

Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso

Joaquim Martí Martí

Abogado. Profesor Colaborador Derecho Civil Universidad de Barcelona



El Tribunal Supremo imputa responsabilidad del Procurador y exonera al Abogado por los errores procesales en los que el trámite o escrito provienen de un acto formal de comparecencia o personación. Ello viene a cerrar el círculo de la distribución de responsabilidades en el proceso entre Abogado y Procurador.

I. INTRODUCCIÓN

Este es nuestro tercer artículo publicado en el *Diario LA LEY* con el coincidente interés de estudiar la *lex artis* en el ejercicio de la profesión de Abogado y de Procurador, y en éste podremos concluir que el Tribunal Supremo define ya con claridad meridiana quién es el responsable de un error en el proceso que cause pérdida de oportunidad para el cliente.



Abogado y Procurador asumen la defensa y la representación procesal del mismo cliente, entonces: ¿debe indagarse si el error proviene de una mala elección del medio de defensa o del medio de representación?, o lo que es lo mismo: ¿el Abogado debe responder por un error en la representación procesal del cliente?

La respuesta a estas preguntas nos contestará también a la pregunta de si está atribuida al Abogado una cuota de responsabilidad en el proceso distinta a la del Procurador.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO EN EL PROCESO

En el primero de nuestros artículos (1) nos preocupábamos por dar contorno a la finalidad del encargo profesional por parte de un cliente a un Abogado relativo a la interposición de demanda judicial y de la intervención en el proceso. Y ello con base en el estudio de la doctrina jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2003, donde define claramente la atribución de la función del Abogado como la propia de elección del mejor medio procesal en defensa de la situación de su cliente, sin que deba responder de la decisión final del órgano judicial si ésta no se ve condicionada por una mala elección del procedimiento por parte del Abogado.

Para el Alto Tribunal la obligación que asume el Abogado que se compromete a la defensa judicial de su cliente no es de resultados, sino de medios, por lo que sólo puede exigírsele (que no es poco) el patrón de comportamiento que en el ámbito de la Abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado exigibles para un correcto ejercicio de la misma. No se trata, pues, de que el Abogado haya de garantizar un resultado favorable a las pretensiones de la persona cuya defensa ha asumido, pero sí que la jurisprudencia le va a exigir que ponga a contribución todos los medios,

conocimientos, diligencia y prudencia que en condiciones normales permitirían obtenerlo.

Pero esta exigencia no se queda en un cuidado en no perjudicar el proceso y en que su conducta no sea la causante directa de un desastre procesal. Y ello es así por cuanto la jurisprudencia le exige al Abogado la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de los plazos y términos legales, y demás actuaciones que debería utilizar el Abogado para que, en principio, pueda vencer en el proceso.

El término que define, según la jurisprudencia del Alto Tribunal, la exigencia del comportamiento del Abogado en el proceso es el de *lex artis*. Es decir, debe utilizar la prueba circunstancial, el cauce legal, la argumentación fáctica y jurisprudencial, y todo ello dentro del plazo legal.

III. LA INTERVENCIÓN DEL PROCURADOR EN EL PROCESO

En nuestro segundo artículo (2) ya nos referíamos a que en el proceso no sólo interviene el Abogado: éste redacta la demanda, la fundamenta y elige la táctica procesal que va a utilizar y el Procurador la presenta y tramita.

Pero ¿sólo la presenta? ¿sólo se encarga de enlace entre el Juzgado y el despacho del Abogado? La respuesta de la jurisprudencia, con fundamento principal en la STS de 18 de febrero de 2005, que, a nuestro entender, viene a suponer para el estudio de la responsabilidad del Procurador lo que la de 8 de abril de 2003 supuso para el Abogado, es claramente negativa.

