesal MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 90; CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 368. Especialmente reseñable a estos efectos es lo señalado por XIOL RÍOS, J. A. «El daño moral y la pérdida de oportunidad» *op. cit.* 2010, p. 20 al afirmar que «*el principio de la pérdida de oportunidades no se nos ofrece como un principio general del Derecho, ni siquiera como un principio general de la responsabilidad civil. Antes al contrario, su ámbito es similar al de determinadas cláusulas de cierre del sistema, que se nos ofrecen como cláusulas ortopédicas para situaciones de insuficiencia probatoria. En este sentido, su papel sería similar al del principio pro damnato […] si se admite francamente su carácter de principio corrector de las reglas sobre carga de la prueba y no sólo de instrumento de interpretación apto para solucionar supuestos de concurso de normas».*

20. BÉNABENT, A. *Droit des obligations op. cit.* 2018, pp. 510 y 511. También en esta línea, MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 88 y 89; CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 370.

21. En este sentido también, LE TOURNEAU, P. y CADIET, L. *Droit de la responsabilité* Dalloz, París, 1996, p. 198. También, MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 350.

por no poder obtener el grado suficiente de certeza causal para atribuir al agente dañoso el perjuicio final[22].

El *quantum* de la pérdida de oportunidad se calculará atendiendo al porcentaje de probabilidad de haber obtenido la materialización de la pretensión si no hubiera mediado el hecho ilícito. La aplicación de estos criterios en el ámbito sanitario supone que cuando el daño se identifique con la pérdida de oportunidad, el profesional será condenado a indemnizar no el perjuicio final sufrido por el paciente –daño corporal y en último término, la muerte–, sino por el valor de las expectativas o probabilidades de curación o supervivencia. Por su parte, cuando se aplique esta doctrina a la responsabilidad civil de los abogados, tampoco se identifica el daño con la pretensión final del cliente, sino que se valorará el daño por pérdida de oportunidad en relación con la probabilidad de estimación de las pretensiones del destinatario del servicio, teniendo en todo caso, como límite, el valor de la pretensión final.

En la aceptación de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable, SOLER PRESAS limita la admisibilidad de los daños por pérdida de oportunidad a aquellos supuestos en los que el fin del contrato incumplido sea facilitar al acreedor la posibilidad de obtenerla. Esto es, en supuestos de contratos aleatorios, considerando que en el resto de los casos, no existe razón que justifique para esta autora, el resarcimiento económico de la mera posibilidad de obtener el lucro[23].

A continuación, se va a exponer la teoría ontológica o autonomista de la pérdida de oportunidad dentro de la que resulta posible distinguir dos posibles construcciones, las que identifican la pérdida de oportunidad como un daño patrimonial, por considerar que se trata de un atentado al patrimonio económico (*teoría ontológica del perjuicio patrimonial*) y los que estiman que comporta un atentado contra el patrimonio personal de la víctima (*teoría ontológica del perjuicio personal*)[24].

22. ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria op. cit.* 2008, pp. 51 y 90. Esta cuestión quizás obedece a la concurrencia en el daño por pérdida de oportunidad de un elemento de certeza y otro de incertidumbre, en este sentido, apunta ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 274 que, la pérdida de oportunidad constituye una particular modalidad de daño en el que coexiste un elemento de certeza consistente en que de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener la oportunidad y la incertidumbre, en torno a si efectivamente se habría obtenido la ganancia o se hubiera evitado la pérdida.
23. SOLER PRESAS, A. *La valoración del daño en el contrato de compraventa op. cit.* 1998, p. 77. Esta autora apunta, además, que «*fuera de los supuestos paradigmáticos de los contratos aleatorios, el resarcimiento de la pérdida de oportunidad de ganancia sólo procede cuando el probable desarrollo favorable de las contingencias que afectan a su obtención fuera tan elevado que pudiera ciertamente concluirse que se trata de un (simple) lucro cesante*».
24. Realiza un tratamiento pormenorizado y crítico de estas construcciones en su obra MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 350 y ss.

1.1.1. El daño por pérdida de oportunidad: La teoría ontológica del perjuicio patrimonial. La patrimonialidad de la *chance*

La teoría ontológica del perjuicio patrimonial articula la oportunidad como un bien o interés del que es titular la víctima y que resulta lesionado por el agente dañoso. La configuración de la oportunidad perdida como un daño de naturaleza patrimonial tiene un especial predicamento entre la jurisprudencia y la doctrina italiana[25] que califican la pérdida de oportunidad como un activo de la víctima cuya lesión debe ser indemnizada, «*un' entità patrimoniale autonoma, la cui violazione integra una lesione all'integrità del patrimonio*» por lo que su pérdida provoca un daño emergente, pero también se puede configurar como un lucro cesante, por suponer la pérdida de ganancias o de ingresos futuros[26].

---

y alude también a esta cuestión, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria op. cit.* 2008, pp. 78 y ss.

25. Reconocen el especial predicamento que tiene esta configuración de la pérdida de oportunidad entre la doctrina y la jurisprudencia italiana MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 350 mantiene que «*Italia es, probablemente, el país en el que la teoría ontológica goza de mayor predicamento […] la mayor parte de la doctrina considera que la "chance" constituye un bien económico cuya privación explica el surgimiento del crédito resarcitorio*». Por su parte, para ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria op. cit.* 2008, p. 78 el empeño de la jurisprudencia y la doctrina italiana para justificar la oportunidad como un bien de naturaleza económica puede justificarse por las restricciones legales en Italia, para indemnizar los daños morales, fuera de los casos previstos en la Ley.

    Entre la doctrina francesa, destaca como partidario de esta teoría CHABAS, F. «La perdita di "chance" nel diritto francese della responsabilità civile», *Resp. Civ. Previd*, 1996, p. 228 entiende que la relación causal queda afirmada no en relación con el perjuicio final, sino a la pérdida en sí misma considerada de obtener la ventaja, que constituye una ventaja económica frustrada que se valora en función de su consistencia probabilística. Por eso, este autor, mantiene que con la teoría de la *chance* no se altera la configuración tradicional del nexo causal, sino que con base en ella, se acepta un nuevo tipo de daño.

26. MUSOLINO, G. «Reponsabilità dell, avvocato per perdita…» *op. cit.* 2010, p. 836. También, en este sentido, SABATINI, F. «La valutazione dei vantaggi di una diversa prestazione del profesionista: una nuova ipotesi di responsabilità dell'avvocato?» en *Giustizia Civile*, n.º 9, 2008, p. 2026 considera que *«la perdita di opportunità è un bene patrimoniale che può giustificare il risarcimento del danno»*. Por su parte, APRILE, A., FABRIS, A. y RODRÍGUEZ, D. «Dal nesso di causalità al danno da perdita di chance» en *Danno da perdita di chance nella responsabilità médica,* Padova University Press, Padova, 2014, p. 40 justifica la configuración de la pérdida de oportunidad como un daño resarcible sobre la base de que el problema de determinación del nexo causal se ha transpuesto al nivel del daño indemnizable al entender que, *«La probabilità, perciò, da strumento per conseguire la dimostrazione di un fatto, da ingranaggio nella valutazione del nesso causale tra fatto ed evento, diviene oggetto stesso della lesione, il cui sacrificio priva il soggetto della possibilità di cercare di ottenere un risultato favorevole»*.

    La Corte Suprema italiana ha declarado, entre otras, en sus Sentencias (Sección 1.ª), de 13 de abril del 2017 y de 30 de septiembre de 2016 que *«il danno patrimoniale da perdita di una "chance" costituisce un danno patrimoniale risarcibile, quale danno emergente, qualora sussista un pregiudizio certo (anche se non nel suo ammontare) consistente nella perdita*

Los partidarios de esta teoría califican la *chance* como una entidad de activo económicamente independiente y, por tanto, el menoscabo ocasionado a la materialización de esa oportunidad supone una lesión al patrimonio de la parte porque privan a la víctima de la posibilidad de obtener una determinada utilidad. En la doctrina italiana se distinguen dos corrientes dentro de la configuración de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable. La primera identifica el daño por pérdida de oportunidad como la pérdida de ganancia, es decir, la privación de la posibilidad de lograr un resultado favorable. Esta configuración tiene como principal inconveniente que requiere un importante esfuerzo probatorio por parte de la víctima para acreditar que no se trata de un daño futuro. La segunda, que es la que presenta mayor predicamento en nuestra doctrina, supone admitir que la pérdida de oportunidad es un daño emergente, una consecuencia directa o inmediata del incumplimiento contractual[27]. La oportunidad constituye pues, para éstos últimos, una entidad económica e inmaterial, pero preexistente en el patrimonio de la víctima con anterioridad a que se produjera el hecho ilícito.

Entre la doctrina española esta configuración de la pérdida de oportunidad como daño patrimonial tiene bastante predicamento. Se muestran partidarios de configurar la pérdida de oportunidad como daño autónomo, en cierto modo, diferenciado de las concepciones tradicionales del daño, entre otros, el Profesor YZQUIERDO TOLSADA porque considera que «*no se trata del clásico lucro cesante, […] pues una cosa es la incertidumbre sobre el beneficio que se habría podido obtener y otra la certeza sobre la posibilidad que se tenía antes de perderse la oportunidad y la certeza que se tiene de que esa probabilidad ya no existe*»[28]. Por su parte, la Profesora SERRA RODRÍGUEZ considera que es más adecuado articular la pérdida de oportunidad como un daño emergente que como un lucro cesante porque el responsable produce *per se* un daño consistente en la frustración, más o menos grave, de obtener una expectativa legítima que comporte un resultado útil y cuya probabilidad se encontrara en el patrimonio del sujeto en el momento de sufrir la lesión[29]. De forma menos categórica,

---

di una possibilità attuale ed esige la prova, anche presuntiva, purché fondata su circostanze specifiche e concrete, dell'esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità, la sua attuale esistenza e che il risarcimento in parola può essere, in altri termini, riconosciuto solo quando la "chance" perduta aveva la certezza o l'elevata probabilità di avveramento, da desumersi in base ad elementi certi ed obiettivi».

27. SOLURI, G. «Il risarcimiento del danno da perdita…» *op. cit.* 2017, pp. 1-3.
28. YZQUERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual op. cit.* 2001, p. 153. Este autor matiza en su obra *op. cit.* 1993, p. 190 que «*concepto distinto al del lucro cesante es el de la pérdida de probabilidades […] si en el lucro cesante estamos ante la certeza de una situación jurídicamente idónea por parte del sujeto que le permitía esperar unas ganancias en el futuro (y acaso en el presente), en la "pérdida de probabilidades" se da la ausencia de tal certeza».*
29. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, pp. 225-227. Esta autora reconoce para justificar la calificación del daño por pérdida de oportunidad dentro del concepto de daño emergente, que «*tradicionalmente la distinción entre el*

el Profesor LUNA YERGA también califica la pérdida de oportunidad como un daño, no identificándolo con el concreto perjuicio sufrido por la víctima, sino como una reparación específica por el valor de la oportunidad perdida[30].

Entre los autores españoles que admiten la configuración de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable, debemos destacar un sector que hace depender la configuración de este daño como patrimonial o moral según la noción del daño jurídico asumida y del concreto interés que resulte frustrado a consecuencia de la conducta del responsable. Así, mantienen que la calificación del daño como patrimonial o extrapatrimonial dependerá de la naturaleza que corresponda al interés que resulte afectado por la frustración de la posibilidad de su satisfacción[31].

La presencia de esta oportunidad dentro del patrimonio de la víctima se hace depender del grado de probabilidad de que el acto ilícito fuera causa del evento dañoso, lo que exige que el porcentaje de probabilidad de consecución

---

daño emergente y el lucro cesante se ha realizado con base en el interés del perjudicado, tomando como criterio si tal interés hace referencia a un bien perteneciente a su patrimonio al tiempo del daño, o, por el contrario, a alguno que, en el momento del daño, no existiera aún en su patrimonio. A tales efectos, cuando se ocasiona una lesión a una entidad que el perjudicado tenía ya en su esfera patrimonial se entiende que se ha verificado un daño emergente. En cambio, tratándose de lucros cesantes los títulos de adquisición de estas ganancias no tienen por qué existir en el patrimonio del acreedor en el momento del daño. Se requiere tan sólo que en dicho momento tenga el perjudicado alguno de los presupuestos para obtener el lucro y que el incumplimiento los haga desaparecer, impidiendo de este modo la realización del lucro previsible razonablemente».

30. LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria op. cit.*, 2004, pp. 458 y 459 «*el principio de la pérdida de oportunidad se entiende como un principio sobre el daño, al considerar indemnizable la mera pérdida de oportunidad, pero al tiempo permite aliviar al demandante la prueba de la relación de causalidad, ya que altera el objeto de la prueba de la relación de causalidad, que pasa a ser una causalidad aleatoria*». Este autor en su trabajo posterior «*Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria» op. cit.* 2005, p. 15 parece que va admitiendo el peso que esta doctrina en el ámbito de la relación de causalidad al señalar que «*se considera la doctrina de la pérdida de oportunidad como un instrumento de facilitación probatoria que interviene en aquellos procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria en que, conforme a las reglas tradicionales de prueba, no hubiera sido posible acreditar la relación de causalidad entre la negligencia médica y el daño sufrido por el paciente*».

31. En este sentido se posicionan ILLESCAS RUS, A. V. «El daño moral estricto» *op. cit.* 1999, p. 256 que hace depender la naturaleza de la oportunidad de la ventaja apetecida; CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 388; NAVEIRA ZARRA, M. M. *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual op. cit.* 2006, p. 94 o VICENTE DOMINGO, E. «El daño» *op. cit.* 2014, p. 336 quien ejemplifica la distinta configuración que se hace del daño por pérdida de oportunidad destacando que «*cuando lo que se pierde es la oportunidad o posibilidad de que se reimplante la mano de un trabajador, la naturaleza de este daño es extrapatrimonial o moral. Sin embargo, cuando lo que se pierde es la oportunidad de reclamar una indemnización por un daño emergente, su naturaleza será patrimonial porque lo que se ha desvanecido es la posibilidad de recuperar el gasto como tal*».

de la ventaja sea superior al de su frustración[32]. Esta preexistencia de la *chance* en el patrimonio de la víctima resulta especialmente criticada por el Profesor MEDINA ALCOZ quien considera que no resulta posible configurar las probabilidades de consecución de una ventaja como una propiedad que esté integrada en el patrimonio económico. Para sustentar esta afirmación señala que la indemnización por pérdida de oportunidad únicamente surge cuando la *chance* se suprime, pero no cuando se deteriora o disminuye, de tal forma que si se tratara de una propiedad, el resarcimiento también sería necesario cuando se limitan las posibilidades pero no se suprimen totalmente[33].

La admisión de que la *chance* preexiste en el patrimonio económico de la víctima del daño se verificará necesariamente *ex post*, porque el juzgador tendrá que valorar hipotéticamente, si una vez producido el evento dañoso, éste responde causalmente a la actuación del agente dañoso, lo que dependerá en buena medida de la información que la víctima pueda aportar para conectar causalmente la actuación negligente con el daño sufrido. Por tanto, no es factible valorar si la víctima en el momento en el que se produce el daño tenía la *chance* integrada en su patrimonio.

En otro orden de cosas, este autor también apunta como crítica, que las oportunidades expresan la probabilidad de obtención de una ganancia futura o de evitar la producción de un daño, de modo que esas probabilidades no son un bien patrimonial que pueda admitir como regla general, actos de disposición,

32. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 352 y 360. Dentro de la teoría ontológica del daño por pérdida de oportunidad existe una corriente radical mantenida por JOSEPH H. KING en su trabajo «Reduction of likelihood: reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine» *University of Memphis Law Review* n.º 492, 1998 que considera que la *chance* más insignificante o reducida, está dotada de valor económico y, por tanto, resulta indemnizable, aunque sea extremadamente reducida. Por tanto, según esta corriente resultan indemnizables las oportunidades que rebasen el umbral de certeza, como aquéllas que no alcancen un grado mínimo de seriedad, de modo que se aplica tanto a las chances en sentido estricto, como a las oportunidades genéricas o ilusorias y a las oportunidades perfectas y superespecíficas. Esta corriente radical de la teoría ontológica de la pérdida de oportunidad patrimonial surge porque si la chance es una oportunidad anterior inserta en el patrimonio de la víctima, su pérdida debería ser indemnizada aun cuando las posibilidades de materialización no resultan claras.

    La admisión de esta última corriente plantea la ampliación del ámbito de aplicación de la teoría de la *chance*, puesto que ya no se atiende al grado de incertidumbre suficiente en el que se considera injusto que la víctima quede sin reparación [cfr. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 379].

33. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 370-373. El autor destaca respecto a la patrimonialidad de la *chance* que «*los bienes patrimoniales son siempre bienes susceptibles de enajenación y su valor se corresponde con el precio que le adjudica el mercado. Es claro que ese valor económico que se atribuye a la chance no es un valor de mercado, propio de un bien autónomamente negociable, dado que no puede ser disfrutado ni enajenado por su (supuesto) titular. Las chances […] no es una cosa que pueda ser objeto de actos de disposición, pues, no puede cederse, donarse ni cederse, quedando, pues, al margen del tráfico jurídico*».

porque no puede cederse, donarse, ni venderse, quedando al margen del tráfico jurídico[34]. En relación con esta última cuestión, la pretensión no siempre va a resultar comercializable, pero ello no es óbice, como apuntan algunos autores, para considerar el daño por pérdida de oportunidad como un daño material, porque la víctima podría estar dispuesta a renunciar a esa oportunidad a cambio de una determinada cantidad de dinero[35].

1.1.2. El daño por pérdida de oportunidad: La teoría ontológica del perjuicio moral. La dificultad de su admisión

Los partidarios de esta teoría consideran que la oportunidad perdida está relacionada claramente con el desarrollo de la personalidad del individuo y que se encuentra íntimamente vinculada con un bien espiritual, de modo que su pérdida se identifica claramente como un daño de naturaleza extrapatrimonial.

La teoría ontológica del perjuicio patrimonial y la del perjuicio moral de la pérdida de oportunidad tienen en común que en ambos casos se indemniza un perjuicio intermedio (patrimonial o moral), alejado, en parte, del perjuicio final y que se conecta causalmente con la actuación del agente responsable. La articulación de la pérdida de oportunidad como daño moral, respeta la teoría clásica de la causalidad sin el artificio adicional de configurar la oportunidad como una entidad económica preexistente en el patrimonio de la víctima[36].

El predicamento que tiene esta configuración del daño por pérdida de oportunidad ha sido menor que el otorgado a la naturaleza patrimonial, en buena parte porque hay países como Italia que responden a un sistema típico de indemnización del daño moral, de modo que su reconocimiento queda limitado a aquéllos supuestos legalmente determinados. Por tanto, se ha advertido que, en los países que responden a un *sistema atípico* de reconocimiento del daño moral, existe una mayor tendencia a articular el daño por pérdida de oportunidad como un daño moral, mientras que en los *sistemas típicos* se ha integrado el daño de la pérdida de oportunidad como un bien de carácter patrimonial[37].

---

34. El billete de lotería se articula como supuesto paradigmático representativo de una *chance* que puede ser transmitida. No obstante, como acertadamente apunta, MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 373 «*se trata, no obstante, de un supuesto marginal y sui generis del que no puede extraerse la conclusión de que toda pérdida de oportunidad extraña una pérdida de un bien patrimonial preexistente*».
35. En este sentido, se muestra GABRIELLI, E. «Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipostasi guiurisprudenziale» en *Judicium: Il proceso civile in Italia e in Europa*, n.º 2043, 2010, p. 6.
36. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 392.
37. Esta cuestión fue advertida inicialmente por BOCCHIOLA, M. «Perdita di una "chance" e certeza del danno» *op. cit.* 1976, p. 95 y ha sido tratada especialmente por MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 383 que

La siguiente cuestión radica en determinar qué bienes morales de la víctima pueden resultar afectados por la actuación del agente dañoso y cuándo la incertidumbre causal justifica la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en su corriente ontológica.

A) La pérdida de oportunidad como daño moral en la responsabilidad civil profesional

La configuración de la pérdida de oportunidad como daño moral ha tenido en nuestro Derecho una cierta admisión en el ámbito de la responsabilidad civil de médicos y abogados, aunque anticipo mi opinión en el sentido de que esta configuración no debe tener acogida, como argumento a continuación.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria hay resoluciones que han considerado como daño moral indemnizable la privación del médico al paciente de su derecho a la libre autodeterminación, sobre todo en los supuestos en los que la negligencia del profesional se vincula con la falta de consentimiento informado o con el déficit de información médica. En estos casos, el daño indemnizable se considera que es un daño moral, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención pues la omisión del consentimiento informado «*no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud*» [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 4 de abril del 2000 (RJ 2000, 3258)][38].

considera como «*el análisis de las experiencias francesa y española confirma en cierto modo las conclusiones del profesor BOCCHIOLA. Aunque en Francia no abundan precisiones doctrinales en torno a la chance […] Llama la atención, no obstante, que la academia de nuestro país suela inclinarse por considerar que la oportunidad perdida es una realidad patrimonial. Tal cosa obedece con toda probabilidad a la fuerte influencia ejercida por la disciplina en nuestros civilistas, que adoptan la teoría del perjuicio patrimonial pese a que en el ordenamiento jurídico italiano su formidable arraigo tiene que ver, según hemos dicho, con la necesidad de salvar un obstáculo legal específicamente suyo*».

38. También aprecian la existencia de un daño autónomo no vinculado con el resultado final, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 22 de junio del 2005 (RJ 2005, 5323) que reconoce que la realización de una prueba diagnóstica sin el correspondiente consentimiento informado generó un grave riesgo que, «*es indemnizable al constituir un daño en si misma con independencia de que no se estime acreditado el nexo causal entre la citada prueba médica y el resultado de muerte*».

En relación con el deber de información y el consentimiento que debe proporcionar el paciente GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas,* Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 511 y 512 ha mantenido que «*el consentimiento a someterse al riesgo que dio lugar a lesión excluye la responsabilidad*», siendo el ámbito sanitario en el que ha adquirido mayor relevancia el requisito del consentimiento informado y, reconoce el autor que «*para que el consentimiento produzca el efecto de eximir a la Administración de responsabilidad, cualquiera que fuere la forma de*

Por su parte, en la esfera de la responsabilidad de los abogados este daño moral se identifica con la imposibilidad de que un órgano judicial se pronuncie sobre las pretensiones del destinatario del servicio, de modo que se identifica el bien lesionado como el «*derecho de defensa del cliente*». La admisión judicial en España de esta configuración del daño en sede de responsabilidad civil del abogado ha tenido cierto acogimiento al considerarse que el daño moral por pérdida de oportunidades procesales «*ha de tener como necesario presupuesto la existencia de tales oportunidades y de las expectativas frustradas, así como la efectiva afectación del derecho a la tutela judicial que le sirve de fundamento*» [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 17)], reconociéndose, por ejemplo, cuando la actuación profesional le priva de la oportunidad legal de acudir a una instancia superior para mantener determinadas pretensiones que se consideran de justicia [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de julio del 2005 (RJ 2005, 6532)]. Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, parece que esta configuración es actualmente residual en nuestra jurisprudencia, en atención a la preferencia para calificar este daño ocasionado por el letrado bien como un daño patrimonial por pérdida de oportunidad cuando el profesional priva con su actuación al cliente de obtener una ventaja patrimonial, bien como un daño moral por privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

A mi juicio, la atribución de la naturaleza moral a la pérdida de la *chance* implica la creación «*ad hoc*» de nuevos bienes vinculados a la persona que desfiguran todavía más el concepto del daño moral y suponen un encubrimiento para la indemnización de un daño final, que es la ventaja dejada de obtener por la víctima, sobre la que se plantean problemas de incertidumbre causal.

El establecimiento de nuevos bienes vinculados a la persona supone ampliar cada vez más el resarcimiento de perjuicios que, de no existir este tipo de corrientes, deberían quedar ajenos a la tutela resarcitoria. La indemnización de la pérdida del «*derecho a autodeterminación*», en el ámbito sanitario o, del «*derecho de defensa del cliente*» merecen, como a continuación se expondrá, distinta consideración como bienes extrapatrimoniales de la persona, pues si bien en el primer caso puede tener cierto encaje, en el segundo debe ser de plano rechazada.

El derecho de autodeterminación tiene su fundamento en el artículo 10 de la Constitución Española[39] y se reconoce como un derecho del paciente en

manifestarse, es necesario que sea válido y que el hecho determinante del daño esté dentro del objeto del consentimiento».

39. MARTÍNEZ ATIENZA, G. *Constitución Española sistematizada op. cit.* 2018, p. 102 afirma que aunque el artículo 10 de la Constitución Española no tiene la consideración de un derecho fundamental de naturaleza personal, dentro del sistema constitucional es considerado «*como el punto de arranque, como prius lógico y ontológico para la existencia y reconocimiento de los demás derechos*». En esta línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional

la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, en concreto, en sus artículos 3 y 8. Las decisiones que el paciente adopta sobre su salud e integridad física comportan claramente una afectación a la dignidad de la persona que se identifica jurídicamente con el derecho a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable, y a obtener el correspondiente respeto de los demás, por lo que su conculcación puede justificar la afectación de la esfera moral del paciente.

Por su parte, en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado, no considero que exista un bien jurídico tutelable consistente en el «derecho a la defensa del cliente» distinto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva[40] y, en tanto que éste no es un bien vinculado a la persona, es más que dudoso que su conculcación pueda afectar a la esfera extrapatrimonial del cliente.

B) La pérdida de oportunidad del derecho a obtener información probatoria: «Liability for Uncertainty»

Esta teoría fue formulada por los Profesores Alien PORAT y Alex STEIN en su trabajo «Liability for uncertainty: making evidential damage actionable»[41] aunque no ha tenido acogida entre los órganos judiciales. Estos autores identifican el bien moral lesionado con el «*derecho a obtener información probatoria*»; es decir, mantienen que el hecho ilícito cometido por el agente dañoso priva a la víctima de averiguar con un grado suficiente de certeza cuál habría sido el curso causal de los acontecimientos si no se hubiera producido la actuación negligente del agente, lo que genera a la víctima un daño personal vinculado a la privación de la posibilidad de demostrar que el daño sufrido se deriva del hecho ilícito realizado por el agente.

El daño se identifica, pues con la producción de una indeterminación fáctica que perjudica a la víctima en un eventual proceso de reclamación compensatoria, de tal forma que se manifiesta como un «*daño probatorio*» vinculado con la autonomía del individuo y con su derecho a autodeterminarse porque

(Pleno), de 11 de abril de 1985 (RTC 1985, 53) considera que *«indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos "que le son inherentes" […]»*.

40. XIOL RÍOS, J. A. «El daño moral y la pérdida de oportunidad» *op. cit.* 2010, pp. 14 y 15 mantiene también que «*el derecho a la tutela judicial efectiva no es un bien de la persona o de su patrimonio, sino que es un derecho fundamental que tiene como finalidad instrumental la protección de todos los demás derechos […]. En pura lógica causal, la mera privación del derecho a la tutela judicial efectiva no puede comportar en sí misma un daño sino se demuestra que esta privación ha ocasionado la privación del derecho que trataba de hacerse valer mediante la protección de los tribunales*».

41. El trabajo de estos autores se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1759&context=faculty [última consulta: diciembre del 2020].

tiene incidencia en la decisión que pueda tomar de si perseguir o no la protección jurídica de sus derechos. En la línea de la configuración de la pérdida de oportunidad como daño, esta corriente también indemniza un daño intermedio –el daño probatorio– que se conecta causalmente con la actuación del agente dañoso y que difiere del perjuicio final sufrido por el agente del daño.

1.1.3. ¿Existe un reconocimiento normativo de la pérdida de oportunidad?

Una vez determinado el marco teórico en el que se incardina la teoría ontológica de la pérdida de oportunidad, la siguiente cuestión que debemos abordar es si existe en nuestro ordenamiento jurídico un reconocimiento normativo de esta teoría. La teoría de la pérdida de oportunidad nació a finales del siglo XIX y principios del XX en el sistema jurídico francés e inglés, aunque también ha tenido especial predicamento en el italiano. El desarrollo de esta teoría se atribuye especialmente al papel de los órganos judiciales y de la doctrina, que han sido los encargados de resolver los problemas derivados de su aplicación. En el derecho español comenzó a integrarse en la década de los años ochenta, por el reconocimiento que la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las instituciones legislativas de la Unión Europea han hecho de ésta, pudiendo advertirse una cierta interrelación entre los sistemas de los Estados Miembros como consecuencia del papel desarrollado por las instituciones europeas[42].

El único reconocimiento de Derecho positivo que se ha identificado de la teoría de la pérdida de oportunidad en el Derecho español trae causa de la transposición que se hace de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (en adelante, Directiva 93/38/CEE) y de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de los disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la

42. Sobre la formación y expansión de la teoría de la pérdida de oportunidad puede verse, MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 127-130. En relación al fenómeno expuesto, este autor plantea que *«la doctrina de la oportunidad perdida es el fruto de la interacción de estos dos fenómenos, relativo el primero a la formación de las doctrinas; y referido el segundo a su recepción en otro sistemas jurídicos […] su recepción en el Derecho español ejemplifica perfectamente cómo las organizaciones del ámbito europeo (la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otras organizaciones), han favorecido la creciente interconexión de los sistemas jurídicos nacionales, pues la doctrina de la pérdida de oportunidad ha llegado a nuestro país, en buena medida, a través de una Directiva comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal estrasburgués»*. La cita transcrita pertenece a las páginas 129 y 130. En esta línea también, en REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. en «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.,* 2014, p. 781 considera que *«la implantación de la doctrina de la chance en España viene así a culminar un proceso de influencias recíprocas entre sistemas jurídicos y, en particular, entre el Derecho europeo y los Derechos nacionales, en el que las instituciones europeas han servido de vehículo de comunicación»*.

aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (en adelante Directiva 92/13/CEE). Esta transposición se realizó en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (en adelante, Ley 48/1998).

El artículo 63.2 y 3 párrafo segundo de la Ley 48/1998[43], que trae causa del artículo 2.7 de la Directiva 92/13/CEE, faculta al licitador para la reclamación de los daños y perjuicios derivados de la preparación de una oferta y de su participación en un procedimiento administrativo de contratación, cuando ha existido una violación de las normas comunitarias o nacionales que transponen la Directiva y se «*hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación*». El fundamento de esta previsión comunitaria es el de reducir las consecuencias negativas que tiene para los licitadores la infracción de las normas sobre contratación pública puesto que, con frecuencia, cuando se obtiene la anulación del acto administrativo a favor del licitador excluido o que no ha obtenido la adjudicación del contrato, éste ya se ha ejecutado[44].

Las previsiones normativas expuestas (artículo 2.7 de la Directiva 92/13/CEE y artículo 63.2 y 3 párrafo segundo de la Ley 48/1998) constituyen para la mayoría de los autores un reconocimiento legislativo al daño por pérdida de oportunidad[45]. En contra de esta idea, el Profesor MEDINA ALCOZ considera que estos preceptos no implican la aceptación de tesis ontológicas de esta teoría, porque la reparación proporcional de un daño eventual no se hace porque se considere que el perjudicado ha sufrido un atentado a un bien de

43. El artículo 63.2 de la Ley 48/1998 establece que *«para que proceda la indemnización se exigirá que se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente Ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal infracción»*. Por su parte, el párrafo segundo del apartado tercero, del artículo 63.2 establece que: *«la indemnización deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación»*.

44. PIÑAR MAÑAS, J. L. «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria» en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional), Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez,* Vol. 1, Civitas, Madrid, 1993, pp. 784 pone de relieve que este sistema establece una amplitud extraordinaria «*sobre todo si tenemos en cuenta, además, que quien reclama la indemnización no tiene por qué probar que él debería haber sido el adjudicatario del contrato, sino tan sólo que habría tenido "una posibilidad real de obtener el contrato", y después de todo, esa "posibilidad" la tienen todos cuantos presentan ofertas razonables y ajustadas a los requisitos objetivos requeridos para ello […]»*.

45. REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. […]» *op. cit.,* 2014, p. 790 reconoce que la transposición de la Directiva 92/13/CEE, *«el Derecho español ha positivizado la doctrina de la chance en el ámbito de la contratación pública […]»*. También en este sentido, MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 442.

la personalidad o pierda un bien preexistente en su patrimonio jurídico, sino que «*el legislador tipifica este supuesto, simplemente, porque no quiere que la imposibilidad de averiguar cuál habría sido el curso normal del procedimiento se traduzca en la sistemática exoneración de los que, debiendo tramitar y resolver procedimientos de contratación, incumplen el régimen aplicable*»[46]. Se puede plantear, a mi juicio, que, en estos reconocimientos, la finalidad del legislador comunitario no es la de indemnizar un daño, sino que, a través de su inclusión como una partida indemnizable, está pretendiendo disuadir a los órganos licitadores de que infrinjan la normativa comunitaria de contratos públicos.

La teoría de la pérdida de oportunidad también es reconocida, aunque atribuyéndole distinta naturaleza y alcance en algunos trabajos académicos de ámbito supranacional. Optan por vincular esta teoría al elemento del daño, los Principios UNIDROIT, cuyo artículo 7.4.3 dispone que «*solo es reparable el perjuicio que se establezca con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. La pérdida de oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. El perjuicio cuyo importe no puede determinarse en un grado suficiente de certeza, ha de ser valorado según la discreción del tribunal*» y, el Código Europeo de los Contratos admite en su artículo 163 que forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia vinculada con el incumplimiento del contrato, siempre que exista certeza razonable para que pueda considerarse ocasionada por el incumplimiento contractual. En cambio, los *Principles of European Tort Law* parecen vincular esta teoría al elemento del nexo causal; este texto en su artículo 3:102 bajo la rúbrica «*uncertain causes within the victim's sphere*» dispone que «*the victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere*».

1.1.4. La inadecuación de la teoría ontológica de la pérdida de oportunidad

La articulación del daño como pérdida de la *chance* ha sido calificado por algunos como artificiosa, porque se aleja la teoría de la pérdida de la oportunidad del presupuesto de la causalidad para evitar el reconocimiento de causalidades inciertas y la solución que se propone es el reconocimiento de un daño hipotético, pues su existencia se presenta sólo como posiblemente cierta[47].

46. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 442.
47. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 374, 413 y 414 afirma que esta configuración del daño por pérdida de oportunidad es «*una estratagema jurídica consistente en la invención de una entidad patrimonial con que burlar la teoría general de la causalidad y, de este modo, proporcionar una indemnización parcial de perjuicios eventuales o hipotéticos*». También en REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. […]» *op. cit.*, 2014, p. 796 se muestran también contrarios al acercamiento de la teoría de la pérdida de oportunidad al presupuesto del daño y a su alejamiento del nexo causal, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria op. cit.* 2008, p. 84.

La configuración del daño como la pérdida de oportunidad comporta la reparación de daños puramente hipotéticos con el fin de reconocer la existencia de un nexo causal conforme a la teoría tradicional de la causalidad[48]. En esta línea, algunos autores que han admitido la resarcibilidad de la pérdida de la *chance* como un daño, han admitido su estrecha vinculación con el presupuesto del nexo causal. Es el caso del Profesor YZQUIERDO TOLSADA que ha afirmado que esta configuración es un «*artificio judicial* (que) *sustituye la reparación de un daño no probado por la indemnización de equidad, a la vista de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de posibilidades de curación*»[49] o del Profesor LUNA YERGA quien ha mantenido que la configuración del daño indemnizable como pérdida de oportunidad supone «*aliviar al demandante la prueba de la relación de causalidad, ya que se altera el objeto de la prueba de la relación de causalidad, que pasa a ser una causalidad aleatoria*»[50].

Esta teoría, en los términos expuestos, puede contradecir también el principio de reparación íntegra que exige el artículo 1902 del Código Civil –y, también el artículo 1101 del Código Civil–, porque supone la aceptación de un daño intermedio en una cuantía inferior al perjuicio final, cuya reparación se pretende[51]. Sin embargo, a mi juicio, el principal escollo que presenta la pérdida de oportunidad como daño es que comporta el resarcimiento de un daño hipotético e incierto[52], que «*est non seulement futur, mais, par définition même, aleatoire*»[53]. Los partidarios de su configuración como daño indemnizable mantienen que concurre el requisito de la certeza, que constituye un criterio sustantivo de delimitación de resarcimiento[54] porque no se trata de

48. PENNEAU, J. *La responsabilité du médecin,* Dalloz, Paris, 1996, p. 32 señala que «*en réalité, il s'agit d'un artífice purement verbal par lequel on prétend résoudre, en termes de préjudice, un problème qui par sa vèritable nature est un problème de causalité*».
49. YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual op. cit.* 2001, p. 214.
50. LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria op. cit.* 2004, p. 460.
51. Esta cuestión es puesta de relieve por LUNA YERGA, A. «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad…» *op. cit.* 2005, p. 5.
52. La calificación del daño por pérdida de oportunidad como un daño hipotético e incierto es advertido en algunas resoluciones judiciales, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 22 de enero del 2020 (RJ 2020, 61), de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532), de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6.ª), de 23 de marzo de 2018 (JUR 2018, 184443) y de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), de 5 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 34493).
53. BAUDOUIN, J. L. y DESLAURIERS, P. *La responsabilité civile op. cit.*, 2003, p. 259.
54. SOLER PRESAS, A. *La valoración del daño en el contrato de compraventa op. cit.* 1998, p. 73 mantiene que aunque la certidumbre del daño es en sentido estricto un presupuesto procesal para la viabilidad de la pretensión indemnizatoria y no un criterio de delimitación del resarcimiento «*sin embargo, la práctica se ha encargado de erigir a este mero requisito de orden procesal en criterio sustantivo de delimitación del resarcimiento, pues, allí donde la pérdida reclamada sean lucros cesantes, ganancias cuya obtención es, por hipótesis, hipotética o contingente, su invocación se ha utilizado para desestimar la pretensión indemnizatoria sin*

un daño futuro sino actual, que se traduce en la frustración (presente) de las expectativas de ganancia (futuras)[55].

