

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

La responsabilidad civil de los profesionales: abogados, asesoría jurídica del sindicato y periodistas. Una tímida visión comparada

Pepa BURRIEL RODRÍGUEZ DIOSDADO*

RESUMEN: La tesis de este artículo es si los abogados que trabajan de manera autónoma o a través de despachos profesionales en brindar asesoría jurídica a un sindicato y sus miembros y los periodistas que trabajan para un medio de comunicación que actúan de manera incorrecta en cuanto a la doctrina civilista de la responsabilidad, española y europea, tienen o no impunidad en el sistema de Derecho español. Desde el punto de vista del Derecho Civil Español, cuando exista un daño o perjuicio, se tendrá exigencia de responsabilidad, sea ésta del tipo que sea. Sin embargo, la doctrina judicial civilista utiliza conceptos laborales de manera que no siempre es clara, por lo que la consecuencia implica la falta o no de imputación y responsabilidad de la empresa como parte de esa responsabilidad civil.

Palabras clave: Responsabilidad civil, abogados, periodistas.

SUMARIO: 1. Introducción de la cuestión a debatir y sus principales consecuencias. 2. Referencia al estado de cuestión: primera aproximación legislativa y judicial a la responsabilidad. 2.1. Abogado. 2.2. Los abogados que prestan servicios en despacho de abogados, individuales o colectivos. 2.3. La Asesoría jurídica del Sindicato y sus miembros. 2.4. Los periodistas. 3. Configuración de la responsabilidad. Un paso más. 4. Conclusiones: valoraciones finales y propuestas *ad futurum*. 5. Bibliografía.

* Abogada y Profesora Lectora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, pepaburriel@ub.edu

1. Introducción de la cuestión a debatir y sus principales consecuencias

El punto de partida del presente texto es si la incorrecta actuación de determinados colectivos profesionales, en la mayoría de los casos trabajadores, tienen o no impunidad en nuestro sistema de Derecho. Nos referiremos a los abogados que trabajan de manera autónoma o en el seno de despachos profesionales de titularidad individual o colectiva, a la asesoría jurídica de un sindicato y sus miembros y a los periodistas que trabajan para un medio de comunicación, recurriendo a la doctrina civilista de la responsabilidad, española y europea, ante el vacío normativa de la legislación laboral española al respecto.

Aparentemente la respuesta es simple en nuestro sistema de Derecho español: siempre y cuando exista una relación directa de daño o perjuicio de un tercero con la actuación del sujeto de que se trate – imputable al mismo por el concepto amplio de culpa –, tendremos exigencia de responsabilidad, sea ésta del tipo que sea. Y esto basado en primer lugar en el Código Civil español, aunque también en nuestro Código penal en materia de delitos y faltas. Sin embargo, en ocasiones nos encontramos con supuestos en los cuales habiendo dos posibles responsables o co-responsables de un incumplimiento, se opta, ante todo para garantizar el resarcimiento del daño, por considerar como único responsable a aquel que pueda hacer frente económica y estructuralmente a la totalidad de la reparación, en aplicación del, a veces mal interpretado, concepto de la culpa in vigilando.

La responsabilidad que pretende examinarse en este escrito, esto es, la que corresponde por una mala praxis u omisión de actuaciones, es en ocasiones múltiple, es decir, existe más de un responsable, por lo que debería existir una corresponsabilidad y conllevar faltas equilibradas para cada una de las partes causantes del perjuicio; pero, por aplicación de principios de derecho procesal civil se considera la no existencia de una comunidad de riesgo procesal, cuestión del todo discutible.

Por otra parte, en ocasiones, la doctrina judicial civilista española utiliza conceptos laborales, no siempre de una manera clara, para determinar la responsabilidad de la empresa o institución en el marco de la cual se hayan desarrollado las actuaciones que dieron lugar al perjuicio del tercero. Consecuencia clara de ello será la falta o no de imputación y responsabilidad de la empresa como parte de esa culpa in obligando o in vigilando que le corresponde en último lugar.