Utilizando un término coloquial que nos permitimos, la Sentencia del Alto Tribunal de 18 de febrero de 2005 «no tiene desperdicio» al borrar

de un plumazo el viejo calificativo que se le daba al Procurador. El Alto Tribunal proclama la máxima de «sería contrario tanto a la profesionalidad como a los requisitos 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».

El supuesto concreto se refiere a la responsabilidad civil del Abogado y Procurador porque pese a que conocían con certeza el inicio del plazo establecido judicialmente para que su cliente pagase la parte aplazada del precio, no se lo comunicaron a éste, de modo que transcurrido dicho plazo, prefijado en seis meses desde la sentencia de casación, sin efectuar el pago, se declaró resuelto el contrato con pérdida de las cantidades adelantadas.

No obstante, el Tribunal presta también especial atención a que el Procurador remitió carta al cliente, en la que le solicitaba el pago de sus honorarios causados en la primera instancia y en la apelación y le indicaba que tenía pendiente de liquidarle la provisión de fondos por importe de 50.000 pesetas, hecha para el recurso de casación, debido a que todavía no se habían cobrado las costas del contrario, y que una vez las obtuviere le devolvería dicha provisión; provisión que fue abonada por el cliente a la cuenta corriente del Procurador.

Entrando en detalle en el estudio de la sentencia, establece el Alto Tribunal que, según el art. 5.2.º Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881 (de aplicación a esa demanda), el Procurador quedaba obligado, una vez aceptado el poder, a transmitir al Abogado todas las instrucciones que se le remitieran, «haciendo cuanto conduzca a la defensa de su poderdante, bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario», así como, a falta de instrucciones del mandante o insuficiencia de las recibidas, a hacer «lo que requiera la naturaleza o índole del negocio»; y que según el

ordinal 4.º del mismo artículo venía asimismo obligado a tener al corriente del curso del negocio confiado no sólo al Letrado sino también al cliente, disposiciones ambas incorporadas a su vez a los aps. 3 y 5 del art. 14 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de 1982, vigente por entonces, cuyo art. 11 a su vez, al marcar las pautas a seguir por el Procurador en la defensa de los intereses de sus representados, señalaba, en primer lugar, la profesionalidad.

Es decir, la *lex artis* del Procurador se amplía a toda responsabilidad en la comunicación a su poderdante de las fases del Proceso y ello por cuanto, no olvidemos, el Procurador es, en la gran mayoría de los supuestos, el único que ostenta un apoderamiento notarial del cliente, con unas facultades expresamente detalladas en una escritura pública.

Basta con leer dicha sentencia para comprobar que al Procurador se le condena por haber omitido, a partir de serle notificada la sentencia de casación, cualquier actividad hacia su poderdante distinta de la carta reclamándole el pago de sus derechos; y más específicamente, por no haber interesado, ante su cliente y como mandatario del mismo, las instrucciones necesarias para alcanzar la satisfactoria conclusión del negocio encomendado «advirtiéndole de manera expresa el inicio del cómputo del tan repetido término fatal para consignar el precio aplazado de la compraventa y de la necesidad de hacer tal consignación para evitar la consecuencia que finalmente se produjo» (FJ 2.º), omisión constitutiva, a juicio del tribunal sentenciador, de un incumplimiento de las obligaciones de los Procuradores establecidas en el art. 14.3 de su Estatuto y en el art. 5.2.º LEC 1881.

En el supuesto enjuiciado, el Procurador argumentó en su defensa que había cumplido sus obligaciones de comunicación con el Abogado, y



que esa comunicación al Abogado constituye el «modo habitual en la práctica profesional»; y que en todo caso era el cliente quien tenía que pagar la parte aplazada del precio y que podía hacerlo extraprocesalmente. Comunicaciones con el Letrado que no fueron puestas en duda por el Alto Tribunal. Pero considera éste que fue el propio Procurador quien asumió la representación procesal del litigante y que debió avisar a su poderdante del plazo de seis meses desde la sentencia de casación para pagar el precio restante y evitar la resolución de la compraventa. De lo antedicho se desprende que el cumplimiento por el Procurador de sus obligaciones de comunicación al Abogado ajustándose al modo habitual no puede exonerarle de responsabilidad.