El problema de la certeza de este tipo de daños por pérdida de oportunidad es compartido con el lucro cesante, pues se pretende evitar la indemnización de daños eventuales o potenciales, pero tampoco puede exigírseles una prueba rigurosa en cuanto a su certidumbre. Sin embargo, la pérdida de oportunidad y el lucro cesante no tienen una esfera de actuación coincidente, aunque en cierto modo, es semejante[56]. El lucro cesante presenta una situación jurídicamente idónea para la obtención de unas ganancias futuras, mientras que, en el daño por pérdida de oportunidad, se están indemnizando las esperanzas que tiene la víctima de obtener una ventaja futura cuya materialización es incierta.

Esta falta de certeza respecto al daño por pérdida de oportunidad se soslaya, para los partidarios de esta teoría ontológica, sobre la base de que estos perjuicios adquieren certeza si las oportunidades perdidas son serias y razonables. Es decir, este daño solo puede considerarse cierto si las probabilidades de obtener un resultado favorable no se presentan como una conjetura o eventualidad, lo que permitiría excluir el resarcimiento de los supuestos perjuicios que constituyen una mera expectativa, carente de realidad y cuyo resultado es, especialmente incierto. En cambio, en mi opinión, las cuestiones expuestas ponen de relieve que la pérdida de una *chance* resulta *per se* insegura e inconsistente aunque, doctrinal y jurisprudencialmente, se articule como un daño actual y emergente[57].

1.2. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La teoría de la pérdida de oportunidad puede también situarse dentro de los instrumentos tendentes a la facilitación del reconocimiento del nexo causal en supuestos de incertidumbre causal. Esta teoría permite el reconocimiento de indemnizaciones parciales cuando la vinculación causal entre la

---

necesidad de analizar las (más complejas) cuestiones sustantivas de imputación objetiva y de mitigación».

55. CERVILLA GARZÓN, M. D. «Responsabilidad Civil del Abogado por incumplimiento de la obligación…» *op. cit.* 2000, p. 225.
56. En este sentido, BOCCHIOLA, M. «Perdita di una "chance" e certeza del danno» en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1976, n.º 1, pp. 60, 74 y 97 considera que tanto la pérdida de oportunidad como el lucro cesante tienen en común que el evento dañoso impide la obtención de ulteriores utilidades patrimoniales. En esta diferenciación afirma el autor que tiene una especial importancia la certeza, puesto que en el lucro cesante la pérdida de la situación favorable se encuentra en una probabilidad rayana a la certeza, en la pérdida de oportunidad como daño, la obtención efectiva del resultado es por definición indemostrable.
57. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 374.

actuación del agente y el resultado dañoso es posible pero no cierta o segura, de tal forma que no se puede asegurar la concurrencia del nexo causal porque no se ha alcanzado el nivel suficiente de certeza para formar la convicción de que el agente provocó el daño[58].

Una vez expuesta la *teoría ontológica* que identifica la pérdida de la *chance* con el daño autónomo y distinto del perjuicio final[59]. Es preciso que nos adentremos en el análisis de la *teoría etiológica* que permite enfocar la pérdida de oportunidad desde el punto de vista de la relación causal entre la conducta del agente dañoso y el perjuicio. Esta concepción requiere de la realización de un juicio probabilístico sobre las oportunidades pérdidas respecto al perjuicio final[60].

Este apartado se va a limitar a comparar, siguiendo la opinión del Profesor MEDINA ALCOZ que en este punto se suscribe, la *teoría etiológica* de la pérdida de oportunidad con las tradicionales teorías sobre la relación de causalidad al objeto de intentar encuadrarla en alguna de ellas:

A) La pérdida de oportunidad y la teoría de la causalidad física

La teoría de la pérdida de oportunidad se contrapone frontalmente a la teoría general de la causalidad física porque su ámbito de actuación se desarrolla cuando es imposible establecer el nexo etiológico natural entre la actuación del agente dañoso y la pérdida de la ventaja. Por tanto, la pérdida de oportunidad surge en los supuestos en los que la valoración de la causalidad física no resulta satisfactoria. Es decir, cuando no se ha podido acreditar que el hecho ilícito fue condición necesaria para la pérdida del beneficio esperado o para la no producción del daño materializado, porque existe incertidumbre causal sobre si la actuación del agente dañoso pudo, o no, ser condición necesaria en su producción[61].

58. ASÚA GONZÁLEZ, C. I. «Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* n.º 112, 2020, p. 2 (según numeración del pdf) reconoce como «*el análisis de la responsabilidad en clave de pérdida de oportunidad es una perspectiva posible en supuestos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido*».
59. Para la admisión de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable requiere el cumplimiento de una serie de requisitos: 1) La chance perdue doit être réelle et sériuse; 2) l'obligation de tenir compte, dans l'evaluation des dommages-intérêts, de l'aléa affectant la réalisation de la chance perdue (cfr. VENEY, G. *op. cit.* 1982, pp. 347 y 350).
60. Este doble planteamiento de la pérdida de oportunidad desde el presupuesto del daño y del nexo causal, es admitido también por GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. «Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio 2017 (RJ 2017, 3959)» en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 107, 2018, pp. 9-11.
61. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 247 y 249. Este autor, en sentido similar también, en *op. cit.* 2014, pp. 865 y 866.

B) La pérdida de oportunidad y la teoría de imputación objetiva

Este autor plantea que la teoría de la imputación objetiva es una doctrina diametralmente opuesta a la teoría de la pérdida de oportunidad[62], en dos aspectos. El primero de ellos referido a su *ámbito de actuación* en el sentido de que la teoría de la pérdida de oportunidad debe enmarcarse en el plano de la causalidad material, y no en el de la causalidad jurídica, porque esta doctrina de la pérdida de la *chance* pretende paliar la situación en la que queda la víctima que padece la privación de una posibilidad sin que pueda acreditar la determinación de un vínculo causal material.

Por otro lado, también tienen distinta *finalidad*. La teoría de la imputación objetiva pretende la reducción de las potencialidades aplicativas de un sistema causal que se consideraba que no iba a tener límites. En cambio, la doctrina de la teoría de la pérdida de oportunidad, al igual que otras, como la teoría de la causa anónima o la de la responsabilidad por cuota de mercado –que, exceden ampliamente del objeto de este estudio–, se formulan para ampliar las potencialidades aplicativas de la responsabilidad civil en los casos en los que resulta difícil el establecimiento del nexo causal. Por tanto, esta teoría nace para evitar la negación de la obligación de reparar el daño por la dificultad de acreditar el curso causal entre la actuación del responsable y el perjuicio[63].

C) La pérdida de oportunidad y las teorías de la responsabilidad proporcional

La doctrina de la pérdida de oportunidad parece que responde fundamentalmente para el Profesor MEDINA ALCOZ, al esquema de las teorías de la responsabilidad proporcional[64], que realizan un cálculo de probabilidades para

62. REGLERO CAMPOS, L. F. Y MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.* 2014, p. 867 considera que en el sentido institucional la teoría de la pérdida de oportunidad es opuesta a la teoría de la imputación objetiva porque ésta «[…] *introduce valoraciones normativas para negar la responsabilidad civil en casos en que ha quedado acreditada la causalidad física y la primera, en cambio, busca argumentos para condenar al agente, pese a que su actuación no se presenta como condición necesaria del daño*».

63. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 255 y 256. Sobre esta idea insiste este autor considerando que «*si, tradicionalmente, la causalidad se ha considerado problemática porque se temía que, a través de ella, pudieran multiplicarse exponencialmente las demandas de responsabilidad civil; ahora se ve de la misma manera, pero en gran medida, porque se constata que con ella ésta llegándose al resultado exactamente contrario en determinados casos: el peligro de una sistemática exoneración de responsables debida a la dificultad de acreditar el nexo causal natural*». También el mismo autor, en *op. cit.* 2014, pp. 867 y 868 mantiene que hay algunos sectores entre los que se encuentran las actividades sanitarias, legales e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos, concursos y oposiciones en los que «*se aprecia cómo los teóricos del Derecho de daños y la propia jurisprudencia han empezado a dirigir sus esfuerzos en otro sentido, movidos por un espíritu de ampliación más que de restricción: y ello obedece, quizás, al convencimiento de que demostrar la causalidad no es sencillo en absoluto*». [La cita pertenece a la p. 868].

64. Recordemos que este autor considera como manifestaciones de esta responsabilidad proporcional, los supuestos en los que se reconoce la culpa concurrente de la propia

la resolución de los problemas ligados al nexo causal y que permite constatar no solo la certidumbre del daño, sino también valorar su *quantum*. El reconocimiento de la pérdida de oportunidad como una manifestación de las teorías de responsabilidad proporcional, supone la ruptura con la concepción tradicional de la causalidad porque ésta se ha basado tradicionalmente en la concepción de la indivisibilidad causal y, por tanto, sin que puedan afirmarse causalidades parciales.

La posible articulación de la teoría de la pérdida de oportunidad como una teoría de responsabilidad proporcional será objeto, posteriormente, de mayor detenimiento porque en ella se encuentra, en mi opinión, la solución al problema de incertidumbre causal en la responsabilidad civil de los letrados.

Una vez expuestas sucintamente las dos posibles formas de articular la teoría de la pérdida de oportunidad debemos examinar qué tratamiento han efectuado los órganos judiciales sobre ésta dentro del ámbito de la responsabilidad civil sanitaria y de los letrados, que son las dos esferas de la responsabilidad civil en las que tiene mayor significación la teoría de la pérdida de oportunidad. La razón que justifica el análisis de la responsabilidad sanitaria estriba en que ambos tipos de responsabilidad presentan ciertos elementos comunes, tales como la configuración de la obligación de estos profesionales como de medios, lo que les impide garantizar un determinado resultado, al influir en éste factores exógenos que escapan a la esfera de control del profesional. Esto provoca, además, la concurrencia de un cierto grado de incertidumbre causal sobre la incidencia que la actuación negligente del profesional ha tenido en la materialización del resultado dañoso. Sin embargo, en la aplicación que efectúan los órganos judiciales de esta doctrina de la pérdida de oportunidad, existen diferencias reseñables que podrían justificar un nuevo tratamiento de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado, que es el objeto principal de nuestro estudio.

En el ámbito sanitario, la pérdida de oportunidad se utiliza frente a determinadas negligencias como un mecanismo que permite flexibilizar el reconocimiento del nexo causal y, en otros, como un daño indemnizable. Por su parte, en el ámbito de la responsabilidad de los abogados, la incertidumbre sobre el fracaso o materialización del resultado pretendido por el cliente en el procedimiento judicial, se solventa descartando que el perjuicio indemnizable

víctima o de tercero, la fuerza mayor, la doctrina de la causa anónima o de la responsabilidad colectiva y la responsabilidad por cuota de mercado [cfr. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 108-125]. También en esta línea, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. «Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad…» *op. cit.* 2020, p. 3 (según numeración del pdf) reconoce que ante la incertidumbre del desenlace puede tenerse en cuenta «*la probabilidad a efectos de establecer una indemnización inferior a la correspondiente al daño final sufrido*» porque esta opción permite, a diferencia de la teoría del «todo o nada» dejar «*sin indemnización una considerable franja de probabilidad, lo que no contribuye precisamente a desincentivar conductas negligentes*».

sea el daño final representado por la privación de la pretensión del prestatario del servicio, y se opta por la indemnización de un perjuicio intermedio, la pérdida de oportunidad procesal[65], cuya conexión causal con la negligencia del profesional no plantea dificultades[66].

El motivo de este diferente tratamiento de la teoría de la pérdida de oportunidad es, quizás, que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se admiten con harta frecuencia la utilización de mecanismos que favorecen la admisión de la culpa –e inciden, también en la constatación de la relación de causalidad[67]– y, que en cambio, se rechazan sistemáticamente en la responsabilidad del profesional de la Abogacía[68].

65. Para MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 349 «*la pérdida de una "chance" no puede identificarse con el perjuicio final y, por tanto, el daño en qué consiste no constituye ni un lucro cesante ni un daño emergente dejado de evitar […] dicho daño consiste sólo en el cese de la posibilidad antecedente que se tenía de conseguir la ventaja (en el momento en que ésta se encontraba "in fieri"), aunque su realización fuera insegura*».

66. Cfr. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 380 y 381 considera que *«no existe ningún tipo de obstáculo para apreciar el nexo de causalidad, desde un punto de vista factico, entre la actuación u omisión del Letrado y el daño consistente en la pérdida de oportunidad procesal»* y SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, pp. 215 y 216 destaca como «*la demostración de este nexo causal, si el perjuicio es identificado con el resultado desfavorable del juicio, difícilmente podrá alcanzarse en muchos supuestos. En cambio, diversa puede ser la conclusión si el daño que se pretende conectar causalmente y del que quiere hacer responder al abogado, viene identificado con la pérdida de oportunidad (de la chance) del éxito del litigio, esto es, con la pérdida de oportunidad de ganar el pleito, de ver acogida su pretensión el cliente en todos aquellos supuestos en los que la conducta del abogado puede ser tachada de negligente o imperita […]*».

    Con carácter general, MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 371 y 372 admite que la teoría ontológica respecto a la pérdida de oportunidad supone *«una teoría con la que apreciar y cuantificar un tipo de daño emergente cuya conexión causal con el hecho ilícito puede afirmarse sin dificultad»*.

67. La teoría del «daño desproporcionado» que presume la negligencia del médico, salvo prueba en contrario, cuando se origina en el paciente un daño que en condiciones normales no se habría producido. Sin embargo, como pone de relieve BERROCAL LANZAROT, A. I. *«A propósito de la responsabilidad civil médica…» op. cit.* 2011, p. 34 esta teoría tiene también incidencia en «*la atribución causal y en el reproche de desviación de la "lex artis ad hoc", además de los cánones generales sobre el onus probandi de la relación de causalidad, pues, se presume la anormalidad en el funcionamiento del servicio sanitario, y por ende, la negligencia en la actuación del personal sanitario, al no responder al buen hacer exigible, esperado y propuesto, y revelarse deductivamente inadecuado y contrario a la lex artis, ante la anormalidad/desproporción del resultado dañoso*».

68. En el ámbito de la responsabilidad civil del abogado se ha considerado que, por aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde al demandante 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, negando la posibilidad de invertirse la carga de la prueba [Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 28 de junio de 2012 (RJ 2012, 10403); de 27 de junio de 2007 (RJ 2007, 3783) y Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª), de 17 de octubre de 2018 (JUR 2019, 13474)]. En esta línea, SALAS CARCELLER, A. «La responsabilidad

2. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA: LA OSCILACIÓN ENTRE EL DAÑO Y EL NEXO CAUSAL

2.1. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA PRESTACIÓN SANITARIA: LA JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

En el ámbito sanitario puede concurrir una incertidumbre causal entre la actuación del profesional y la lesión de la salud del paciente. La razón estriba en que la actuación sanitaria viene motivada porque el paciente posee una patología o una enfermedad previa, esto es, ya sufre un menoscabo corporal. Por ese motivo resulta, en muchas ocasiones, complejo determinar si el resultado final que sufre el paciente es consecuencia de la intervención del profesional o se ha derivado de factores externos o endógenos a ésta como la complejidad de la patología o la fragilidad de la salud que tiene el paciente[69]. Sobre esa base, se plantea en qué medida la actuación negligente del

civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la Propiedad» en SEIJAS QUINTANA, J. A. (coordinador) *Responsabilidad Civil: Aspectos Fundamentales,* Sepin, Las Rozas (Madrid), 2007, p. 420 afirma que «*La responsabilidad civil del abogado en el ejercicio de sus funciones profesionales es de carácter subjetivo, por lo que para su exigencia es necesario acreditar que ha incurrido en cualquier clase de culpa, negligencia o ignorancia inexcusable. Como consecuencia de lo anterior, la prueba incumbe a quien exige dicha responsabilidad sin que el abogado sufra la carga procesal de tener que acreditar que ha actuado correctamente, pues ello se presume*».

En contraposición, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se ha aceptado en ocasiones la inversión de la carga de la prueba cuando concurre en el sanitario una situación de facilidad probatoria *«en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable»* [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), 22 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3991), también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), de 3 de febrero de 2016 (AC 2016, 581)] o cuando el daño causado por su intervención es desproporcionado lo cual incide «*en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" de la relación de causalidad y la presunción de culpa*» [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 6 de junio de 2014 (RJ 2014, 3395)]. Esta inversión de la carga de la prueba no resulta sistemática como bien apuntan entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª), de 13 de febrero de 2014 (AC 2014, 516).

Además, se han articulado remedios para favorecer el reconocimiento del nexo causal en este ámbito, GALÁN CORTÉS, J. C. «La responsabilidad civil médico-sanitaria» *op. cit.* 2007, pp. 282-284 destaca como en ocasiones los órganos judiciales «*[…] con cierta frecuencia es preciso acudir a esta teoría* (se refiere a la teoría de la probabilidad estadística) *para dar por probada la relación de causal, sustituyendo el criterio de certeza o exactitud científica o matemática por el de probabilidad cualificada o determinante*».

69. A este respecto, LUNA YERGA, A. «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad…» *op. cit.,* 2005, p. 2 reconoce la imposibilidad con frecuencia de determinar la relación de causalidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria por la probabilidad de que el daño sufrido por el paciente obedezca a las condiciones preexistentes en el paciente, que se hace aún más evidente cuando se tratan de daños pasivos, es decir, aquéllos que no se derivan propiamente de la acción directa del facultativo sino que traen causa de errores de diagnóstico o de omisiones de tratamiento.

profesional ha influido en el desenlace o evolución de la patología que sufría el paciente[70]. Estos antecedentes nos permiten afirmar que el resultado de la actividad médica en la salud del paciente escapa del control del profesional interviniente, porque el comportamiento de la medicina y su incidencia en el propio cuerpo humano pueden provocar distintos resultados frente a pacientes con patologías similares[71].

La existencia de estos condicionantes externos provoca que los médicos en su actuación desarrollen una actividad de medios, tanto si su intervención como profesionales se realiza dentro de la medicina satisfactiva como curativa[72]. En este sentido, como acertadamente puso de relieve la Memoria del

---

La existencia de causas exógenas a la actuación médica que pueden influir en el resultado final es advertida específicamente por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9332).

70. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. «La doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria: un problema de quantum indemnizatorio o de nexo causal» en ADROHER BIOSCA, S. y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (directores) *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 366 y 367. Ante esta situación, plantea además, este autor que la pérdida de oportunidad permite «*[…] superar la tradicional posición de los Tribunales de Justicia ante estos supuestos en los que la determinación del nexo causal era harto complejo, lo que motivaba que aquéllos siguieran, bien la postura del todo o nada, bien la postura de la facilidad probatoria, considerando acreditado o no el nexo en función de las pruebas aportadas a tal fin por la parte sobre la que se hiciera recaer la carga de la prueba*».

71. Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria» en LLAMAS POMBO, E. (director) *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar,* La Ley, Madrid, 2014, pp. 207 y 208.

72. Especialmente ilustrativa es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 27 de diciembre de 2010 (RJ 2010, 5155) que considera que la «*obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria, en los términos que exige la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aun garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la lex artis*».

No obstante, con anterioridad, el Tribunal Supremo calificaba las intervenciones de cirugía estética (medicina voluntaria) como un contrato de obra y, por tanto, la obligación del médico como de resultado y no de actividad [por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8964), de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), de 24 de abril del 2000 (AC 2000, 1292)]. En este sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *La responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba op. cit.*, 1999, p. 34 mantenía que la calificación de la obligación

Consejo de Estado correspondiente al año 2005 «*las obligaciones exigibles a los servicios médicos son en principio obligaciones de medios y no de resultado, ya que la salud, en último extremo, depende de la condición humana en sí misma por muy bien que funcione el sistema sanitario*»[73].

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria la teoría de la pérdida de oportunidad se utiliza en aquellos supuestos en los que existe incertidumbre sobre la vinculación causal entre la actuación sanitaria y el daño. La primera aplicación de esta teoría por parte del Tribunal Supremo fue en su Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371)[74].

Esta incertidumbre sobre la vinculación causal entre la actuación sanitaria y el daño, se constata frente a negligencias profesionales de carácter fundamentalmente omisivo, que pueden agruparse en tres grandes grupos: en los errores y retrasos de diagnóstico, en infracción del deber de información o de consentimiento informado y, por último, en los errores de diagnóstico prenatal. La aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en estos tres grupos es dispar: hay supuestos en los que se vincula al nexo causal –sobre todo, dentro de los errores de diagnóstico y en el retraso en la realización de pruebas–; en cambio, hay otros, como cuando se produce una vulneración del derecho de información del paciente, en los que la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en su modalidad *ontológica* del daño extrapatrimonial; por último, se

---

de médico como una obligación de resultado, no puede extraerse un régimen diferente al general en materia de carga de la prueba. Por su parte, ALONSO PÉREZ, M. T. «La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 1997)» en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 2, 1998, p. 892 a propósito de esta calificación realizada sobre este tipo de intervenciones, consideraba que el criterio determinante eran los términos en los que se había celebrado el contrato, en este sentido indicaba «*el pacto celebrado entre las partes sobre si debe o no obtener un resultado es lo que nos permite calificar jurídicamente la relación de una u otra forma. El problema que plantea este tipo de relaciones es que las partes no suelen pronunciarse sobre si el profesional médico debe alcanzar el resultado pretendido para cumplir su obligación o no; no suele estar claro, de entrada, cuál es el contrato celebrado. De ahí que haya que atender a las circunstancias concretas de cada caso, para detectar los indicios que nos permitan interpretar la voluntad de las partes en un sentido o en otro*».

73. La Memoria del Consejo de Estado relativa al año 2005 está disponible en el siguiente enlace http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202005.pdf. El extracto pertenece a la página 156.

74. ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 17 considera en relación con este pronunciamiento del Tribunal Supremo que «*en el ámbito sanitario la figura* (se refiere a la doctrina de la pérdida de oportunidad) *tuvo una entrada por la puerta grande pues en 1998 resultó sorpresivamente acogida por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Desde entonces se replegó a instancias interiores especialmente de la jurisdicción contencioso-administrativa y es ahora cuando, desde abajo, está llegando nuevamente al Alto Tribunal, tanto a la Sala de lo Civil como de lo Contencioso-Administrativo. Si tuviéramos que describir la actitud jurisprudencial al respecto no sería improcedente hablar de franca receptividad*».

cuestiona la aplicación de esta teoría a las negligencias producidas durante los diagnósticos prenatales[75].

A continuación, se analizará la aplicación y evolución de la teoría de la pérdida de oportunidad en relación con los principales supuestos de negligencia en la responsabilidad sanitaria con un doble objetivo: por un lado, demostrar que, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria la teoría de la pérdida de oportunidad, se utiliza simultáneamente como un mecanismo de flexibilización del nexo causal y como un daño indemnizable; y, por otro lado, exponer cómo también en este ámbito se acude a la creación de daños artificiosos con el objetivo de reducir la incertidumbre causal.

2.2. LOS ERRORES DIAGNÓSTICOS Y EL RETRASO EN LA REALIZACIÓN DE PRUEBAS

Los problemas relativos a la prueba de la relación de causalidad se hacen más patentes sobre los denominados «daños pasivos», es decir, cuando el perjuicio es consecuencia de una inacción del agente dañoso, en este caso, del facultativo, lo cual se produce fundamentalmente en los errores de diagnóstico, omisiones en el tratamiento o retraso en la realización de pruebas que inciden necesariamente en el empeoramiento del estado de salud del paciente[76], porque tan importante es la aplicación del tratamiento adecuado como que éste se realice a tiempo. En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, estos supuestos descritos son en los que la teoría de la pérdida de oportunidad tiene un mejor encaje como fórmula para gestionar la incertidumbre causal, pues la intervención sanitaria tardía puede comportar una disminución considerable de las expectativas de vida o de obtener la sanación[77].

Los supuestos de retraso o error en el diagnóstico y tratamiento, tienen en común que el paciente ya presentaba una patología que incidía de manera negativa en su salud, por ese motivo resulta extremadamente difícil para el

75. ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad sanitaria op. cit.*, 2008, pp. 17 y 18 mantiene que «*en el campo sanitario suelen reconducirse a esta perspectiva los errores y/o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, la falta de información y/o de consentimiento informado y los erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales; aunque luego veremos que, por lo menos hasta ahora, los dos últimos grupos de casos realmente se analizan y solucionan en nuestra jurisprudencia al margen de la incertidumbre causal*».
76. LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria… op. cit.* 2004, p. 451.
77. ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad sanitaria op. cit.*, 2008, p. 53 destaca como si bien se hace referencia a la teoría de la pérdida de oportunidad en los casos de errores y/o retrasos en el tratamiento de dolencias, la falta de información y/o de consentimiento informado y los erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales, lo cierto es que «*en la jurisprudencia prácticamente sólo se habla de la pérdida de oportunidad en su sentido propio de mecanismo para gestionar a nivel indemnizatorio la incertidumbre causal en los supuestos de errores y/o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias*».

juzgador alcanzar un grado de convicción suficiente sobre si la actuación del médico fue la que provocó o no, el evento dañoso pues, si bien la actuación sanitaria no es la causante de la patología, su culposa intervención pudo disminuir las posibilidades de curación. En estos casos, el daño final se identificaría con la muerte o la secuela definitiva, pero resulta difícil ligar causalmente ese resultado final a la actuación médica porque en el desenlace de la patología concurren dos posibles causas: por un lado, la culposa actuación sanitaria negligente y, por otro lado, el desarrollo normal de la enfermedad.

La aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad exige que deba valorarse en el caso concreto, si efectivamente una actuación médica conforme al criterio de la *lex artis* hubiera evitado, con una probabilidad seria, el agravamiento de la patología, el fallecimiento del paciente, o la privación de tiempo de supervivencia, en cuyo caso, será posible indemnizar la pérdida de oportunidad[78].

El empleo que los órganos judiciales hacen de la doctrina de la pérdida de la *chance*, en estos casos, no es uniforme. En algunas resoluciones se aplica para facilitar el establecimiento del nexo causal; en otras, para articular el daño indemnizable, y hay un tercer grupo de resoluciones en las que los términos en los que se pronuncian los órganos judiciales no permiten establecer claramente a qué presupuesto de la responsabilidad civil se vincula el uso de esta teoría. A continuación, se expondrán algunos ejemplos que ilustran la anterior afirmación.

Esta doctrina se vincula con el presupuesto del nexo causal y el juicio de imputabilidad considerando que el perjuicio indemnizable es el resultado final sufrido por el paciente, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371) que, en relación a la conducta de la sanitaria, enfermera, considera que a la demandada «*no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas*». También, en un supuesto de retraso en la realización de una intervención quirúrgica se reconoce que hay «*fundada posibilidad de que tal demora ha tenido trascendencia en la prolongación del posoperatorio, con el mayor riesgo de adquirir la infección, […] sí aparece una pérdida de oportunidad en cuanto a que de haberse intervenido esas horas antes, se habría reducido el riesgo de infección que finalmente resultó letal, por lo que debe estimarse el recurso y proceder a la indemnización*» [cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de febrero de 2006 (JUR 2006, 119520)]. De forma muy ilustrativa, en el diagnóstico e intervención de un glaucoma, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Contencioso-Administrativa), de 20 de julio del 2006 (RJCA

78. GALLARDO CASTILLO, M. J. «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria…» *op. cit.* 2015, p. 50.

2007, 20) indemniza los daños fisiológicos, los estéticos y los morales; y estima que se desconoce qué hubiera podido pasar si el menor hubiera sido atendido inmediatamente, de modo que el retraso en el tratamiento terapéutico adecuado ha producido una pérdida de oportunidad que, aunque remota, no debe quedar indemne.

Otras sentencias claramente identifican la pérdida de oportunidad como un daño autónomo en esta materia, así se ha reconocido que «*el daño ha consistido en la frustración de una expectativa de supervivencia cuya aproximación a la probabilidad de realización se determina a través de un porcentaje obtenido de la experiencia científicamente comprobada*» [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 17 de abril del 2007 (RJ 2007, 2322)].

Por el contrario, hay resoluciones que hacen referencia a la aplicación de esta teoría sin vincularla claramente con uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, es el caso, de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 21 de marzo del 2007 (RJ 2007, 2644) en la que se valora la incidencia que un diagnóstico precoz hubiera tenido en el paciente, al considerar que hubiera retrasado en el tiempo, aunque no evitado, el resultado final (fallecimiento), pero concluye que «*la única indemnización posible es la que trata de valorar la pérdida de esas posibilidades […] de que la evolución hacia el resultado final hubiera sido la misma pero en condiciones más beneficiosas para la paciente, y para su familia directa*». En este caso, existen dudas sobre si la aplicación de esta doctrina incide en el nexo causal, de modo que se reduce la indemnización por considerar que la actuación negligente tiene un cierto impacto en el resultado final o, si se está indemnizando un daño intermedio, la pérdida de oportunidad de reducir la producción e impacto del resultado final.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el Consejo de Estado parece que opta por vincular esta doctrina al presupuesto del nexo causal, puesto que exige, con cautela, para la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad un mínimo en torno al 30-40% de curación o salvación para su apreciación. A la vez, propone la conveniencia de que la Ley determinara la definición de los márgenes en los que procedería la aplicación de la pérdida de oportunidad mediante el establecimiento de unos umbrales, o a partir de conceptos jurídicos indeterminados como la «*pérdida apreciable*» o la «*pérdida significativa*» para evitar la aplicación desigual de esta doctrina.

2.3. LAS INFRACCIONES DEL DEBER DE INFORMACIÓN O DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

El deber de información al paciente y la necesidad de recabar el consentimiento informado son una exigencia legal derivada de la Ley 41/2002 (cfr. artículos 2.6, 3 y 4) destinada a que los pacientes puedan elegir la opción de

tratamiento que mejor se adapte a su voluntad, en tanto que incide necesariamente en su libertad personal de decisión[79].

La prestación de la información necesaria y la obtención del consentimiento informado son, para algunos autores, presupuestos y elementos integrantes de la *lex artis* de los profesionales sanitarios, por lo que constituye un acto o proceso clínico más, cuyo incumplimiento puede ser causa de responsabilidad. Así, se entiende que la obligación médica comprende no sólo la aplicación de técnicas o intervenciones apropiadas con el estado de la ciencia –núcleo de la actividad prestacional– sino también el deber de dar al paciente la información adecuada, pues se trata de una obligación legal al amparo de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente[80].

El médico debe informar al paciente de aquellas circunstancias que puedan influir de manera razonable en la decisión que debe adoptar el paciente, de modo que la obligación deberá extenderse sobre la forma y el fin del tratamiento médico, indicándole el diagnóstico de su proceso, pronóstico, alternativas terapéuticas que existan, los riesgos o beneficios, así como la posibilidad de realizar el tratamiento en otro centro médico más adecuado. De modo que, el paciente tiene que obtener esta información para estar en condiciones de adoptar la decisión que estime más oportuna para su situación, con un conocimiento adecuado de las condiciones en las que se encuentra[81].

79. Cfr. en este sentido, la Sentencia el Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547) que, aunque hace referencia al deber de información en un supuesto de medicina satisfactiva señala que «*el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma […], con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma*».

80. GALÁN CORTÉS, J. C. «Consentimiento informado» en GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (coordinadoras) *Derecho sanitario y bioética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 363 mantiene, además, que «*el consentimiento informado es, por tanto, un elemento esencial de la "lex artis", incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico*». A este respecto, GARCÍA RUBIO, M. P. «Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica» en LLAMAS POMBO, E. (coordinador) *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Volumen 1, La Ley, Madrid, 2006, p. 810 afirma que «*[…] en el estadio actual de desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico en la materia, el incumplimiento del deber de información por el facultativo constituye un supuesto de actuación negligente de éste. Dicho deber, sancionado legalmente, forma parte de su estándar de diligencia, de suerte que el médico que lo omita o lo cumpla defectuosamente está violando la llamada "lex artis ad hoc" e incurre por ello, en responsabilidad civil. El grado de negligencia dependerá de la frecuencia del riesgo, pero también de la importancia de los perjuicios potenciales que pueda sufrir el paciente, de suerte que la deficiente información sobre riesgos graves, aunque infrecuentes, constituye una negligencia importante*».

81. GALÁN CORTES, J. C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado, op. cit.* 2001, pp. 175 y 177.

La vulneración del deber de información plantea un problema de delimitación, es decir, si toda infracción de este deber genera *per se* un daño resarcible, o su resarcimiento debe limitarse a cuando la omisión o deficiencia de la información genera una consecuencia lesiva, sin perjuicio de otras posibles responsabilidades que esta omisión pudiera acarrear al profesional[82]. En la práctica, cuando el deber de información existe pero la información proporcionada no es completa, la tutela resarcitoria se limita a los supuestos en los que el riesgo cuya información se ha omitido, se ha materializado[83].

Los órganos judiciales se han tenido que enfrentar a la determinación de cuál es el daño indemnizable cuando el profesional sanitario infringe su deber de información y/o de recabar el consentimiento informado, esto es: el daño corporal sufrido como consecuencia de la actuación material del profesional, un daño autónomo vinculado con la autodeterminación del paciente y qué papel desempeña la doctrina de la pérdida de la *chance* en este ámbito[84]. En la jurisprudencia se advierte cómo se admiten ambos tipos de perjuicios, aunque con distinto alcance porque se plantea la dificultad de establecer una relación de causalidad entre la acción negligente y el perjuicio ocasionado porque en ella influye, necesariamente, la posibilidad del paciente de no someterse al tratamiento o intervención propuesta por el sanitario. En el estudio efectuado se constata cómo se identifica el perjuicio con el daño corporal cuando existe certeza de que el paciente habría rechazado la actuación sanitaria si hubiera conocido los riesgos que suponía para su salud o integridad física. En el resto

82. GALÁN CORTÉS, J. C. «Consentimiento informado» *op. cit.* 2011, p. 396. A este respecto, como acertadamente pone de manifiesto GUERRERO ZAPLANA, J. *El consentimiento informado: su valoración en la Jurisprudencia: Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 205 pone de manifiesto que ni la Ley 41/2002 ni ninguna de las Leyes autonómicas promulgadas atribuyen ningún efecto inmediato a la exigencia de consentimiento a la omisión de la exigencia de consentimiento informado ni tampoco una «sanción» ni consecuencia de clase alguna a su incumplimiento.

    La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de mayo del 2008 (RJ 2008, 3072) es una muestra de la importancia de constatar un perjuicio resarcible porque rechaza la indemnización solicitada al considerar que «*aun reconociendo que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la lex artis ad hoc, basta para desestimar esta alegación el hecho de que no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica puesto que las secuelas aparecen asociadas al proceso degenerativo de la enfermedad padecida por la actora […]*».

83. En esta línea también GARCÍA RUBIO, M. P. «Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad…» *op. cit.* 2006, p. 825 reconoce que «*a día de hoy resulta impensable que un paciente que ha tenido un tratamiento médico exitoso reclame daños al médico porque posteriormente se entera de que existían determinados riesgos de los que no había sido informado y que en absoluto se han materializado. En este sentido son abundantes las afirmaciones doctrinales y jurisprudenciales que niegan toda posibilidad de indemnización en ausencia de daño, subyaciendo en la mayor parte de los casos la idea de que ha de tratarse de un daño personal*».

84. ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria op. cit.*, 2008, p. 55.

de los casos, los órganos judiciales han optado, bien por indemnizar la lesión del «derecho a la información sanitaria»[85] para facilitar la conexión causal y, así, admitir la indemnización de estos daños, bien por utilizar la teoría de la pérdida de oportunidad.

A) La identificación del perjuicio con el daño corporal

Algunas resoluciones han vinculado la infracción de este deber de información con el resultado final en aquellos supuestos en los que existe certeza de que el paciente, de haber conocido las consecuencias del resultado del tratamiento o de la intervención, no se hubiera sometido a éste. Es decir, son casos en los que no existe propiamente una incertidumbre causal por lo que se justifica que el daño resarcido sea el final vinculado con el daño corporal (vida o integridad física)[86].

En esta línea, pueden destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 13 de abril de 1999 (RJ 1999, 2583) que indemniza el fallecimiento de un menor operado de vegetaciones y a cuyos padres no se les había proporcionado información suficiente sobre los riesgos de la técnica y la posibilidad de efectuar la intervención con otra anestesia. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 2 de julio del 2002 (RJ 2002, 5514), en un caso de atrofia testicular derivada de una vasectomía, en la que no se había proporcionado información suficiente sobre los riesgos de la intervención, se indemniza la totalidad del daño incluyendo incapacidad temporal, molestias y dolores y secuela, en sus perspectivas física y de daño moral. En sentido similar, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 21 de octubre del 2005 (RJ 2005, 8547), en un caso de medicina satisfactiva, reconoce la indemnización completa de los daños causados por el profesional al quedar acreditado que la

85. Esta referencia pertenece a GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. «Responsabilidad sanitaria y daño moral» en GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (coordinadoras) *Derecho sanitario y bioética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 560 afirma que este derecho del paciente es un «*derecho ordinario elevado a la categoría de "derecho fundamental"*».

El importante papel que tiene el derecho a la información en la prestación sanitaria es reconocido también por CERVILLA GARZÓN, M. D. «Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado» en *Actualidad Civil,* n.º 4, 2003, p. 1078 dispone que en este ámbito «*[…] la obligación de información es una necesidad elevada a la categoría de derecho de la personalidad*».

86. GALÁN CORTÉS, J. C. «Consentimiento informado y nexo causal en la responsabilidad médica» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 716, 2006 toma en consideración la necesidad de realizar un «juicio de verosimilitud» en el sentido de que, si pudiera demostrarse con absoluta seguridad rayana a la certeza que el paciente hubiere prestado su consentimiento y, por tanto, se hubiere intervenido igualmente no existiría obligación de indemnizar. En contraposición, si las circunstancias concurrentes mueven a pensar, con toda verosimilitud, que el paciente, de haber sido informado, habría optado por no someterse a la intervención médica, por lo que se le otorga una indemnización «íntegra».

paciente no se hubiera sometido a la intervención de conocer los riesgos que comportaba para su salud o la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 9 de marzo del 2005 (RJ 2005, 4306) que también estima como daño resarcible las secuelas físicas derivadas de la operación quirúrgica.