Sin ánimo de exhaustividad, dada la intencionalidad de este trabajo, conviene no olvidar la evolución de los diversos conceptos de

responsabilidad en Europa, y más aun teniendo en cuenta el trabajo realizado por el *European Group on Tort of Law* (Grupo europeo de responsabilidad civil) y la publicación del Reglamento (CE) N. 864/2007 – conocido como Reglamento Roma II – relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que puede provocar un giro permanente en la configuración de nuestra responsabilidad. El Grupo Europeo de responsabilidad civil presentó en el año 2005 en Viena la versión oficial en inglés de sus *Principles of European Tort Law* (PETL) después de más de 10 años de trabajo. Aunque la versión final de los principios ha sido traducida a doce lenguas, entre ellas el castellano, en este texto sólo se citará textualmente la versión inglesa por tratarse de la oficial.

2. Referencia al estado de la cuestión: primera aproximación legislativa y judicial a la responsabilidad

2.1. Abogados

Como punto de partida para examinar cual es la responsabilidad del abogado por una mala o errónea actuación centrémonos en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. En el Título III, dedicado a los Derechos y Obligaciones del Abogado se contiene en el Capítulo I, el art. 30, que con carácter general expresa cuál es el deber fundamental del abogado, como partícipe, dice el Estatuto, de la función pública de la Administración de Justicia. El art. 30 reza así: “El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada”. Misión que el Código Deontológico de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea¹ reconoce como indispensable para el buen funcionamiento de toda sociedad humana.

Efectivamente el abogado ejerce una función pública de administración de justicia y, más aún, debe cooperar con ella defendiendo los intereses que le sean confiados, y es ahí donde puede surgir el problema de base, al no realizar una adecuada defensa de esos intereses, independientemente del motivo (abandono, dejación, desinterés, olvido, etc.). En este sentido, no perdamos de vista, el art. 48.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de

¹ Código Deontológico vigente desde el 28 de octubre de 1988 hasta la actualidad.

la Unión Europea² que recoge el derecho de todo acusado al respeto de sus derechos de defensa, derecho que quedaría vulnerado si, en su actuación, su abogado no respondiera a las obligaciones inherentes a tal representación legal. En un sentido similar, se expresa el Código Deontológico de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea antes enunciado, cuando afirma en su punto 2.7 que “dentro del respeto a las normas legales y deontológicas, el Abogado tiene la obligación de defender siempre lo mejor posible los intereses de su cliente, incluso frente a sus propios intereses, los de un compañero o los de la profesión en general”, completándose esta prescripción con lo establecido en el mismo Código en sus apartados 3.1.1 y 3.1.2 en los que se insiste que no el abogado no podrá actuar sin mandato previo de su cliente o de quién lo represente, y deberá hacerlo rápida, concienzuda y diligentemente.

Continuando con el Estatuto de la Abogacía Español, si atendemos al apartado 3 del art. 42, también relativo a las obligaciones del abogado pero en este caso para con las partes (su cliente), queda suficientemente explicitado que el cumplimiento de la obligación de identificación del abogado ante la persona a la cual asesore o defienda encuentra su fundamento último en la posibilidad de asumir cuantas responsabilidades civiles, penales y deontológicas pudieran corresponderle. No sólo por su propia actuación, sino también por la de las personas que colaboren con él, abogados o no, quienes actuarán bajo su responsabilidad³.

La responsabilidad del abogado no sólo deriva de la relación contractual que pudiera haberse establecido entre el tercero y él, sino que deriva de las propias características de la profesión, “el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada (por el tercero) con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional”, según el apartado primero del art. 42 del Estatuto General de la Abogacía Español. En el cumplimiento de estas obligaciones, su actividad debe ser realizada con la diligencia suficiente según el caso concreto, con cumplimiento de “las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto” (art. 42.2 Estatuto General de la Abogacía Español y art. 2.8 Código Deontológico de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea).

Mientras que el concepto de “celo” no goza sino de una amplia posibilidad de interpretación, la diligencia que debe prestar el abogado se

² Carta que fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

³ En el mismo sentido, se expresa el Código Deontológico de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea en su punto 3.1.2 cuando indica que el abogado asumirá personalmente la responsabilidad del trabajo que le ha sido encargado.

encuentra sujeta a mayor concreción, por la imposición de la técnica profesional y de las normas deontológicas y éticas que deberían regir la misma.

El art. 43 del mismo Estatuto General de la Abogacía Española es una amalgama de conceptos jurídicos indeterminados al expresar que, dentro de esas obligaciones del abogado, se encuentra la de tener un trato considerado y cortés con la parte contraria, absteniéndose u omitiendo cualquier actuación o acto que pudiera conllevar una lesión injusta para esa parte contraria.