Como atribuciones y responsabilidades del Procurador para el Alto Tribunal, las que resultaban del art. 5.2 de la LEC 1881 en las que el Procurador quedaba obligado, una vez aceptado el poder, a transmitir al Abogado todas las instrucciones que se le remitieran, «haciendo cuanto conduzca a la defensa de su poderdante, bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario». Así como, a falta de instrucciones del mandante o insuficiencia de las recibidas, a hacer «lo que requiera la naturaleza o índole del negocio». Para el TS, según el ordinal 4.º del mismo artículo venía asimismo obligado a tener al corriente del curso del negocio confiado, no sólo al Letrado, sino también al cliente, disposiciones ambas incorporadas a su vez a los aps. 3 y 5 del art. 14 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales.

El actual art. 26 de la LEC 2000 transcribe en su párr. 2.2 la competencia del Procurador en elegir la mejor solución que requiera la naturaleza o índole del asunto, competencia que se traduce en responsabilidad.

El Tribunal Supremo no considera motivo de exoneración para el Procurador que éste

hubiera transmitido el requerimiento al Letrado. Al Procurador no le basta la comunicación diligente al Letrado sino que se le impone por la jurisprudencia el deber de comunicación al cliente cuando faltara la respuesta del Letrado o ésta no fuera suficiente.

Repitiendo el Alto Tribunal el lapidario: «Es más, en el caso concreto de los Procuradores sería contrario tanto a la profesionalidad que recalca el Estatuto de 1982, y sigue subrayando el de 2002, 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».

Para el Tribunal Supremo los deberes del Procurador no se limitan a transmitir al Abogado las resoluciones judiciales, esto es, las competencias del párr. 1.º del art. 26.2.º de la LEC 1/2000, sino que se extiende completamente sobre las del párr. 2.º y las del párr. 3.º: «tener al poderdante siempre al corriente del curso del asunto que se le hubiera confiado». Si bien el deber de pasar copias de todo lo actuado tan sólo se extiende al Abogado.

En consecuencia, si debe tener al corriente a su poderdante del estado del proceso deberá estar en contacto con éste y, según el Alto Tribunal, debe tener 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.

Las expresiones y conclusiones relativas a la competencia del Procurador son extraídas directamente de los Fundamentos de la Sentencia del Tribunal Supremo, que, a nuestro entender, pretende cambiar el *status quo* de la actual relación entre Abogado y Procurador.

Cabe recordar sobre este tema que en la actual audiencia previa del juicio ordinario el que



debe acudir con poderes para la transacción o el acuerdo con la parte contraria es el Procurador. Y son los Tribunales los que exigen al Procurador tal facultad en sus poderes notariales.

Ello vuelve a imponer al Procurador el análisis de la pretensión del cliente y de las posibilidades de prosperabilidad para así poder transaccionar en beneficio de su poderdante.

Para la valoración del daño causado por esas omisiones el TS acude al principio de reparación integral del daño, fijando la cuantía de la indemnización en la suma de la parte del precio que dejó de abonar para la compra de la vivienda actualizado a precios de mercado, que resulta un total en este caso de 183.906 euros. Cantidad a la que son condenados SOLIDARIAMENTE Abogado y Procurador.

IV. LA RESPONSABILIDAD SÓLO DEL PROCURADOR

A nuestro entender, el Tribunal Supremo completa la distribución de competencias y responsabilidades en el proceso en la Sentencia de 11 de mayo de 2006, que viene a afianzar la atribución de compromiso al Procurador en todos aquellos actos y actuaciones que son derivadas del impulso procesal y, por ende, propias de las funciones de Procurador.

Esta reciente Sentencia viene precedida por otras en las que se consideraba negligencia en la conducta del Procurador la no presentación de un escrito «formulario» (STS de 7 de abril de 2003).