B) El daño como lesión del derecho de autodeterminación del paciente

En esta materia ha adquirido consistencia la consideración de que la infracción de la obligación de informar por parte del médico no debe vincularse propiamente con el daño corporal, porque en la mayoría de los supuestos la intervención médica material realizada por el facultativo, se ha ejecutado conforme a la *lex artis*. Es decir, la negligencia del profesional sanitario se produce sobre la información, pero no sobre la actuación sanitaria causante del daño, por lo que se ha entendido que el perjuicio que se le imputa no puede ser propiamente el corporal[87].

En estos casos, se ha vinculado la infracción del deber de informar con la lesión del «*derecho a la autonomía del paciente*», entendido como la privación del derecho del paciente a obtener información esclarecedora, previa al consentimiento[88]. Se ha buscado «*la existencia de un bien jurídico dañado con el que sustituir el anclaje causal inexistente en relación con el daño moral alegado […] variando la fundamentación jurídica y reduciendo la cuantía de la indemnización*»[89]. De tal

87. GARCÍA RUBIO, M. P. «Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad…» *op. cit.* 2006, p. 826 considera que el daño moral derivado de la violación del derecho de autodeterminación del paciente significa que «*se indemniza un daño que ninguna relación posee con el daño personal sufrido como consecuencia de la materialización de aquél riesgo» y reconoce que la indemnización de este daño puede comportar que se reclame «la indemnización del daño moral derivado de la violación de su derecho de autodeterminación, el paciente que ha sido correctamente tratado y que no ha sufrido daño personal alguno, aunque a decir verdad, como ya se ha dicho, parece poco probable que nuestros Tribunales declarasen su derecho a la indemnización»*.

    La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2633) reconoce en este sentido que «*es cierto que existió una intervención quirúrgica que el demandado realizó a la paciente, y que en términos de causalidad física esta es la causa del daño sufrido […] Ahora bien, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención […] El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber haberse omitido la información previa al consentimiento*». En esta línea también, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396) reconoce que «*las consecuencias derivadas para el médico por la falta de información al paciente no son necesariamente las mismas que las que resultan de una mala praxis ni, consecuentemente, con el daño corporal que se origina por la intervención médica negligente*».

88. Sobre esta cuestión es especialmente ilustrativa, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6065).

89. GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. «Responsabilidad sanitaria y daño moral» *op. cit.* 2011, p. 560. También en esta línea, ARCOS VIERA, M. L. *Responsabilidad Sanitaria por Incumplimiento del Deber de Información… op. cit.* 2007, pp. 115 y 116 manifiesta que «*la falta de información o consentimiento, en sí mismos, no pueden relacionarse causalmente con los perjuicios finales […] Ese daño suele describirse por referencia a los bienes que las normas incumplidas*

forma que, la aceptación de este daño evita la desestimación de reclamaciones judiciales frente a quienes han desatendido los derechos de los pacientes, facilitando una explicación aceptable desde la perspectiva del elemento del nexo causal y moderando la cuantía indemnizatoria del daño ocasionado.

En la exposición que se ha hecho sobre la configuración del daño moral como pérdida de oportunidad y su vinculación con la lesión de otros bienes, indicaba que, en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria a diferencia de la de los abogados, la configuración del perjuicio como la privación del «*derecho a la autodeterminación*» podía tener cierta consistencia por su vinculación con el artículo 10 de la Constitución Española.

Los órganos judiciales, sin embargo, han llegado incluso a la elevación jurisprudencial del rango de este derecho contenido en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002[90]. El propio Tribunal Constitucional ha admitido que este «*derecho a la autodeterminación*» forma parte del contenido del derecho fundamental a la integridad física artículo 15 de la Constitución Española porque ha declarado que «*el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos señalado, tenga una justificación constitucional*» [Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª), de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011, 37)].

Esta configuración podría ser adecuada desde el daño moral porque su lesión se asocia con el derecho de autodeterminación del artículo 10 de la Constitución Española e, incluso, se ha reconocido como contenido del derecho fundamental a la integridad personal (artículo 15 de la Constitución Española), de modo que su contravención podría tener una respuesta desde el Derecho público. Sin embargo, la estrecha conexión entre el perjuicio de este

sobre información a los pacientes tienden a proteger, relacionados con el principio de dignidad humana: lesión de la autonomía o autodeterminación, restricción de la libertad de decisión, etc. Tal tipo de lesiones aparecen a veces como las únicas partidas del daño, pero en algún caso se han incorporado al resto de conceptos indemnizatorios».

90. GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «Responsabilidad sanitaria y daño moral» *op. cit.* 2011, p. 564 insiste esta autora que «*la justificación teórica que ha permitido esta eclosión indemnizatoria derivada de incumplimientos de deberes profesionales sin necesidad de prueba del perjuicio moral padecido es la generalizada elevación jurisprudencial del rango experimentado por el derecho a la información asistencial derivad del artículo 4.1 de la Ley 41/2002».*

Sobre el alcance de este derecho del deber del paciente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3) «*el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo».*

derecho y el daño corporal ha motivado que esta configuración se califique como un procedimiento artificial de imputación parcial de los daños personales sufridos accidentalmente por el paciente al facultativo[91] porque, en todo caso, su resarcimiento nace con la materialización del daño final, esto es, con la exteriorización de un daño corporal.

C) La lesión del derecho a la información y la teoría de la pérdida de oportunidad

En las resoluciones analizadas pueden destacarse un grupo de ellas que utilizan la teoría de la pérdida de oportunidad cuando configuran el daño como lesión del derecho de autodeterminación del paciente[92]. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784) reconoce que en este ámbito el daño se puede articular como un daño corporal, como un daño moral propio o como un daño por pérdida de oportunidad en su vertiente moral, si bien se decanta por ésta última por considerar que el perjuicio se identifica «*con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada; posibilidades de fracaso)*».

La configuración del daño por pérdida de oportunidad pretende pues, el establecimiento de la relación de causalidad entre la negligencia del profesional materializada en la omisión de la información y/o del consentimiento informado y la posibilidad de que, ejerciendo su derecho de autodeterminación reconocido en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, hubiera rechazado la actuación médica que ha generado un daño en la salud del paciente. En este punto, hay autores contrarios a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad a esta categoría de negligencias de los profesionales sanitarios, bajo la premisa de que inciden en alternativas que pasan por una decisión de la propia víctima y, por tanto, no concurre la aleatoriedad exigida por esta doctrina, porque la falta de certidumbre no se deriva de los posibles efectos que tiene el tratamiento en la salud del paciente, sino que se desenvuelve en el ámbito de decisión de la víctima[93]. En contraposición, la Profesora ASÚA

91. Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P. *«Responsabilidad sanitaria y daño moral» op. cit.* 2006, p. 825.
92. Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2399) o, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3.ª), de 19 de noviembre de 2004 (AC 2005, 84) que ha reconocido como daño la pérdida de la posibilidad de autodeterminación.
93. MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales… op. cit.* 2005, pp. 366 y 367 en sede de errores de diagnósticos prenatales pero también reproducibles en este punto, señala que propiamente no cabe la aplicación de la teoría de oportunidad perdida porque la evitación de los daños no depende del azar, sino en última instancia de la decisión de la madre. De modo que, señala esta

GONZÁLEZ mantiene que la no aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad puede discutirse en estos casos, pero no por el argumento expuesto, ya que éste se desvanece debido a que en las limitaciones del conocimiento humano, se revela un margen de certidumbre; de modo que, en otros casos como errores y retrasos de diagnósticos y tratamientos, la falta de certidumbre no se deriva del azar sino de tales limitaciones[94].

A mi juicio, la virtualidad o no de la teoría de la pérdida de oportunidad dentro de esta categoría de negligencia profesional depende, una vez más, de la configuración que se haga del daño resarcible. Si el perjuicio se identifica con la lesión del derecho de autodeterminación del paciente, no es necesaria la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad para el establecimiento del nexo causal, porque, si lo que se pretende es la indemnización del perjuicio que supone la privación de un derecho del paciente que incide en su esfera personal porque se materializa en un daño corporal, bastaría la constatación de esa lesión para que surgiera la obligación del facultativo de indemnizar. Esto es porque se trata de un derecho vinculado a la persona (artículos 10 y 15 de la Constitución Española) y aunque la propia norma que regula los derechos de autonomía de los pacientes no establece una consecuencia para cuando el facultativo incumple esta obligación que conforma su *lex artis*, la importancia del bien jurídico afectado supone incluso que pueda ser objeto de sanción penal porque se ha lesionado la integridad física del paciente sin su consentimiento.

Esta articulación del daño no genera una incertidumbre causal porque su constatación genera automáticamente un daño. En contraposición, considero que la teoría de la pérdida de oportunidad podría tener virtualidad si el daño que se pretendiera reparar fuera el daño corporal generado. En este caso, sí que concurriría una incertidumbre causal sobre si el paciente conocedor de los posibles efectos adversos de la actuación médica los hubiera asumido, y el resarcimiento del daño se graduaría atendiendo a la probabilidad de que el paciente informado hubiera decidido someterse voluntariamente a la actuación médica y asumir los riesgos derivados de ella.

2.4. LOS ERRORES DE DIAGNÓSTICO PRENATAL (WRONGFUL BIRTH)

Esta categoría versa sobre una modalidad de error de diagnóstico sanitario. Sin embargo, las connotaciones éticas y morales que presenta la configuración del daño y la conexión con el derecho de autodeterminación de la madre justifican que se realice un tratamiento individualizado de esta categoría.

---

autora sólo se puede hablar de pérdida de oportunidad si la decisión de la madre no fuera suficiente para ejercitar esa facultad de interrupción del embarazo.

94. ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria op. cit.*, 2008, p. 100.

Estos supuestos tienen en común que se ha producido el nacimiento de un hijo afectado por una enfermedad o malformación que no fue advertida, pudiendo haberlo sido, con anterioridad al alumbramiento[95], porque no se realizaron los diagnósticos prenatales o porque se hicieron de manera errónea, de modo que, se priva a los progenitores, en los que concurría una voluntad de concebir, de la posibilidad de decidir entre llevar a término el embarazo y dar a luz a un niño no sano u optar por la interrupción de la gestación[96].

95. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *La responsabilidad civil por actos médicos… op. cit.* 1999, p. 159 considera que los casos típicos de diagnóstico prenatal en sentido estricto son tres: aquél en que el médico se equivoca en la formulación del diagnóstico practicado sobre la mujer embarazada porque no descubre la enfermedad congénita que sufre el feto, produciéndose la imposibilidad de la mujer de acceder a la interrupción del embarazo en el plazo legalmente establecido. Un segundo grupo de supuestos, cuando no existe error en el diagnóstico, pero no comunica a los progenitores el resultado en la forma debida y, por último, un tercer grupo de casos, en los que el médico no aconseja sobre la conveniencia de realizar un diagnóstico prenatal. En este último caso, el error consiste no en la defectuosa realización del diagnóstico sino en no haberlo realizado.

96. Si bien, conforme con la LO 2/2010 la interrupción del embarazo se constituye propiamente como una posibilidad reconocida a la madre (cfr. artículos 12, 14 y 15 de la LO 2/2010) y ello, aunque el artículo 3.1 de la LO 2/2010 dispone «*en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes*». Lo cierto es, que respecto a la información a suministrar relativa a los diagnósticos prenatales se ha considerado que debe ser proporcionada a ambos progenitores, aunque la decisión posterior corresponda sólo a uno de ellos de conformidad con la legislación vigente. En este sentido, GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad civil médica y consentimiento informado op. cit.* 2001, p. 344.

    Por su parte, MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales… op. cit.* 2005, pp. 373 y 374 mantiene también que el derecho de información les corresponde a ambos progenitores porque el artículo 5.1 de la Ley 41/2002 establece la extensión de este derecho a personas vinculadas al paciente, por razones familiares o, de hecho, cuando así lo consienta el paciente de forma expresa o tácita y, en todo caso, cuando se acuerde la extensión del deber de información por pacto expreso. Por el contrario, admite esta autora, que este principio deberá excluirse cuando la paciente se niegue expresamente a la comunicación al otro de la información que le afecte, de modo que, en este caso, «*no existe un derecho del otro paciente sobre el que reclamar por la conducta no informadora del profesional sanitario*».

    El Tribunal Constitucional en Sentencia (Pleno) de 11 de abril de 1985 (RTC 1985, 53) consideró que «*la protección que la Constitución dispensa al "nasciturus" implica para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también como garantía, las normas penales […]*». El Tribunal también reconoce como titular del derecho a interrumpir el embarazo por motivo eugenésico a la mujer cuando señala que esta práctica genera conflictos «*de características, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del "nasciturus". Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del "nasciturus"*».

El tratamiento de estos casos desde el punto de vista de la responsabilidad civil plantea dos problemas fundamentales: la articulación del daño y la constatación de una relación de causalidad entre la negligencia profesional y el nacimiento de un hijo con trastornos[97]. La configuración del daño indemnizable en estos casos resulta compleja por las connotaciones éticas y morales inherentes a la reclamación de una indemnización al profesional por el nacimiento de un niño discapacitado, de modo que se plantea ineludiblemente si la vida puede ser considerada como un daño resarcible, opción ésta que debe ser descartada por resultar contraria a nuestro ordenamiento jurídico que califica la vida como un bien superior[98]. En este ámbito de la responsabilidad sanitaria se advierten también dificultades, con el presupuesto del nexo causal porque surgen «*cursos causales no verificables*»: el primero, relativo a si la culpa del médico fue causa para que la madre no interrumpiera su embarazo y, el segundo, si concurriendo el primer curso causal, la madre, en posibilidad física y legal de interrumpir su gestación, habría decidido finalmente, hacerlo[99].

97. MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales… op. cit.* 2005, p. 330 pone de relieve como en las acciones por *wrongful birth* el daño ha sido junto con la relación de causalidad los presupuestos más discutidos y a este respecto reconoce la autora que *«[…] junto al problema jurídico de la indeterminación del daño, se encuentran las objeciones éticas presentes en este tipo de reclamaciones. Por ello, es éste el requisito de la responsabilidad en que más se ha de tratar de afinar una distinción entre lo jurídico y lo puramente ético o moral. La relación de causalidad, aunque ciertamente es también complicada, sólo lo es desde un punto de vista jurídico».*

98. MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales… op. cit.* 2005 pp. 404-414 mantiene como «*la vida no puede ser considerada como un daño jurídicamente indemnizable, sino que es siempre un beneficio que sobrepasa el dudoso "bienestar" de la muerte o, en el caso concreto de la reclamación por wrongful life, de la inexistencia*». La autora justifica que el Derecho positivo reconoce expresamente el bien vida y le otorga protección jurídica, lo que a su juicio apoya la idea de que no se pueda calificar como daño, por cuanto es un beneficio; pues se reconoce como derecho fundamental de la persona y su protección se articula principalmente a través del ámbito penal, reconociendo el propio Tribunal Constitucional que constituye un valor superior. Además, considera que la calificación de la vida como un daño es contrario a la moral y al orden público. Esta idea contraria a la configuración de la vida como daño indemnizable es mantenida también, por esta autora en su trabajo «Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth:* comentario a la STS (Sala 1.ª), de 24 de octubre de 2008» en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 2018, 2008, p. 203.

    Por su parte, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *La responsabilidad civil por actos médico: problemas de prueba op. cit.* 1999, p. 175 considera que *«"el daño" […] no es el nacimiento del hijo. Aparte de que repugna a la natural consideración de las cosas el que la vida de un ser pueda ser calificada así, el nacimiento de la criatura no es consecuencia de la actuación del médico, sino de la naturaleza, de la providencia o, por utilizar una palabra más aséptica, de la fatalidad. El feto adolecía de la enfermedad antes y al margen de la actuación del profesional; es decir, la criatura habría nacido con la malformación en todo caso».*

99. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *La responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba op. cit.* 1999, pp. 165 y 166.

A) El daño indemnizable en los wrongful birth[100]

a) El daño por «pérdida de oportunidad»

La aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en esta materia es extremadamente dudosa y posee algunos detractores que aluden a que, en estos casos, no se cumplen los requisitos que exige la doctrina de la pérdida de oportunidad para su aplicación[101]. Sin perjuicio de otros que se expondrán a continuación, en mi opinión la teoría de la pérdida de oportunidad resulta cuestionable porque no encaja en este ámbito ni como un mecanismo para facilitar la acreditación del nexo causal según la teoría de la causalidad probabilística, ni tampoco como un daño autónomo.

Esta afirmación se ampara en que para que tuviese virtualidad la teoría de la *chance* en el ámbito del *wrongful birth* debería vincularse necesariamente el perjuicio irrogado con el nacimiento de un hijo no sano[102], y esa articulación debe ser descartada por ser contraria al ordenamiento jurídico y a los principios constitucionales. Esto es así porque si aplicamos la teoría de la pérdida de oportunidad en su modalidad *ontológica* extrapatrimonial se plantea sobre qué bien jurídico se imputan esas posibilidades, los partidarios de su admisión entienden que se priva a los progenitores de la ocasión de someterse a otra prueba de diagnóstico para que, dependiendo de su resultado, puedan interrumpir el embarazo dentro de los márgenes permitidos por el ordenamiento

100. Con el término «*wrongful birth*» se hace referencia a la pretensión propia de los progenitores del hijo nacido enfermo (ya sea de ambos progenitores conjuntamente o, de la madre en solitario) y donde son ellos los beneficiarios directos de la indemnización [Cfr. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. «Responsabilidad médico-sanitaria por daños vinculados a la concepción, gestación y nacimiento de la persona» en *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 26, 2018, p. 31].

101. En contra de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en los supuestos de wrongful birth se muestran entre otros MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 60, 2002, p. 1114; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria» *op. cit.* 2014, p. 216 y LUNA YERGA, A. «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad…» *op. cit.*, 2005, p. 14.

102. Esta cuestión es advertida por MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales… op. cit.* 2005, pp. 365, 366 y 368. Si bien esta autora mantiene que la desventaja que ofrece la aplicación de esta teoría al ámbito de las *wrongful birth* es «*que aproxima más el daño al hecho del nacimiento del niño (pues el daño reside en no haber podido evitar el daño que supone o que va unido al nacimiento), con lo que podría entrar en conflicto con el rechazo general de la identificación del daño en el hecho de la vida del niño*», proporciona una posible alternativa a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en este ámbito pero, tras analizar otros argumentos críticos vertidos sobre ésta concluye señalando que *«[…] resulta difícil arbitrar el daño en las acciones de "wrongful birth" a través de la teoría de la pérdida de oportunidades, cuando van referidas a la decisión de aborto o de concepción, principalmente porque no existen verdaderas oportunidades perdidas en estos casos»*.

jurídico[103] y, si se configura en su modalidad ontológica patrimonial, vinculándolos a los gastos derivados del nacimiento, esto es, como la «*pérdida por parte de los progenitores de evitar un gasto: en concreto, la oportunidad de haber evitado el nacimiento de un niño discapacitado y, con ello, los gastos patrimoniales extraordinarios y los daños morales que van unidos a él*»[104]. No obstante, si la aplicación de la pérdida de oportunidad se vincula al ámbito extrapatrimonial, la privación del derecho de autodeterminación de la gestante y/o de la facultad de interrumpir su embarazo presenta cierta automaticidad en su constatación y, sobre ese aspecto, no se genera una incertidumbre causal que justifique la aplicación de esta doctrina. Si, por el contrario, se vincula a la esfera patrimonial haciendo referencia a los gastos adicionales generados por el nacimiento de un hijo no sano, éstos constituyen un daño emergente aunque pudiera ser futuro, al que el ordenamiento jurídico puede proporcionar tutela resarcitoria, como se verá, sin tener que acudir a la teoría de la pérdida de oportunidad, que posee un carácter subsidiario.

La única opción sobre la que podría existir cierta incertidumbre que justificara la aplicación de esta teoría sería considerar como daño el nacimiento de un hijo enfermo, de modo que, se privaría a la madre gestante de la oportunidad de evitar ese «*evento desfavorable*»; no obstante, tal articulación del daño como se ha incidido anteriormente debe resultar descartada.

Por otro lado, el uso de la teoría de la pérdida de oportunidad vinculado al nexo causal también debe resultar descartado porque la actuación negligente del profesional no ha incidido en la producción de las patologías o deficiencias que presenta el recién nacido, sino que la actuación sanitaria culposa

103. En este sentido, se muestran DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil» en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3, 1998, p. 12 y 13; GALÁN CORTÉS, J. C. «La acción de wrongful birth en nuestra jurisprudencia» en *Revista Española de Medicina Legal*, n.º 84-85, 1998, pp. 10-14 y GALLARDO CASTILLO, M. J. *«Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria…» op. cit.* 2015, p. 45 considera que *«[…] resulta indudable que el error diagnóstico en estos casos impide a los progenitores ejercitar en plazo una facultad legal que ha resultado frustrada cuál es el evitar el nacimiento de un hijo gravemente afectado de una deficiencia o de una enfermedad que autoriza legalmente a interrumpir el embarazo y, en este sentido, entiendo que lo relevante no es elucubrar si la madre hubiera ejercitado la facultad de abortar, sino, de una parte, la pérdida de la oportunidad de decidirlo»*.

Algunas resoluciones judiciales también vinculan la privación del derecho a interrumpir el embarazo con la teoría de la pérdida de oportunidad, es el caso, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª), de 15 de septiembre de 1998 (AC 1998, 2020) considera que *«pues resulta cuando menos discutible el que pueda considerarse el nacimiento de un hijo con síndrome de Down (mongolismo) como un "daño resarcible", sino por no haber dado a los padres la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con síndrome de Down o abortar, figura que la doctrina civilista conoce como "pérdida de una oportunidad"»*.

104. MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales… op. cit.* 2005, p. 364.

únicamente puede vincularse probabilísticamente a la reducción de la posibilidad de que la madre gestante se hubiera sometido a una intervención para la interrupción del embarazo.

Los autores que, como se ha indicado, advierten que no está clara la aplicación de la teoría de la pérdida de la *chance*, no aluden al motivo expuesto anteriormente, sino que lo hacen amparándose, principalmente, en dos fundamentos[105] que pueden ser, en todo caso, solventados. El primero es que, la aplicación de esta teoría requiere de la producción de un «*evento favorable*» que resulta frustrado por el agente dañoso y, por otro lado, porque la decisión sobre la interrupción del embarazo corresponde a la propia madre, de modo que no escapa de su ámbito de control.

La primera cuestión no resulta impedimento para la aplicación de esta teoría porque si bien, en nuestro país esta doctrina tiende a vincularse con la obtención de un resultado favorable, en Francia, se utiliza también cuando se le ha impedido a la víctima evitar la producción de un evento dañoso. Por su parte, en relación al segundo de los obstáculos, esto es, la no concurrencia de la aleatoriedad exigida para la aplicación de esta doctrina, hay autores como la Profesora ASÚA GONZÁLEZ que considera que la capacidad de la madre de elegir no debe ser motivo para descartar la aplicación de esta teoría a los supuestos en los que a quien juzga le resulte incierto un curso causal[106]. En cambio, otros entienden que el empleo de esta teoría debe quedar reservada para los supuestos en los que existieran dudas sobre cuál habría sido la decisión de la madre sobre la interrupción del embarazo. Sin embargo, no debe desconocerse la dificultad de prueba sobre cuál habría sido la decisión de la

105. Se muestran críticos con la aplicación de la pérdida de oportunidad en estos casos, MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio en 2002» *op. cit.,* 2002, p. 1114, insisten estos autores sobre todo en que la materialización del evento no puede depender en ningún caso de la voluntad de la víctima y, en estos casos, la facultad de interrumpir el embarazo depende de la propia voluntad de la madre. De la opinión de estos autores para negar la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en los supuestos de «wrongful birth» se hacen eco MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria» *op. cit.* 2014, p. 216 y LUNA YERGA, A. «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad…» *op. cit.,* 2005, p. 14.

A ambos motivos aluden ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I. «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica» *op. cit.,* 2013, p. 239 quienes consideran que para la aplicación de esta teoría «*es imprescindible que la producción del "evento favorable" para la víctima quede fuera de su ámbito de actuación o decisión, es evidente que no procede aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad en los supuestos de wrongful birth, porque éstos se basan en una facultad, la de interrumpir el embarazo, cuyo ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de la madre, la misma que, como perjudicada, puede reclamar con posterioridad*».

106. ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria op. cit.*, 2008, p. 111.

madre sobre la interrupción de su embarazo si hubiera conocido las deficiencias que tenía el feto[107].

b) El daño moral por lesión del derecho a la información y a la autodeterminación

El tratamiento de la incertidumbre respecto a la decisión que habría adoptado la madre si hubiera conocido las patologías del feto, ha justificado la vinculación del daño indemnizable con la privación a los progenitores de la posibilidad de decidir, una vez conocen la enfermedad o malformación que sufre el feto, entre interrumpir el embarazo como medio para detener la contrariedad de tener un hijo siempre enfermo o, por el contrario, proseguir con la gestación. Es decir, en estos supuestos subyace la privación a la madre de una facultad reconocida legalmente, que influye necesariamente en la autodeterminación personal y es susceptible de generar un perjuicio extrapatrimonial, de modo que la configuración del daño como la lesión del derecho a la información y a la autodeterminación, no plantea entonces, cuestiones de incertidumbre causal.

La lesión del derecho a la información sanitaria y a la autodeterminación no son propiamente derechos coincidentes, aunque se encuentran estrechamente vinculados y resulta difícil diferenciar el ámbito de desarrollo de cada uno de ellos, motivo por el que se opta por realizar un tratamiento conjunto. El derecho de información es el presupuesto necesario para que los progenitores puedan plantearse la decisión de interrumpir el embarazo, puesto que si acuden a un diagnóstico preconceptivo lo hacen con el objetivo de ampliar el ámbito de información necesario para calificar de informada la decisión[108]. Es decir, la negligencia del sanitario y la no transmisión de la información relevante sobre el estado del embrión puede determinar la decisión de los progenitores sobre la continuación del proceso gestante y, consecuentemente, condicionar su autodeterminación al impedirles optar entre continuar con su decisión de procrear o interrumpir el embarazo.

La exposición efectuada identifica el daño con la privación del derecho a la información sanitaria y, por *ende*, con el ejercicio de la autodeterminación de la progenitora vinculado al derecho a la dignidad personal y al principio del libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, se plantea si efectivamente el daño no es la afectación de la facultad de la gestante a la interrupción del

107. Para resolver esta cuestión, algunos autores acuden a presunciones y consideran que es suficientemente reveladora de la decisión de la madre de interrumpir el embarazo su sometimiento a un diagnóstico prenatal, por entender que de haber conocido la enfermedad o patología del feto hubiera optado por su interrupción, en un juicio de razonable verosimilitud. Sin embargo, las resoluciones judiciales que abordan esta cuestión ponen de relieve que esta solución no es una cuestión pacífica como posteriormente, se abordará.

108. MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales… op. cit.* 2005, p. 357.

embarazo. La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 6 de junio de 2001 (RJCA 2001, 1280) ha rechazado que se configure el daño como la privación del derecho a interrumpir el embarazo, porque no existe propiamente un derecho subjetivo de la gestante a someterse a un aborto, sino más bien la posibilidad de hacerlo sin obtener el reproche del ordenamiento jurídico a la protección del *nasciturus*[109]. Sin embargo, los órganos judiciales han admitido este daño indistintamente tanto por la privación del derecho a la información [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3720)], como por la imposibilidad de interrupción del embarazo. [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1750)].

La reparación del daño por privación del derecho a la autodeterminación requiere, obviamente que, para que el daño pueda identificarse como la lesión de este derecho, el diagnóstico prenatal que evidencie la discapacidad del feto se realice con posterioridad a que transcurra el plazo legal para la interrupción del embarazo o en el momento del alumbramiento[110].

109. A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 6 de junio de 2001 (RJCA 2001, 1280) ha declarado que *«la situación jurídica de la gestante ante una malformación del feto, no es tanto la del derecho subjetivo a abortar, otorgado por una norma, como que el legislador le exime de responsabilidad penal, sin que sea preciso en esta jurisdicción determinar si se trata de una causa de justificación, exculpación o una excusa absolutoria […]no supone tanto que el daño resarcible sea la privarla de esa prestación como que el funcionamiento anormal no permita acogerse a la indicación que excluye la responsabilidad penal»*. Por eso, alguna autora MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales… op. cit.* 2005, p. 376 ha mantenido que, si bien puede «*distinguirse teóricamente entre la lesión del derecho de información y el hecho de la privación de la decisión, existe una relación causal entre ambas que permite afirmar que la segunda es concreción del daño cuyo riesgo crea la primera*», de modo que el daño debe configurarse como la privación de su derecho a la autodeterminación, opinión que suscribo aunque, la identificación del daño como la anulación de la facultad de someterse a una práctica abortiva no es más que la materialización de la consecuencia derivada de la falta de información médica.

    Por su parte, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *La responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba op. cit.* 1999, p. 177 aunque comparte la decisión del Tribunal de no considerar la existencia de un «derecho al aborto», reconoce que no encuentra la manera de articular que el Código Pernal faculte a la mujer para abortar con impunidad criminal y entender que ello no supone el reconocimiento de que la «facultad» interrumpir el embarazo es una opción jurídicamente tolerable. En esta línea el autor plantea «*si la "facultad" de abortar existe, no queda más remedio que desprenderse de la acepción de esa palabra ("facultad") como expresiva de uno de los conceptos que siempre emparentamos con la noción de derecho subjetivo*».

110. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26 de febrero del 2009 (JUR 2009, 275668) desestima las pretensiones indemnizatorias de los progenitores al considerar que, recibieron información sobre las malformaciones congénitas que presentaba el feto adoptando libremente, después de valorarlo unos días, su decisión de continuar con la gestación, quedando esta circunstancia reflejada en la historia clínica.

c) Los «préjudices d´ impréparation» y los gastos especiales de crianza y educación

Hay otros pronunciamientos judiciales que, con amparo en opiniones doctrinales, consideran que el daño indemnizable es el denominado «*préjudice d´ impréparation*»[111]. Este daño se atribuye al impacto psíquico que sufren los padres cuando comprueban sorpresivamente en el momento del nacimiento que tienen un hijo con discapacidad, sin que hayan podido prepararse psicológicamente para ese escenario que supone afrontar, en la crianza del hijo, los especiales cuidados que comporta la anomalía o enfermedad que sufre el recién nacido. Este daño cumple todos los requisitos de un perjuicio indemnizable, debiendo valorarse su cuantía en función de la gravedad, entidad y efectos del riesgo materializado[112].

La articulación del daño como «*préjudice d´ impréparation*» permite el resarcimiento de los daños vinculados al nacimiento del hijo enfermo cuando la madre no pudo interrumpir el embarazo por no cumplir con los plazos legales para ejercer esta facultad o cuando no quede acreditado que la decisión de la madre, de haber sido informada del estado físico del feto, hubiera sido la de interrumpir el embarazo[113].

También se ha configurado como partida indemnizable, los gastos extraordinarios que los padres van a tener que acometer como consecuencia de la discapacidad que sufre el hijo[114]. En esta línea, algunos autores han destacado

111. Entre las resoluciones judiciales que reconocen la indemnización de estos daños podemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610) que indemniza el *«impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edad mediana; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada»*. También, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 18 de diciembre del 2003 (RJ 2003, 9302).

112. Cfr. GALÁN CORTÉS, J. C. «Consentimiento informado» *op. cit.* 2011, pp. 398 y 399.
Para DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *La responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba op. cit.* 1999, pp. 176 y 177 considera que otro enfoque en relación con este daño es el constituido por dos factores, por un lado, el quebranto moral sufrido por los padres al experimentar día a día la congoja de la contemplación de un ser doliente, aquejado de limitaciones y con un panorama futuro de abandono e indefensión y, por otro lado, la lesión económica consistente en tener que arbitrar medios de crianza, atención médica, educación y mantenimiento superiores a los de una criatura sana.

113. GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. «Responsabilidad sanitaria y daño moral» *op. cit.* 2011, p. 574. También, FINEL, L. «La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies foetales» en *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n.º 2, 1997, pp. 229-231. Por el contrario, para MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales… op. cit.* 2005, p. 378 no se podrán indemnizar estos daños cuando la madre pudiera haber optado por interrumpir el embarazo, ya que si se da esta circunstancia no se estaría propiamente ante un supuesto de *wrongful birth*, de modo que se plantearía si se puede reclamar un daño por el nacimiento de un hijo discapacitado.

114. Algunas resoluciones judiciales reconocen que la concurrencia en el hijo de una enfermedad o malformación comporta a los padres unos gastos de crianza y educación mayores que en los que incurrirían si éste hubiera nacido sano. En este sentido, puede

que hay determinados daños como los cuidados médicos, la necesidad de una tercera persona, mobiliario o educación especial que resultan necesarios precisamente por la enfermedad que padece el hijo y, que, por tanto, suponen un *plus* económico sobre los gastos inherentes al cuidado y crianza de un hijo sano[115].

B) La relación de causalidad en los wrongful birth

En este trabajo se viene incidiendo en el vínculo existente entre la configuración que se hace del daño indemnizable y su conexión causal con la negligencia del agente dañoso. Dentro de los *wrongful birth* el reconocimiento del nexo causal resulta también complejo porque la actuación del profesional sanitario no es la causa de la patología que sufre el feto –pues ésta se deriva de un evento natural o biológico–, sino que, la negligencia se deriva de la falta de detección en el feto de las anomalías que ya presentaba durante la gestación. Sin embargo, la configuración que se haga del daño –por ejemplo, como la privación de la autodeterminación de los progenitores o con los gastos superiores derivados de la crianza y educación del hijo– permite sortear los problemas para la determinación del nexo causal.

El nexo causal en este ámbito es también relevante porque sirve para delimitar los daños indemnizables, es decir, los daños se pueden vincular causalmente a la cadena de acontecimientos iniciada por la actuación negligente

---

destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 20 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4676) que declara que «*los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización. Y que los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo*». En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5860) confirma la indemnización «*por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios*».

115. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad…» *op. cit.,* 1996, pp. 153 y 154 apunta sobre la indemnización de estos daños, que resulta más conveniente que para su indemnización los órganos judiciales adopten un sistema de renta periódica y no de capital porque en determinados casos, estos hijos tienen una corta esperanza de vida. Por su parte, MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar…» *op. cit.,* 2004, p. 10 se muestran también a favor de la indemnización de estos gastos extras motivados por los padecimientos físicos o psíquicos del hijo por constituir «*aquéllos que, por representar una carga excesiva para la madre y la familia, fundamentan la despenalización del aborto eugenésico, son los que deben indemnizarse en las demandas de wrongful birth. Entre ellos, se incluyen los gastos médicos y sanitarios derivados de la anomalía del hijo, pero también otros costes, cualquiera que sea su naturaleza, que se vinculan directamente con ella, como los gastos de adaptación de la vivienda familiar, los gastos de adquisición o adaptación de un vehículo adecuado para su transporte […]*».

del médico. Las circunstancias inherentes a este tipo de circunstancias han motivado la posibilidad de dividir el curso causal en dos etapas; la primera destinada a vincular la actuación del profesional con el diagnóstico erróneo efectuado y, la segunda, dirigida a establecer el curso causal entre el diagnóstico erróneo y el daño causado[116].

Para la acreditación de este presupuesto de la responsabilidad civil se han aplicado fórmulas distintas a la teoría de la pérdida de oportunidad pero dirigidas a facilitar la acreditación de éste y vinculadas a la decisión de la gestante sobre la interrupción del embarazo porque en ocasiones ha servido como causa para rechazar la reclamación indemnizatoria de la madre [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 7 de junio de 2002 (RJ 2002, 5216)]. Éstas son el *tratamiento de los cursos causales no verificables* y *la conducta alternativa conforme a Derecho o el comportamiento alternativo lícito*. No entraremos en su análisis porque excede del objeto de nuestro estudio.

Si retomamos la exposición efectuada al inicio del epígrafe, en la que se indicaba la importancia de articular el daño resarcible para que sobre esa base pueda reconocerse, el nexo causal se advierte cómo en este ámbito debe excluirse la identificación del perjuicio causado con el nacimiento del hijo enfermo porque resultaría contraria al ordenamiento jurídico y a los principios constitucionales. No obstante, los problemas causales expuestos sobre cuál hubiera sido la decisión de la madre sobre la interrupción del embarazo quedarían solventados si se determina que el daño indemnizable es el impacto psicológico de los progenitores por el nacimiento de un niño no sano y por los gastos extraordinarios sobre crianza y educación que la enfermedad les va a obligar a acometer.

2.5. RECAPITULACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CHANCE EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

La exposición efectuada en los apartados precedentes nos permite extraer las siguientes conclusiones sobre la aplicación de la teoría de la pérdida de la *chance* en el ámbito de la responsabilidad sanitaria.

En la responsabilidad civil sanitaria la aplicación de esta teoría se hace con el objetivo de reducir la incertidumbre causal motivada por la dificultad de

116. Cfr. MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales… op. cit.* 2005, pp. 465 y 466. También alude a la necesidad de examinar la relación de causalidad por «pasos» DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *La responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba op. cit.* 1999, pp. 165, 166 y 180, de modo que para este autor entre la conducta culposa y el «desenlace» existen no uno sino dos problemas causales, el primero vinculado a si la culpa del médico fue «causa» de que la madre no pudiera interrumpir su embarazo y, el segundo, es el de si, aun concurriendo ese primer «curso causal», la gestante teniendo la posibilidad física y legal de interrumpir su embarazo, habría decidido hacerlo.

determinar *a priori* el impacto negativo que tiene la actuación médica negligente en la salud del paciente, atendiendo a que en el resultado final pueden influir otros factores externos a la actividad profesional. En este ámbito la doctrina de la pérdida de oportunidad se aplica de forma prioritaria en los supuestos en los que la negligencia se vincula con la omisión, esto es, los denominados «daños pasivos» derivados de la inacción del profesional. Fundamentalmente, esta doctrina encaja en los errores de diagnóstico y en los retrasos en la realización de pruebas.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, la aplicación de la doctrina de la pérdida de la *chance* se encuentra más próxima a la teoría ontológica que como un remedio vinculado al nexo causal. No obstante, hay alguna resolución judicial que identifica el daño sufrido por el paciente con el impacto negativo que en su salud ha tenido la actuación profesional, pero limitadamente, en aquellos supuestos en los que no existe incertidumbre de que la actuación sanitaria fue la que motivó el resultado dañoso.