¿Qué entendemos por “trato considerado y cortés”? ¿Qué entendemos por “lesión injusta”? ¿Dónde se encuentran las fronteras de estos conceptos? ¿Qué es la justicia o la injusticia entendida en estos términos? Dejémoslo ahí.

El Título VIII del Estatuto General de la Abogacía Española, regulador del régimen de responsabilidad de los colegiados contempla la posible responsabilidad penal, por delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión (art. 78.1) y la responsabilidad civil, con respecto a la cual el art. 78.2 expresa que: “los abogados en su ejercicio profesional, 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”.

Y, esto nos obliga, queramos o no a recurrir al Código civil, sin anestesia alguna.

Si bien es cierto que, dadas las características de la profesión no es conveniente hacer una lista cerrada de los deberes u obligaciones que incumben a dicho profesional del Derecho, sí podemos enunciar algunos de ellos:

- El deber de informar acerca de los “pros y los contras”, esto es, del riesgo legal existente.
- La conveniencia o no del acceso a un litigio, su coste y la gravedad de la situación.
- Las posibilidades de éxito o fracaso.
- La actuación conforme al encargo realizado, a las leyes procesales y sustantivas.

De tal manera, que si se separa de estos y otros deberes, su actuación debería entrañar una infracción vinculada a la responsabilidad de que se trate. Y ello, porque la obligación del abogado, tanto en la defensa judicial como extrajudicial de su cliente, es una obligación de medios, tal y como

ponía de manifiesto reiterada Doctrina del Tribunal Supremo⁴. Esta obligación de medios supone que debe desplegar sus actividades con la debida diligencia, de acuerdo con las normas técnicas y deontológicas de la profesión – *Lex artis* si prefieren –, sin que esto signifique que esté garantizando el éxito de la pretensión; cuestión, esta última relativa al éxito de la pretensión no del todo pacífica en nuestra jurisprudencia como veremos más adelante.

El régimen disciplinario contenido en los artículos 80 y siguientes del Estatuto General de la Abogacía Español si bien es más clarificador en cuanto al incumplimiento de las exigencias legales, no ofrece, a mi modo de ver, la respuesta perfecta a la cuestión principal examinada. Dentro de las infracciones – y sus correspondientes sanciones – que pudieran encajar en la mala o errónea actuación del abogado, causante de un perjuicio o un daño al cliente, se destacan por su importancia y relación con el tema analizado las siguientes:

1) Infracciones muy graves:

- La comisión de delitos dolosos como consecuencia del ejercicio de la profesión (art. 84.c);
- La embriaguez o consumo de drogas, cuando afecten gravemente al ejercicio de la profesión (art. 84.e);
- El deliberado y persistente incumplimiento de las normas deontológicas esenciales en el ejercicio de la abogacía (art. 84.k).

La sanción correspondiente a las dos primeras es la suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo superior a 3 meses, pero inferior a 2 años; y respecto a la tercera la única sanción contemplada es la expulsión del Colegio de Abogados y, por tanto, la imposibilidad de ejercer la Abogacía en nuestro país (art. 87.1).

2) Infracciones Graves:

- Reiterada formulación de minutas de honorarios que sean declarados excesivos o indebidos (art. 85.f);
- El ejercicio profesional en situación de embriaguez o bajo el influjo de drogas tóxicas (art. 85.h).

En ambos casos se impondría una sanción consistente en la suspensión del ejercicio de la Abogacía por un plazo no superior a 3 meses.

3) Infracciones Leves:

⁴ Destacable, Sentencia Tribunal Supremo (STS), 7 febrero de 2000, RJ 2000/283. En este mismo sentido, SSTs 8 de junio 2000 (RJ 2000/5098), 23 de mayo 2001 (RJ 2001/3372), Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 1157/2003 de 12 diciembre. RJ 2003\9285, Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª), Sentencia núm. 50/2007 de 16 febrero. AC 2007\949, Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª) Sentencia núm. 227/2011 de 13 abril. AC 2011\1934.

- El incumplimiento leve de los deberes que la profesión impone (art. 86.c).

Las sanciones en este supuesto alternarían entre la amonestación privada y el apercibimiento por escrito (art. 87.3).