En esta Sentencia de 7 de abril de 2003 (dictada un día antes de la de 8 de abril del 2003 a



la que nos referimos en el punto I) se imputaba por el reclamante al Abogado y Procurador negligencia en sus funciones por cuanto se emplazó al Procurador para su personación ante la Audiencia Provincial y no presentó escrito de personación, por lo que el recurso fue declarado desierto.

Pero para el TS conforme el art. 10, segundo párrafo, cuarta excepción, de la LEC 1881, no precisan dirección técnica ni, en consecuencia, firma del Abogado, los escritos de personación; por lo que el Abogado no tiene el deber profesional de hacer el escrito, ni dar instrucciones, ni ordenar que se presente. Todo ello hasta el punto de que no es minutable, y si el Letrado lo incluye en sus honorarios se declaran indebidos (lo que ocurre con cierta frecuencia). Es decir, es un escrito que debe hacer el Procurador (lo que hace normalmente y se conoce en el argot forense como un «escrito de cajón»).

De lo anterior se desprende que no hay incumplimiento de las obligaciones del Abogado, ni falta de celo o diligencia, ni defecto en la realización diligente de actividades, respecto a un escrito que no le corresponde hacer. Distinto sería el caso en que el escrito se incluye en la obligación de prestar el servicio (*ad exemplum*, el de interposición del recurso de casación), por lo cual deberá cumplir la obligación de hacerlo y el deber del máximo celo y diligencia, respondiendo cuando por dolo o negligencia dañe los intereses de su patrocinado (por ejemplo, si no se presenta en plazo).

En consecuencia, el TS estima el único de los motivos del recurso de casación, formulado por la Abogada; aceptando sus argumentaciones referidas a que ésta no incumplió sus deberes como sujeto obligado por el contrato de prestación de servicios.

Para el Alto Tribunal no hay incumplimiento de los deberes del Abogado, pues no se ha probado

que hiciera algo (elaborar un escrito de personación) que no entra en sus obligaciones.

Pues bien, ahora la STS de 11 de mayo de 2006 abunda en esta tesis y atribuye responsabilidad civil del Procurador, y no del Abogado, por falta de personación en el Recurso de Apelación, y –lo que es especial en este caso– a pesar de no tener el Procurador el encargo del Abogado de dicha personación.

Y ello por la consabida consideración de las obligaciones derivadas del mandato, que imponen al mandatario, bajo su responsabilidad, la función de actuar ante los tribunales en representación de su poderdante haciendo todo lo que a este convenga, según sus instrucciones (art. 1718 CC), en este caso bajo la dirección del Abogado.

El Procurador, en consecuencia, tal y como expresa la LEC 1881 y 2000, y sanciona asimismo el Estatuto de la Procuraduría (art. 14.2 del RD 2046/1982 vigente a la sazón, ahora RD 1281/2002), está obligado a no abandonar su representación en tanto no concurra alguna de las causas de extinción del mandato previstas en la Ley procesal y a hacer aquello que convenga a su cliente según la índole del asunto en el caso de que carezca de instrucciones claras.

Para el TS, en aplicación de estos principios, la omisión por parte del Procurador, cuando conlleva una interrupción o abandono del curso procesal o de algún trámite que causa perjuicios a su poderdante, integra un incumplimiento contractual, salvo en aquellos supuestos en los cuales actúa con instrucciones del cliente o de su Abogado o, incluso, cuando, no siendo las instrucciones claras y precisas, puede inferirse racionalmente de la conducta de aquéllos que una determinada actuación procesal no resulta necesaria o debe suspenderse.



En aquellos casos, pues, en los cuales no existan instrucciones por parte del Abogado, y no pueda inferirse de las circunstancias concurrentes la voluntad por parte de éste o de su cliente de abandonar el asunto, la instancia, o el trámite procesal de que se trate, el Procurador está obligado a proseguir en su representación instando lo pertinente para «seguir el juicio» en tanto no concurra una causa de extinción de su mandato.