La exposición efectuada sobre la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad a los principales supuestos de negligencia médica pone de manifiesto que la configuración del daño como la pérdida de la *chance* no se encuentra exenta de dificultades. A modo ejemplificativo, cuando la negligencia consiste en la infracción del deber de información, la aplicación de esta doctrina se hace vinculada a la privación del derecho a la autodeterminación sanitaria y el reconocimiento de este perjuicio no haría necesario, como se ha indicado, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, sino que podría constatarse automáticamente este daño cuando se materializa un riesgo sobre el que el paciente no ha sido debidamente informado.

En el ámbito de los *wrongful birth* esta teoría tampoco está exenta de críticas porque aparece en algunas resoluciones vinculada al deber de información o, en su caso, a la privación de la posibilidad de interrumpir el embarazo, de modo que plantea las mismas cuestiones apuntadas en el párrafo anterior. En los supuestos de *wrongful birth* se hace también patente que, en el fondo, la aplicación de esta doctrina implicaría vincular el perjuicio con el nacimiento de un hijo no sano, opción esta que debe resultar descartada por ser contraria al ordenamiento jurídico y a los principios constitucionales.

Lo anteriormente expuesto pone de relieve que el reconocimiento de la *chance* como perjuicio indemnizable no proporciona una solución adecuada, en tanto que los órganos judiciales han valorado la vinculación de la actuación negligente a otros perjuicios resarcibles como la privación de bienes extrapatrimoniales, daños emergentes (algunos de ellos futuros) o, perjuicios morales vinculados al «*pretium doloris*» y, por otro lado, que el contenido que se proporcione al daño va a condicionar la incertidumbre

sobre el nexo causal entre la actuación negligente del profesional y el perjuicio causado.

3. EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL LETRADO: ¿EL DAÑO COMO PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O COMO LA PRIVACIÓN DE LA PRETENSIÓN?

3.1. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA PRESTACIÓN DEL ABOGADO: LA JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

La incertidumbre sobre la concurrencia del nexo causal en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado obedece a dos factores fundamentales: por un lado, a la imposibilidad de predecir *a priori* el resultado del proceso porque depende de la convicción del juzgador y, en relación con ello, a la configuración de la obligación profesional como una obligación de medios.

A) La incertidumbre inherente al proceso y otros factores que se encuentran fuera del ámbito de control del letrado

El resultado incierto del proceso jurisdiccional dificulta en ocasiones el establecimiento de una relación causal entre la actuación negligente del profesional y el daño causado con la certeza requerida por los órganos judiciales. El hecho de que el abogado sea diligente en el desarrollo de su encargo no garantiza un resultado exitoso en el procedimiento, ni su negligencia determina, en todo caso, un resultado desfavorable[117].

En el ámbito de la responsabilidad civil médica se indicaba que la existencia de esa incertidumbre causal entre la actuación del profesional sanitario y la incidencia negativa que podía tener en la salud del paciente obedecía ciertamente al desconocimiento del impacto que la negligencia constatada podía tener en la patología que presentaba el paciente. Pues bien, en el ámbito de la responsabilidad del abogado esa incertidumbre se vincula a la actividad jurisdiccional[118], en la que intervienen dos o más partes con pretensiones contrapuestas, que se someten a un proceso con unas reglas imperativas preestablecidas y con unos plazos preclusivos, que concluye, en todo caso, con una decisión que favorecerá en mayor medida a una parte sobre la otra.

En el resultado desestimatorio de las pretensiones del cliente pueden influir, además de los aspectos inherentes a la actividad jurisdiccional, otros que también escapan del ámbito de control del profesional, como el grado de

117. CERVILLA GARZÓN, M. D. «Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado» *op. cit.* 2003, p. 1085.
118. COBREROS MENDAZONA, E. «La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado» *op. cit.* 2013, p. 91.

prosperabilidad que tiene la pretensión del prestatario del servicio, atendida la situación fáctica que posee y sobre la que deben aplicarse las normas jurídicas, y las diversas interpretaciones que los órganos judiciales pueden realizar de las normas jurídicas que sean de aplicación[119].

Los aspectos expuestos ponen en evidencia la dificultad que en la mayoría de las ocasiones puede presentar en este ámbito la determinación de un grado suficiente de certeza de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la actuación negligente del profesional.

B) La obligación de medios del abogado

En conexión con los factores exógenos expuestos, el encuadramiento de la obligación del letrado también como una obligación de medios está íntimamente relacionada con la naturaleza de la actividad jurisdiccional. El profesional en el desarrollo del encargo realizado por el prestatario del servicio, se obliga a desempeñar su actuación conforme a su *lex artis* con la diligencia necesaria para obtener el resultado pretendido por el cliente, esto es, conforme a las reglas de la Abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las circunstancias del caso concreto, pero no podrá garantizar la obtención de un resultado en el procedimiento porque escapa de su esfera de control, al no depender en exclusiva de la voluntad del abogado e incluso considerarse una «*rei extracommercia*»[120]. En contraposición, hay algunas actuaciones de estos profesionales que se encuentran desvinculadas de la actividad jurisdiccional[121] sobre las que el abogado puede asumir una obligación de resultado, cuando la obtención de éste dependa únicamente de su voluntad (redacción de informes, dictámenes, documentos con transcendencia jurídica como contratos, estatutos sociales o capitulaciones matrimoniales). En estos casos, la no obtención del resultado permitiría constatar el incumplimiento de la obligación profesional asumida.

119. SERRA RODRÍGUEZ, A. «Responsabilidad civil del abogado: Comentario a la STS de 28 de enero de 1998» en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 1, 1998, p. 305 reconoce que «*la complejidad de las situaciones fácticas a las que se han de aplicar las normas jurídicas, la diversa interpretación que de algunas de ellas mantiene la doctrina, el cambio de orientación jurisprudencial en un tema concreto, entre otros factores, provoca que no siempre la posición defendida por un abogado que emplee un alto nivel de diligencia y de pericia sea atendida por los Tribunales, pudiendo, por lo tanto, el cliente ver desestimada su pretensión*». También reconoce la existencia de «*causas exóticas*» a la relación entre el Abogado y su cliente que pueden dificultar la apreciación de un daño antijurídico y las condiciones en las que se puede imputar causalmente éste al profesional, LLAMAS POMBO, E. *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones op. cit.* 2010, p. 204.

120. ALONSO PÉREZ, M. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos op. cit.* 1997, pp. 389 y 390 mantiene que «*la Justicia es un bien sobre el que no cabe ningún tipo de tráfico jurídico-patrimonial […]. El profesional no puede comprometerse a la consecución de una sentencia cuyo pronunciamiento tenga un contenido concreto, pues dicho contrato debe considerarse nulo*».

121. Hay algunos autores que reconocen la existencia de obligaciones parciales de resultado dentro de la actividad jurisdiccional, por ejemplo, por redacción de una demanda, de un recurso etc.

La asunción de una obligación de medios comporta rechazar que la desestimación de las pretensiones del destinatario del servicio en el seno del proceso judicial pueda constituir *per se* un daño antijurídico e indemnizable, porque lo relevante a estos efectos es si el profesional ha respetado el canon de diligencia que le era exigible en su actuación. Esto es así porque el sometimiento de las pretensiones del cliente a un tercero imparcial con facultad jurisdiccional, supone asumir que el debate jurídico es la esencia del proceso y que, por tanto, la obtención de una resolución estimatoria pasa necesariamente por obtener la convicción del juzgador, pues la desestimación del interés del cliente en el proceso puede no deberse a la actuación profesional, sino justificarse, por ejemplo, por la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la pretensión defendida o a la intervención de terceros.

3.2. LA DIFICULTAD DE IDENTIFICAR EL DAÑO INDEMNIZABLE: ¿LA PRIVACIÓN DE LA PRETENSIÓN O LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE OBTENER UN BENEFICIO FAVORABLE?

En esta materia la configuración del daño presenta un alto nivel de complejidad, en grado similar al que ha quedado demostrado en el ámbito sanitario, porque el contenido que se atribuya al evento dañoso va a condicionar la constatación del nexo causal entre la actuación profesional y el daño.

El perjuicio que genera un abogado se identifica, como acertadamente pone de relieve el Profesor GÓMEZ POMAR, con «*la pérdida de la posibilidad de demandar o, de recurrir o de cualquier forma de obtener una modificación favorable, mediante una decisión de una autoridad jurídica, de una situación de hecho o de derecho*». Sigue desarrollando esta idea señalando, que no puede obviarse que el cliente identifica el daño que ha sufrido con la no obtención de la ventaja que pretendía en el proceso y que consideraba que le pertenecía[122]. En cambio, no lo hace con la pérdida de la oportunidad o con la privación del derecho a la tutela judicial efectiva, que son los principales daños que los órganos judiciales reconocen en esta materia.

En la esfera de la responsabilidad civil sanitaria y en la del abogado se constata un componente de incertidumbre causal. La teoría de la pérdida de oportunidad facilita la salvación de los posibles obstáculos que pueden representar tanto el principio de certeza y de efectividad del daño, como la actitud jurisprudencial restrictiva de la indemnización del lucro cesante. La aplicación de esta doctrina puede hacerse de dos modos alternativos según se acepte la *tesis ontológica* o la *tesis de la causalidad probabilística*; la decisión que se adopte va a incidir necesariamente en la articulación del hecho dañoso[123].

122. GÓMEZ POMAR, F. «Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado…» *op. cit.* 2003, p. 3.

123. A este respecto, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil… op. cit.* 1995, p. 82 «*la relación de causalidad está íntimamente unida a situaciones (con sus correspondientes construcciones jurídicas) que sin duda tienen un papel muy*

a) *La identificación del daño con la pérdida de oportunidad procesal* supone considerar el perjuicio como la pérdida probable del reconocimiento de un derecho. Así, constatada la negligencia profesional, se vincula causalmente con un daño intermedio identificado por la pérdida de oportunidades de obtención de un resultado favorable para el cliente que, por tanto, puede ser imputable objetivamente al comportamiento del profesional.

b) *La identificación del daño indemnizable con la pretensión del prestatario del servicio y el empleo de la teoría de la pérdida de oportunidad como mecanismo para la flexibilización de la relación de causalidad*; esta opción supondría que, atendiendo a la viabilidad que tuviera la pretensión en el proceso, se constatará la obligación de indemnizar al cliente siempre y cuando se hubiera acreditado también la negligencia del profesional. Es decir, esta doctrina permitiría solventar los problemas de incertidumbre causal que plantea la identificación del daño con la pretensión del cliente porque su resarcimiento quedaría vinculado a las probabilidades de que el órgano judicial hubiera estimado la pretensión del justiciable que quedó condicionada por la actuación negligente del profesional.

La cuestión radica, por tanto, en decidir si la incertidumbre debe valorarse desde el ámbito de la causalidad o, por el contrario, es adecuado aceptar la redefinición del daño que en este ámbito ha llevado a cabo la Jurisprudencia que supone dotar de certeza a un daño, que por su naturaleza, adolece de ella[124]. Para abordar esta cuestión, se van a exponer las cuestiones que plantea la configuración del daño como pérdida de oportunidad procesal y como privación de la pretensión del destinatario del servicio, con el objetivo de concluir qué opción resulta más satisfactoria y acorde con los presupuestos de la responsabilidad civil. Sin embargo, ambas opciones, como se expondrá, requieren la realización de un «juicio de probabilidad» exigido por la propia aplicación de esta doctrina destinado a la determinación de la extensión de la tutela resarcitoria.

---

importante en la apreciación judicial de los daños y en la consiguiente mitigación o moderación de las cuantías indemnizatorias que a primera vista podrían establecerse».

124. MEDINA ALCOZ, L. «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la Responsabilidad patrimonial…» *op. cit.* 2011, p. 532 destaca que hay un variado conjunto de construcciones para fundamental la teoría de la pérdida de oportunidad según el segmento en el que se fije. A este respecto destaca el autor que «*un subgrupo se mueve en la teoría del daño (teorías ontológicas) y el otro en la teoría de la causalidad (teorías de la causalidad probabilística). Hay, además, la reciente tesis formulada por la profesora Gascón Abellán, que representa una explicación alternativa: pretende conseguir el mismo resultado (justificar la teoría de la pérdida de oportunidad) apoyándose, no tanto en la dogmática de la responsabilidad, como en la teoría de la prueba […]*». También, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 221 reconoce el doble ámbito de aplicación que tiene la teoría de la pérdida de oportunidad del siguiente modo «*en la configuración de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable se entrelazan dos planos o etapas del juicio de responsabilidad que, en principio, se muestran independiente: el problema de la relación o nexo causal y el de la identidad del daño o perjuicio*».

3.2.1. El daño como la pérdida de oportunidad procesal

A) Su reconocimiento en la jurisprudencia y la evolución en torno a la naturaleza del daño

La recepción de la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado fue posterior a la ya efectuada en el ámbito sanitario con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371). La primera resolución que hace referencia a la pérdida de oportunidad procesal es la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 323), al ser la primera vez que este órgano judicial reconoce la «*pérdida indebida de oportunidades procesales*» e, inicialmente, se vinculaba con las actuaciones negligentes de naturaleza omisiva hasta que la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 8 de abril del 2003 (RJ 2003, 2956) acepta por primera vez en este ámbito la aplicación de esta doctrina frente a una negligencia activa, de tal modo que, con esta última resolución, para la Profesora CERVILLA GARZÓN, «*el concepto de falta de oportunidades procesales se amplía en su interpretación, acogiendo también, a cualquier supuesto de actividad negligente del abogado, sea activa u omisiva […] porque la pérdida de oportunidades procesales no es ya la imposibilidad de acceder a la jurisdicción sino, también, el acceso defectuoso a la misma, como consecuencia de la actividad negligente del abogado que lo defiende o lo representa*»[125].

La pérdida de oportunidad exige para su apreciación como daño indemnizable la concurrencia de una serie de requisitos, el primero, que la pérdida de la oportunidad ocasionada por el abogado sea *definitiva*, es decir que no sea posible repararla a través de ulteriores actuaciones procesales, puesto que, si la decisión del órgano judicial ha podido ser revocada, el perjuicio sufrido no podrá calificarse como una pérdida de oportunidad porque el cliente podrá obtener con posterioridad una resolución judicial conforme a sus intereses. En segundo lugar, se requiere que la pérdida de oportunidad sea *real*, esto es, que el justiciable se encuentre en una situación jurídica idónea para obtener el resultado cuya oportunidad reclama. Por último, se exige que el daño ocasionado sea *cierto* es decir, que no se trate de un perjuicio hipotético o eventual[126].

125. CERVILLA GARZÓN, M. D. «Una nueva visión de la responsabilidad profesional del Abogado» *op. cit.* 2003, p. 1089.

126. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. «La responsabilidad civil del abogado por pérdida de la oportunidad procesal» en *Actualidad Civil*, n.º 9, 2014, p. 952; también CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 368-370.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, pero que en este punto resulta trasladable a la responsabilidad civil del abogado, por la existencia de ciertos caracteres comunes entre ambas profesiones, GALLARDO CASTILLO, M. J. *«Casualidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria…» op. cit.* 2015, pp. 41 y 42 señala que la aplicación de esta teoría requiere que concurran cuatro requisitos a) que exista una probabilidad suficiente de obtención de la ventaja; b) que el daño producido tenga carácter cierto, es decir, que no sea meramente eventual, hipotético, futuro o un mero temor; c) que se haya producido una infracción de la «*lex artis*» que evidencie mala

En la exposición efectuada sobre la teoría *ontológica* de la pérdida de oportunidad se ha incidido especialmente en que constituye un perjuicio autónomo que no debe identificarse con el lucro cesante y que, en esta materia, los órganos judiciales hacen un importante esfuerzo para desvincularlo del valor de la pretensión de la ganancia no obtenida con el objetivo de evitar su identificación con el despojo de la pretensión; aunque, por el propio funcionamiento de la teoría de la pérdida de oportunidad, será necesario valorar las probabilidades de éxito de la pretensión; además, en la cuantía indemnizatoria incidiría necesariamente el valor de la oportunidad perdida[127].

Actualmente, el Tribunal Supremo considera que el daño por pérdida de oportunidad debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada es una ventaja de contenido económico, que requiere un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada[128]. En un primer momento, a este daño se le atribuía una naturaleza moral porque se vinculaba con la pérdida de la posibilidad de acceder a los órganos judiciales y/o de obtener la estimación de la pretensión[129]. Finalmente, nuestros órganos judiciales optaron por atribuirle al daño por pérdida de la *chance* la naturaleza

praxis y d) que no exista relación causal entre la acción u omisión del profesional y el resultado finalmente producido, de tal forma que, no pueda verificarse con certeza si dicho resultado se hubiera materializado aunque no hubiera concurrido mala praxis del agente.

127. GÓMEZ POMAR, F. «Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado…» *op. cit.* 2003, pp. 5 y 6 afirma que «*la indemnización de daños por pérdida de oportunidad debe venir dada, fundamentalmente, por el valor esperado de la pretensión perdida, y este nunca es independiente ni de la cuantía ni de la probabilidad de éxito del litigio*».

128. cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 27 de julio del 2006 (RJ 2006. 6548), de 22 de abril del 2013 (RJ 2013, 3690), de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971). En concreto, la resolución del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 27 de julio del 2006 (RJ 2006. 6548) dispone que *«[…] 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 […]»*.

129. Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532), de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 17). Al respecto, CHAPARRO MATAMOROS, P. «La responsabilidad civil del Abogado por no interposición de la acción de retracto en plazo. Comentario a la STS núm. 373/2013, de 5 de junio (RJ 2013, 4971)» en *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 18, 2014, p. 448 reflexiona sobre esta evolución jurisprudencial en cuanto a la naturaleza del daño por pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado y señala que, en todo caso, cuando se identifica este daño como un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial, lo cierto es que, se trataría de un daño moral impropio, pues repercutía en cierto modo en el patrimonio del cliente.

Este autor *ob. cit.* 2014, p. 451 se muestra partidario de la consideración de la pérdida de oportunidad como un daño moral vinculado a la pérdida de la posibilidad de obtener la estimación de la pretensión del cliente porque «*de esta forma, se salvaría la relación de causalidad, pues con el actuar culpable del abogado que incumple su obligación se estaría ocasionando, en todos los casos, un daño al cliente, por la privación (en sentido amplio) de su derecho a la tutela judicial efectiva, lo que incluye también la limitación del mismo derivado*

de daño patrimonial y articularon otro perjuicio autónomo, desligado de la pérdida de la *chance*, para reparar los supuestos en los que se producía una privación del acceso a los tribunales, esto es, el «*daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva*»[130].

La aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable ha sido también reconocida en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia cuando los órganos jurisdiccionales han generado en el justiciable un daño indemnizable. El primer reconocimiento que, en este ámbito de la responsabilidad patrimonial, menciona la pérdida de oportunidad procesal es el Dictamen del Consejo de Estado, de 3 de febrero de 1994[131] que, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias de 8 de abril de 1984 y de 19 de diciembre de 1985, considera como una lesión indemnizable la «*pérdida de la oportunidad procesal*». Este primer pronunciamiento del Consejo de Estado es relevante por cuanto, como acertadamente apunta COBREROS MENDAZONA, permite determinar las bases de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad que se mantendrán en futuros pronunciamientos «*a) apoyo en la Jurisprudencia de Estrasburgo de introducir esta "nueva" vía reparatoria a cargo del estado; b) admisión y elaboración de la pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable "sub specie" funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; c) negativa formal a entrar en consideración sobre las posibilidades de éxito de la acción frustrada y, por lo tanto, conceptuación como daño específico y autónomo; y d) indemnización a tanto alzado teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto*»[132].

---

de una mala praxis forense, y ello con independencia de las mayores o menores posibilidades de éxito de la acción ejercitada».

130. Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016, 229) y de 29 de mayo de 2005 (RJ 2003, 3914).

131. El Dictamen del Consejo de Estado, de 3 de febrero de 1994 (n.º 1604/1993) está disponible en el siguiente enlace https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1993-1604 [última consulta: diciembre del 2020].

132. Cfr. COBREROS MENDAZONA, E. «La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable…» *op. cit.* 2013, pp. 98 y 99 alude al Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 26 de febrero de 1992 que aprobó unos «Criterios a tener en cuenta en los informes que el Consejo General del Poder Judicial ha de emitir en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» y considera que resulta relevante en concreto el criterio a la autorestricción a sus funciones informativas que el Consejo General del Poder Judicial se impone, al limitarlas exclusivamente a la constatación de la existencia de un funcionamiento anormal, sin entrar en los restantes aspectos que se contienen en todo ejercicio de la acción indemnizatoria. Por su parte, sobre la importancia del Dictamen del Consejo de Estado de 3 de febrero de 1994 respecto al reconocimiento de la doctrina de la pérdida de oportunidad puede verse de este autor su libro *La responsabilidad del estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de justicia*, Civitas, Madrid, 1998, p. 61.

En el Dictamen del Consejo de Estado de 3 de febrero de 1994 se hace especial insistencia en que el daño indemnizable no debe identificarse con la cantidad equivalente

Esta doctrina de la pérdida de oportunidad procesal en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia ha sido utilizada por el Consejo de Estado y por la Jurisdicción contencioso-administrativa ante muy diversos supuestos como *dilaciones indebidas en el proceso* [cfr. Dictamen del Consejo de Estado de 8 de marzo de 2012 (n.º 1945/2011) o de 18 de octubre de 2012 (n.º 1084/2012), Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 15 de octubre de 2012 (JUR 2012, 346719)], *desaparición o extravío de actuaciones judiciales* que impiden la celebración del proceso [cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 17 de octubre de 2006 (JUR 2006, 267696), Dictamen del Consejo de Estado del 23 de septiembre de 2010 (n.º 1003/2010)], *defectuosa citación judicial o incorrecta notificación de la resolución* [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 4 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7936)].

B) La inadecuación de la configuración de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable

La obligación del acreedor de la prestación de indemnizar los daños que con su actuación profesional ha generado, requiere que el daño que se haya materializado sea antijurídico, real y efectivo, esto es, cierto. Este último requisito, el de la certeza, plantea una gran dificultad respecto a su concurrencia si el perjuicio se identifica con la pérdida de oportunidad procesal.

La consideración de la pérdida de oportunidades procesales como un daño indemnizable supone el resarcimiento del cese de la posibilidades de obtener una ventaja por la actuación del agente dañoso; y, más concretamente en el ámbito de la responsabilidad civil de los letrados, la pérdida de la oportunidad procesal se identifica con «*aquellos casos en los que el agente dañante, con su actuación u omisión, ha roto o interrumpido un proceso con el que la víctima tenía probabilidades de conseguir un resultado determinado por encontrarse en una situación idónea para ello*»[133].

La existencia de esas posibilidades entra, como han reconocido por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 17 de marzo de 2005 (JUR 2005, 208553) –que, fue posteriormente anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 4 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7936)– dentro de lo puramente hipotético

que debería haber obtenido el justiciable si el despido hubiera sido declarado procedente al reconocer que «*la Administración no puede indemnizar más que por el mal funcionamiento producido, pero nunca en base a la apreciación de lo que hubiera resultado si el recurso de suplicación llega a ser admitido y los resultados de una sentencia que no llegó a existir, que en cualquier caso es evidente que son hipotéticos*», sino que por el contrario, se debe identificar con una cuantía a tanto alzado.

133. CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 366.

y especulativo puesto que no se puede conocer qué resultado favorable o desfavorable habría obtenido el recurso del que resultó privado el justiciable. En contraposición, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 4 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7936) que anula el pronunciamiento anterior de la Audiencia Nacional considera que «*si bien la de instancia acierta cuando afirma que para que un daño sea indemnizable ha de ser real y efectivo, se equivoca cuando al calificar de mera especulación o expectativa la pérdida del trámite procesal, niega la existencia de un daño que reúna los requisitos de referencia: real y efectivo. Sin duda constituye una hipótesis el resultado de fondo que podría alcanzarse caso de que el recurso de casación y de unificación de doctrina hubiera sido admitido a trámite, pero lo que no es una conjetura y sí una realidad alegada por el recurrente […] que se ha visto privado de un recurso de casación por una actuación irregular del Secretario de la Sala de lo Social*».

Los órganos judiciales han reconocido que el daño por pérdida de oportunidad es un daño hipotético[134], aunque salvan esta cuestión que, conforme a la doctrina general del daño supondría la no indemnización del perjuicio, sobre la base de que la *chance* adquiere la certeza requerida si el perjudicado demuestra que se encontraba en una situación jurídica idónea para obtener la oportunidad perdida, en cuyo caso, pasaría a ser un daño específico e indemnizable que cumpliría las exigencias propias para obtener la tutela resarcitoria.

Esta configuración del daño por pérdida de oportunidad permite sortear los problemas de incertidumbre causal, en el sentido de que se ha considerado que esta opción «*[…] permite salvar la relación de causalidad: el abogado sólo debe responder cuando el daño producido al cliente sea consecuencia directa de su incumplimiento culpable, lo que, evidentemente sólo puede suceder si la acción ejercitada tiene probabilidades de prosperar, pues, en caso de ser evidente su improsperabilidad, la conducta culpable del abogado no habría sido determinante en la producción del daño*». Sin embargo, como apunta CHAPARRO MATAMOROS no se desconoce que esta articulación que pretende predecir el resultado del proceso, aleatorio por definición, lejos de salvar el nexo de causalidad, pone de relieve sus carencias y lagunas[135].

134. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia han considerado que la pérdida de oportunidad procesal consiste en un perjuicio resarcible que ha superado la dificultad inicial basada en el requisito de que el daño indemnizable debe ser «real y efectivo», porque no puede obviarse, que existe una incertidumbre sobre el resultado final, que permitiría considerarlo como un perjuicio «puramente hipotético o futurible». No obstante, se han descartados estos inconvenientes también porque se ha considerado que este daño basado en la pérdida de oportunidad procesal es autónomo y distinto del hipotético resultado del proceso judicial (cfr. COBREROS MENDAZONA, E. «La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable…» *op. cit.* 2013, pp. 100 y 101).

135. CHAPARRO MATAMOROS, P. «Responsabilidad civil del abogado por no interposición de la acción de retracto en plazo […]» *op. cit.* 2014, p. 450.

3.2.2. La pretensión del cliente como el daño indemnizable y la doctrina de la chance como una teoría de causalidad probabilística

La pretensión del cliente se identifica con una «*declaración de voluntad dirigida contra el demandado, en cuya virtud se solicita del órgano jurisdiccional una sentencia que, en relación con un derecho, bien o situación jurídica, declare o niegue su existencia, cree, modifique o extinga una determinada situación o relación jurídica, o condene al demandado al cumplimiento de una determinada prestación*»[136]. La definición expuesta sobre la pretensión del destinatario del servicio está vinculada al proceso judicial; sin embargo, esta pretensión puede también reconocerse en el ámbito extrajudicial.

La admisión de la pretensión procesal como daño indemnizable es excepcional entre nuestra doctrina y jurisprudencia y únicamente se acepta cuando la prosperabilidad de la pretensión del cliente raye la certeza y no exista duda de que la actuación del letrado haya impedido la obtención de la pretensión. Esta certeza causal entre la actuación negligente del profesional y la privación de la pretensión se reconoce cuando hay una resolución administrativa o judicial que declara el derecho de crédito a favor del prestatario del servicio, pero la actuación profesional negligente impide que se haga efectivo y, también, en los casos de las denominadas pretensiones «gemelas» o «mellizas», pues no existen dudas sobre cómo hubiera finalizado el proceso[137].

---

136. Esta definición de la pretensión es proporcionada por CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 358 (nota a pie de página 31). Por su parte, GUIMARÃES RIBEIRO, D. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del Derecho,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 207 reconoce que «*cuando se ejercita la pretensión a la tutela jurídica a través de una acción procesal se da inicio, simultáneamente, a una pretensión procesal, que es efecto natural del ejercicio de esta acción, presentándose este efecto, generalmente, de forma inmediata y a través de una demanda. La pretensión procesal es la declaración de voluntad hecha por el actor, a través de una petición fundada, para obtener una sentencia. Por ello, cuando el actor a través de la pretensión procesal solicita del órgano jurisdiccional una actuación frente a persona determinada, está exigiendo que este órgano sujete al obligado al cumplimiento de una prestación realizando así su acción material*».

137. Para CHAPARRO MATAMOROS, P. «Responsabilidad civil del abogado por prescripción del plazo para reclamar…» *op. cit.* 2014, p. 155 considera que de forma excepcional existen casos en los que el perjuicio indemnizable puede identificarse con la pretensión del cliente. Estos casos, coinciden con los que, a mi juicio, los órganos judiciales identifican con la pretensión, sin embargo, los argumentos en los que se basa para esta afirmación son distintos en relación con las indemnizaciones extemporáneas del FOGASA al mantener que «*en estos supuestos el Tribunal 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)*». En contraposición, con las pretensiones «gemelas o mellizas» considera que «*puede ocurrir también que la pretensión tenga un porcentaje de viabilidad del cien por cien […] la solución resulta más sencilla porque no hay que realizar una valoración de las posibilidades de éxito de la acción que se hubiera ejercitado, sino que existe una sentencia que tomar como base de comparación*».

En mi opinión, la identificación del daño con la privación de la pretensión no debe hacerse con carácter excepcional en los supuestos expuestos, sino que, por el contrario, tiene que articularse como el menoscabo fundamental que puede provocar el abogado en el patrimonio del cliente cuando su actuación negligente incide negativamente en los intereses que le fueron encomendados por el prestatario del servicio.

La articulación del daño que sufre el cliente como la privación de la pretensión tiene su razón de ser en que los prestatarios del servicio identifican el perjuicio sufrido con la pretensión que consideran detentar en el proceso[138] o fuera de él[139] porque, como ya se ha anticipado, no parece razonable pensar que van a identificarlo con la privación de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o con la pérdida de oportunidad de obtener una resolución conforme a sus intereses. Si bien no se desconoce que la articulación del menoscabo sufrido no debe quedar al arbitrio del sentimiento subjetivo que la víctima estima lesionado, lo cierto es que, sobre esa base, existen argumentos que permitirían reconocer como daño resarcible la pretensión judicial o extrajudicial que es objeto del encargo profesional.

El abogado, cuando el cliente le expone su asunto, identifica cuál es la pretensión que el prestatario del servicio pretende obtener y reflexiona sobre qué vía es la más idónea para su obtención. Así, cuando el profesional acepta el encargo, aunque con carácter general no podrá garantizar la realización del interés del prestatario, pone su trabajo ajustado a su *lex artis* a disposición de la obtención del objetivo pretendido. Además, las leyes procesales le obligan a identificar en algunos escritos procesales, tales como el suplico de las demandas o de los recursos o, en el orden jurisdiccional penal, en los escritos de acusación y defensa, cuál es la pretensión que su patrocinado desea obtener del orden jurisdiccional. De tal forma que, si el proceso jurisdiccional y la actuación profesional se encaminan a la consecución de la pretensión del cliente –que, puede tener mayor o menos viabilidad–, resulta cuanto menos cuestionable que no se identifique el menoscabo ocasionado por el letrado con la pretensión, que –dicho sea de paso– él mismo ha concretado.

138. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. «La responsabilidad civil del Abogado» *op. cit.* 2008, p. 39 considera que el cliente que sufre un daño derivado de la actuación de su abogado lo identifica con la «*frustración de un interés, de una expectativa, o simplemente de lo que el cliente esperaba que el abogado hiciera o consiguiera para él*».

139. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 1 de julio de 2016 (RJ 2016, 2894) condena a la abogada que asesoró en un procedimiento de dación en pago a asumir económicamente las dos cargas que se habían inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la firma de la operación y que no habían sido comprobadas por ésta con anterioridad al asesoramiento. En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019, 135487) obliga al letrado que no inscribió la finca en el Registro de la Propiedad a indemnizar en la cuantía que permita al cliente la recuperación de la titularidad del inmueble y poder inscribirlo a su nombre en el Registro de la Propiedad.

Esta articulación del daño como el menoscabo de la pretensión del cliente permitiría cumplir las exigencias que establece el artículo 1107 del Código Civil porque la pretensión del cliente es previsible en el momento de constituirse la obligación y, además, el resultado negativo también puede ser consecuencia del incumplimiento profesional, en el grado en el que éste haya influido en la no obtención del resultado.

Otro argumento de peso a favor de esta configuración del daño como privación de la pretensión es que, para determinar la naturaleza del daño como pérdida de la *chance,* se tiene en cuenta si la pretensión del cliente es patrimonial o inmaterial. Esto pone en evidencia que el objeto de la reparación debe ser la ventaja final no obtenida y no la pérdida de oportunidad que resulta ser un daño hipotético o ficticio encaminado a evitar la aceptación de una causalidad probabilística[140].

La doctrina mayoritaria rechaza la identificación del perjuicio que genera el abogado con la privación de la pretensión alegando la dificultad que plantea el conectar causalmente la conducta negligente del profesional con el perjuicio causado porque en el proceso se contraponen posturas polarizadas de las partes y el resultado del procedimiento se caracteriza por su indeterminación apriorística y cierto componente de aleatoriedad[141]. Además de estas cuestiones, no puede obviarse que la identificación del daño con la pretensión va a obligar al órgano judicial a examinar su viabilidad porque ésta no siempre va a ser acogida judicialmente o, al menos, no íntegramente. La admisión de esta forma de articular el daño exigirá valorar la incidencia que la mala *praxis* ha tenido en el resultado dañoso y atender el grado de viabilidad que tiene la pretensión en el proceso.

---

140. Cfr. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 378.

141. En este sentido, CHAPARRO MATAMOROS, P. «Responsabilidad civil del abogado por prescripción del […]» en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* n.º 1, 2014, p. 154; esta postura es mantenida también por este autor en «Responsabilidad civil del abogado por no interposición de la acción de retracto en plazo […]» *op. cit.* 2014, p. 450. SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, pp. 209 y 210 justifica la inadecuación de la calificación del daño como el resultado desfavorable del litigio sobre la base de que la obligación del abogado es, una obligación de medios, que impide establecer la relación de causalidad entre la no obtención del resultado esperado en el proceso y la negligente actuación del profesional.

De forma más categórica, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 401 destaca como *«por regla general, el daño no puede identificarse con la privación de la pretensión a no ser que un análisis a priori o a posteriori de la misma concluya que, de haber actuado el letrado diligentemente, el cliente hubiera conseguido una sentencia estimatoria con toda seguridad, o con una probabilidad rayana a la certeza»*. Así, con posterioridad, CRESPO MORA, M. C. «Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en Derecho español» en *Revista chilena de derecho privado*, n.º 12, 2009, p. 118 ha mantenido que «*desde el momento en que disminuya tal porcentaje* (se refiere al porcentaje de viabilidad del cien por cien de la pretensión) *no se puede entender que la conducta del letrado provoque la privación de la pretensión que tiene o cree tener el Cliente*».

La existencia de elementos que dificultan la conexión causal entre la negligencia del profesional y la no admisión en el proceso de la pretensión, no debe ser obstáculo para que se indemnice el verdadero daño causado, esto es, la privación de la pretensión. La configuración de la obligación del profesional como una «obligación de medios» impide el reconocimiento automático de que el incumplimiento ha producido la pérdida de la pretensión porque, en la no consecución del objetivo pretendido por el prestatario del servicio, pueden incidir otras circunstancias como la viabilidad, el debate sobre cuestiones normativas y jurídicas o la necesidad de obtener la convicción del juzgador. Sin embargo, la incidencia que estos factores tienen en la manifestación del resultado dañoso deberá valorarse en el ámbito del nexo causal y no deberían comportar el reconocimiento de un daño distinto al efectivamente producido.

Esta articulación del daño en el ámbito de la responsabilidad civil del letrado se rechaza con carácter general por las dudas sobre la concurrencia del nexo causal. Sin embargo, las cuestiones se plantean porque la constatación del nexo causal se vincula con la tradicional teoría de la equivalencia de las condiciones o «*conditio sine qua non*» según la cual «*son causas las condiciones "necesarias" de un resultado, que quedan identificadas tras un proceso de eliminación mental cuando, como consecuencia del mismo, se comprueba que el factor analizado fue efectivamente imprescindible para la producción del daño, en la medida en que su inexistencia hubiera impedido este efecto*»[142].

En las próximas páginas intentaremos demostrar que resulta más adecuada la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad vinculada al elemento del nexo causal que entendida como un daño intermedio distinto del perjuicio final, y ello porque el verdadero ámbito de actuación de esta teoría se produce cuando concurren en un supuesto una ausencia de datos y pruebas suficientes con las que resolver adecuadamente el juicio de la causalidad[143]. En la línea de lo apuntado, reflexiona el Profesor LLAMAS POMBO sobre cómo la doctrina de la pérdida de la *chance* encierra un aspecto filosófico-causal y plantea si con esta doctrina se está haciendo referencia a la *chance*, oportunidad o posibilidad del acaecimiento de un suceso o se está aludiendo a probabilidad estadística de que tal suceso tuviera lugar. Este autor ejemplifica con los daños producidos en el ámbito de la responsabilidad sanitaria y en el de la responsabilidad

142. ARCOS VIEIRA, M. L. *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva… op. cit.* 2005, p. 27.

143. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 413. También en esta línea podemos destacar a XIOL RÍOS, J. A. «El daño moral y la pérdida de oportunidad» *op. cit.* 2010, p. 33 que considera como «*la pérdida de oportunidad no es, a mi juicio, un daño moral, ni tampoco un daño patrimonial como también se ha propuesto, sino una manera de introducir valoraciones jurídicas para integrar el nexo de causalidad en determinados supuestos de incertidumbre relativa sobre la pérdida de una ventaja, que puede suponer tanto un daño moral como patrimonial*».

civil del abogado y apunta que, si en términos estadísticos, la probabilidad de haber evitado el daño vinculado a la estimación de las pretensiones del cliente o de la curación de las patologías fuera muy elevada o, por el contrario, muy pequeña, no resultaría de aplicación la doctrina de la pérdida de oportunidad, de modo que su ámbito de aplicación queda circunscrito a los supuestos de incertidumbre en los que se desconoce cuál habría sido el resultado final, de modo que afirma el autor que, en estos casos, «*estamos indemnizando por la no producción de un suceso que, en realidad, no sabemos en absoluto si se hubiera verificado, lo que no se compadece bien con el requisito de la necesaria existencia de un daño para el nacimiento de la obligación de indemnizar. Dicho de otro modo: no se puede perder la oportunidad que no se tiene. Si yo compro un billete de lotería tengo la oportunidad de obtener un premio; por remota o escasa que sea la probabilidad de que así sea, tengo la seguridad, la certeza de que tal oportunidad existe. Por el contrario, el éxito del pleito no formulado o el tratamiento de cáncer no dispensado no constituyen oportunidades pues (sin caer en ninguna suerte de determinismo) si el pleito se iba a ganar mi daño no es la pérdida de oportunidad, sino el fallo judicial no obtenido; y si el pleito se iba a perder, no hay daño que valga*»[144].