Tras el examen del Estatuto General de la Abogacía Español, la primera y fundamental conclusión a la que creo llegar es que no son suficientes las obligaciones y las responsabilidades del mismo para establecer un marco legal adecuado que pueda, en caso de ser necesario, dar una respuesta adecuada al resarcimiento de un tercero por las actuaciones erróneas o la mala praxis del abogado o de las personas que con él colaboren.

2.2. Los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos

Hasta el momento nos hemos referido a los abogados, considerando que son ellos los que directamente, bajo la titularidad de su negocio, individual o colectivamente, ejercen la actividad profesional, sin dependencia alguna, sino al contrario pudiendo tener personal a su cargo. Pues bien, con respecto a los abogados que desempeñan sus servicios en despachos de abogados debemos añadir algunas cuestiones a cerca de su posible responsabilidad por una mala praxis, dada su especial consideración de asalariados.

Estamos ante una relación laboral especial regulada, entre otras normas, por el Real Decreto 1331/2006 de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos y, como tal relación laboral, se caracteriza por la nota de dependencia, esto es, por encontrarse el abogado dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física y jurídica (art. 1.1 ET), y adelantemos, será esta persona física o jurídica, a la que denominaremos empleador, la que cambiará nuestras variables. ¿Cuál será la responsabilidad del abogado dependiente por su propia actuación? Y, por tanto, ¿hasta dónde alcanzará la responsabilidad del o los titulares del despacho profesional?

Sin adentrarnos en exceso en algo que es objeto del apartado siguiente, destaquemos cómo se introducen algunas cuestiones significativas en orden a establecer los distintos roles de los sujetos implicados en la relación laboral, a saber:

- *El abogado contratado.*

Junto con los derechos y deberes generales que le corresponden como trabajador (arts. 4.1 y 4.2 ET), el Real Decreto 1331/2006 reitera que le

son aplicables en su ejercicio profesional los mismos principios, valores, obligaciones y responsabilidades, incluidas las éticas y deontológicas establecidas en el Estatuto General de la Abogacía Español (art. 5.2 Real Decreto 1331/2006), así como el cumplimiento de las obligaciones inherentes a los servicios profesionales contratados correspondientes a la profesión de abogado (art. 5.3 a) Real Decreto 1331/2006).

Hasta aquí nada nuevo, todo dentro de la normalidad, hasta que el apartado b) del art. 5.3 del Real Decreto citado señala que el abogado está sujeto al poder de dirección del titular del despacho, pero ojo con un claro *ius resistentiae*, respecto a las órdenes empresariales, esto es, si las órdenes o instrucciones contravienen los principios, valores u obligaciones – entendamos no sólo éticos o deontológicos, sino también legales –, del ejercicio de la profesión tendrá derecho, el abogado-trabajador a negarse a cumplirlas o realizarlas. El reconocimiento legal tan claro de un *ius resistentiae* está abriendo la puerta a la siguiente interpretación con respecto a las responsabilidades del abogado, contratado laboral, permítanme expresarlo de una manera coloquial: “si la orden o instrucción es del calibre reseñado y no hay oposición o resistencia a su cumplimiento, querido abogado, usted será igualmente responsable que el titular del despacho, en la medida que haya contribuido al daño o perjuicio y en caso de ser un ilícito penal, no se tendrá en cuenta la eximente del cumplimiento de un deber”.

En una línea similar, se establece en el art. 23 Real Decreto 1331/2006, al regular la extinción del contrato por voluntad del empleador, la obligación o deber que recae sobre el abogado de tras el preaviso de esa extinción, e independientemente de que se impugne o no, informar al titular del despacho de la marcha de los asuntos encomendados así como entregarle la documentación correspondiente.

- *Titular del despacho.*

El art. 6 del Real Decreto 1331/2006 regula el poder de dirección del titular, en su calidad de empleador, como mencionábamos con anterioridad, con la precisión de su obligación de “verificar el cumplimiento por parte de los abogados que trabajan en los despachos de las obligaciones laborales que hubieran asumido en el contrato, así como controlar la actividad profesional que desarrollen” (art. 6.1.c), con respeto, eso sí, a todas aquellas obligaciones, responsabilidades, valores y principios que se derivan del ejercicio de la profesión (art. 6.2).