Para el TS la obligación por parte del Procurador, que ejerce la representación de oficio, de personarse en la segunda instancia o de procurar lo necesario para que no se perjudique la acción una vez entablado el recurso de apelación, tiene carácter inequívoco y no puede entenderse que la ausencia de instrucciones precisas por parte de los Abogados origine incertidumbre alguna sobre la absoluta necesidad de mantener la apelación. Y ello por cuanto bajo el régimen de la LEC 1881 debía

entenderse ya que el abandono de la apelación por el defensor de oficio únicamente era posible mediante el seguimiento del trámite establecido para el reconocimiento del carácter insostenible de la pretensión, como expresa hoy con toda claridad el art. 7.2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG). LAJG que, por cierto, impone al representante procesal y al Abogado la obligación de continuar en sus funciones cuando la segunda instancia se ventila en la misma localidad en que discurrió la primera, como así acaece en el caso que estamos examinando (art. 7.2, en relación con el 7.3, LAJG).

No concurre, en consecuencia, en el caso enjuiciado situación de incertidumbre alguna acerca de la obligación por parte del Procurador de cumplir con el deber de personación que le impone la Ley. Particularmente tajante como consecuencia de la representación de oficio que



desempeñaba en virtud del ingenio establecido por el Estado para salvaguardar la tutela judicial de los ciudadanos carentes de medios económicos para litigar, en cumplimiento del mandato constitucional que así lo impone. En consecuencia, no cabe duda de que el deber de personación del Procurador no requería en este caso instrucción alguna por parte de los Abogados para su existencia y exigibilidad.

El TS incluso revoca la sentencia impugnada, que resolvía que los Abogados intervinientes debieron instruir al Procurador sobre la posibilidad y procedencia de solicitar un nuevo nombramiento de oficio para la segunda instancia ante el órgano *ad quem*, tal y como prevé el art. 844.I LEC 1881. En suma, la sentencia recurrida mantenía que cuando se incumpla el deber de personación a raíz del emplazamiento derivado del recurso de apelación interpuesto ejerciendo la representación conferida de oficio en favor de quien disfruta de la declaración de justicia gratuita, la responsabilidad no debe quedar limitada al causídico, sino que debe extenderse también al Letrado, en virtud del incumplimiento de dicho deber de instrucción y de vigilancia de la actividad del Procurador inherente a su función de dirección del asunto.

Esta conclusión, sin embargo, no es aceptada por el TS al tener declarado que el Abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Procuradores (también STS de 27 de febrero de 2006). Éstos deben tener conocimiento de cuáles son sus obligaciones y facultades y de cómo las particularidades de la representación de oficio les imponen especiales deberes de vigilancia para garantizar la continuidad de las acciones procesales cuando la posible sustitución de unos profesionales por otros, permitida por la Ley, puede redundar en perjuicio de quienes han obtenido la declaración de justicia gratuita.

En el caso aquí enjuiciado, la prevalente obligación del Procurador de conocer el deber de personación que le incumbía y el deber de diligencia que imponía la representación otorgada de oficio para evitar el perjuicio de la acción, comporta que la conducta por parte de los Abogados carezca de relevancia alguna desde el punto de vista del nacimiento de una responsabilidad contractual por los perjuicios producidos. Pues aunque se entendiese que una mayor vigilancia por su parte hubiera podido redundar en la evitación del resultado dañoso, el carácter predominante de la omisión del Procurador, por estar en relación con los deberes que directa y específicamente le incumben, conduce a una situación que puede entenderse como de ausencia de nexo de causalidad entre la conducta de las recurrentes y los perjuicios ocasionados por imposibilidad de llegar a una atribución o imputación objetiva a aquéllos de los perjuicios originados, o como de falta de los elementos de culpabilidad necesarios (dolo, negligencia o morosidad, en palabras del Código Civil) para la imputación de responsabilidad civil como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

El círculo de responsabilidades parece ciertamente cerrado.

V. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO POR ERROR DE FORMA

Las referidas Sentencias de 7 de abril de 2003 y 11 de mayo de 2006 cuantifican el daño por no personación (por error de forma en el proceso) en una cifra alzada y resultante de la aplicación del concepto de «daño moral» (5.000.000 ptas. en el primer caso y 1.000.000 ptas. en el segundo).

En el apartado III de este artículo hacíamos referencia a que en la STS de 18 de febrero de 2005 se condena solidariamente a Abogado y Procurador a la reparación íntegra del daño causado (183.906

euros) en aplicación de la doctrina del «daño material» como el concepto objeto de reparación.

Así pues, en los «errores de fondo», imputables principalmente al Abogado, el daño a indemnizar es, cada vez más, el daño efectivo, el daño material, la suma que el cliente dejó de percibir a consecuencia de la negligencia de los profesionales que le defienden y representan en el proceso.

Por fortuna, los errores en la personación, los que denominamos «de forma», son valorados en base a una cuantificación alzada, resultante de la necesidad resarcitoria del daño moral causado al cliente.

A nuestro entender, la pregunta de si el TS llegará a aplicar el «daño material» a la falta de personación del Procurador no puede ser contestada negativamente. Sólo evitaremos la respuesta positiva adoptando las medidas oportunas para evitar que se produzcan más casos de errores por falta de personación y de «escritos de cajón» a pesar de no tener instrucciones del Abogado o del cliente.

Y ello por cuanto la superación de esta tendencia jurisprudencial de aplicar el «daño moral» sólo puede originarse tras una repetición de supuestos con el mismo fallo por parte del Alto Tribunal. Reiteración que podemos atajar.

VI. CONCLUSIÓN

La tendencia a la responsabilidad objetiva y ante toda lesión patrimonial alegada es cada vez más acuciante. La protección al cliente es cada vez mayor. Tanto que se ha producido *de facto* una

conversión de la carga de la prueba. El cliente sólo debe probar el daño (la sentencia del proceso) para provocar que tengan que ser los Abogados y los Procuradores los que acrediten su cumplimiento diligente y/o que el cumplimiento negligente correspondió a la otra parte codemandada.

No olvidemos que en los asuntos que se han ventilado en los órganos judiciales contra Abogados y Procuradores, el contrario era el anterior cliente, por lo que no hemos de dejar de tener presente, en todo momento, la salvaguarda de nuestra posición ante la conducta que se ha de adoptar en la nueva fase procesal, y en las comunicaciones al cliente.

Ambos colectivos deben entender que la responsabilidad civil del proceso tenderá a ser objetiva, y la distribución de competencias y responsabilidades seguirá la misma evolución que ha tenido la responsabilidad por vicios constructivos, en los que, en la actualidad, la distribución de competencias entre Arquitecto y Aparejador es tan clara que ya no se permite la demanda solidaria.

El usuario del servicio contratado a un Abogado deberá tener la misma cobertura que la de cualquier usuario de otro servicio. En el arrendamiento de servicios de defensa y representación procesal intervienen dos profesionales, y como tal la jurisprudencia se encarga de dar contorno a cada responsabilidad ante el poderdante, para acabar abandonando la condena solidaria.

Y ello, por cuanto la responsabilidad siempre comporta definición de competencias, ya que cuando a uno le hacen responsable de una actuación es porque debe ser competente para evitarla.

(1) «La responsabilidad objetiva del Abogado en el ejercicio de su profesión», *Diario LA LEY*, núm. 5.846, 10 de septiembre de 2003.

(2) «La distribución de competencias y responsabilidades en el proceso entre Abogado y Procurador», *Diario LA LEY*, núm. 6.386, 26 de diciembre de 2005.