Las cuestiones apuntadas sobre la inadecuación de la configuración de la pérdida de la *chance* como un daño autónomo, obligan a plantearse que esta doctrina supone la cuantificación de la probabilidad de que, sin la intervención del agente dañoso, se hubiera materializado la ventaja final o evitado el perjuicio porque, como acertadamente ha expuesto con carácter general y no específicamente respecto a la pérdida de oportunidad el Profesor DÍEZ-PICAZO, una de las características que presenta la jurisprudencia de nuestros tribunales consiste en «*las erosiones que experimentan las reglas sobre prueba de la relación de causalidad entre la acción u omisión del demandado y el daño cuya indemnización se pretende*»[145]. En este sentido, se ha reconocido como las doctrinas de la pérdida de oportunidad y de la culpa anónima –a la que posteriormente aludiré– constituyen la respuesta a la insuficiencia del modelo tradicional para solventar los supuestos de incertidumbre causal, al permitir el resarcimiento en supuestos en que los resultados probatorios del proceso no permiten tener por cierto el hecho causal, pero tampoco negar que el agente dañoso intervino en la producción del daño[146].

144. LLAMAS POMBO, E. «Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad» en *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 110-111, 2012. Estas ideas las mantiene posteriormente, en LLAMAS POMBO, E. *Las formas de prevenir y reparar el daño op. cit.* 2020, p. 207.
145. DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños op. cit.* 1999, p. 238.
146. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 401 y 402, en concreto, este autor reconoce que los problemas de incertidumbre causal que han puesto de manifiesto la insuficiencia del modelo tradicional han quedado patentes con *«la proliferación de reclamaciones contra profesionales legales y sanitarios, la propagación de los daños derivados del consumo de productos o de la exposición a fuentes contaminantes»*.

Por tanto, se va a plantear la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad vinculada a la teoría de la causalidad probabilística pues, «*constituye un sistema alternativo de imputación que, en hipótesis de incertidumbre causal estricta, afirma causalidades parciales o probabilísticas para reconocer indemnizaciones que computan la posibilidad de que el agente dañoso no fuera autor material del menoscabo. Estamos ante la teoría de la identificación parcial, que reconoce la existencia de un perjuicio que no es absoluto o total, sino relativo o parcial*»[147].

A) Apuntes introductorios sobre la teoría de la causalidad probabilística

La teoría de la causalidad probabilística surgió en Francia, con el objetivo de justificar la eficacia parcialmente exoneradora derivada de la concurrencia de causas y se fue ampliando también al caso fortuito, como un mecanismo para la reducción de las indemnizaciones vinculadas a estos supuestos. En cambio, como se ha apuntado al exponer el tratamiento general efectuado sobre la teoría de la pérdida de oportunidad, en Francia, y también en Italia, esta doctrina de la *chance* lejos de vincularse al presupuesto del nexo causal se ha articulado como un daño resarcible, entendiendo la chance como un daño autónomo y distinto de la pretensión final.

Entre la doctrina francesa, BORÉ asocia el tratamiento de la oportunidad perdida con el nexo causal, al considerar que «l´afirmation de l´existence d´ une "chance perdue" équivalant a la reconnaisance d´ une lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice final»[148]. Este autor considera que la diferencia entre el perjuicio final y la oportunidad perdida no es cualitativa, es decir, no responde a daños autónomos, sino que es cuantitativa, en el sentido de que la pérdida de la oportunidad corresponde a una cuantificación causal medida con el grado de probabilidad de obtener la ventaja solicitada. Posteriormente, OBELLIANNE ha reconocido también que la doctrina de la pérdida de oportunidad se puede relacionar con las fórmulas de relajación del vínculo causal, al servir como puente entre el hecho generador y el daño, porque entre estos dos elementos el vínculo causal se ve afectado por la introducción de un paso intermedio y una variable aleatoria. Así pues, la teoría analizada es una forma de apreciación renovada de la

147. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 413 compara además, esta teoría de la causalidad probabilística con la teoría del «todo o nada». El autor mantiene que ambas teorías tienen en común que consideran que el daño resarcible es el final, es decir, la pérdida de la ventaja apetecida y que, por tanto, la *chance* no constituye un perjuicio autónomo de naturaleza moral o patrimonial. No obstante, mientras que la teoría del «todo o nada», afirma o niega enteramente la relación de causalidad entre el evento dañoso y el perjuicio final si se estima que supera el umbral de certeza, la teoría de la causalidad probabilística afirma causalidades probabilísticas que supera el dogma de la indivisibilidad causal y atribuye de certeza a unos daños que son sólo posiblemente ciertos.

148. BORÉ, J. «*L'indemnisation des chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*», JCP 1974.I.2620.

causalidad pues permite un aflojamiento del vínculo causal en supuestos en los que no resultaría posible determinarlo conforme a la teoría tradicional de la causalidad[149].

La concepción de la teoría de la pérdida de la *chance* desde la perspectiva de la teoría de la causalidad probabilística supone la admisión de un nexo causal pese a la preexistencia de ciertos márgenes de incertidumbre que impiden asegurar que el hecho ilícito impidió la obtención de la ganancia, de modo que con esta fórmula se reconoce la complejidad de la realidad para afirmar una reparación gradual, atendiendo al cálculo de probabilidades[150]. La utilización de esta teoría no supone soslayar el presupuesto del nexo causal, sino perfeccionarlo porque, si los tribunales están dispuestos a calcular las expectativas del daño cuando éste es incierto, deberían calcular la expectativa de causalidad cuando ésta presenta también el carácter de incierta[151].

La doctrina de la *chance* basada en la teoría de la causalidad probabilística no supone la exclusión total del sistema tradicional de causalidad, sino el reconocimiento de un sistema de imputación dual en el que concurra un régimen ordinario o general, basado en la indivisibilidad de la causa que niega la fragmentación de ésta y que, por tanto, comporta el reconocimiento de una reparación total del daño ocasionado y, junto a él, otro régimen extraordinario o especial para los concretos supuestos de incertidumbre causal, que reconoce causalidades ficticias y, con ello, también la reparación parcial. La aplicación de este sistema dual únicamente comportaría el desplazamiento del sistema tradicional de la causalidad cuando exista incertidumbre causal y concurran los presupuestos para la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, es decir, que la probabilidad de que la víctima accediera a la ventaja fuera seria, considerable y estuviera dotada de una probabilidad suficiente. Por ello, al igual que cuando se configuraba la pérdida de oportunidad como un daño indemnizable quedarían al margen de la indemnización por aplicación de esta doctrina las chances hipotéticas y aquéllas que, por el contrario, son seguras porque deben resarcirse totalmente[152].

149. OBELLIANE, S. *Les sources des obligations*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2009, n.º 46.
150. Al respecto, MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 414.
151. Cfr. MAKDISI, J. «Proportional liability: a comprehensive rule to apportion tort damages based on probability» *North Carolina Law Review,* n.º 67, 1989, pp. 1099 «*the treatment of uncertainty in degree of harm informs the treatment of uncertainty in causation. Uncertainty in degree of harm raises the question of how much harm an act has caused. Causal uncertainty raises the question of whether an act actually has caused harm. If courts are willing to calculate the expectations of degree of harm when degree of harm is uncertain, it should be willing to calculate the expectation of causation when causation is uncertain*».
152. Cfr. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 433. Este autor también apunta, que la aplicación de este sistema dual puede plantear un problema con relación a la exigencia de la incertidumbre como presupuesto para la

La vinculación de la doctrina de la pérdida de oportunidad con la teoría probabilística de la causalidad permite no alterar el objeto que debe ser probado, esto es, la relación de causalidad, ya que la teoría ontológica de la pérdida de oportunidad sí que desplaza el foco de atención hacia el daño. En esta línea, MEDINA ALCOZ reconoce acertadamente que supone «*convertir un método de cálculo* (se refiere, a la valoración de la oportunidad) *en el objeto mismo de la prueba*»[153] porque se indemniza parcialmente, en la medida en que la actuación negligente del profesional ha influido en el perjuicio final realmente sufrido por la víctima.

La tutela resarcitoria, si se vincula la teoría de la pérdida de oportunidad con la causalidad probabilística, supondrá que, una vez determinado el grado de probabilidad que tenía la víctima para la obtención de la ventaja o para evitar la materialización de un resultado dañoso, ese porcentaje se aplique sobre el daño final para la fijación del *quantum* indemnizatorio. Esta operación evita, por tanto, la articulación de daños ficticios sobre los que reconocer un nexo causal conforme a la tradicional teoría de la causalidad y, opta por reparar daños ciertos y no hipotéticos.

B) El reconocimiento efectuado sobre la teoría de la causalidad probabilística

La siguiente cuestión que debe ser abordada radica en la aceptación que se ha hecho de esta teoría de la causalidad probabilística en nuestra doctrina y entorno jurídico. Al tratarse de una teoría relativamente reciente y novedosa, que desplaza los requerimientos probatorios de la tradicional teoría causal a favor de la causalidad probabilística conlleva que los principales reconocimientos que se han hecho de ésta no sean legislativos sino que se encuentren en los textos de naturaleza académica –revestidos de *auctoritas*– destinados a la modernización y unificación del Derecho contractual europeo que, aunque con distinto alcance, acogen un sistema causal que reconoce causalidades probabilísticas y, por *ende*, responsabilidades proporcionales a la participación del agente dañoso en la causación del perjuicio.

En el artículo 163.1 b) de la Parte General del Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía, bajo la rúbrica «*daño patrimonial resarcible*» y dentro del lucro cesante se reconoce que «*[…] forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse –con certeza razonable– ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora*». Este precepto supone para MEDINA ALCOZ, la identificación del

aplicación de la teoría de la *chance* puesto que comporta una serie de criterios que, de algún modo, restringen su ámbito operativo pero que, en cambio, no permiten una definición clara y precisa de los casos en los que resulta aplicable y por tanto, reconoce que «*una formulación legal tan genérica de la teoría de la pérdida de oportunidad no facilita una acotación racional de los supuestos regidos por el régimen de imputación probabilística*».

153. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 416.

daño, no con la frustración de la posibilidad en sí, sino con la pérdida de la ventaja final[154]. Por su parte, el artículo 7.4.3 de los Principios UNIDROIT, sin aludir expresamente a la teoría de la pérdida de oportunidad prevé la posibilidad, en casos de incertidumbre del daño, de lo siguiente, «*cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento*».

En el ordenamiento jurídico español los preceptos que regulan con carácter general la obligación de indemnizar el daño causado, esto es, el artículo 1101 del Código Civil en sede de responsabilidad contractual, el artículo 1902 del mismo cuerpo legal, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y el artículo 32 de la Ley 40/2015, dentro de la esfera de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, mantienen el sistema tradicional de imputación causal, sin que reconozcan como posibilidad la imputación causal probabilística. Sin embargo, la admisión de la teoría de la *chance* entre nuestros órganos judiciales es indudable, y ello supone el reconocimiento de indemnizaciones parciales sobre la base de una incertidumbre causal, aunque se prefiera vincularla al reconocimiento de la existencia de un daño autónomo, que no es otra cosa que un artificio para afirmar el vínculo causal conforme con el modelo tradicional de causalidad.

Entre la doctrina española hay algunos autores que, sin reconocer abiertamente la causalidad probabilística, admiten la necesidad de urdir un cálculo de probabilidades para la cuantificación del resultado dañoso cuando en su reconocimiento concurre un grado de incertidumbre acerca de su materialización, esto es, en la valoración del lucro cesante (daño final) y en los supuestos de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Así, en relación a la valoración del lucro cesante, SANTOS BRIZ ha admitido que resulta esencial la realización de un «*juicio de probabilidad*» porque se están indemnizando intereses de la víctima que no se han materializado, de modo que, debe evitarse la proporción de una tutela resarcitoria sobre aquéllos que se presenten como inseguros e inciertos aunque, por su propia naturaleza, tampoco es posible exigirles una certeza absoluta. Este autor exige, para estimar que concurre la imputación objetiva de los daños vinculados al lucro cesante, que se deriven del hecho dañoso según el curso normal de los acontecimientos, sin que sea necesario demostrar ni una certeza absoluta pero tampoco que se presenten como inseguros o inciertos, es decir, se debe distinguir la mera «posibilidad» de la «probabilidad»[155]. También, sobre la valoración del lucro cesante, CARRASCO PERERA ha considerado que «*la ganancia frustrada es una función de la variable de probabilidad. Sin que pueda ofrecerse una regla matemática al respecto, cuanto mayor sea la probabilidad de que el lucro no se obtenga, mayores serán*

154. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 420 (nota a pie de página 1110).
155. SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal op. cit.* 1993, pp. 291-293.

las exigencias de pruebas requeridas al acreedor. Pero sin duda debe existir una frontera entre la no constancia del lucro cuando su probabilidad es mínima y la posibilidad de repercutir esta probabilidad en el quantum del mismo. Trato de poner de relieve con esto que no existe ninguna dificultad en proyectar el grado de probabilidad sobre el quantum del lucro cesante»[156].

Por su parte, GALÁN CORTÉS cuando aborda la ausencia de consentimiento y la causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria mantiene, con fundamento en la doctrina de la pérdida de oportunidad, que «*la suma indemnizatoria no se debería fijar por la totalidad del daño aisladamente considerado, como si hubiese sido causado o provocado directamente por una mala técnica o deficiente actuación médico-quirúrgica, sino que debería hacerse en función de la potencialidad o probabilidad de que el paciente de haberlo conocido, no se hubiera sometido al tratamiento […] teniendo presente así mismo, otros factores, como son el estado previo del paciente, el pronóstico y la gravedad de su proceso patológico, las alternativas terapéuticas existentes […]*»[157]. También, LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO sostuvo en su trabajo dedicado al análisis de la responsabilidad civil sanitaria que la doctrina de la pérdida de oportunidad constituye una técnica con la que afirmar una relación causal de porcentajes cuya aplicación en el derecho español podía justificarse bajo la perspectiva del concurso de causas, porque ambas doctrinas para este autor se encuentran presididas por el principio de proporcionalidad y que explicaría también la reparación parcial en los casos de concurrencia causal «*en effet, en ce qui concerne le dommage réalise lors de la présentation de soins par le service public hospitalier, c´est grâce au príncipe de proportionnalité applicable sois au comportement du patient ("concours de causes") sois à celui du médicine ("perte de chance"), que l´obligation d´indemnité que pese sur l´Administration reste modérée ou est minoreé*»[158].

A estos efectos, la aplicación de la teoría de la pérdida de la *chance* desde la teoría de la causalidad probabilística supone aceptar que «*la actividad probatoria se convierte así en un juicio de aceptabilidad de los hechos en función de su nivel de probabilidad*»[159]. A nivel jurisprudencial existen algunas resoluciones que, aunque

156. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al artículo 1106 del Código Civil» *op. cit.* 1989, pp. 685 y 686 y concluye que «*el factor de incertidumbre es una partida deducible del lucro*». Por su parte, MORALES MORENO, A. M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante op. cit.* 2010, p. 25 reconoce que el lucro cesante plantea un problema de prueba porque «la obtención de un lucro futuro tiene siempre ciertas dosis de incertidumbre o aleatoriedad, pues depende de múltiples factores externos y de la conducta futura del acreedor». Además, este autor reconoce como ciertos ordenamientos jurídicos como el art. 252 del BGB cuentan con reglas especiales que usan criterios para la determinación del lucro cesante, basados en la probabilidad.
157. GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad civil médica y consentimiento informado op. cit.* 2001, pp. 237 y 238.
158. LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, A. *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne. Étude comparée,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2005, pp. 345-350; el fragmento transcrito pertenece a la p. 350.
159. ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I. «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad…» *op. cit.* 2013, p. 235.

no aluden expresamente al reconocimiento de la teoría de la causalidad probabilística, analizan la probabilidad de éxito de la actuación profesional a efectos del reconocimiento del nexo causal. En el ámbito de la responsabilidad civil de los sanitarios, puede destacarse por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 17 de abril del 2007 (RJ 2007, 2322) o, en el ámbito de la responsabilidad civil de los letrados, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971) que fija el *quantum* indemnizatorio en la mitad del valor de la pretensión final, porque considera que «*no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso sea superior al de posibilidades de éxito de la acción en el supuesto de que hubiera sido entablada*».

La teoría de la pérdida de oportunidad en su modalidad *ontológica* pero también *etiológica* plantea la cuestión de determinar cuál es el porcentaje o el grado necesario para afirmar la manifestación de un daño indemnizable, en el primer caso, y de la existencia de una vinculación causal entre la actuación del responsable y del daño en el segundo o, si por el contrario, la constatación de cualquier pérdida resulta indemnizable[160]. A estos efectos, la Audiencia Nacional ha declarado que para el reconocimiento de la existencia del nexo causal, es suficiente con «*[…] la certidumbre manifiesta de que el conjunto de circunstancias han repercutido en el daño sufrido para estimar responsabilidad*»[161].

La doctrina de la pérdida de oportunidad vinculada con la teoría de la causalidad probabilística fundamenta mejor, para MEDINA ALCOZ, esta doctrina que su consideración como un daño según las teorías ontológicas. Este autor mantiene que existen ciertas normas en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. Ley de Caza, la Ley de Ordenación de la Edificación o, el tratamiento de la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas –actualmente en el artículo 33 de la Ley 40/2015–) que reconocen un sistema distinto de imputación causal al generalmente aplicable. En estos casos se admite la distribución de la obligación de indemnizar entre los deudores solidarios porque son supuestos en los que existe incertidumbre causal sobre el autor del daño, aunque se constata una probabilidad real de que su intervención haya sido causa en su producción, pero no suficiente para la atribución de toda la responsabilidad. Se afirma así, la existencia de nexo causal y, por tanto, de responsabilidad aunque su reconocimiento se distancia de los requisitos tradicionales de la causalidad, porque el legislador ha optado por articular un sistema causal diferenciado que admite responsabilidades basadas en causalidades posibles, eventuales o hipotéticas[162].

Para este autor, también la previsión contenida en el artículo 63.2 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los

160. Esta cuestión es planteada por ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I. «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad…» *op. cit.* 2013, p. 234.
161. Cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de enero del 2020 (RJCA 2020, 318).
162. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 425, 435, 436.

sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones –que, trae causa del artículo 2.7 de la Directiva 92/13/CEE[163]– supone un reconocimiento normativo de la teoría de la pérdida de la *chance*, justifica el reconocimiento de la indemnización de daños atendiendo a la probabilidad de que el agente dañoso fuera responsable. De modo que el legislador con esta previsión normativa pretende evitar la exoneración de responsabilidad de la Administración ante la imposibilidad de averiguar cuál habría sido el curso del procedimiento, pudiendo la misma constituir una base legal para apoyar la doctrina de la oportunidad perdida como subsistema causal probabilístico incorporado a la teoría general del derecho de daños[164]. Estas previsiones, como ya se ha indicado, suponen a mi juicio una manifestación preventiva o disuasoria del legislador comunitario que pretende evitar el incumplimiento de la normativa comunitaria en materia de contratación pública.

La siguiente cuestión que plantea este autor es si el reconocimiento de este sistema causal alternativo puede ser o no objeto de aplicación analógica a otros supuestos de incertidumbre causal. La respuesta a esta pregunta obliga a plantear si se trata de normas singulares o excepcionales, en cuyo caso no es posible su aplicación a supuestos distintos de aquéllos para los que se reconoce o, por el contrario, son normas de derecho especial que obedecen a un principio jurídico propio, que permitiría realizar una aplicación analógica y una interpretación extensiva. Para MEDINA ALCOZ estos supuestos legales inducen un principio general de causalidad probabilística al reconocer una responsabilidad solidaria entre los deudores en función de la probabilidad causal, que permitiría a los órganos judiciales extenderla a otros supuestos con base en la aplicación analógica de estas normas, y no atendiendo al principio de equidad, sobre la base del artículo 1103 del Código Civil[165].

163. Recordemos que estos preceptos admiten la obligación de indemnizar al licitador vencido cuando en la adjudicación del contrato administrativo se haya vulnerado el contenido de la Ley o del Derecho comunitario, si éste tenía posibilidades reales de victoria.

164. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 442 y 443. En relación con la traslación del reconocimiento legal del artículo 63.2 de la Ley 48/1998 y del artículo 2.7 de la Directiva 92/13/CEE como base legal para la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el Derecho de daños, reconoce el autor que supone una base especialmente endeble porque resultaría «*tan artificioso como defender que la oportunidad es de suyo una realidad económica cuya privación produce un daño patrimonial o sostener que es un bien de la personalidad cuya lesión provoca un perjuicio de carácter moral*», porque, el reconocimiento se realiza, en una Ley administrativa y, en concreto, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial en supuestos de infracción legal en el seno de procedimientos de contratación. No obstante, este autor mantiene que, pese a estos inconvenientes, no resulta irrazonable dentro del ámbito administrativo, reconocer este criterio sobre la base de una aplicación analógica para los supuestos en los que el interesado no puede asegurar que habría obtenido una resolución favorable de la Administración.

165. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, pp. 436 y 437. Este autor mantiene que la teoría de la causalidad probabilística requiere el

La aceptación de esta configuración de la teoría de la *chance* implica que, cuando se duda entre dos o más posibles causas del evento dañoso, se valora en términos de probabilidad si la actuación profesional ha podido ser una causa sustancial del daño y, en caso positivo, se afirma la existencia de este presupuesto de la responsabilidad civil, aunque descontándose la parte proporcional a la probabilidad de que el profesional no haya provocado el resultado dañoso. En esta materia se debe atender fundamentalmente, a la prosperabilidad que hubiera podido tener la pretensión del cliente en el proceso judicial.

Esta situación dibuja un nuevo paradigma en la teoría de la causalidad al proporcionar una tutela resarcitoria más acorde a la responsabilidad de la víctima y del agente probablemente dañoso porque no se niega categóricamente la obligación de reparar el daño causado, evitando así la exoneración de responsabilidad cuando no hay certidumbre sobre el nexo causal y, en el otro extremo, se elude que el profesional que ha cometido una negligencia responda de todo el daño cuando en éste han podido influir otros factores ajenos a su actuación. Este planteamiento supone aceptar una evolución en la tradicional teoría de la causalidad y permitir el reconocimiento de responsabilidades sin causa probada, de modo similar a la que hace unos años se planteó respecto al elemento de la culpa. La aceptación de esta evolución evitaría el reconocimiento de artificios o ficciones como la cosificación de la *chance* con el objetivo de mantener intacta la tradicional teoría de la causalidad. Pues bien, parece que la alternativa está clara y, como acertadamente mantiene MEDINA ALCOZ «*si los "expedientes paliativos del monocentrismo culpabilista" anunciaron la definitiva consolidación de un sistema "poligenético" de responsabilidad, que incorpora otros criterios o razones con que obligar al causante del daño; los "expedientes paliativos de la regla de la indivisibilidad causal" podrían dar paso a la afirmación, sin tapujos, de un sistema probabilístico de responsabilidad que, complementando el tradicional, admita abiertamente algunas hipótesis de incertidumbre causalidades fraccionables, posibles y eventuales para vincular al agente (posiblemente) dañoso*»[166].

3.2.3. El daño causado por el letrado como la privación de la pretensión del cliente y la teoría de la chance como una manifestación de la causalidad probabilística: su aplicación

En las páginas siguientes se va a abordar si puede identificarse el daño causado por el abogado con la pretensión final del cliente y utilizar la teoría

reconocimiento de una dualidad de regímenes, de forma similar a lo que ocurrió con el modelo de imputación subjetiva. En la actualidad, el monismo culpabilista ha sido superado y admite derogaciones normativas expresas de carácter singular, siendo especialmente reseñable a estos efectos, que en sede de responsabilidad patrimonial se incluyó la cláusula general relativa al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

166. MEDINA ALCOZ, L. «El nexo causal. La pérdida de oportunidad…» *op. cit.* 2014, p. 871.

de la pérdida de oportunidad como una doctrina que permita establecer una causalidad probabilística sobre la repercusión que la negligencia del profesional ha tenido en el daño sufrido por el prestatario del servicio. Para ello, vamos a analizar la incidencia que la negligencia profesional ha podido tener en la no consecución de la pretensión del cliente y, por otro lado, cómo funcionaría la teoría de la *chance* en este ámbito como una teoría causal probabilística.

A) La negligencia profesional y su incidencia en la pretensión del cliente

Los principales supuestos de negligencia profesional del abogado pueden agruparse en distintas categorías al objeto de facilitar su tratamiento. Así, recordemos que la negligencia del profesional puede derivarse de una *actuación omisiva o extemporánea* en la incoación de un procedimiento o en la evacuación de una actuación procesal que no sea de mero trámite. Otra actuación negligente de estos profesionales puede derivarse de la *infracción del deber de información del letrado* que condicione el ejercicio o el mantenimiento de la pretensión del cliente. Además, la actuación del profesional puede resultar culposa por *la errónea interpretación de la norma jurídica o porque se produzca un defectuoso planteamiento técnico del asunto* o, por último, porque se infrinjan otros deberes inherentes a la *lex artis* del profesional como la no custodia de la documentación facilitada, el uso inadecuado de los medios informáticos en el ejercicio de la prestación asumida, etc.

En todas las categorías expuestas, es posible reconocer que la actuación culposa del profesional puede tener incidencia en la consecución, o no, de la pretensión final del cliente que es el perjuicio que considero que debe ser imputado al abogado. En las resoluciones judiciales que resuelven las reclamaciones por responsabilidad civil contra estos profesionales se advierte como, según el tipo de comportamiento culposo del abogado, el daño se identifica bien con la pérdida de oportunidad, bien con la privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, como a continuación se expondrá, estos menoscabos que, en cierto modo, resultan artificiosos, pueden ser sustituidos por la consideración de que el daño antijurídico debe articularse en torno a la pretensión del cliente y, además, valorar el resto de los factores que pueden incidir en su viabilidad, haciendo uso de la teoría de la pérdida de oportunidad como un mecanismo de facilitación probatoria del nexo causal.

a) En los supuestos en los que el abogado realiza una *actuación omisiva o extemporánea* en la incoación de un procedimiento o en la evacuación de una gestión procesal que no sea de mero trámite, se incide necesariamente en la no consecución de la pretensión del cliente. Así, cuando la encomienda profesional consista en el ejercicio de una acción, se coarta la posibilidad de que la pretensión pueda acceder a un procedimiento

judicial en el que se valore su viabilidad y, en su caso, la obtención de una resolución judicial que no sólo reconozca la pretensión sino que, además, le permita la obtención de una ventaja patrimonial o que pueda ser valorada patrimonialmente.

En el caso de que la omisión culposa se produzca una vez incoado el procedimiento, para que el menoscabo sea jurídicamente relevante es preciso que se trate de un trámite cuya no evacuación suponga la pérdida de derechos o la finalización definitiva del procedimiento, provocando que opere sobre dicha pretensión la institución de la cosa juzgada.

b) Cuando la negligencia del letrado consista en la *infracción del deber de información profesional*, como se ha indicado cuando se ha analizado esta obligación que forma parte de la *lex artis*, puede materializarse en tres momentos de la relación jurídica; con anterioridad al inicio de la prestación, durante su desarrollo o a la finalización del encargo profesional y, en cualquiera de los tres, puede resultar afectada la consecución de la pretensión del destinatario del servicio.

   Con anterioridad al inicio de la prestación, la infracción del deber de información puede condicionar la estrategia de defensa, así como la posibilidad de hacer uso de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. Durante el desarrollo de la relación jurídica debe informarse de las resoluciones que pueden finalizar el procedimiento, así como de aquéllas con especial transcendencia en el proceso, que incluso puedan requerir de la colaboración del cliente y, condicionar el resultado del proceso. Por último, una vez finalizado el encargo profesional, el abogado debe informar sobre las vías para obtener la materialización efectiva de la resolución judicial o, en el supuesto de no haber obtenido la pretensión del cliente, exponer posibles vías alternativas cuando sea posible para hacer valer su pretensión.

c) Cuando la actuación profesional negligente se produce por *la errónea interpretación de la norma jurídica o porque se ha realizado un defectuoso planteamiento técnico del asunto* también puede incidir en la pretensión cliente aunque, a diferencia de los supuestos anteriores, además de las dudas que puedan plantearse en torno a la acreditación del nexo causal, resulta más compleja la constatación de la negligencia por la independencia y libertad técnica que tienen los abogados en el ejercicio de su profesión y la existencia de distintas alternativas para la consecución de un determinado objetivo. Por esa razón, salvo que la interpretación de la norma o el planteamiento técnico efectuado resulten de todo punto ilógicos para la obtención del resultado pretendido, no podrá ser calificada de negligente la actuación cuando no siendo la más idónea, sea una vía factible para la obtención del resultado pretendido.

Lo expuesto nos permite afirmar que los supuestos paradigmáticos de incumplimiento contractual de los letrados tienen incidencia negativa en la consecución de la pretensión final del cliente, lo que permite admitir que la no obtención de la pretensión del destinatario del servicio puede constituirse, con los límites que a continuación se expondrán, como un daño indemnizable.

B) La pérdida de la chance como una manifestación de la teoría de la causalidad probabilística en la responsabilidad civil del abogado y la incidencia de otros factores externos en la determinación del quantum indemnizatorio

En las páginas precedentes se han expuesto los motivos por los que, a mi juicio, debe evitarse la indemnización de la pérdida de la *chance* como un daño intermedio y autónomo. En contraposición, entiendo que el menoscabo que produce el profesional debe identificarse con la no obtención de la pretensión del cliente. Esta pretensión normalmente tendrá un contenido patrimonial o se podrá reconvertir en una suma de dinero. No obstante, cuando la actuación negligente del letrado se plantea sobre acciones de carácter declarativo (*por ejemplo, las acciones de filiación, declarativas de dominio etc.*) la cuantificación económica derivada de su privación puede resultar más compleja, aunque, en todo caso, se podrá reconducir a una cuantía pecuniaria.

Se ha identificado que la dificultad para la determinación del daño causado por el abogado radica fundamentalmente en la influencia que en la manifestación del evento dañoso tiene la viabilidad de la pretensión porque puede condicionar la obtención de un resultado favorable en el proceso[167]. Para solventar esta cuestión relativa a la incertidumbre causal se va a utilizar la teoría de la pérdida de oportunidad –como método dentro de la teoría de la causalidad probabilística– para flexibilizar el reconocimiento del nexo causal cuando haya evidencia probabilística de que la actuación del profesional ha sido causa probable de la no consecución de la pretensión del prestatario del servicio[168]. Así, esta acepción de la teoría de la pérdida de oportunidad permitiría el reconocimiento de la relación de causalidad entre el perjuicio final –esto es, la pretensión del cliente en el proceso– y la conducta del agente dañoso cuando ésta se constituya como causa probable de la producción del perjuicio.

167. La identificación del daño con la pretensión del cliente se utiliza por las resoluciones judiciales, en sentido negativo, para descartar el reconocimiento de la responsabilidad de estos profesionales. A modo ejemplificativo, pueden destacarse las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 31059) o de la Sección 4.ª), de 15 de mayo de 2018 (JUR 2018, 261494) que afirma que «*la pretensión resarcitoria es desestimada "totalmente", ante la inviabilidad de la pretensión y la ausencia de pérdida de expectativas de que pudiera prosperar*».

168. Así, MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad… op. cit.* 2007, p. 269 ha reconocido que «*la causalidad es una noción irreductiblemente probabilística; las proposiciones causales establecen correlaciones estadísticas, verdaderas sólo bajo ciertas condiciones y sólo con alguna probabilidad*».

La aceptación del uso de la doctrina de la pérdida de la *chance* requiere, con independencia de la configuración que de ella se efectúe, la realización por parte del órgano judicial de un «*juicio sobre el juicio*» acerca de la viabilidad de la pretensión y del grado en el que la actuación culposa del abogado fue causa para la desestimación de la pretensión del destinatario del servicio.

La realización de esta operación intelectual del «*juicio sobre el juicio*» ha sido objeto de crítica por considerar que comporta una especial complejidad probatoria y, hasta cierto punto, la valoración de la pretensión resultaría sesgada porque el órgano judicial que resuelve la reclamación contra el abogado valorará la pretensión del cliente sin sometimiento al principio de contradicción y, por otro lado, ese órgano judicial no debe en la valoración de la pretensión, emitir un veredicto sobre la pretensión frustrada por la actuación del abogado[169]. Sin embargo, este estudio debe circunscribirse a realizar un análisis de la posición del cliente perjudicado, similar a la que se realiza para la indemnización del lucro cesante, con la finalidad de concluir si la pretensión frustrada es o no razonable[170], pudiendo efectuar este análisis hipotético los propios órganos judiciales porque, como acertadamente reconoce BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «*los Tribunales son expertos en Derecho; no necesitan pues una pericia externa para determinar en qué medida la pretensión frustrada era razonable, esto es, se encontraba jurídicamente fundamentada*» y, aunque reconoce que ello implica de forma indirecta una conjetura sobre el resultado final del propio conflicto judicial, «*no hay más remedio que abordar esa conjetura, aunque sea con cautela y con prudencia*»[171].

---

169. En la jurisprudencia existen resoluciones contrarias a la realización de esta operación denominada «juicio sobre el juicio» por considerar que, resulta imposible sin entrar en el terreno resbaladizo de las conjeturas qué tratamiento hubieran tenido en el proceso las pretensiones del Cliente [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372) o, de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871)]. En contraposición, hay algunas resoluciones como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 31059) que, reconoce como el órgano judicial «*no habría podido en este procedimiento, analizar la pretensión en la misma posición en que lo habría podido hacer la Sala de lo Contencioso, tanto por falta de jurisdicción, como por respecto a la resolución firme de archivo, pero sí podido examinar la acción y estudiar las posibilidades de prosperabilidad del asunto, o falta de fundamento del mismo, hasta donde resultara preciso, para determinar el posible perjuicio causado al actor recurrente, por la imposibilidad de hacer uso del proceso*».
170. A este respecto, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2000, p. 231 considera que «*este estudio no puede extenderse al análisis detallado de las eventuales ventajas o beneficios que se podrían haber obtenido a partir de las posiciones de las partes, ya que, como venimos reiterando, no constituyen éstas el perjuicio del cliente, sino que dicho estudio ha de tener por objeto la averiguación de si la situación fáctica-jurídica en que se hallaba el cliente reunía las condiciones idóneas para concluir que tenía ciertas oportunidades que se diluyeron por la conducta del Letrado*».
171. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Responsabilidad de abogados y de procuradores» en *Aranzadi Civil*, n.º 3, 1997, p. 21.

El órgano judicial para la determinación del nexo causal entre el incumplimiento del profesional y el daño configurado como la pérdida de la pretensión, deberá analizar su viabilidad en el proceso. Este estudio, como se ha indicado, no debe suponer la realización de un veredicto sobre el juicio en el que se produjo la actuación culposa, porque ello podría suponer la injerencia del órgano judicial que resuelve la reclamación del profesional en un ámbito ajeno a su potestad jurisdiccional.

La labor de este órgano judicial es examinar en abstracto si la pretensión del cliente era jurídicamente idónea para que pudiera ser estimada por el órgano judicial. En este sentido, la pretensión debe ser seria, real y fundada. Para facilitar esta labor al órgano judicial que tiene que valorar la reclamación contra el profesional, el demandante debería aportar un principio de prueba suficiente, esto es, la documentación con la que el cliente pretendía hacer valer su pretensión si éste no se hubiera incoado o, en su caso, copia testimoniada por el Letrado de la Administración de Justicia de lo actuado, con el objeto de que el órgano judicial pueda obtener una imagen lo más fidedigna posible de la pretensión del cliente.

Además, resultaría recomendable que este análisis introspectivo sobre la concreta pretensión del cliente se acompañara de un análisis estadístico sobre la estimación del tipo de proceso en el que se ha producido la actuación culposa que, con las herramientas de análisis predictivo puede resultar menos laborioso, al objeto de poder establecer una representación lo más acorde posible al resultado del proceso frustrado.

Por tanto, para la determinación de la cuantía resarcitoria respecto a la pretensión del cliente se tendrá en cuenta el *quantum* de ésta y se valorará la viabilidad de la pretensión realizando un doble examen, tanto de las circunstancias que concurren en el caso, como de la viabilidad de otros procesos semejantes.

C) Otros factores que pueden influir en el reconocimiento del nexo causal: la actuación de la propia víctima o de otro profesional

La determinación o exclusión del nexo causal por el órgano judicial en este tipo de reclamaciones puede verse condicionado, desde otro punto de vista, por la intervención de otros potenciales agentes dañosos cuya contribución culposa haya podido incidir en el menoscabo final (la pretensión frustrada), en concreto, la actuación del propio cliente porque en el desenvolvimiento de la prestación, tiene un deber de colaboración para la consecución del interés que pretende sea satisfecho o de otros profesionales, como los procuradores de los tribunales que representan en el proceso a la parte y están encargados de realizar los actos de comunicación al cliente (cfr. artículo 543.1 y 543.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

A los efectos de la valoración de la incidencia que puedan tener, trataremos aquellos supuestos en los que la intervención de estos agentes no excluye la responsabilidad de los letrados, pero interfiere de tal modo en el curso de los acontecimientos que debe ser tenida en cuenta al liquidar la responsabilidad civil de aquél.