Con una terminología diversa en algunos puntos al Estatuto de los Trabajadores español, el Real Decreto 1331/2006 está garantizando el hipotético y futuro uso de la culpa *in vigilando*, por todo aquello que pudo hacer y no hizo cuando le correspondía para evitar el daño. Quizá

por ello, se contempla, como causa de extinción del contrato por voluntad del titular del despacho, entre otras, la manifiesta y grave quiebra de confianza entre ambos, originada por la actuación profesional del abogado o por su relación con los clientes (art. 23 Real Decreto 1331/2006).

2.3. La Asesoría jurídica del Sindicato y sus miembros

Las reclamaciones contra los sindicatos y sus asesorías se centran en la existencia de perjuicios por la defectuosa gestión del encargo realizado por ellos, siendo en algunos casos por equívocos de sus órganos administrativos⁵, prescripción de los diversos plazos procesales y de la acción, tarea de los letrados o asesores jurídicos⁶ o incluso por inactividad total⁷ o parcial⁸.

⁵ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3ª, jurisdicción civil, número 814/2003 de 22 de octubre (JUR 2003/265809) el equívoco de uno de los trabajadores del sindicato (que no letrado o asesor jurídico) con respecto al número del juzgado de lo social donde se iba a celebrar el juicio de despido del actor determina la pérdida del pleito. Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), Sentencia núm. 334/2009 de 18 septiembre. AC 2009\2022, también sobre la responsabilidad de los sindicatos, aunque la actora hubiera dicho que no quería de momento hacer reclamación judicial, el trabajador que la atendió sabía o debía saber lo necesario sobre el instituto de la prescripción respecto de las reclamaciones laborales, dándose por tanto negligencia.

⁶ Con respecto a la prescripción de la acción para reclamar la diferencia entre lo percibido y lo debido de percibir por plus de desplazamiento y plus de comida se alza la interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, Sentencia número 202/2008, de 9 mayo (A/2008/1098). Prescripción también de reclamación indemnizatoria nos encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, jurisdicción civil, número 14/2000, de 13 de enero (AC/2000), y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, jurisdicción civil, número 334/2009 de 18 de septiembre (AC/2009/2022).

⁷ No actuación de los servicios jurídicos del sindicato nos encontramos en la Sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla, sección 2ª, jurisdicción civil, Sentencia número 347/2003, de 10 de junio (AC/2003/1697), donde pese a haberle entregado el demandante un poder al letrado de la asesoría, este considera que la visita fue exclusivamente para pedir información y no actuación judicial. Por su parte en la Sentencia de la Audiencia provincial de Girona, sección 1ª, jurisdicción civil, Sentencia número 334/2009 de 18 de septiembre (AC/2009/2022), aparte de remitir un escrito a la Comisión paritaria del Convenio colectivo de Trabajo que regula el sector al que pertenece la empresa de la demandada para que emitiera un dictamen sobre la aplicación del convenio y sobre las retribuciones de la actora, no consta ninguna otra actuación de ningún empleado del sindicato. En contra de estas sentencias AP Cantabria (Sección 2), sentencia núm. 558/2008, de 23 septiembre. UR 2009/94571, sobre responsabilidad de abogados y encargo profesional.

⁸ Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, jurisdicción civil, Sentencia de 27 de marzo

La función de asesoría jurídica del sindicato es una función institucional y social de los sindicatos, como ponen de manifiesto los tribunales civiles, como uno más de los servicios que el sindicato presta no sólo a sus afiliados sino a los trabajadores en general, para llevar a cabo tanto la gestión como el asesoramiento y tramitación de sus intereses laborales y jurídicos ante los organismos correspondientes⁹. Función que los sindicatos en general publicitan y asumen voluntariamente. Y es en esta asunción voluntaria donde radica el principio de responsabilidad contractual respecto al daño o perjuicio que se cause con dicha actividad.

En este sentido, con anterioridad señalábamos que el abogado tenía una responsabilidad de medios para con su cliente, lo que implica que igualmente la asesoría jurídica del sindicato en el momento en que acepta el encargo para tramitar y asesorar el derecho de los trabajadores, afiliados o no¹⁰, asume un deber de ejecución óptima, a la que alude la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998 (RJ 1998/357) que es inherente a ese deber previo de medios¹¹ o de normal diligencia o correcto funcionamiento por parte de los profesionales directos que se encargan de la realización, sean estos administrativos, técnicos, asesores, graduados sociales o letrados. Ello en función de las obligaciones propias que como empresario posee el sindicato, esto es, garantizar la actuación del personal¹² que actúa bajo su seno, con independencia de que tuviera

(AC/2000/1686). En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª), Sentencia núm. 347/2003 de 10 junio. AC 2003\1697, AP Almería (Sección 2), sentencia núm. 193/2003, de 11 julio. AC 2003\1378, sobre responsabilidad solidaria por actos de los dependientes.

⁹ En este sentido, por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, jurisdicción civil, número 114/2000, de 13 de enero (AC/2000), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008, de 9 de mayo de 2008; Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª), Sentencia núm. 56/2013 de 25 febrero. AC 2013\929. respecto al litisconsorcio pasivo necesario, véase Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 1376/2007 de 19 diciembre. RJ 2007\905.1

¹⁰ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, jurisdicción civil, número 114/2000, de 13 de enero (AC/2000), trata de un asunto que es llevado por el sindicato a un trabajador no afiliado a el mismo, considerando el Tribunal que debe existir una absoluta igualdad en términos de defensa independientemente de la afiliación del sujeto.

¹¹ En este sentido, las SSTS de 28 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9509), Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 589/2000 de 8 junio (RJ 2000\5098).

¹² En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª, jurisdicción civil, número 193/2003, de 11 de julio (AC/2003/1378), Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, jurisdicción civil, número 334/2009 (AC/2009/2022), Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, jurisdicción civil, número 347/2003, de 10 de junio (AC/2003/1697).

conocimiento previo de las actuaciones que causaron el daño. Es necesario destacar que el encargo se hace al sindicato y no al letrado o asesor concreto, demostrándose con ello que la persona que encarga deposita su confianza en el sindicato, independientemente del motivo por el que lo haga.

No debe sorprendernos el hecho que el sindicato pueda haber contratado una póliza de seguro de responsabilidad civil con una entidad privada, cuestión que se nos plantea en dos de las sentencias localizadas en relación con el tema analizado¹³. Las pólizas en cuestión son de responsabilidad civil que le pudiera ser exigida al asegurado como consecuencia del libre ejercicio de su actividad como despacho de abogados, esto es de los daños patrimoniales de sus clientes o de terceros de los que pueda resultar civilmente responsable por errores profesionales en los que se pueda incurrir en el ejercicio libre de la abogacía, de acuerdo con el Estatuto General de la Abogacía español que examinamos en el punto anterior y demás normas al respecto. Como es lógico en tales pólizas existirán altas y bajas en función de los abogados que en cada momento se encuentren prestando sus servicios en el seno del sindicato, lo que supone un indicio más de que la actuación del abogado o asesor jurídico se realiza dentro del ámbito de organización del sindicato, pese a que nos podamos encontrar ante un arrendamiento de servicios¹⁴; pero supone, además el conocimiento del sindicato de los riesgos que entraña el ejercicio de la actividad profesional y de su propia responsabilidad por una mala praxis.

De esta manera, los Tribunales civiles a través de los conceptos de mínima diligencia o negligencia de la actuación de personas incluidas dentro de su ámbito organizativo construyen la responsabilidad de la asesoría jurídica del sindicato, unas veces como responsabilidad contractual y otras como responsabilidad extracontractual, siempre, eso sí, con la utilización del concepto de culpa. El problema básico de estas construcciones radica, en mi opinión, en la mayoría de los casos la carga total de la responsabilidad se hace recaer sobre el sindicato y sólo en algunas ocasiones se aprecia una responsabilidad solidaria entre sindicato y el principal causante del daño, su empleado.

¹³ Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3ª, jurisdicción civil, número 814/2003, de 22 de octubre (JUR 2003/265809) y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008 de 9 de mayo.

¹⁴ No corresponde ahora ahondar en este punto, pero no es una novedad sospechar que el abogado o asesor que no esté contratado laboralmente por el sindicato y desarrolle sus funciones como si de un arrendamiento de servicios profesionales se tratase puede estar dentro de ese espacio, no tan pequeño de huida del Derecho del Trabajo.