El prestatario del servicio tiene como principal obligación el pago de los honorarios profesionales que constituye, además, el elemento esencial del mismo. No obstante, como se ha señalado, se ha reconocido, además, en las propuestas de modificación del contrato de servicios, una obligación del prestatario de colaboración para que el prestador pueda desarrollar de manera óptima el servicio; este deber es especialmente relevante en esta materia, porque su cumplimiento puede condicionar en gran medida la obtención de la pretensión en el proceso.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la actuación de las partes en el proceso requiere con frecuencia la intervención preceptiva y simultánea del abogado y del procurador. Se ha advertido anteriormente que, si bien cada uno tiene un ámbito de actuación diferenciado en cuya delimitación han tenido un papel importante los órganos judiciales, hay ciertos supuestos frecuentemente omisivos en los que se ha reconocido una responsabilidad concurrente de ambos profesionales jurídicos[172].

Por ese motivo, los órganos judiciales, además de valorar la viabilidad de la pretensión del cliente tienen que tener en cuenta en la determinación del nexo causal si éste se ha podido interrumpir total o parcialmente por la participación de los anteriores agentes.

4. OTROS DAÑOS PATRIMONIALES QUE PUEDE GENERAR LA ACTUACIÓN NEGLIGENTE DEL LETRADO: LOS GASTOS PROCESALES

Los gastos procesales derivados de la interposición de un procedimiento judicial infructuoso para los intereses del prestatario del servicio tienen a mi juicio, un carácter complementario o secundario en las reclamaciones por responsabilidad civil de estos profesionales. El motivo de tal afirmación es doble, por un lado, porque el verdadero *desvalor* del menoscabo sufrido por el cliente no se identifica con los gastos ocasionados por el procedimiento en el que no se han visto estimadas las pretensiones del justiciable. Sin embargo, pueden constituir un menoscabo de los bienes patrimoniales del perjudicado que, si bien no tienen por qué estar presentes, con carácter general, en todas las reclamaciones por responsabilidad, sí que pueden concurrir en algunas de

172. Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.ª), de 31 de marzo del 2014 (JUR 2015, 270441), de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), de 22 de marzo de 2019 (AC 2019, 1328) de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 5.ª), de 9 de junio de 2008 (JUR 2008, 302426).

ellas, cuando se constata que la manifestación de estos perjuicios se encuentre causalmente vinculados con el quehacer culposo del profesional y que, por tanto, de concurrir y ser probados, deben obtener la tutela resarcitoria como partida indemnizable.

El coste del proceso, como acertadamente señala ACHÓN BRUÑÉN, «*constituye un a priori obligado que los justiciables deben ponderar cuando deciden acudir a los tribunales de justicia, habida cuenta que tan sólo la imposición de costas a la contraparte les permitirá recuperar, aunque sea parcialmente, el desembolso económico invertido en el litigio*»[173]; por tanto, aunque en principio es un riesgo que deben asumir los propios justiciables cuando deciden someter sus pretensiones a las reglas del procedimiento judicial, resulta adecuado que puedan reclamarse al profesional cuando su imposición sea consecuencia de su negligencia profesional[174]. Por ejemplo, cuando se ha interpuesto una demanda contra más personas de los responsables o cuando existe una clara temeridad en la interposición o mantenimiento en el proceso de las pretensiones de los clientes[175].

Es preciso destacar que el concepto de gastos procesales y de costas procesales, aunque se han utilizado en ocasiones como sinónimos, tiene distinto alcance. Los gastos procesales incluyen todos aquellos costos que se generan dentro del procedimiento, mientras que el de las costas procesales tiene un ámbito más restringido porque, con ellos, se alude únicamente a aquéllos que pueden ser recuperados por la parte que ha obtenido a su favor un pronunciamiento judicial de condena en costas (cfr. en el ámbito del orden jurisdiccional civil, el artículo 241 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)[176].

Los gastos enumerados en el artículo 241 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en principio tienen la consideración de *numerus clausus*, pero lo cierto es que su listado debe ser completado con otros preceptos de la referida Ley. A modo de ejemplo, en el artículo 241.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se admite

173. ACHÓN BRUÑÉN, M. J. *Las costas procesales y las denominadas juras de cuentas: soluciones a problemas que la LEC silencia*, J. M. Bosch, Barcelona, 2008, p. 15.

174. En esta línea, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 407.

175. A modo ejemplificativo y en el ámbito penal, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1.ª), de 25 de enero de 2016 (JUR 2016, 77997) reconoce para imponer las costas procesales a los querellantes que, «*la nitidez de la norma, que no admite interpretaciones, tenía que ser necesariamente conocida por el Letrado de los acusadores particulares, a pesar de lo cual persistieron en mantener la imputación en el tiempo, sin razón o justificación alguna en clara y patente rebeldía contra la disposición legal. Esta contumacia en la ilegalidad no puede tener otra causa que la mala fe procesal y la temeridad de quienes así obraron […]*».

176. Cfr. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. y PEDROSA PRECIADO, L. *Manual práctico sobre la tasación de costas procesales,* Ediciones Experiencia, Barcelona, 2015, p. 26. En el mismo sentido, ACHÓN BRUÑEN, M. J. *Las costas procesales y las denominadas juras de cuentas… op. cit.* 2008, p. 115 considera que «*son costas procesales todos aquellos gastos que teniendo su origen directo e inmediato en el proceso reciben dicha consideración en el art. 241 de la LEC, lo que no puede asimilarse con los gastos originados en el curso del proceso, pues ni todos ellos ostentan la categoría de costas ni los gastos precios al litigio dejan de serlo en todo caso […]*».

únicamente la condena en costas relativa a los honorarios de la defensa y de la representación técnicas cuando sean preceptivas y, sin embargo, el artículo 32.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil admite su indemnización cuando la intervención de los profesionales no es preceptiva si concurre alguna de las causas previstas en el precepto[177].

En principio, si existe una resolución judicial que reconozca la imposición de las costas procesales vinculada a la actuación profesional [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1.ª), de 25 de enero de 2016 (JUR 2016, 77997)], no habría inconveniente para que el letrado que ha actuado contraviniendo su *lex artis* deba responder de las costas procesales a las que ha sido condenado su cliente, pues su devengo sería efecto directo e inmediato del incumplimiento culposo del profesional y consecuencia necesaria de su actuación negligente, de modo que daría cumplimiento a las exigencias del artículo 1107 del Código Civil para el nacimiento del deber de reparación en sede de responsabilidad contractual[178]. Esto es así, porque los abogados con anterioridad a incoar un procedimiento judicial y decidir el orden jurisdiccional en el que instar el reconocimiento de los intereses del cliente, valoran especialmente, el riesgo existente de que éste pueda ser condenado en costas.

A renglón seguido se plantea si los honorarios del profesional negligente pueden constituir una partida indemnizable por la vía de la responsabilidad civil. La cuestión se plantea porque su abono constituye la principal obligación del prestatario del servicio, de modo que se cuestiona por qué vía instar la reclamación de los honorarios del profesional negligente, esto es, por la vía de la resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 del Código Civil o por la vía de la responsabilidad contractual prevista en el artículo 1101 del Código Civil. Algunos autores como YZQUIERDO TOLSADA se muestran categóricos al afirmar que los honorarios satisfechos al profesional negligente no constituyen una partida propia de la responsabilidad civil sino que se trata de la contraprestación que el cliente debería abonar si hubiera cumplido correctamente

177. ACHÓN BRUÑEN, M. J. *Las costas procesales y las denominadas juras de cuentas… op. cit.* 2008, pp. 115-117 pone de relieve que de *ex lege ferenda* sería recomendable modificar el apartado primero del artículo 241 de la LEC estableciendo que se incluirán en la tasación los «*honorarios de la defensa y derechos de la representación técnica cuando su intervención en el proceso fuera preceptiva o, no siéndolo, un precepto de esta ley permita su inclusión en las costas procesales*».

178. En este sentido, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, pp. 282 y ss. mantiene que para que puedan ser indemnizados los daños derivados de la actuación negligente del profesional deben cumplir los requisitos de que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, con el objetivo de poder delimitar la extensión de la obligación de indemnización. Pues bien, para esta autora «*el ordenamiento jurídico prevé que sólo sean indemnizables aquellos daños que, estando conectados causalmente con el incumplimiento, el acreedor no haya podido evitar empleando la diligencia ordinaria, excluyendo, por tanto, aquellos que se han incrementado por su conducta descuidada*».

su prestación[179]. En cambio, otros, aunque reconocen que se trata de una partida que, si ha sido ya desembolsada por el prestatario del servicio, debe ser restituida por el profesional, no indican claramente si debe serlo como consecuencia de la resolución del contrato o por la vía de la responsabilidad civil[180].

En el caso de que el abogado incumpla la obligación de defensa asumida, el cliente podrá ejercitar la acción de cumplimiento si la prestación a la que se ha obligado puede seguir ejercitándose[181]. Es el caso, por ejemplo, del profesional que ha presentado una demanda ante un juzgado territorialmente incompetente, de modo que se puede reproducir si el plazo procesal para su interposición no ha prescrito o caducado. No obstante, como se ha insistido a lo largo de este trabajo, en la mayoría de los supuestos, la actuación culposa del profesional comporta la imposibilidad de repetir la pretensión del cliente bien porque ha transcurrido el plazo para su ejercicio, bien porque opere la institución de la cosa juzgada, de modo que se produciría una imposibilidad de llevar a cabo la prestación imputable a la culpa del deudor.

Atendiendo al grado de cumplimiento del encargo profesional, a la naturaleza activa u omisiva de la actuación del profesional y al efecto que pueda producir en la pretensión del cliente pueden plantearse distintos escenarios que a continuación paso a describir, entre la acción de resolución contractual y la acción relativa a la indemnización de daños y perjuicios *ex* artículo 1101 del Código Civil.

a) El cliente ha pagado parte del precio pero el abogado no ha realizado ningún tipo de actuación profesional. En ese caso, podría interponerse una acción de resolución contractual en base al artículo 1124 del Código Civil que permitiría la devolución de los honorarios desembolsados cuando no haya existido la correspondiente reciprocidad de intereses y si, además, la actuación omisiva ha producido la caducidad o la

179. YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil del Abogado op. cit.* 2019, p. 131.

180. Es el caso, por su parte de, CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, pp. 406 y 407 que considera inicialmente que pueden constituir otros daños indemnizables por el abogado negligente las costas del proceso frustrado tanto las propias como las de la parte contraria; sin embargo, posteriormente reconoce que los honorarios de estos profesionales no constituyen *stricto sensu* una partida de las costas procesales porque se trata de una consecuencia del incumplimiento de la prestación del letrado y no de un mero efecto de la responsabilidad civil o, de SERRA RODRÍGUEZ, A. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2001, p. 310 considera que *«como consecuencia de su incumplimiento el letrado negligente tendrá la obligación de reembolsar a sus clientes los honorarios que éstos le hubieran abonado, incluyendo, si también se hubieran pagado, los derechos de los procuradores intervinientes en el pleito en el que aquél incurrió en negligencia»*.

181. No se desconoce que en la relación jurídica entre abogado y cliente puede, en algunos casos, calificarse de obligación personalísima porque se hayan tenido en cuenta para la contratación del profesional, los específicos conocimientos que tenga éste, en cuyo caso, no cabría el cumplimiento forzoso.

prescripción de su pretensión, podrá instarse la acción del artículo 1101 del Código Civil en relación con la frustración de esa pretensión.

b) El cliente no ha abonado el precio del contrato y el abogado no ha desarrollado ningún tipo de actuación profesional. No surgiría la obligación de restablecer las prestaciones; no obstante, si la omisión del abogado hubiera ocasionado la caducidad o la prescripción de acción en la que se fundaba la pretensión del prestatario del servicio, podrá interponer una acción de responsabilidad civil contractual por los daños causados apoyándose en el artículo 1101 del Código Civil.

c) Si el letrado ha desarrollado la prestación profesional y el incumplimiento culposo se ha producido en relación con una prestación insignificante respecto a la obligación principal, en ese caso, la resolución contractual podría ser contraria a la buena fe[182] y a la interpretación doctrinal del artículo 1124 del Código Civil que requiere la constatación de un incumplimiento grave.

El cumplimiento negligente de la obligación del abogado comporta el incumplimiento contractual y, consecuentemente, el prestatario no tendría que abonar los honorarios profesionales. En los casos en los que el cliente ha abonado todo o parte del precio del contrato con anterioridad a constatar el incumplimiento, resultaría adecuado que a la acción del resarcimiento *ex* artículo 1101 del Código Civil se acumulara la acción de resolución contractual, que permitiera al cliente recobrar las cuantías abonadas en concepto de honorarios y, que evitaría, como en ocasiones ha ocurrido, la desestimación por la vía del artículo 1101 del Código Civil, de los honorarios profesionales como daño indemnizable[183].

5. LA PROPUESTA DEL «DAÑO JURÍDICAMENTE RELEVANTE» EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL LETRADO: RECAPITULACIÓN

En las páginas precedentes ha quedado de manifiesto mi rechazo a la actual configuración del daño en la responsabilidad civil del letrado porque considero que la incertidumbre que plantea la posible imputación de un perjuicio

182. Este caso es expuesto por CRESPO MORA, M. C. *La responsabilidad del Abogado… op. cit.* 2005, p. 408.

183. YZQUIERDO TOLSADA, M. *La Responsabilidad Civil del Abogado op. cit.* 2019, pp. 131 y 132 rechaza que exista el derecho del profesional a cobrar honorarios profesionales cuando se ha producido una negligencia en el servicio prestado. En contra de esta idea y, a mi juicio, de forma desafortunada, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de octubre de 1996 (RJ 1995, 7649) considera como «*la retribución es un derecho del Letrado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir por negligencia, derivándose de esta falta de diligencia la obligación de resarcir los perjuicios causados a aquella persona a quien el perjuicio se hubiera producido, y lo relativo a tal responsabilidad ya ha quedado razonado en los anteriores fundamentos*».

al profesional de la Abogacía no debe obtener respuesta desde este presupuesto, sino desde el nexo causal por ser esta fórmula más coherente con la configuración y la función que tienen asignados cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil.

El daño indemnizable en esta materia no debe ser considerado como un daño por pérdida de oportunidad –según la teoría *ontológica* de esta doctrina–, ni en su modalidad de daño patrimonial ni en la de moral. La razón radica fundamentalmente, en que la articulación de la *chance* como un daño supone un artificio jurídico que no respeta las exigencias de que el «daño indemnizable» sea un «daño cierto».

El daño por privación del derecho a la tutela judicial efectiva tampoco puede ser aceptado. La articulación del menoscabo indemnizable por la privación de derechos fundamentales es admitida con carácter excepcional en nuestro ordenamiento jurídico. Para que pueda resarcirse es necesario que se trate de un derecho vinculado a la persona y que una norma de Derecho Público (penal o sancionadora) o, excepcionalmente, de Derecho Privado –la LO 1/1982–, repruebe la conducta del agente dañoso. El artículo 24 de la Constitución Española no tiene esta consideración, sino que se trata de un derecho fundamental instrumental dirigido a garantizar el respeto del resto de derechos fundamentales.

La no atribución a los abogados de la consideración de Poderes Públicos impide, además, aceptar que su actuación negligente pudiera provocar la privación del derecho a la tutela judicial efectiva.

El rechazo de la articulación en este ámbito del daño como pérdida de la oportunidad procesal o como privación del derecho a la tutela judicial efectiva, nos obliga a identificar el perjuicio sufrido por el cliente con la pretensión que tiene éste en el proceso o, en el ámbito extrajudicial, con el objeto del encargo que constituye la encomienda profesional.

Esta identificación del daño con la pretensión del cliente tampoco resuelve los problemas de incertidumbre que se apuntaban anteriormente porque en la no obtención de la pretensión del cliente influye notablemente su viabilidad en el proceso, pues ésta condicionará indudablemente, su resultado.

La existencia de esta incertidumbre obliga a dar respuesta a este fenómeno dentro del nexo causal y, más concretamente, a través de las «teorías causales probabilísticas». El órgano judicial cuando resuelva una reclamación contra el profesional efectuará una valoración de la probabilidad de que prospere la pretensión del cliente –mediante el denominado «juicio sobre el juicio» o a través del «método estadístico»– e identificará el daño y el *quantum* resarcitorio en el porcentaje de prosperabilidad en el que valore la pretensión del cliente.

Por otro lado, en la determinación del nexo causal puede influir además, la intervención de otros agentes en la manifestación del resultado dañoso –esto

es, en la no obtención de la pretensión del cliente–, en concreto, la actuación del prestatario del servicio y de los procuradores de los tribunales.

Los abogados con su actuar negligente pueden provocar, además de la privación de la pretensión del cliente, la producción de otros daños que tienen un carácter secundario en estas reclamaciones: los gastos del proceso y el daño moral vinculado al *pretium doloris* siempre que se demuestre que su materialización se debe a la actuación culposa del profesional.

Conclusiones

Primera.– Los letrados están sujetos en el ejercicio de su profesión a la responsabilidad civil, penal y disciplinaria. Las tres responsabilidades se articulan sobre los presupuestos del «incumplimiento de los deberes profesionales» y del «daño causado».

Estos tres tipos de responsabilidad se interrelacionan entre ellos de forma distinta. La responsabilidad penal del abogado puede comportar una responsabilidad civil *ex delicto* si, como consecuencia de éste, el profesional ha provocado un daño al cliente. Son igualmente compatibles la responsabilidad civil y la responsabilidad disciplinaria. Sin embargo, el procedimiento disciplinario que se incoe no comporta la interrupción del plazo de prescripción de la acción civil contra el profesional, ni la resolución que dicte el órgano colegial vincula al Juez civil, sin perjuicio de la valoración que, de ella, puedan realizar los órganos judiciales conforme a su prudente criterio. En contraposición, la incoación de un procedimiento penal contra el profesional de la Abogacía vinculado al desarrollo de su actividad profesional suspenderá el procedimiento disciplinario que se haya podido incoar hasta que recaiga resolución judicial. Si la sentencia es condenatoria, se archivará el expediente disciplinario porque de otro modo, se conculcaría el *principio non bis in ídem*. Si la sentencia es absolutoria, se podrá reabrir el procedimiento disciplinario.

Segunda.– El abogado está sujeto, con carácter general, a una responsabilidad profesional de corte subjetivo *ex* artículo 1101 del Código Civil. Es decir, tendrá que responder de los daños causados cuando en su actuación haya incurrido en culpa o negligencia.

Además de este régimen, se ha planteado la posible aplicación a este profesional de otros regímenes de responsabilidad. En concreto, se ha descartado la aplicación del sistema de responsabilidad previsto en el artículo 147 del TRLGDCU cuando la relación con el cliente pueda calificarse como «relación de consumo», porque se ha considerado que los servicios jurídicos no cumplen con la exigencia implícita de que se traten de «servicios defectuosos».

Se admite la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 1903.4 del Código Civil respecto a sus auxiliares y las especialidades que prevé la Ley de Sociedades Profesionales a efectos del régimen de responsabilidad, si el

letrado desarrolla su actividad profesional en el seno de una de ellas. Además, cuando el profesional de la Abogacía conculque el derecho al honor de *la contraparte en el proceso,* resultará de aplicación el régimen previsto en la LO 1/1982.

Tercera.– El delito previsto en el artículo 467.2 del Código Penal dentro de los denominados «*delitos de la obstrucción a la justicia y deslealtad profesional*», debe ser reconfigurado en un doble sentido para facilitar la delimitación de esta figura delictiva en relación con la responsabilidad civil y para adecuarlo a los principios inspiradores del Derecho Penal. Así, considero que el elemento objetivo de lo injusto no debería girar en torno a la causación de un *perjuicio relevante,* sino en torno a la *gravedad de la negligencia profesional.* Por otro lado, respecto al tipo subjetivo, es conveniente la supresión de la modalidad imprudente en coherencia con la excepcionalidad que el Código Penal predica de la punición de los delitos imprudentes.

Cuarta.– La relación jurídica entre abogado y cliente se ha identificado tradicionalmente como un «contrato de servicios», aunque en ciertos supuestos, el encargo profesional puede desarrollarse mediante otras modalidades contractuales. El Tribunal Supremo califica actualmente esta relación, haciéndose eco de un sector de la doctrina como un «contrato de gestión», con elementos tomados tanto del contrato de servicios como del mandato.

Quinta.– Las obligaciones estatutarias y deontológicas impuestas al letrado se integran en la relación contractual *ex* artículo 1258 del Código Civil. Esto supone reconocer que su conculcación puede producir un incumplimiento contractual susceptible de generar responsabilidad civil en el profesional.

Sexta.– La documentación de la relación jurídica entre el letrado y el cliente no es una práctica consolidada en la profesión, atendido el principio de libertad de forma que predica el artículo 1278 del Código Civil. Sin embargo, se aprecia una evolución a favor de la formalización de las estipulaciones que van a regir esta relación contractual, que ha justificado una mayor atención a las hojas de encargo profesional en el artículo 15 del Código Deontológico de la Abogacía.

La suscripción de hojas de encargo profesional beneficia a ambas partes del contrato, pues permite: acreditar la existencia y objeto del encargo, la determinación del acuerdo económico y sirven para justificar el cumplimiento efectivo de ciertas obligaciones del prestador del servicio. En relación a esta última consideración, las hojas de encargo se articulan como una fórmula preventiva que evitaría la prosperabilidad de reclamaciones contra el profesional cuando éste haya dado cumplimiento efectivo a la obligación de informar sobre la escasa viabilidad o dificultad de las pretensiones del cliente.

Séptima.– La configuración de la relación contractual entre el letrado y su cliente, como un «contrato de servicios» o como un «contrato de gestión»,

justifica que la obligación que asume este profesional sea, con carácter general, una «obligación de medios». Esto supone la imposibilidad de identificar la no obtención de éxito en el proceso con un incumplimiento contractual del profesional.

En estos casos, el incumplimiento del profesional se producirá cuando la actuación del abogado no se ajuste a la *lex artis* de la Abogacía; es decir, al modelo de conducta de quien posee determinados saberes o conocimientos.

Octava.– La aceptación por parte del letrado de desarrollar la prestación del servicio conforme a la *lex artis* supone la asunción de una serie de deberes de carácter accesorio, que cuentan con amparo normativo en las reglas sectoriales que rigen la profesión y cuyo contenido y exigencia se integra en el contrato al amparo del artículo 1258 del Código Civil. Estos deberes son: el deber de conocer el derecho aplicable al caso, el deber de información, el deber de custodia de la documentación entregada por el cliente, el deber de secreto profesional y el de uso adecuado de la tecnología en el desarrollo de la prestación.

Novena.– El Código Civil articula tres remedios para el incumplimiento contractual, que presentan un distinto fundamento y finalidad: la acción de cumplimiento (artículos 1096 y ss. y 1124 del Código Civil), la acción de resolución en las obligaciones sinalagmáticas (artículo 1124 del Código Civil) y, cumulativamente a las dos anteriores, la acción resarcitoria (artículo 1101 del Código Civil).

Las circunstancias inherentes a la prestación de los servicios jurídicos provocan que únicamente sea satisfactoria para los intereses del acreedor, la acción resarcitoria. El motivo es que la acción de cumplimiento resulta controvertida cuando las cualidades subjetivas del profesional han determinado su contratación y debe descartarse en todo caso cuando el cumplimiento resulta materialmente imposible. Por su parte, la acción de resolución prevista en el artículo 1124 del Código Civil presenta una virtualidad muy limitada frente a la acción resarcitoria que también prevé el propio precepto, en tanto que la resolución contractual únicamente permitiría recobrar al prestatario, en su caso, los honorarios total o parcialmente abonados, pudiendo esta partida obtenerse también a través de la reclamación de «daños y perjuicios». Por los motivos expuestos, la acción de resarcimiento se convierte en la vía idónea para tutelar el interés del acreedor del servicio jurídico por el incumplimiento del profesional.

Décima.– La relación de causalidad, como presupuesto de la responsabilidad civil, no ha sido objeto de especial atención en el ámbito de la responsabilidad de los abogados. Esto es así porque la solución a la incertidumbre sobre la vinculación causal entre la actuación del agente dañoso y el daño causado –derivado de la posible concurrencia de factores exógenos a la propia

actuación del responsable y por las características del servicio que se presta–, se ha buscado por parte de la doctrina y de la jurisprudencia en una determinada configuración del daño resarcible.

En este ámbito, el análisis del presupuesto del nexo causal por la doctrina y la jurisprudencia se ha limitado a los supuestos en los que, en la producción del daño, han concurrido diferentes causas. En concreto, la intervención culposa de la propia víctima o de otro profesional interviniente en el proceso.

Undécima.– La determinación del contenido y alcance del daño jurídicamente indemnizable ha resultado una cuestión compleja porque nuestro sistema de responsabilidad se sitúa dentro de los denominados *abiertos o atípicos*. Esto ha provocado que, paulatinamente, se hayan ampliado los menoscabos a los que se les ha atribuido la consideración de resarcibles, sobre todo, en relación con los daños morales.

Las Leyes que reconocen expresamente la indemnización de este tipo de perjuicios no realizan una definición del concepto de «daño moral», sino que se limitan a establecer el régimen jurídico aplicable y, en su caso, presunciones para facilitar su prueba o la determinación de criterios de valoración. El estudio efectuado sobre el daño moral nos ha permitido constatar tres grupos de supuestos en los que se reconoce su indemnización: los daños por lesión de derechos de la persona, los daños por lesiones corporales y los daños vinculados al «*pretium doloris*».

La anterior clasificación nos ha obligado a replantearnos si puede admitirse que el letrado con su actuar negligente genere un daño consistente en la privación del derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos en los que se viene haciendo por la jurisprudencia y la doctrina. El análisis de esta cuestión nos obliga a tener en consideración que la tutela resarcitoria derivada de la privación de derechos fundamentales tiene en nuestro ordenamiento jurídico un carácter excepcional. Para su reconocimiento, la lesión tiene que afectar a un derecho de la persona y, además, que una norma de Derecho Público (penal o sancionadora) o, excepcionalmente, de Derecho Privado –la LO 1/1982– repruebe la conducta cometida por el agente dañoso. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española no tiene la consideración de derecho de la persona, sino que se trata de un derecho instrumental dirigido a garantizar el respeto de los restantes derechos fundamentales.

Además, para valorar si esta configuración del daño resultaba adecuada y teniendo en cuenta que, *a priori*, el ordenamiento jurídico español tutela con carácter principal los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los Poderes Públicos, se ha realizado una comparación entre la responsabilidad a la que están sujetos los Jueces y Magistrados cuando en el ejercicio de la potestad jurisdiccional generan un daño al justiciable y la responsabilidad

de los abogados cuando en el desarrollo de su profesión generan un daño a su cliente. Este estudio nos ha permitido advertir que el ordenamiento jurídico articula dos vías para el resarcimiento del daño generado por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de su potestad jurisdiccional: *una constitucional*, que bajo la concurrencia de determinadas circunstancias permite la restitución del derecho vulnerado y, otra, reparadora. En contraposición, los letrados no tienen la consideración de Poderes Públicos, por tanto, su actuación no sería susceptible de generar la privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que llevaría a rechazar la articulación del daño como una privación de este derecho.

Duodécima.– En la prestación de servicios jurídicos y también en los servicios sanitarios, existe un componente importante de incertidumbre sobre la incidencia que la actuación del profesional tiene en la consecución del interés del acreedor del servicio, porque en estos servicios influyen otros factores exógenos como la imposibilidad de predecir por el profesional, *ex ante*, la reacción del paciente a un tratamiento, o el criterio que pueda adoptar el juzgador respecto de las pretensiones del cliente.

Decimotercera.– La articulación que la doctrina y la jurisprudencia ha venido efectuando del daño, en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado para paliar el problema de la incertidumbre causal, no resulta a mi juicio adecuada respecto a la configuración y función que tienen asignados cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil.

El daño causado por el profesional de la Abogacía no debe identificarse, como se viene haciendo, como un daño patrimonial o moral por pérdida de oportunidad, porque la configuración de la *chance* como perjuicio no cumple los requisitos de certeza que resultan exigibles para que el perjuicio tenga la consideración de «daño indemnizable».

Decimocuarta.– El rechazo de la articulación del daño como la pérdida de la oportunidad procesal o como la privación del derecho a la tutela judicial efectiva, nos obliga a identificar el perjuicio sufrido por el cliente con la pretensión que tiene éste en el proceso o, en el ámbito extrajudicial, con el objeto del encargo que constituye la encomienda profesional.

Esta articulación del daño es coherente con la concepción que los prestatarios del servicio tienen de los daños padecidos, pero también con el objetivo hacia el que encauzan los letrados la realización de la prestación. Sin embargo, esta forma de entender el daño no resuelve los problemas de incertidumbre inherente a que la no obtención del resultado esperado por el cliente no se derive de la actuación del profesional, sino que obedezca a la falta de viabilidad de la pretensión. Pues bien, la respuesta a esta incertidumbre debe obtenerse desde el nexo causal y, más concretamente, a través de las «teorías causales probabilísticas».

Esto supone considerar que, para resolver las reclamaciones civiles contra los abogados, el órgano judicial realizará una valoración de la probabilidad de que prospere la pretensión del cliente –mediante el denominado «juicio sobre el juicio» o a través del método estadístico– e identificará el daño y el *quantum* resarcitorio en el porcentaje de prosperabilidad que tiene la pretensión del cliente.

En la determinación y/o exclusión de la responsabilidad de estos profesionales tiene también incidencia respecto a la determinación del nexo causal, la actuación desarrollada por el propio cliente o por otro profesional, pues éstas pueden también incidir en la no obtención del resultado esperado del cliente en el proceso.

Además, el cliente tendrá derecho, cuando proceda, a que se le indemnicen en este tipo de reclamaciones, con carácter complementario, otros daños como son: los gastos del proceso y el daño moral vinculado al *pretium doloris,* siempre que se demuestre su materialización.

Bibliografía

ABELLANET GUILLOT, Francisco «La prevaricación del Abogado. Otros delitos cometidos por abogado en el ejercicio profesional en el nuevo Código penal» en *Revista jurídica de Catalunya*, nº 4, 1996, pp. 1129-1146.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes «La responsabilidad civil del abogado por pérdida de la oportunidad procesal» en *Actualidad Civil*, nº 9, 2014, pp. 948-953.

ALCALÁ NAVARRO, Antonio «El comportamiento y su consideración como acto ilícito. Los sujetos de la responsabilidad civil. El daño. La relación de causalidad» en RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa *Conceptos básicos de derecho civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 429-441.

ACHÓN BRUÑÉN, María José *Las costas procesales y las denominadas juras de cuentas: soluciones a problemas que la LEC silencia*, J.M. Bosch, Barcelona, 2008.

ACIARRI, Hugo e IRIGOYEN TESTA, Matías «Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición» en GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores) *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 389-420.

ACUÑA ANZORENA, Arturo *Estudios de responsabilidad civil*, La Plata, Platense, 1963.

AGUILERA RULL, Ariadna «Daño moral por discriminación» en GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores) *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 557-585.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel

– *Curso de Derecho Civil Español común y foral, Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1977.

– «Comentario al artículo 1973» en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (directores) en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXV, Vol. II, 1994, pp. 606-621.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús «Autonomía privada y derechos fundamentales» en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 1993, pp. 57-122.

ALONSO PÉREZ, María Teresa

– *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.

– «La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 1997)» en *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1998, pp. 887-916.

– «Supuestos legales de eficacia "ex nunc" de la nulidad y su posible aplicación al arrendamiento de servicios» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 665, 2007, pp. 1005-1066.

– «La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)» en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* nº 3, 2012.

– «El difícil encaje de los artículos 148 y 149 del TRLGDCU en el conjunto de normas sobre responsabilidad civil en la construcción» en LÓPEZ FRÍAS, Ana María, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen y RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 561-605.

ALONSO PÉREZ, María Teresa y ALMAGRO MARTÍN, Carmen «El arrendamiento de servicios» en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; ALMUDÍ CID, José Manuel, MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel (coordinadores) *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Vol. 4, 2014, pp. 51-173.

ALONSO UREBA, Alberto y VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge «Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por internet» en MATEU DE ROS, Rafael y LÓPEZ – MONIS GÁLLEGO, Mónica (coordinadores) *Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico*, Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, pp. 271-386.

ALVÁREZ SÁNCHEZ, José Ignacio «La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores» en ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio (director) *La responsabilidad civil profesional,* Cuadernos de Derecho Judicial, nº 7, 2003, pp. 19-66.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael

– «La responsabilidad por daño moral» en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 1966, pp. 81-116.

– «Comentario al artículo 1124 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,

Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (directores) *Comentarios al Código Civil,* Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 96-100.

APRILE, Anna, FABRIS, Ambra y RODRÍGUEZ, Daniele «Dal nesso di causalità al danno da perdita di chance» en *Danno da perdita di chance nella responsabilità medica,* Padova University Press, Padova, 2014, pp. 39-43.

ARAGÜES ESTRAGUÉS, Miguel Ángel *Los honorarios un derecho de los abogados: cómo reclamarlos y sus problemas,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

ARCOS VIEIRA, María Luisa

– *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)* Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2005.

– *Responsabilidad Sanitaria por Incumplimiento del Deber de Información al Paciente,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

ARIAS TOIRÁN, Vanesa «La responsabilidad del abogado: ¿debe informar de que sigue una línea minoritaria para la defensa de su cliente?» en *Diario La Ley*, nº 9051, 2017.

ARRIBAS LÓPEZ, Joaquín Eugenio

– *Responsabilidad civil y penal del Abogado en el ejercicio de su profesión,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

– «Daños causados a clientes por profesionales de la Abogacía: ¿acción civil o acción penal?», en *Diario la Ley,* nº 9508, 2019.

ASENSI PALLARÉS, Eduardo y CID-LUNA CLARES, Íñigo «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp. 228-239.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel

– *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos),* Servicio editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.

– *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

– «Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad. Comentario a la STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 613)» en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 112, 2020, pp. 207-226.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa «La responsabilidad civil por los daños producidos por las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor» en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 221-242.

AYALA MUÑOZ, José María «La sujeción de los servicios concertados entre abogados y clientes a la directiva de cláusulas abusivas. Comentario de la STJUE de 15 de enero de 2015» en *Diario La Ley*, nº 8511, 2015.

AZPARREN LUCAS, Agustín «Comentario al artículo 147 del TRLGDCU» en CÁMARA LAPUENTE, S. (director) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2011, pp. 1260-1269.

BADOSA COLL, Ferrán

– *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil,* Publicaciones del Real Colegio, Zaragoza, 1987.

– «Comentario al artículo 1096 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (directores) *Comentarios al Código Civil,* Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 24-26.

– «Comentario al artículo 1101 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (directores) *Comentarios al Código Civil,* Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 34-36.

BALLARÍN IRIBARREN, Jesús «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La «Drittwirkung» en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, pp. 283-315.

BALLESTER PASTOR, María Amparo «El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales» en *Revista de Derecho Social*, nº 69, 2015, pp. 31-56.

BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo y SALVADOR CRESPO, Juan Ignacio «Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica» en *Actualidad civil,* nº 1, 1997, pp. 143-167.

BARRÍA DÍAZ, Rodrigo *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*. Tesis dirigida por LLAMAS POMBO, Eugenio, Universidad de Salamanca, 2009. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/76243/DDP_Barria_Diaz_R_El_da%F1o_causado_por.pdf;jsessionid=F759957C489FA17DFC9DD519F2B7DCB1?sequence=1 [última visita: agosto del 2020].

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa,* Ratio Legis, Salamanca, 2007.

BASOZABAL ARRUE, Xavier

– «La responsabilidad por culpa» en SOLER PRESAS, Ana y DEL OLMO GARCÍA, Pedro *Practicum de Daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 254-287.

– «La relación de causalidad» en SOLER PRESAS, Ana y DEL OLMO GARCÍA, Pedro *Practicum de Daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 293-317.

BAUDOIN, Jean Luois y DESLAURIERS, Patrice *La responsabilité civile,* Éditions Yvon Blais, Paris, 2003.

BAYO RECUERO, María Nieves «Artículo 3. Legitimación y Postulación» FERRER VANRELL, María Pilar, LLEDÓ YAGÜE, Francisco y TORRES LANA, José Ángel (directores) *Estudio sistemático de la Ley de jurisdicción voluntaria*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 43-47.

BELADIEZ ROJO, Margarita «La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21, 2017, pp. 75-97.

BELLÓN MOLINA, Francisco Antonio «La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral» en *Actualidad Civil*, nº 2, 1998, pp. 391-425.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, La Real Academia, Madrid, 1976.

BÉNABENT, Alain *Droit des obligations*, LGDJ, Paris, 2018.

BENÍTEZ PINEDO, Jorge Mario *La reparación del daño por violación de derechos fundamentales en el contrato de trabajo* Tesis doctoral dirigida por: GARCÍA VIÑA, Jordi, Universitat de Barcelona, 2015. Está disponible en el siguiente enlace http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/96701 [Última consulta: octubre de 2019].

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo

– *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.

– «Comentario al artículo 1161 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (directores) *Comentarios al Código Civil,* Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 180-182.

– «Responsabilidad de abogados y de procuradores» en *Aranzadi Civil,* nº 3, 1997, pp. 20 y 21.

– «Daño moral (STS de 5 de junio de 1998)» en *Aranzadi Civil*, nº 2, 1998, pp. 13 y 14.

– «Comentario a la STS de 7 de junio de 2002: Responsabilidad médica: nacimiento de niño afectado de síndrome de Down; derecho de información,

relación de causalidad» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 59, 2002, pp. 857-868.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel «A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado» en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, nº 16, 2011, pp. 23-42.

BILBAO UBILLOS, Juan María *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula «Algunas cuestiones del derecho de la propia imagen» en *Bienes de la personalidad,* Universidad de Murcia, 2008, pp. 13-92.

BOCCHIOLA, Max «Perdita di una "chance" e certeza del danno» en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, nº 1, 1976, pp. 55-102.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel

– «Penas privativas de derechos» en GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 123-165.

– «Penas privativas de derechos» en GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 63-90.

BOLEA BORDÓN, Carolina «Comentario al artículo 199 del Código Penal» en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago *Comentario al Código Penal,* Tirant Lo Blanch Tratados, Valencia, 2011, pp. 472-474.

BONET NAVARRO, José «La reclamación de créditos por el abogado y procurador frente a sus clientes tras la STJUE de 16 de febrero de 2017 (C-503/2015)», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal,* nº 1, 2017, pp. 211-262.