2.4. Los periodistas

El 21 de noviembre de 1983 se aprobó el Nuevo Código Internacional de Ética Periodística, bajo los auspicios de la UNESCO. Este texto ha sufrido un largo *iterim* desde que las Naciones Unidas se ocupara por primera vez en 1948 en la *United Nations Conference on Freedom of Information*¹⁵. El texto resultante ha sido el intento más consistente de crear un código mundial de ética periodística; sin embargo, se trata de una mera declaración, no una recomendación ni una decisión en sentido estricto.

De los principios recogidos en el texto destacamos por su interés y conexión con el tema los siguientes:

- Adhesión del periodista a la realidad objetiva: La tarea primordial del periodista es la de servir al derecho a una información verídica y auténtica por la adhesión honesta a la realidad objetiva, situando conscientemente los hechos en su contexto adecuado, manifestando sus relaciones esenciales, sin que ello entrañe distorsiones, empleando toda la capacidad creativa del profesional, a fin de que el público reciba un material apropiado que le permita formarse una imagen precisa y coherente del mundo, donde el origen, naturaleza y esencia de los acontecimientos, procesos y situaciones sean comprendidos de la manera más objetiva posible.
- La responsabilidad social del periodista. En el periodismo, la información se comprende como un bien social, y no como un simple producto. Esto significa que el periodista comparte la responsabilidad de la información transmitida. El periodista es, por tanto, responsable no sólo frente a los que dominan los medios de comunicación, sino, en último análisis, frente al gran público, tomando en cuenta la diversidad de los intereses sociales.
- Respeto de la vida privada y de la dignidad del hombre. El respeto del derecho de las personas a la vida privada y a la dignidad humana, en conformidad con las disposiciones del derecho internacional y nacional

¹⁵ Durante este proceso de la UNESCO aparecieron dos interesantes informes: primero, el Informe Hutchins, *Una prensa libre y responsable*; segundo, el Informe McBride, de 1980. Entre los deberes de los periodistas hay, al menos, tres puntos, en los que coinciden los dos informes, a saber: 1) la responsabilidad social de los profesionales implica una serie de obligaciones hacia la opinión pública, es decir hay que diferenciar lo que es información de lo que es opinión y es ahí donde se instaura la responsabilidad social; 2) el periodismo ha de respetar las leyes para no vulnerar los derechos de los ciudadanos; 3) la necesidad del periodista de asumir la responsabilidad contractual con la empresa a la que pertenece.

que concierten a la protección de los derechos y a la reputación del otro, así como las leyes sobre la difamación la calumnia, la injuria y la insinuación maliciosa, hacen parte integrante de las normas profesionales del periodista.

Por otra parte, el Consejo de Europa, como institución europea a quién compete la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona, aprobó en 1993 el denominado Código Europeo de Deontología del Periodismo como marco de referencia de autocontrol ético del periodismo para toda la denominada Europa democrática¹⁶.

En los 38 artículos de este Código prevalece la idea de reforzar la responsabilidad que tienen los periodistas al ejercer su profesión, poniendo énfasis en la diferenciación entre noticias y opiniones para evitar confusiones en el público. Asimismo, se insiste en que las noticias deben estar regidas por los principios de veracidad e imparcialidad, diferenciándose de los rumores y opiniones, que deben hacerse desde planteamientos honestos y éticos, sin ocultar o negar la realidad de datos o hechos.

En otro orden de cosas, el Código del Consejo de Europa amplía la responsabilidad a tres sujetos: editores, propietarios y periodistas, por lo que la responsabilidad final es compartida entre ellos; por ello, no sólo hay que garantizar la libertad de los medios de comunicación, sino también salvaguardar la libertad en los medios de comunicación, evitando presiones internas.

A pesar de las importantes afirmaciones que se contienen en este documento en la práctica ha quedado reducido a simples declaraciones de principios de buena voluntad, entre otras cuestiones por no poseer mecanismos de autocontrol eficaces y no ser coercitivos¹⁷.

¹⁶ Resolución aprobada por unanimidad en Estrasburgo, 1 julio de 1993.