BORÉ, Jacques «*L'indemnisation des chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*», JCP 1974.I.2620.

BREZMES MARTÍNEZ DE VILLAREAL, Alfonso *Las Sociedades Profesionales. Análisis Práctico de su nueva regulación*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2007.

BUSTO LAGO, José Manuel *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio *Las obligaciones de actividad y de resultado,* Bosch Editor, Barcelona, 1993.

CALAZA LÓPEZ, Sonia «Ejecución no dineraria» en GIMENO SENDRA, Vicente, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel y CALAZA LÓPEZ, Sonia *Derecho Procesal Civil: parte especial,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 517-529.

CALVO SÁNCHEZ, Luis *Régimen Jurídico de los Colegios Profesionales*, Civitas, Madrid 1998.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio

– «Ámbito de aplicación» en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (director) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores,* Colex, Majadahonda (Madrid) 2011, pp. 97-102.

– «Concepto de empresario» en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (director) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores,* Colex, Majadahonda (Madrid) 2011, pp. 157-167.

– «Contratos con los consumidores y usuarios» en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores,* Colex, Majadahonda (Madrid), 2011, pp. 475-614.

CANO MATA, Antonio *Comentarios a la Ley 62/1979, de 26 de diciembre, sobre protección de los derechos fundamentales de la persona (Doctrina del Tribunal Constitucional),* Edersa, Madrid, 1985.

CARRASCO PERERA, Ángel

– «Restitución de provechos (II)» en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 1988, pp. 5-151.

– «Comentario al artículo 1101 del Código Civil» en ALBALADEJO, Manuel (director) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo XV, Vol. 1, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, pp. 374-444.

– «Comentario al artículo 1104 del Código Civil» en ALBALADEJO Manuel (director) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo XV, Vol. 1, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, pp. 585-630.

– «Comentario al artículo 1106 del Código Civil» en ALBALADEJO Manuel (director) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 666-709.

– «Comentario al artículo 1107 del Código Civil» en ALBALADEJO Manuel (coordinador) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 709-752.

– *Derecho de Contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

– «Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana» en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (director) *Derecho de Daños*, Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 91-164.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier «Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español» en HERRADOR GUARDIA,

Mariano José (coordinador) *Derecho de Daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 383-464.

CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago «El derecho del abogado a poder renunciar a su cliente como garantía de su libertad e independencia: (a propósito del caso Diana Quer)» en *Diario La Ley*, nº 9145.

CASADEVALL MEDRANO, Josep *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

CASANOVA ASENCIO, Andrea Salud «El daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración» en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 53, 2016, pp. 50-121.

CASTÁN TOBEÑAS, José «Los derechos de la personalidad» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1952, pp. 5 y ss.

CASTILLA BAREA, Margarita «Comentario al artículo 1973 del Código Civil» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo (director) en *Comentarios al Código Civil,* Tomo IX, p.13360-13370.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen «La indemnización por daños y la problemática de su cuantificación (cuestiones escogidas)» en *Actualidad Civil*, nº 4, 2003, pp. 1091-1121.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago

– *La transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia,* Aranzadi, Elcano (Navarra), 1987.

– «Responsabilidad civil; relación de causalidad» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 17, 1988, pp. 379-388.

– «Responsabilidad civil; responsabilidad por hechos del dependiente» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 19, 1989, pp. 37-46.

– «Responsabilidad civil derivada de delito, responsabilidad subsidiaria del empleador en caso de extralimitación de funciones» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 23, 1990, pp. 761-772.

– «La motivación judicial de la indemnización por daño moral» en *Derecho privado y Constitución,* nº 20, 2006, pp. 153-172.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual: Tratamiento sustantivo y procesal*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1992.

CEREZO MIR, José *Teoría Jurídica del Delito*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1998.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores

– «Responsabilidad civil del Abogado por incumplimiento de la obligación de información. Comentario a la STS de 14 de mayo de 1999)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 5, 2000, pp. 281-286.

– «Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado» en *Actualidad Civil,* nº 4, 2003, pp. 1075-1090.

CHABAS, François «La perdita di "chance" nel diritto francese della responsabilità civile», en *Resp. Civ. Previd*, 1996, pp. 227-245.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro

– «La responsabilidad civil del Abogado por no interposición de la acción de retracto en plazo. Comentario a la STS núm. 373/2013, de 5 de junio (RJ 2013, 4971)» en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 18, 2014, pp. 442-453.

– «Responsabilidad civil del abogado por prescripción del plazo para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración» en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* nº 1, 2014, p. 154.

– «Nuevas perspectivas de la Responsabilidad Civil del Abogado» en *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho*, nº 174, 2015, pp. 5-56.

COBREROS MENDAZONA, Edorta «La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado» en *Revista Vasca de Administración Pública,* nº 96, 2013, pp. 73-110.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996.

CORDÓN MORENO, Faustino «El derecho a la tutela judicial efectiva» en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 213-244.

CRESPO MORA, María del Carmen:

– «El conocimiento del Derecho del abogado: alcance: Comentario a la STS de 8 abril de 2003 (RJ 2003, 2956)» en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 13, 2004, pp. 167-174.

– *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

– «La responsabilidad civil del Abogado en el Derecho español: perspectiva jurisprudencial» en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, nº 25, 2006, pp. 259-287.

– «Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en Derecho español» en *Revista chilena de derecho privado*, nº 12, 2009, pp. 101-134.

– «Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales» en GARCÍA PÉREZ, Rosa y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (directores) *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales: Régimen fiscal y corporativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 509-563.

– «Extensión del régimen de responsabilidad» en GARCÍA PÉREZ, Rosa y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (directores) *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales: Régimen fiscal y corporativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 823-855.

– «La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales» en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* nº 28, 2012, pp. 213-240.

– «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2013.

– «La modernización del contrato de servicios en el derecho español: estudio de la propuesta de la Comisión General de Codificación» en ARIJA SOUTULLO, Carmen y SANTOS MORÓN, María José (coordinadoras) *Estudios jurídicos: Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 263-291.

– «Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor: Comentario a la STS de 24 de febrero del 2020 (RJ 2020, 486)» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2020, pp. 469-483.

– *La prestación de servicios jurídicos,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu «Comentario al artículo 153 del Código Penal» en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (directores) *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 358-366.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago «Comentario al artículo 11 del Código Penal» en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (directores) *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 53-55.

CORTES BECHIARELLI, Emilio «Deslealtad profesional» en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director) *Tratado de Derecho Penal español*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1083-1120.

CRISTOBAL MONTES, Ángel

– *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.

– «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares» en *Anuario de Derecho Civil*, nº1, 1989, pp. 5-17.

– «El enigmático artículo 1107 del Código Civil español» en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889–1989),* Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

– «El daño moral contractual» en *Revista de Derecho Privado*, nº 74, 1990, pp. 2-12.

CRUZ VILLALÓN, Pedro *Derechos fundamentales y Derecho privado,* Edersa, Madrid, 1988.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo

– *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

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

– «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)» en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 5, 1996, pp. 144-158.

– *La responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba,* Civitas, Madrid, 1999.

– «Responsabilidad por informar» en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio,* Dykinson, Madrid, 2000, pp. 171-206.

– «La responsabilidad civil del abogado» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* nº 1, 2008. El texto está disponible en el siguiente enlace: http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf [última consulta: septiembre de 2019].

DE CASTRO Y BRAVO, Federico *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.

DE COSSÍO, Alfonso «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español» en *Anuario de Derecho Civil,* nº 3, 1966, pp. 527-554.

DE CUPIS, Adriano *El daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil* (traducción de MARTÍNEZ, SARRIÓN, Ángel, de la obra: *Il Danno: Teoria generales della responsabilità civile*), Bosch, Barcelona, 1975.

DELGADO ALEMANY, Rafael «El deber de información del abogado como fuente generadora de Responsabilidad Civil» en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 70, 2019, pp. 27-44.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús «Incumplimiento de la obligación» en LACRUZ BERDEJO, José Luis *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Vol. I. Teoría General del Contrato, Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 169-216.

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

DE LA MAZA GAZMURI, Ignacio *Los límites del deber precontractual de información*, Thomson Reuter, Cizur Menor (Navarra), 2010.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés

– *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil,* Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

– «La perversión jurídica del amparo constitucional en España» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nº 124, 2009, pp. 355-387. Disponible en el enlace: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/view/4099/5285 [última consulta: enero del 2020].

DE LA VILLA DE LA SERNA, Luis Enrique «Ámbito de aplicación» en GARCÍA-PERRORE ESCARTÍN, Ignacio y ALZAGA RUIZ, Icíar (directores) *La relación laboral especial de los Abogados en Despachos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 41-65.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro «De incumplir la obligación a incumplir el contrato: el nuevo modelo del incumplimiento». El enlace está disponible: https://almacendederecho.org/de-incumplir-la-obligacion-a-incumplir-el-contrato-el-nuevo-modelo-del-incumplimiento [última consulta: agosto del 2020].

DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe,* Bosch, Barcelona, 1965.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual» en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (Coordinador) Derecho de obligaciones, Colex, Majadahonda (Madrid), pp. 183-228.

DEL ROSAL, Rafael *Normas deontológicas de la Abogacía Española: Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*, Thomson Civitas, Madrid, 2002.

DEMOGUE, René *Traité des obligations en général*, T. V., Paris, 1925.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto

– «22 de enero de 1996. Responsabilidad civil extracontractual. Muerte por accidente en explotación minera. Relación de causalidad» en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 41, 1996, pp. 715-730.

– «Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2004.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil» en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1998.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema y ARANA DE LA FUENTE, Isabel *El desbordamiento del derecho de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis

– «Comentario al artículo 1258 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (directores) *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993, pp. 436-438.

– «Comentario al artículo 1973 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (directores) *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2169-2173.

– Prólogo a la obra de CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 17-21.

– *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

– «¿Qué daño ha causado el Tribunal Constitucional?» *Derecho y Jueces*, nº 15, 2004.

– *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

– *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Teoría del contrato* Vol. I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

– *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones obligatorias* Vol. II, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

– *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: La responsabilidad civil extracontractual*, Vol. V, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel «La cuantificación de los daños morales causados por las Administraciones Públicas» en GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores) *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 519-555.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Vol. I, 2000.

DOMÍNGUEZ RUIZ, Lidia «Cláusulas abusivas y procedimiento para reclamar los honorarios de los abogados: ¿Es posible el control de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia?» en *Diario La Ley*, nº 8860, 2016.

EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles «La prestación de servicios del abogado: perspectiva jurisprudencia» en *Aranzadi Civil,* nº 1, 1996, pp. 185-208.

ELIZALDE IBARBIA, Francisco «Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2014.

ENJO MALLOU, Cruz «Comentario a la STS de 8 de junio de 2000» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 54, 2000, pp. 1307-1324.

ESCUDERO HOGAN, Dionisio «El encargo profesional, su formalización» en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo *Deontología y práctica de la Abogacía del siglo XXI,* Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 29-48.

ESTRADA ALONSO, Eduardo *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1989.

FARNÓS AMORÓS, Esther «Daño moral en las relaciones familiares» en GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores) *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 473-518.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier

– *El contrato de servicios médicos,* Madrid, Civitas, 1988.

– «Las sociedades de médicos» en MORENO QUESADA, Bernardo, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (editores) *El ejercicio en grupo de profesionales liberales*, Universidad de Granada, Granada, 1993, pp. 357-384.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Eugenia «La responsabilidad del prestador de servicios» en DE LEÓN ARCE, A. (dirección) y GARCÍA GARCÍA, L.M. (coordinador) *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios,* Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 2275-2313.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano «Imputabilidad y responsabilidad objetiva» en *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 1968, pp. 579-605.

FERNÁNDEZ NIETO, Livina Aurora «Subrogación y externalización de servicios en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo» en *Diario La Ley*, nº 9115, 2018.

FINEL, Louis «La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies foetales» en *Revue de Droit Sanitaire et Social*, nº 2, 1997, pp. 223-238.

FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación* (traducción española por ROCES, W.) Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

FOLGUERA CRESPO, José Ángel «De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas» en FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando y SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa

(directores) *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 668-695.

FUSTER-FABRA TORRELLAS, José María *Responsabilidad civil derivada de actos de terrorismo,* Atelier, Madrid, 2001.

GABRIELLI, Enrico «Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un´ipostasi guiurisprudenziale» en *Judicium: Il proceso civile in Italia e in Europa*, nº 2043, 2010.

GALÁN CORTÉS, Julián Cesar

– «La acción de wrongful birth en nuestra jurisprudencia» en *Revista Española de Medicina Legal*, nº 84-85, 1998, pp. 10-14.

– *Responsabilidad civil médica y consentimiento informado,* Civitas, Madrid, 2001.

– *La responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2005.

– «Consentimiento informado y nexo causal en la responsabilidad médica» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 716, 2006.

– «La responsabilidad civil médico-sanitaria» en SEIJAS QUINTANA, José Antonio (coordinador) *Responsabilidad Civil: Aspectos Fundamentales,* Sepin, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 276-306.

– «Consentimiento informado» en GASCÓN ABELLÁN, Marina, GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (coordinadoras) *Derecho sanitario y bioética*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 363-405.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria; la doctrina de la pérdida de oportunidad» *en Revista Aragonesa de Administración Pública,* nº 45-46, 2015, pp. 35-66.

GALLEGO SOLER, José Ignacio «Comentario al artículo 120 del Código Penal» en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (directores) *Comentarios al Código Penal,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, Vol. 1, pp. 284-288.

GÁLVEZ CRIADO, Antonio *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios: especial estudio del derecho de desistimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA DÍAZ, Margarita e HIDALGO RÚA, Gloria «Deber de secreto y pacto de no concurrencia en las relaciones laborales» en ROMEO CASABONA, Carlos María. *Responsabilidad penal y civil de los profesionales Liberale*s, Centro de Estudios Criminológicos, Santa Cruz de Tenerife, 1993, pp. 175-191.

GARCÍA GARCÍA, José Antonio «Amparo constitucional frente a resoluciones judiciales que incurren en "error patente" sobre los hechos enjuiciados» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional,* nº 11, 2001.

GARCÍA LÓPEZ, Rafael *Responsabilidad Civil por daño moral: Doctrina y Jurisprudencia,* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990.

GRACÍA MARTÍN, Luis *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal,* Vol. I, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985.

GARCÍA MANZANO, Pablo «Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados» en *Revista de Administración Pública*, nº 117, 1988, pp. 99-152.

GARCÍA RUBIO, María Paz «Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica» en LLAMAS POMBO, Eugenio (coordinador) *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* Volumen 1, La Ley, Madrid, 2006, pp. 801-827.

GARCÍA TESTAL, Elena «La cuestionada aceptación del ejercicio asalariado de profesiones liberales» en BLASCO PELLICER, Ángel *El trabajo profesional de los abogados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 13-40.

GIL ALBUQUERQUE, Román «Derechos y deberes derivados del contrato de trabajo: formación permanente, promoción profesional y económica, retribuciones y derechos colectivos» en GARCÍA-PERRORE ESCARTÍN, Ignacio y ALZAGA RUIZ, Icíar (directores) *La relación laboral especial de los Abogados en Despachos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 163-186.

GIL SALDAÑA, Marian y MARÍN GARCÍA, Ignacio «Comentario a la sentencia de 27 de mayo de 2009» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 83, 2010.

GOERLICH PESET, José María «La relación especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos: delimitación, fuentes reguladoras y contratación» en BLASCO PELLICER, Ángel (coordinador) *El trabajo profesional de los Abogados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 41-78.

GÓMEZ CALLE, Esther

– *Los deberes precontractuales de información,* La Ley, Las Rozas (Madrid), 1994.

– «Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil» en GUZMÁN MENDOZA, Carlos Enrique e INSIGNARES CERA, Silvana (editores) *Política y derecho: retos para el siglo XXI*, 2010, pp. 69-86.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos «Concepto de daño moral» en GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores) *El daño moral y su*

cuantificación, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 29-71.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor «Comentario al artículo 403 del Código penal» en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (directores) *Comentarios al Código Penal, Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2011, pp. 882-886.

GÓMEZ POMAR, Fernando «Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2003.

GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen

– «Responsabilidad sanitaria y daño moral» en GASCÓN ABELLÁN, Marina, GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (coordinadoras) *Derecho sanitario y bioética*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 553-584.

– «Daño desproporcionado: ¿presunción de culpa o facilidad probatoria? Una buena sentencia sobre responsabilidad médica. STS (Sala 1ª, Sección 1ª), núm. 240/2016, de 12 de abril (RJ 2016\1334)» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 17, 2016, pp. 264-269.

– «Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio 2017 (RJ 2017, 3959)» en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 107, 2018, pp. 9-20.

GONZÁLEZ CUETO, Tomás «La colegiación del Abogado es obligatoria» en *Diario La Ley*, nº 9079, 2017.

GONZÁLEZ FERRER, Juan José e YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier «La indefensión ocasionada por error del abogado» en *OTROSí, publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*. nº 37, 2002.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis *La intervención de Abogado y Procurador en el proceso civil,* Tecnos, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ PÉREZ, Juan *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas,* Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

GUERRERO ZAPLANA, José *El consentimiento informado: su valoración en la Jurisprudencia: Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

GUIMARÄES RIBEIRO, Darci *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del Derecho,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2004.

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino «El derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado» en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 277-318.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar «Responsabilidad médico-sanitaria por daños vinculados a la concepción, gestación y nacimiento de la persona» en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 26, 2018, pp. 18-57.

HOCQUET-BERG, Sophie «Caractère indemnitaire ou punitif des dommages-intérêtes» en DUBUISSON, Bernard y JOURDAIN, Patrice *Les dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle,* Bruylant, Paris, 2015, pp. 215-236.

IGLESIAS BAREZ, Mercedes *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

ILLÁN FERNÁNDEZ, José María *La ejecución forzosa de sentencias de hacer, no hacer y dar cosas determinadas,* Comares, Albote (Granada), 1999.

ILLESCAS RUS, Ángel Vicente «El daño moral estricto», *Cuadernos de derecho judicial*, nº 2, 1999, pp. 227-328.

INFANTE RUIZ, Francisco José *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y «causas hipotéticas»,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

IVARS RUIZ, Joaquín «Intervención preceptiva del Abogado» en BONET NAVARRO, José e IVARS RUIZ, Joaquín (coordinadores) *Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil: Doctrina y Jurisprudencia,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 115-129.

JACQUEMIN, Zoé *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais.* Tesis doctoral dirigida por FAUVARQUE-COSSON, Bénedicte y DANNEMANN, M. Gerhard, Université Panthéon-Assas, 2015.

JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ABORNOZ, Antonio «Comentarios al artículo 24 de la Constitución Española» en JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Gonzalo, MAYOR MENÉNDEZ, Pablo y OSORIO ITURMENDI, Lucas *Comentario a la Constitución: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 236-360.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier «El legislador de los derechos fundamentales» en GÓMEZ ÁLVAREZ, Ubaldo *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto,* Universidad de Oviedo, 1984, pp. 473-510.

JORDANO FRAGA, Francisco

– *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

– «Indemnización en caso de resolución por incumplimiento de contrato sinalagmático» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 15, 1987, pp. 5183-5208.

– *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento,* Civitas, Madrid, 1994.

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

KNETSCH, Jonás *La désintegration du préjudice moral*, Recueil Dalloz, nº 8, 2015, pp. 443-449.

KUBICA, María Lubomira *El riesgo y la responsabilidad objetiva*. Tesis doctoral dirigida por MARTIN CASALS, Miquel, Universitat de Girona, 2015. Texto disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/328430/tmlk1de1.pdf?sequence=5&isAllowed=y.

LACRUZ BERDEJO, José Luis

– *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Vol. I. Teoría General del Contrato,* Bosch Editor, Barcelona, 1994.

– *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones. Vol. II. Contratos y cuasicontratos,* Bosch Editor, Barcelona, 1995.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo *Las consecuencias jurídicas del delito* (edición revisada en colaboración con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores) Tecnos, 2005, Madrid.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión «Competencia estatutaria en la regulación de los despachos colectivos: el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía» en *Actualidad Civil*, nº 3, 2002, pp. 855-879.

LEON, Henri, MADEUZ, Jean y CHABAS, François *Obligations, théorie générale, Leçons de droit civil,* Montchrestien, Paris, 1998.

LE TOURNEAU, Philippe y CADIET, Loïc *Droit de la responsabilité* Dalloz, Paris, 1996.

LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción «Concepto y límites del daño moral: el retorno al pretium doloris» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 720, 2010, pp. 1559-1594.

LLAMAS POMBO, Eugenio

– *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la aestimatio rei y el id quod interest,* Edigrafos, Getafe (Madrid), 1999.

– «Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños» en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador) *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 443-479.

– *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

– «Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad» en *Práctica de Derecho de Daños,* nº 110-111, 2012.

– *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes «Faltas y sanciones de los abogados. Responsabilidad disciplinaria y procedimiento sancionador» en GARCÍA-PERRORE ESCARTÍN, Ignacio y ALZAGA RUIZ, Icíar (directores) *La relación laboral especial de los Abogados en Despachos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 207-244.

LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Alfonso *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne. Étude comparée,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2005.

LÓPEZ RICHART, Julián *El contrato a favor de tercero.* Tesis doctoral dirigida por MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio y CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, Universidad de Alicante, 2001.

LÓPEZ SIMÓ, Fernando *Recurso por infracción procesal y recurso de casación delimitación objetiva,* Dykinson, Madrid, 2004.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier «La relación de causalidad y la imputación objetiva» en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializado en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 61, 2017, pp. 5-8.

LOZANO GAGO, María de la Luz

– «La aplicabilidad de la legislación europea sobre protección de consumidores al contrato de arrendamiento de servicios con abogados» en *Actualidad Civil*, nº 2, 2018.

– «La responsabilidad civil del Abogado» en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 134, 2018.

LUNA YERGA, Álvaro

– «Parálisis cerebral de recién nacida como consecuencia de la duración excesiva del parto: Comentario a la STS, 1ª, 23.12.2002» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* nº 2, 2003.

– *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria: culpa y causalidad*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2004.

– «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2005.

LUNA YERGA, Álvaro; PIÑEIRO SALGUERO, José; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia; RUBÍ I PUIG, Antoni «Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* nº 2, 2002.

MACANÁS VICENTE, Gabriel «¿Existe un deber de colegiación para el ejercicio de la Abogacía?» en *Diario La Ley*, nº 9071, 2017.

MACÍA GÓMEZ, Ricardo «La dualidad del daño patrimonial y del daño moral» en *Revista de responsabilidad civil y seguro*, nº 36, 2010, pp. 21-32.

MACÍA MORILLO, Andrea

– *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

– «Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth: comentario a la STS (Sala 1ª), de 24 de octubre de 2008» en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 2018, 2008, pp. 189-210.

– «El daño derivado de la falta de información médica» en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (director) *Derecho de Daños*, Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 531-622.

MAGNUS «Nature and Purpose of Damages» en *Principles of European Tort Law: Text and Commentary,* SpringerWienNewYork, Austria, 2005, pp. 149-153.

MAKDISI, John «Proportional liability: a comprehensive rule to apportion tort damages based on probability» North Carolina Law Review, nº 67, 1989, pp. 1063-1101. Disponible en: https://pdfs.semanticscholar.org/9dfc/5f39ae055351a8803b0c9e282aebb735e091.pdf [última consulta: mayo del 2020].

MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent, STOFFEL-MUNCK, Philippe *Les obligations*, Defrénois, Paris, 2009.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis «El error judicial» en *Diario La Ley*, nº 7740, 2011.

MATE SATUÉ, Loreto Carmen

– «Nuevas obligaciones del Abogado respecto a la normativa de consumo» en *Revista standum est chartae*, nº 8, 2017, pp. 18-22.

– «La libertad de expresión del Abogado en defensa de los intereses encomendados» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* nº 2, 2017, pp. 322-355.

– «Inteligencia artificial, cláusulas abusivas y servicios jurídicos» en ALONSO PÉREZ, María Teresa y HERNÁNDEZ SAINZ, Esther (directoras) *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 53-85.

MAPELLI CAFFARENA, Borja *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

MARÍN GARCÍA, Ignacio y MILÀ RAFEL, Rosa «Daño moral contractual» en GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores) *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 201-254.

MARTÍ MARTÍ, Joaquím

– «La responsabilidad "objetiva" del abogado en el ejercicio de su profesión» en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2003, pp. 1710-1716.

– «La responsabilidad civil del abogado a resultas de la Ley de Sociedades Profesionales» en *Diario la Ley*, nº 6879, 2008.

– *La responsabilidad civil del Abogado y del Procurador*, Bosch, Barcelona, 2009.

MARTÍN CASALS, Miquel

– «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982» en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889–1989)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1238 y ss.

– «Una primera aproximación a los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2005.

MARTÍN CASALS, Miquel y SALVADOR CODERCH, Pablo «Derecho al honor. Quantum de la indemnización. Su no revisabilidad en casación» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 21, 1989, pp. 751-766.

MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep

– «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 60, 2002, pp. 1097-1122.

– «El daño moral» en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 857-882.

– «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth): comentario a la STS, de 18 de diciembre de 2003» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2004.

– «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el texto refundido LGDCU» en *Revista de Derecho Privado*, nº 5, 2008, pp. 79-111.

MARTÍN DEL PESO, Rafael «El daño moral: determinación y cuantía algunos aspectos de su problemática jurisprudencial» en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (coordinador), *Derecho de Daños*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, Cizur Menor (Navarra), pp. 297-344.

MARTÍNEZ ATIENZA, Gregorio *Constitución Española sistematizada*, Experiencia, Madrid, 2018.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis

– *La responsabilidad civil profesional: De los informáticos, Auditores de Cuentas, Periodistas, Arquitectos-Peritos, Médicos-Peritos y de los Peritos Judiciales en general,* Colex, Torrejón de Ardoz (Madrid), 1996.

– «Responsabilidad civil profesional del abogado» en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2000, pp. 335-376.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Margarita y PEDROSA PRECIADO, Laura *Manual práctico sobre la tasación de costas procesales,* Ediciones Experiencia, Barcelona, 2015.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria» en LLAMAS POMBO, Eugenio (director) *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar,* La Ley, Madrid, 2014, pp. 207-249.

MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1988.

MATE SATUÉ, L.C. *La protección de los consumidores en los contratos de servicios jurídicos, Reus, Madrid, 2021.*

MIQUEL GONZÁLEZ, José María

– «Comentario al artículo 7.1 del Código Civil» en PAZ ARES, Cándido, DÍEZ PICAZO, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (directores) *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Vol. I, pp. 37-56.

– «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias» en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 61-78.

MIR PUIG, Santiago *Derecho penal: parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María «Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)» en CASARES MARCOS, Ana Belén y QUINTANA LÓPEZ, Tomás (coordinadores) en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: Estudio general y ámbitos sectoriales,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 37-90.

MEDINA ALCOZ, Luis

– *La teoría de la pérdida de oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

– «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria» en GASCÓN ABELLÁN, Marina; GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (coordinadoras) *Derecho sanitario y bioética*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 524-552.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal *Análisis de la nueva ley de la jurisdicción social: nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A. «Relación de causalidad» en *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación,* nº 2, 2019, pp. 15-45.

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico «La doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria: un problema de quantum indemnizatorio o de nexo causal» en ADROHER BIOSCA, Salomé MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (directores) *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 365-393.

MONTERROSO CASADO, Esther

– *Responsabilidad Civil por Accidentes de Circulación: La concurrencia de causas,* Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

– «La responsabilidad civil del Abogado: criterios, supuestos y efectos» en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, v. 3, 2005.

– «La responsabilidad civil sanitaria» en MONTERROSO CASADO, Esther; SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés y PAREDES SERRANO, Cristina Inmaculada *La responsabilidad civil profesional*, CEF, Madrid, 2016, pp. 33-49.

– «La responsabilidad civil del Abogado» en MONTERROSO CASADO, Esther; SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés y PAREDES SERRANO,

Cristina Inmaculada *La responsabilidad civil profesional*, CEF, Madrid, 2016, pp. 57-84.

– «Responsabilidad civil del Abogado» en VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA, Paloma y MONTERROSO CASADO, Esther *Deontología y normativa profesional. Régimen jurídico del Abogado,* Ediciones CEF, Madrid, 2019, pp. 273-317.

– «El deber de diligencia exigible en la responsabilidad civil del abogado: la ausencia de ejercicio de la acción en el plazo legal» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* nº 777, 2020, pp. 576-588.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L. «Causalidad, imputación objetiva y culpa en la "concurrencia de culpas» en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picazo,* Thomson Civitas, 2003, pp. 2591-2627.

MORALES MORENO, Antonio Manuel

– «Comentario al artículo 1265 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (directores) *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, Tomo II, 1993, pp. 458 y 459.

– *Incumplimiento del contrato y lucro cesante,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

MORENO TRAPIELLA, Prudencio «El Letrado de la Administración de Justicia no es un órgano jurisdiccional para el Derecho comunitario: Comentario STJUE de 16 de febrero de 2017», en *Diario La Ley*, nº 9037, 2017.

MOREO ARIZA, Javier «La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del Abogado» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2007.

MOSTERÍN, Jesús *Racionalidad y acción humana*, Alianza Universidad, Madrid.

MÜLLER, Christoph *La perte d´une chance*, Stämpli Verlag, Bern, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco *Teoría General del Delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

MUSOLINO, Guiuseppe «Responsabilità dell´avvocato per perdita della chance di appellare la sentenza sfavorevole» en *Responsabilita' Civile e Previdenza,* nº 4, 2010, pp. 819-839.

NADAL GÓMEZ, Irene *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

NAVARRO FRÍAS, Ignacio «Delitos de falsedades» en ROMEO CASABONA, Carlos María, SOLARECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel

Ángel (coordinadores), *Derecho Penal parte especial*, Comares, Albolote (Granada), 2016, pp. 649-676.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo «Responsabilidad de Abogados y Procuradores» en *Practicum Daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 529-542.

NAVEIRA ZARRA, Maita María *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual,* Editoriales de Derecho Reunidas, Fuenlabrada (Madrid), 2006.

NIEVA FENOLL, Jordi *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006.

NOGUEIRA FERREIRO, Lara «Valoraciones judiciales en torno a la prueba del daño moral por vulneración de derechos fundamentales» en CABEZA PEREIRO, Jaime y MARTÍNEZ YÁNEZ, Nora María *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Bomarzo, Madrid, 2014, pp. 297-309.

OBELLIANE, Stéphane *Les sources des obligations*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2009.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco

– «Responsabilidad Civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2010. Texto disponible en el siguiente enlace: http://www.indret.com/pdf/763_es.pdf [última consulta: enero 2020].

– Prólogo a la obra de PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 19-24.

ORTEGA REINOSO, Gloria

– «El nuevo procedimiento disciplinario de los abogados» en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, nº 57, 2005, pp. 291-325.

– *Ejercicio colectivo de la profesión de abogado,* Grupo Editorial Universitario, Granada, 2006.

– «Despachos de abogados, sociedades profesionales, socios, colaboradores, auxiliares, sustitutos… ¿quién responde?» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, 2013, pp. 3153-3192.

– «La prosperabilidad de la acción frustrada, criterio delimitador del daño y de su cuantificación en la responsabilidad contractual del Abogado» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* nº 747, 2015, pp. 451-482.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel *Lecciones de Derecho de daños*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

OVEJERO PUENTE, Ana María

– *El derecho al juicio justo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

– «La aplicación de los principios y facultades inherentes al derecho al juicio justo en el proceso ante el TEDH», en ROMBOLI, Roberto y RUGGERI, Antonio (directores) *Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: comparación de modelos y experiencias*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 55-95.

PACCHIONI, Giovanni *Delitti e quasi delitti*, CEDAM, Padua, 1940.

PADILLA, Ricardo *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado,* Reus, Madrid, 2013.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando

– «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 2, 1983, pp. 405-418.

– «Resolución por incumplimiento e indemnización» en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 1989, pp. 1143-1168.

– «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación» en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989),* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561-1591.

– «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)» en *Anuario de Derecho Civil,* nº 3, 1991, pp. 1019-1092.

– «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual» en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 1993, pp. 1719-1746.

– «Daño (Derecho Civil)» en MONTOYA MOLGAR, Alfredo (coordinador) *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. 2, pp. 1896-1899.

– «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas) en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coordinador) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp.439-465.

PARDO GATO, José Ricardo

– *Colegios de abogados y sanciones disciplinarias, doctrina jurisprudencial,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2007.

– *La relación Abogado-Cliente: El contrato de servicios del Abogado,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

– *La singularidad de la Abogacía*, Difusión jurídica, Madrid, 2017.

PARRA LUCÁN, María Ángeles

– «Responsabilidad por hecho propio» en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (Coordinador) *Derecho de Obligaciones*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2008, pp. 883-929.

– «Comentario al artículo 147 del TRLGDCU» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1721-1738.

– *La protección del consumidor frente a los daños: responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011.

– «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos» en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel *Tratado de Responsabilidad Civil,* Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 57-178.

PARRA LUCÁN, María Ángeles y REGLERO CAMPOS, Luis Fernando «Responsabilidad civil de los profesionales del Derecho» en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 440-596.

PASQUAU LIAÑO, Miguel «El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios» en ORTI VALLEJO, Antonio (director) y GARCÍA GARNICA, Carmen (coordinadora) *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 59-102.

PAZ-ARES, Cándido «Comentario al artículo 1678 del Código Civil» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (directores) *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993, pp. 1393-1407.

PENNEAU, Jeanne *La responsabilité du médecin,* Dalloz, Paris, 1996.

PEÑA LÓPEZ, Fernando

– *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual,* Comares, Granada, 2002.

– «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, pp. 2178-2196.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, María del Carmen «Determinación y exclusividad del objeto social en las sociedades profesionales» en *Aranzadi civil*, nº 3, 2008, pp. 2809-2820.

PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto «La presentación de escritos vía LexNET ventajas y problemas que genera desde la perspectiva del Abogado» en *Práctica de Tribunales*, nº 131, 2018.

PINTOS AGER, Jesús «Causación de un daño y obtención de un beneficio: la STC, 2ª; de 5 de mayo y sus secuelas. En particular, la STS, 1ª, de 5 de noviembre de 2001» en SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ POMAR, Fernando *Libertad de expresión y conflicto institucional: cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 101-116.

PIÑAR MAÑAS, José Luis «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria» en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional), Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez,* Vol. 1, Civitas, Madrid, 1993, pp. 773-796.

PREVOT, Juan Manuel «El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil» en *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 15, 2010, pp. 143-178.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho de Tribunales,* Aranzadi, Pamplona, 1986.

PRIETO SANCHÍS, Luis «Derechos fundamentales» en LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J. y GARZÓN VALDÉS, Ernesto (coordinadores) *El derecho y la Justicia*, Vol. II, 1996, pp. 501-510.

PUIG PEÑA, Fernando *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV, Vol. II, Edersa, Madrid, 1951.

PUIG BRUTAU, José

– *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1956.

– *Fundamentos de Derecho Civil,* Tomo I, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1976.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares,* Civitas, Madrid, 1981.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2010.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia «Daño moral por falta de consentimiento informado» en GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores) *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona) 2017, pp. 389-420.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio «La pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio» en FARALDO CABANA, Patricia y PUENTE ABA, Luz María *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 115-129.

RAMS ALBESA, Joaquín. «La regulación contractual» en LACRUZ BERDEJO, José Luis *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Vol. I. Teoría General del Contrato, Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 521-542.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando

– «La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña,* nº 11, 2007, pp. 785-814.

– «Conceptos generales y elementos de delimitación» en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coordinadores) *Tratado de Responsabilidad Civil* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Vol. I, 2014, pp. 65-263.

– «Los sistemas de responsabilidad civil» en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coordinadores) *Tratado de Responsabilidad Civil* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Vol. I, 2014, pp. 265-315.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor» en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. I, 2014, pp. 767-970.

RIGO VALLBONA, José *El secreto profesional de abogados y procuradores en España,* Bosch, Barcelona, 1988.

ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica *Derecho de daños: textos y materiales,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María

– «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002» en *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 2003, pp. 829-848.

– «La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual» en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* nº 15, 2007, pp. 239-263.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis «Todo preso preventivo absuelto merece indemnización: La STC 8/2017, referente de una reinterpretación del artículo 294 LOPJ» en *Diario La Ley*, nº 8949, 2017.

ROGEL VIDE, Carlos *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas,* Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 1985.

ROJO AJURÍA, Luis «La tutela civil del Derecho a la intimidad» en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 1986, pp. 133-150.

ROMEO CASABONA, Carlos María «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales-Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas» en ROMEO CASABONA, Carlos María (editor) en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, Centro de Estudios Criminológicos, Santa Cruz de Tenerife, 1993, pp. 395-420.

ROMEO CASABONA, Carlos María, SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coordinadores), *Derecho Penal parte especial*, Comares, Albolote (Granada), 2016.

ROVIRA SUEIRO, María *La responsabilidad Civil derivada de los daños ocasionados por el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen*, Celes, Madrid, 1999.

RUBI PUIG, Antoni «Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial» en GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores) *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 587-633.

RUBIO TORRANO, Enrique «Responsabilidad Civil del Abogado» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* nº 13, 2005.

RUIZ ARNÁIZ, Guillermo «Responsabilidad del Estado Juez por error judicial» en *Diario La Ley*, nº 9313, 2018.

SABATINI, Francesco «La valutazione dei vantaggi di una diversa prestazione del profesionista: una nuova ipotesi di responsabilità dell´avvocato?» en *Giustizia Civile*, nº 9, 2008, pp. 2019-2031.

SALAS CARCELLER, Antonio

– «La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la Propiedad» en SEIJAS QUINTANA, José Antonio (coordinador) *Responsabilidad Civil: Aspectos Fundamentales,* Sepin, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 415-448.

– «Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil» en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro,* nº 48, 2013, pp. 9-16.

SALVADOR CODERCH, Pablo «Causalidad y responsabilidad» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2000.

SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa *Prevenir y castigar: Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños,* Marcial Pons, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael «De la naturaleza y efectos de las obligaciones» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, pp. 1302-1332.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando *Principios de Derecho Mercantil,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

SÁNCHEZ GARCÍA, Marta María «El daño desproporcionado» *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp. 240-258

SÁNCHEZ GÓMEZ, Adelaida *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios,* Tecnos, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica» en *Revista de Derecho Privado,* mes 4, 2006, pp. 27-54.

SÁNCHEZ PADRÓN, José Manuel «El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: evolución y perspectiva» en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 18, 2011, pp. 167-190.

SÁNCHEZ STEWART, Nielson «Los principios inspiradores de la Deontología: Las relaciones del abogado con su cliente» en *Diario La Ley*, nº 8824, 2016.

SANMARTIN ESCRICHE, Fernando y LACALLE SERER, Elena *Comentario a la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

SANTANA VEGA, Dulce «Comentario al artículo 465 del Código Penal» en BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (directores) *Comentarios al Código Penal, Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2011, pp. 1001-1002.

SANTOS BRIZ, Jaime

– «Tratamiento jurídico en general» en MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis *Derecho médico: Derecho médico general y especial,* Vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 45-185.

– *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal,* Montecorvo, Madrid, Tomo I, 1993.

SANTOS MORÓN, María José «La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC» en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 2017, pp. 119-164.

SARAZÁ JIMENA, Rafael *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis «La responsabilidad civil tras 130 años de vigencia del Código Civil» en *Diario La Ley,* nº 9537, 2019.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela

– «Responsabilidad civil del abogado: Comentario a la STS de 28 de enero de 1998» en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 1, 1998, pp. 301-308.

– *La relación de servicios del Abogado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

– *La Responsabilidad Civil del Abogado,* Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001.

– «La responsabilidad civil de abogados y procuradores» en BLASCO PELLICER, Ángel Antonio (coordinador) *El trabajo profesional de los abogados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 255-295.

SILVA MELERO, Valentín «En torno a las consecuencias civiles del delito» en *Revista de Derecho Privado*, nº 50, 1966-II, pp. 1065-1072.

SOLÉ FELIU, Josep

– «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* nº 1, 2009. El texto está disponible en el siguiente enlace: http://www.indret.com/pdf/607_es.pdf [última consulta: enero de 2020].

– *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, editorial Reus, Madrid, 2012.

– «Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria» en *Revista de Derecho Civil*, nº 2, 2018, pp. 55-97.

SOLER PRESAS, Ana *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1998.

SOLURI, Graziella «Il risarcimiento del danno da perdita di chance: Breve analisis di questa particolare técnica risarcitoria del danno applicabile alla responsabilità contrattuale ed aquiliana» en *Rivista di informazione guiuridica*, 2017.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José «El objeto en el recurso de amparo (1ª parte)», SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (coordinación) *Práctica de los Procesos Jurisdiccionales*, Civitas, Madrid, 2004.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel *La cosa juzgada (estudio de jurisprudencia civil),* Dykinson, Madrid, 2009.

TAPIA HERMIDA, Alberto J. «Seguro de Responsabilidad Civil y doctrina de "pérdida de oportunidad"» 2020, disponible en: http://ajtapia.com/2020/10/seguro-de-responsabilidad-civil-y-doctrina-de-perdida-de-oportunidad-conferencia-en-el-ii-congreso-internacional-de-derecho-de-seguros/ [última consulta: octubre del 2020].

TOLEDANO JIMÉNEZ, Miguel Ángel «La responsabilidad del abogado. Tipos» en *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho*, nº 189, 2016, pp. 39-56.

TORNOS MAS, Javier y SALAS HERNÁNDEZ, Joaquín «Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona» en *Revista de Administración Pública,* nº 93, 1980, pp. 29-66.

TRIGO GARCÍA, Belén «¿Regulación del ejercicio societario de la Abogacía mediante normas reglamentarias? El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española» en *Diario La Ley*, nº 5527, 2002.

TRIGO REPRESAS, Félix A.

– *Responsabilidad Civil del Abogado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

– *Reparación de daños por mala praxis médica,* Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

VAQUER ALOY, Antoni, «Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general», en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, ARROYO AMAYUELAS, Esther y CÁMARA LAPUENTE, Sergio (directores) Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 421-456.

VAQUERO PINTO, María José «Responsabilidad por servicios defectuosos» en SÁNCHEZ BARRIOS, María Isabel (directora) *Estudios sobre consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 585-615.

VÁZQUEZ ALBERT, Daniel «Sociedades profesionales: las polémicas sociedades de intermediación» en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 128, 2008, pp. 18-20.

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, SA, Bogotá, 2009.

VENEGAS GRAU, María *Derechos fundamentales y Derecho privado: Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes «Definición de las sociedades profesionales» en GARCÍA PÉREZ, Rosa y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (directores) *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales: Régimen fiscal y corporativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 33-67.

VICENTE DOMINGO, Elena «El daño» en FERNANDO REGLERO, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel, *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. 1, 2014, pp. 317-462.

VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, La Ley, Madrid, 2009.

VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA, Paloma «Derechos y deberes del abogado» en VILLAREAL SUÁREZ DE CEPEDA, Paloma y MONTERROSO CASADO, Esther *Deontología y normativa profesional. Régimen jurídico del abogado,* Ediciones CEF, Madrid, 2019, pp. 189-232.

VINEY Geneviève *Les obligations. La responsabilité: conditions*, LGDJ, Paris, 1982.

VINEY Geneviève y JOURDAIN, Patrice, *Traité de Droit Civil Les effets de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2002.

VINEY Geneviève, JOURDAIN, Patrice, CARVAL, Suzanne *Les conditions de la responsabilité* en GUESTIN, Jacques *Traite de droit civil*, LGDJ, Paris, 2006.

XÍOL RÍOS, José Antonio

– «El daño moral y la pérdida de oportunidad» *en Revista Jurídica de Catalunya,* nº 1, 2010, pp. 9-39.

– «La responsabilidad y el daño por prisión provisional cuando existe sentencia absolutoria» en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (director) *Derecho de Daños*, Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 517-530.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano

– *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.

– *Responsabilidad civil: contractual y extracontractual,* Reus, Vol. 1, Madrid, 1993.

– *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos),* Dykinson, Madrid, 1997.

– «28 de enero de 1998. Negligencia profesional del Abogado que deja prescribir la acción. Determinación del daño resarcible. Ámbito temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional para Abogados» en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 47, 1998, pp. 673-688.

– «Responsabilidad civil del abogado» en *La Universidad y las profesiones jurídicas (Deontología, función social y responsabilidad),* 1998, Madrid.

– *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual,* Dykinson, Madrid, 2001.

– «La responsabilidad civil en el proceso penal» en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel *Tratado de Responsabilidad Civil,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Vol. 1, 2014, pp. 1105-1236.

– «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)» en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1365-1498.

– *La responsabilidad civil del Abogado*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAS MÁIZ, Vicente «Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual» en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel *Tratado de Responsabilidad Civil,* Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1581-1697.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

ZURITA CARRIÓN, Javier «El secreto profesional: razón y límites» en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo y TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, Juan José (directores) en *Deontología y práctica de la Abogacía del siglo XXI,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 49-80.

Jurisprudencia

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Sentencia, de 22 de junio de 1972 (TEDH 1972, 2)
- Sentencia, de 13 de mayo de 1980 (TEDH 1980, 4)
- Sentencia de 8 de abril de 1984
- Sentencia de 19 de diciembre de 1985
- Sentencia (Gran Sala), de 29 de marzo de 2006 (JUR 2006, 114043)
- Sentencia (Sección 3.ª), de 13 de julio de 2010 (TEDH 2010, 84)
- Sentencia (Sección 2.ª), de 14 de diciembre de 2010 (JUR 2010, 403604)
- Sentencia (Gran Sala), de 14 de junio de 2011 (TEDH 2011, 54)
- Sentencia (Sección 3.ª), de 20 de diciembre de 2016 (TEDH 2016, 107)
- Sentencia (Sección 3.ª), de 10 de enero de 2017 (TEDH 2017, 1)
- Sentencia (Sección 2.ª), de 3 de diciembre de 2019 (TEDH 2019, 175)
- Sentencia (Sección 2.ª), de 7 de enero del 2020 (TEDH 2020, 1)

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia (Sala 9.ª), de 15 de enero de 2015 (TJCE 2015, 5)
- Sentencia (Sala 5.ª), de 17 de marzo de 2016 (TJCE 2016, 58)
- Sentencia (Sala 5.ª), de 16 de febrero de 2017 (JUR 2017, 49666)
- Sentencia (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017 (TJCE 2017, 217)
- Sentencia (Sala 4.ª), de 9 de julio del 2020 (JUR 2020, 207111)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia (Sala 2.ª), de 5 de mayo de 1982 (RTC 1982, 20)
- Sentencia (Pleno), de 11 de mayo de 1983 (RTC 1983, 3)

- Sentencia (Sala 1.ª), de 7 de febrero de 1984 (RTC 1984, 18)
- Sentencia (Pleno), de 11 de abril de 1985 (RTC 1985, 53)
- Sentencia (Pleno), de 18 de mayo de 1985 ()
- Sentencia (Sala 2.ª), de 19 de julio de 1985 (RTC 1985, 89)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 21 de julio de 1987 (RTC 1987, 132)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 12 de abril de 1988 (RTC 1988, 64)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 22 de febrero de 1989 (RTC 1989, 52)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 16 de marzo de 1989 (RTC 1989, 59)
- Sentencias (Pleno), de 11 de mayo de 1989 (RTC 1989, 89)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de junio de 1990 (RTC 1990, 117)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 10 de diciembre de 1991 (RTC 1991, 234)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 11 de julio de 1994 (RTC 1994, 205)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 17 de octubre de 1994 (RTC 1994, 274)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 10 de marzo de 1995 (RTC 1995, 59)
- Sentencia (Pleno), de 23 de noviembre de 1995 (RTC 1995, 174)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 27 de junio de 1996 (RTC 1996, 92)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 12 de abril de 1998 (RTC 1998, 64)
- Sentencia (Pleno), de 1 de octubre de 1998 (RTC 1998, 194)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 27 de septiembre de 1999 (RTC 1999, 167)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 8 de noviembre de 1999 (RTC 1999, 206)
- Sentencia (Pleno), de 30 de marzo del 2000 (RTC 2000, 91)
- Auto (Sala 2.ª), de 10 de abril del 2000 (RTC 2000, 101)
- Sentencia (Pleno), de 29 de junio de 2000 (RTC 2000, 181)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 30 de octubre del 2000 (RTC 2000, 258)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 18 de diciembre del 2000 (RTC 2000, 311)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 22 de abril del 2002 (RTC 2002, 91)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 6 de mayo del 2002 (RTC 2002, 109)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 27 de enero de 2003 (RTC 2003, 11)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 10 de noviembre de 2003 (RTC 2003, 198)

- Sentencia (Sala 2.ª), de 10 de noviembre de 2003 (RTC 2003, 356)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 1 de diciembre de 2003 (RTC 2003, 211)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 19 de abril del 2004 (RTC 2004, 63)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 19 de abril del 2004 (RTC 2004, 65)
- Auto (Sala 2.ª), de 9 de mayo del 2005 (RTC 2002, 91)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 12 de diciembre de 2005 (RTC 2005, 327)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 30 de enero de 2006 (RTC 2006, 18)
- Sentencia (Sala 1.ª), 19 de junio de 2006 (RTC 2006, 189)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 9 de octubre del 2006 (RTC 2006, 285)
- Sentencia (Pleno), de 14 de diciembre de 2006 (RTC 2006, 352)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 12 de marzo de 2007 (RTC 2007, 48)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 26 de mayo de 2008 (RTC 2008, 61)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 21 de septiembre de 2009 (RTC 2009, 189)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011, 37)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 19 de diciembre de 2012 (RTC 2012, 231)
- Sentencia (Pleno), de 17 de enero de 2019 (RTC 2019, 6)

AUDIENCIA NACIONAL

- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27 de octubre de 1999 (RJCA 1999, 3555)
- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 6 de junio de 2001 (RJCA 2001, 1280)
- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17 de marzo de 2005 (JUR 2005, 208553)
- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de febrero de 2006 (JUR 2006, 264945)
- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de febrero de 2006 (JUR 2006, 119520)
- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17 de octubre de 2006 (JUR 2006, 267696)
- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de abril del 2010 (JUR 2010, 132057)

- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de octubre de 2012 (JUR 2012, 346719)
- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de julio de 2013 (RJ 2013, 822)
- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de mayo de 2017 (JUR 2017, 150636)
- Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de enero del 2020 (RJCA 2020, 318)

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 6 de diciembre de 1912
- Sentencia de 26 de octubre de 1929
- Sentencia (Sala 1.ª), de 4 de febrero de 1950
- Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de marzo de 1950 (RJ 1950, 394)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de abril de 1955
- Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de enero de 1957
- Sentencia (Sala 1.ª), de 9 de febrero de 1962
- Sentencia de 26 de febrero de 1966
- Sentencia (Sala 1.ª), de 9 de noviembre de 1968
- Sentencia (Sala 1.ª), de 3 de marzo de 1978 (RJ 1978, 759)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de junio de 1978 (RJ 1978, 2239)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de enero de 1979 (RJ 1979, 18)
- Sentencia de 7 de diciembre de 1979
- Sentencia (Sala 1.ª), de 17 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1009)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1469)
- Sentencia (Sala de lo Criminal), de 5 de abril de 1983 (RJ 1983, 2242)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 23 de mayo de 1983 (RJ 1983, 3415)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 16 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6116)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de septiembre de 1983 (RJ 1983, 4688)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2405)

- Sentencia (Sala 1.ª), de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 9 de julio de 1984 (RJ 1984, 3802)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5688)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 19 de septiembre de 1985 (RJ 1985, 4279)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6015)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1426)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8706)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 11 de marzo de 1988 (ECLI: ES: TS: 1998: 16773)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 26 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6379)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 26 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1731)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 6 de julio de 1990 (RJ 1990, 5780)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 5 de febrero de 1991 (RJ 1991, 992)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 7 de junio de 1991 (RJ 1991, 4426)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de junio de 1991 (RJ 1991, 4434)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 5 de julio de 1991 (RJ 1991, 5568)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 16 julio 1991 (RJ 1991, 5393)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de abril de 1992 (RJ 1992, 4466)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8277)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 6 de junio de 1994 (RJ 1994, 4530)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 27 de julio de 1994 (RJ 1994, 6787)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5152)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 11 de julio de 1995 (RJ 1995, 5457)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7649)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1587)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2267)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7235)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de octubre de 1996 (RJ 1995, 7649)

- Sentencia (Sala 1.ª), de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 3835)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 2 de abril de 1997 (RJ 1997, 2727)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de julio de 1997 (RJ 1997, 5822)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8964)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9602)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 12 de enero de 1998(RJ 1998, 43)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1633)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 6 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1265)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2034)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934)
- Sentencia (Sala 1.ª), 22 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3991)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de junio de 1998 (RJ 1998, 5286)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 3 de julio de 1998 (RJ 1998, 5411)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 25 junio de 1998 (RJ 1998, 5013)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 323)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 11 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1996)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 13 de abril de 1999 (RJ 1999, 2583)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 26 de abril de 1999 (RJ 1999, 2696)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 4 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4910)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 13 de mayo de 1999 (RJ 1999, 6148)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 8 de febrero del 2000 (RJ 2000, 842)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 8 de febrero del 2000 (RJ 2000, 1235)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de febrero del 2000 (RJ 2000, 675)

– Sentencia (Sala 4.ª), de 28 de febrero del 2000 (RJ 2000, 2242)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 11 de marzo del 2000 (RJ 2000, 1520)
– Sentencia (Sala 3.ª), de 4 de abril del 2000 (RJ 2000, 3258)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 11 de abril del 2000 (RJ 2000, 2148)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 31 de mayo del 2000 (RJ 2000, 5089)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de junio del 2000 (RJ 2000, 5918)
– Sentencia (Sala 2.ª), de 14 de julio del 2000 (RJ 2000, 5539)
– Sentencia (Sala 3.ª), de 11 de octubre de 2000 (RJ 2000, 10004)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 7 de noviembre del 2000 (RJ 2000, 9911)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 12 de diciembre del 2000 (RJ 2000, 10434)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 19 de diciembre del 2000 (RJ 2000, 10127)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 11 de abril de 2002 (RJ 2002, 3382)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 7 de junio de 2002 (RJ 2002, 5216)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 2 de julio del 2002 (RJ 2002, 5514)
– Sentencia (Sala 2.ª), de 25 de noviembre del 2002 (RJ 2002, 10274)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 29 de noviembre del 2002 (RJ 2002, 10404)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10425)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 914)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 333)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de enero de 2003 (RJ 2003, 1361)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1361)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2093)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 20 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1174)
– Sentencia (Sala 3.ª), de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2643)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 7 de abril del 2003 (RJ 2003, 3003)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 8 de abril del 2003 (RJ 2003, 2956)
– Sentencia (Sala 1.ª), 14 de abril del 2003 (RJ 2003, 3017)

- Sentencia (Sala 1.ª), de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6065)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 2 de diciembre del 2003 (RJ 2003, 8471)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 1)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de enero del 2004 (RJ 2004, 50)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 18 de junio de 2004 (RJ 2004, 3629)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6864)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 4 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6717)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 18 de febrero del 2005 (RJ 2005, 1682)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 7 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2214)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 9 de marzo del 2005 (RJ 2005, 4306)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2806)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de abril del 2005 (RJ 2005, 3646)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9332)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 18 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6071)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 26 de mayo de 2005 (RJ 2006, 3171)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 29 de mayo de 2005 (RJ 2003, 3914)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 13 de junio de 2005 (RJ 2005, 5098)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 22 de junio del 2005 (RJ 2005, 5323)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6701)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6745)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8577)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 2 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7619)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 29 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 36)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7859)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1225)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2126)

– Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2129)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 3 de abril de 2006 (RJ 2006, 1916)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 4 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4059)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2399)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 11 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3950)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de mayo de 2006 (RJ 2006, 5827)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3171)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3320)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 7 de junio de 2006 (RJ 2006, 3724)
– Sentencia (Sala 2.ª), de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 6092)
– Sentencia (Sala 2.ª), de 24 de julio de 2006 (RJ 2007, 19)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8703)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 20 de octubre del 2006 (RJ 2006, 6638)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 383)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 8 de febrero de 2007 (RJ 2007, 945)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2115)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1766)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1628)
– Sentencia (Sala 3.ª), de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1750)
– Sentencia (Sala 3.ª), de 21 de marzo del 2007 (RJ 2007, 2644)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1542)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 17 de abril del 2007 (RJ 2007, 2322)
– Sentencia (Sala 1), de 27 de junio de 2007 (RJ 2007, 3783)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de julio de 2007 (RJ 2007, 3783)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de julio de 2007 (RJ 2007, 4962)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 18 de octubre de 2007 (RJ 2007, 862)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 30 octubre de 2007 (RJ 2007, 8264)

- Sentencia (Sala 1.ª), de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8515)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 17)
- Sentencia (Sala 1.ª), 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 251)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 342)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 15 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2670)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 28 febrero de 2008 (RJ 2008, 4035)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de mayo del 2008 (RJ 2008, 3072)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 18 de julio de 2008 (RJ 2008, 4720)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 7063)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 22 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5787)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5792)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5860)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5898)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 144)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 1442)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 1 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1111)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 527)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 466)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 5991)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 23 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1377)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 2 marzo de 2009 (RJ 2009, 3287)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 6 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2014)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 12 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2919)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 27 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3044)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 4 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7936)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1009)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de febrero de 2010 (RJ 2010, 4341)
- Sentencia (Sala 4.ª), de 9 de marzo del 2010 (RJ 2010, 4146)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2539)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4353)

– Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de abril de 2010 (RJ 2010, 3770)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3494)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 15 de junio de 2010 (RJ 2010, 5151)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 6045)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 15 de julio de 2010 (RJ 2010, 6049)
– Sentencia (Sala 3.ª), de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7211)
– Sentencia (Sala 3.ª), de 23 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8628)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 27 de diciembre de 2010 (RJ 2010, 5155)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2633)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011, 4250)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 16 de marzo de 2011 (RJ 2011, 4251)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 17 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2881)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 8 de abril de 2011 (RJ 2011, 3153)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4000)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 1 de junio de 2011 (RJ 2011, 4260)
– Sentencia (Sala 2.ª), de 6 de junio de 2011 (RJ 2011, 4542)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 17 de julio de 2011 (RJ 2011, 5612)
– Sentencia (Sala 3.ª), de 19 de julio de 2011 (RJ 2011, 6652)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 27 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7423)
– Sentencia (Sala 2.ª), de 8 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 284)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784)
– Sentencia (Sala 2.ª), de 17 de febrero de 2012 (RJ 2012, 9069)
– Sentencia (Sala 2.ª), de 6 de marzo de 2012 (RJ 2012, 3794)
– Sentencia (Sala 3.ª), de 20 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4676)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 9 de abril del 2012 (RJ 2012, 8986)
– Sentencia (Sala 1.ª), 13 de abril del 2012 (RJ 2012, 5902)
– Sentencia (Sala 2.ª), de 16 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6381)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 8601)
– Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de junio de 2012 (RJ 2012, 10403)

- Sentencia (Sala 1.ª), de 24 de julio de 2012 (RJ 2012, 8370)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de septiembre del 2012 (RJ 2012, 11046)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1537)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9725)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013, 5012)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 22 de abril del 2013 (RJ 2013, 3690)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4970)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 8 octubre de 2013 (RJ 2013, 6913)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 14 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7440)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 19 noviembre de 2013 (RJ 2013, 7448)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8483)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2502)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1129)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3761)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 6 de junio de 2014 (RJ 2014, 3395)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 13 de enero de 2015 (RJ 2012, 3518)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015, 762)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 4 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1095)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1325)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 31 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1000)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 3 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3792)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 15 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3720)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 28 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4368)
- Auto (Sala 1.ª), de 30 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4546)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 30 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4377)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 4183)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 3 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 4791)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016, 229)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 24 de febrero de 2016 (RJ 2016, 706)

- Sentencia (Sala 2.ª), de 13 de mayo de 2016 (RJ 2016, 6014)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 1 de julio de 2016 (RJ 2016, 2894)
- Sentencia (Sala 3.ª), 26 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4728)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 4 de octubre de 2016 (JUR 2016, 225294)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 5 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4755)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5242)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 21 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 5997)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 29 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2471)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 9 de enero de 2018 (RJ 2018, 1890)
- Sentencia (Sala 3.ª), de 17 julio de 2018 (RJ 2018, 3555)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 613)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 20 de febrero de 2019 (RJ 2019, 810)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 3 de abril del 2019 (RJ 2019, 1214)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 23 de abril de 2019 (RJ 2019, 1376)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 10 de junio de 2019 (RJ 2019, 2442)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 15 de julio de 2019 (RJ 2019, 3036)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3753)
- Sentencia (Sala 2.ª), de 5 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4468)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 7 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4458)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 22 de enero del 2020 (RJ 2020, 61)
- Sentencia (Sala 1.ª), de 24 de febrero del 2020 (RJ 2020, 486)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de noviembre de 2000 (RJCA 2001, 393)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de junio de 2001 (JUR 2001, 248446)

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 27 de diciembre de 2002 (AS 2003, 1570)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Contencioso-Administrativo), de 20 de julio del 2006 (RJCA 2007, 20)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1.ª), de 2 de septiembre de 2014 (AS 2014, 2788)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sección 1.ª), de 3 de septiembre de 2018 (ARP 2019, 977)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª), de 15 de septiembre de 1998 (AC 1998, 7198)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 11 de mayo de 1999 (AC 1999, 1298)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.ª), de 13 enero del 2000 (AC 2000, 154)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección única), de 26 de enero del 2000 (AC 2000, 96)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª), de 6 de abril del 2000 (AC 2000, 1412)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), de 24 de abril del 2000 (AC 2000, 1292)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), de 3 de mayo del 2000 (JUR 2000, 264076)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª), de 18 de mayo del 2000 (AC 2000, 3335)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1.ª), de 29 de noviembre del 2000 (JUR 2001, 53612)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª), de 5 de abril del 2001 (JUR 2001, 209546)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1.ª), de 12 de noviembre de 2001 (ARP 2001, 881)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 3.ª), de 22 de noviembre de 2001 (AC 2002, 830)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 6 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 275680)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 3.ª), de 17 de octubre del 2002 (JUR 2003, 80580)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª), de 22 de octubre del 2002 (JUR 2003, 126429)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003, 11917)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, (Sección 7.ª), de 4 de noviembre de 2002 (AC 2003, 113)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), de 12 de noviembre del 2002 (JUR 2003, 31059)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 5.ª), de 28 de abril del 2003 (AC 2003, 1779)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª), de 14 de julio de 2003 (JUR 2003, 213136)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19.ª), de 16 de octubre de 2003 (JUR 2004, 5745)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1.ª), de 17 de octubre de 2003 (JUR 2004, 87442)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 11 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 5828)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª), de 19 de enero de 2004 (AC 2004, 9)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), de 20 de febrero de 2004 (AC 2004, 749)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª), de 3 de marzo de 2004 (AC 2004, 1752)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1.ª), de 20 de abril del 2004 (JUR 2004, 214649)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), de 25 de mayo de 2004 (AC 2004, 1809)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3.ª), de 19 de noviembre de 2004 (AC 2005, 84)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, (Sección 4.ª), de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008, 175750)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 5.ª), de 9 de junio de 2008 (JUR 2008, 302426)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.ª), de 7 de julio de 2008 (JUR 2008, 337026)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 11 de noviembre de 2008 (AC 2009, 50)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.ª), de 6 de febrero de 2009 (AC 2009, 404)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª), de 2 de febrero de 2009 (JUR 2009, 209577)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1.ª), de 19 de mayo de 2009 (JUR 2009, 303055)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.ª), de 2 de junio de 2009 (JUR 2009, 377943)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1.ª), de 3 de junio de 2009 (JUR 2009, 311794)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3.ª), de 9 de octubre de 2009 (AC 2010, 806)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.ª), de 19 de enero de 2010 (JUR 2010, 127142)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª), de 11 de febrero de 2010 (JUR 2010, 223139)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), de 11 de marzo de 2010 (JUR 2010, 278060)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.ª), de 15 de marzo de 2010 (JUR 2010, 196250)
- Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 2.ª), de 23 de julio de 2010 (JUR 2010, 376668)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8.ª), de 7 de diciembre de 2010 (ARP 2011, 368)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), de 8 de marzo de 2011 (JUR 2011, 180420)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 24 de marzo de 2011 (JUR 2011, 342508)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª), de 29 de marzo de 2011 (JUR 2011, 270618)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2.ª), de 12 de abril del 2010 (JUR 2010, 204313)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3.ª), de 25 de mayo de 2010 (ARP 2010, 761)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª), de 3 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 54795)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1.ª), de 30 de diciembre de 2010 (AC 2010, 1717)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), de 18 de enero de 2011 (AC 2011, 1725)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), de 8 de marzo de 2011 (JUR 2011, 180420)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3.ª), de 13 de abril del 2011 (AC 2011, 1934)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.ª), de 19 mayo de 2011 (AC 2011, 1265)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), de 24 de junio de 2011 (JUR 2011, 287746)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29.ª), de 24 de noviembre de 2011 (ARP 2012, 147)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17.ª), de 2 de enero de 2012 (JUR 2012, 57533)
- Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.ª), de 1 de marzo de 2012 (JUR 2013, 21867)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012, 118067)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 1 de mayo de 2012 (JUR 2012, 330330)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.ª), de 7 de mayo de 2012 (JUR 2014, 11261)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.ª), de 5 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 353531)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª), de 25 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 371805)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª), de 22 de octubre de 2012 (AC 2013, 997)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1.ª), de 15 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 147812)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2.ª), de 20 de noviembre de 2012 (ARP 2012, 1330)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), de 17 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 33379)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1.ª), de 3 de enero de 2013 (JUR 2013, 55003)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª), de 28 de enero de 2013 (AC 2013, 893)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª), de 5 de febrero de 2013 (AC 2013, 680)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1.ª), de 7 de febrero de 2013 (JUR 2013, 105931)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª), de 11 de marzo de 2013 (JUR 2013, 136478)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29.ª), de 21 de marzo de 2013 (JUR 2013, 243622)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3.ª), de 7 de mayo 2013 (JUR 2014, 71077)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 17), de 3 de junio de 2013 (JUR 2013, 336841)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª), de 19 de junio de 2013 (ARP 2013, 1169)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5.ª), de 19 de julio de 2013 (ARP 2013, 1115)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), de 9 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 158362)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª), de 16 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 349964)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 17 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 341288)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.ª), de 8 de enero de 2014 (JUR 2014, 24855)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª), de 3 de febrero de 2014 (AC 2014, 516)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), de 18 de febrero de 2014 (JUR 2014, 81322)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8.ª), de 16 de marzo de 2014 (JUR 2014, 203955)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.ª), de 19 de marzo de 2014 (ARP 2014, 1038)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.ª), de 31 de marzo de 2014 (JUR 2015, 270441)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3.ª), de 28 de octubre de 2014 (JUR 2015, 54442)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), de 5 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 34493)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 4 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 18363)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), de 23 de diciembre de 2014 (AC 2014, 2358)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5.ª), de 30 de enero de 2015 (AC 2015, 802)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.ª), de 22 de abril del 2015 (ARP 2015, 378)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), de 5 de mayo de 2015 (JUR 2015, 151312)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1.ª), de 31 de julio de 2015 (JUR 2015, 274309)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5.ª), de 11 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 237338)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7.ª), de 22 de octubre de 2015 (JUR 2016, 210642)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), de 5 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 34493)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), de 9 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 113414)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1.ª), de 25 de enero de 2016 (JUR 2016, 77997)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), de 3 de febrero de 2016 (AC 2016, 581)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2.ª), de 2 de marzo de 2016 (JUR 2016, 122454)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), de 17 de mayo de 2016 (JUR 2016, 189752)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 7.ª), de 6 de junio de 2016 (JUR 2016, 198348)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 16 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 245800)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª), de 19 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 225950)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª), de 28 de noviembre de 2016 (JUR 2017, 29962)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.ª), de 13 de febrero de 2017 (JUR 2017, 45201)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), de 3 de marzo de 2017 (AC 2017, 692)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª), de 23 de marzo de 2017 (JUR 2017, 299002)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª), de 12 de abril de 2017 (AC 2017, 853)
- Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5.ª), de 28 de abril de 2017 (JUR 2017, 162297)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7.ª), de 9 de noviembre de 2017 (AC 2017, 1476)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª), de 3 de noviembre de 2017 (JUR 2018, 61037)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), de 3 de noviembre de 2017 (JUR 2018, 20845)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª), de 30 de enero de 2018 (AC 2018, 629)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª), de 28 de febrero de 2018 (JUR 2018, 88580)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6.ª), de 23 de marzo de 2018 (JUR 2018, 184443)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 6.ª), de 29 de marzo de 2018 (ARP 2018, 290)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2.ª), de 23 de abril de 2018 (AC 2018, 1384)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª), de 2 de mayo de 2018 (JUR 2018, 129228)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª), de 10 de mayo de 2018 (AC 2018, 1407)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), de 15 de mayo de 2018 (JUR 2018, 261494)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), de 18 de mayo de 2018 (JUR 2018, 261259)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª), de 27 de junio de 2018 (JUR 2018, 230183)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª), de 17 de octubre de 2018 (JUR 2019, 13474)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª), de 16 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 40186)
- Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 5.ª), de 21 de diciembre de 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 27 de diciembre de 2018 (AC 2018, 1878)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª), de 11 de marzo de 2019 (JUR 2019, 1065)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), de 22 de marzo de 2019 (JUR 2019, 1328)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019, 114672)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª), de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019, 191137)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019, 135487)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.ª), de 29 de marzo de 2019 (JUR 2019, 165315)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª), de 10 de abril de 2019 (JUR 2019, 151967)
- Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 4.ª), de 3 de mayo de 2019 (JUR 2019, 175286)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sala 1.ª), de 21 de mayo de 2019 (JUR 2019, 238209)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª), de 3 de junio de 2019 (ARP 2019, 1149)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª), de 28 de junio de 2019 (JUR 2019, 214398)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª), de 11 de julio de 2019 (JUR 2019, 246910)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2.ª), de 22 de octubre de 2019 (JUR 2019, 291626)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5.ª), de 31 de octubre de 2019 (JUR 2020, 41176)
- Sentencias de la Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.ª), de 18 de noviembre de 2019 (JUR 2019, 329556)

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Palma de Mallorca, de 10 mayo de 2012 (AC 2012, 466)
- Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 6 de Madrid, de 18 de marzo de 2016 (ARP 2016, 266)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Santa María La Real de Nívea, de 14 de mayo de 2019 (ECLI: ES: JPPI: 2019: 79)

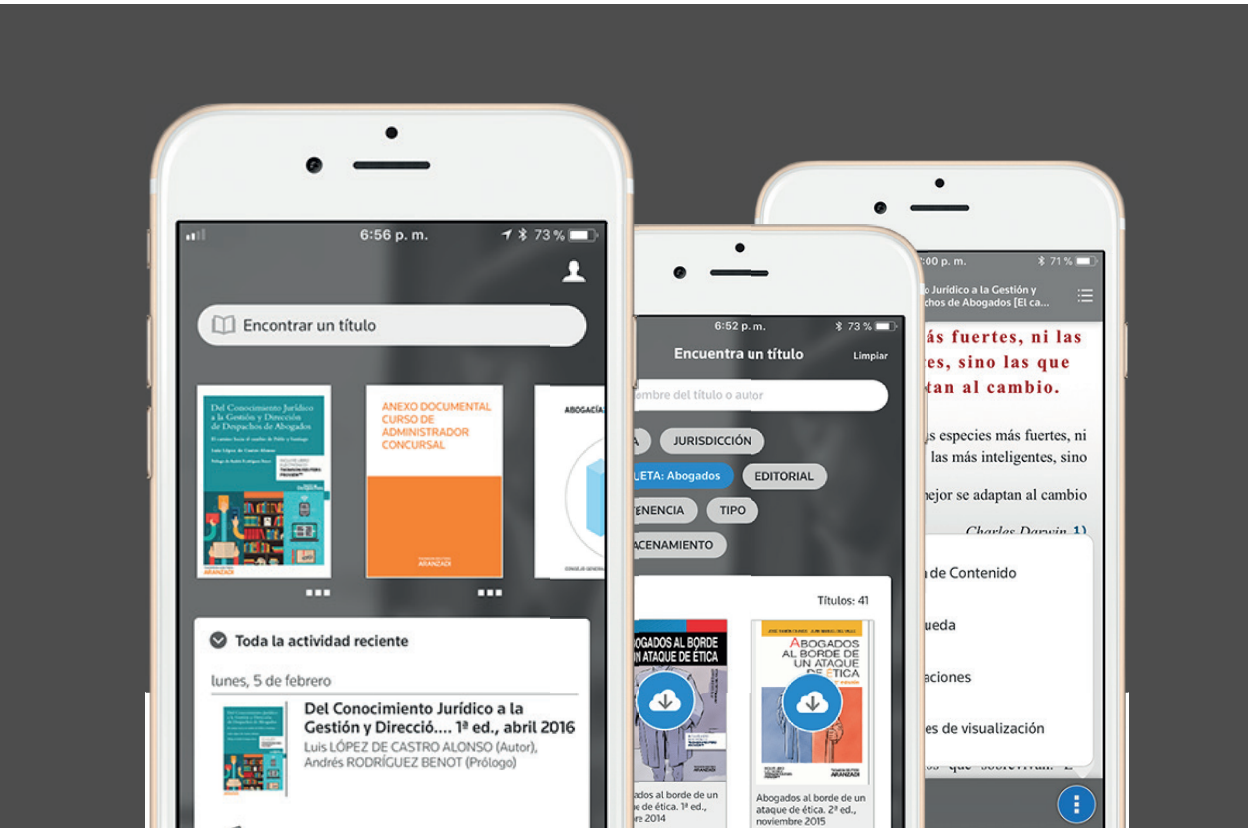
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 2 de junio de 1986 (RJ 1986, 3837)
- Resolución de 12 de junio de 2019 (BOE: 9 de julio de 2019)

Thomson Reuters Proview
Guía de uso

¡ENHORABUENA!

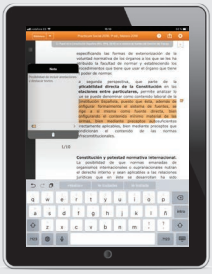
ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE**
LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.
APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.



ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET

THOMSON REUTERS®

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS
Haces anotaciones y escoges los colores para organizar tus notas y subrayados.

USA EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.

HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN
Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.

ORDENAR
Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), tipo (libros y revistas), editorial, jurisdicción o área del Derecho.

CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS
Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.

MARCADORES DE PÁGINA
Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.

BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA
Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.

IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN
Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad.

SUMARIO NAVEGABLE
Sumario con accesos directos al contenido.

THOMSON REUTERS®

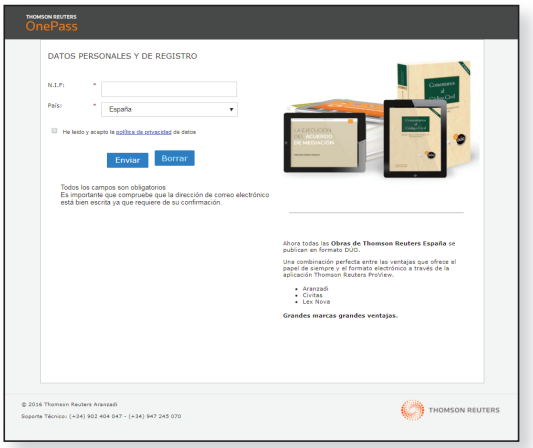
INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **"Proview – Confirmación de Acceso",** para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado/a cliente/a,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a **http://onepass.aranzadi.es**

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si te has registrado anteriormente en **"One Pass"** (**), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.



Si es la primera vez que te registras en **"One Pass"** (**), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **"Nombre de usuario"** y **"Contraseña"** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™:**

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **"ProView"** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **"ProView"** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a **www.proview.thomsonreuters.com**

Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección **www.thomsonreuters.es** y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso** a Soporte para no Suscriptores (compra de Publicaciones).

(*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(**) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

THOMSON REUTERS®