¹⁷ Pese a no tener el carácter de normas imperativas, creo de interés destacar dos Códigos deontológicos europeos, de Francia y Gran Bretaña por los términos agresivos en los que se expresan. En Francia, pese a que cada medio de comunicación acostumbra a tener su propio código deontológico es significativa la denominada Carta de Deberes profesionales de los Periodistas franceses fue firmada en julio de 1918, en París, donde se adjudica al periodista la total responsabilidad de sus escritos, incluso si estos son anónimos. La calumnia, las acusaciones sin pruebas o la alteración de documentos son contrarias a esta Carta, advirtiéndose la obligación de poner a disposición judicial si se observase un hecho de tal magnitud. Por su parte, la prensa británica está autorregulada a través de un Código ético que intenta equilibrar la obligación de proteger los derechos del individuo y el derecho del público a ser informado; La denominada Comisión de quejas de la Prensa se encarga de la supervisión de su cumplimiento y posee la facultad de imponer sanciones. En 1990, el consejo de la Prensa británico un organismo de afiliación voluntaria formuló un código de conducta profesional para informadores, donde el primero de sus 16 puntos afirma que los periodistas no deben publicar

El periodismo se ejerce dentro de unos medios de comunicación que tienen una estructura empresarial. Las relaciones entre periodistas y sus empresarios es uno de los problemas más interesantes y problemáticos que pueden encontrarse en torno a los derechos fundamentales de la persona.

Con respecto a este colectivo profesional, periodistas trabajadores en un medio de comunicación, impera el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 de la Constitución Española y art. 11 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea¹⁸), derecho que debe ser interpretado bajo los criterios gradualistas de la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual los derechos fundamentales no son absolutos, y tienen limitaciones, como pone de relieve el propio art. 20.4 CE, el principal de ellos el respeto a otros derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia¹⁹.

El contenido del derecho a la intimidad es de difícil determinación sustantiva, ya que su vinculación con la dignidad de la persona y la inviolabilidad de los derechos que le son propios le ha dado un carácter particularmente expansivo. Comprende aspectos de la vida personal y familiar, a la sexualidad, a la integridad física, y moral, la dignidad, a la libertad de conciencia, aspectos relativos a la imagen y a la corporeidad, etc.

El Tribunal Constitucional en una de sus Sentencias más recientes²⁰ ha expresado que el derecho a la propia imagen atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puedan tener difusión pública; y, por tanto, continua el Tribunal impide la obtención, reproducción o publicación de

deliberada o imprudentemente inexactitudes destinadas a engañar o crear falsas impresiones.

¹⁸ El art. 20.1 CE reza así: “*Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; c) A la libertad de cátedra; d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*”.

Por su parte, el art. 11 Carta de la UE con el título Libertad de expresión e información afirma que: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo*”.

¹⁹ Derechos que tienen también su reflejo en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea aunque de una manera más difusa, respeto a la vida privada (art. 7) y protección de datos de carácter personal (art. 8).

²⁰ STC, sala primera, núm. 23/2010, de 27 abril, RTC 2010/23.

la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, independientemente de la finalidad perseguida con ello.

Por otra parte, respecto a la libertad de expresión el intérprete de la Constitución asevera²¹ que debe realizarse un juicio sobre la relevancia pública del asunto – esto es, de la información que se expresa a través de un medio de comunicación – y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica o la opinión, especialmente si es o no titular de un cargo público, del contexto en el que se producen las manifestaciones y si contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre. Pero además el propio Tribunal Constitucional viene defendiendo que es preciso que la información que se publique o aparezca en un medio de comunicación sea veraz²². Este requisito de la veracidad no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información sino a que exista una labor previa de averiguación de los hechos sobre los que versa la información, y que esa labor de investigación se haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información.

Centrándonos en el derecho al honor, el derecho más frecuentemente lesionado por las actuaciones periodísticas, tiene protección propia, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, cuyo objeto específico es la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El art. 9.3 de esta Ley presupone la existencia de perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima, definida en el art. 7 de la misma Ley, lo que deja poco margen de actuación al periodista y al medio de comunicación al que pertenezca a la hora de librarse de la responsabilidad. Por ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que “el carácter molesto o hiriente de una información no constituye de suyo una ilegítima intromisión en el derecho al honor, siempre que lo divulgado no sean expresiones insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen el descrédito de la persona (...)”²³.

En este sentido también es importante señalar como el marco de una relación laboral supone un límite al ejercicio de estos derechos fundamentales, y la libertad de expresión no es una excepción. Con frecuencia la relación laboral, y en concreto el contrato de trabajo como

²¹ En este mismo caso, de 27 de abril de 2010 donde el TC determina que la publicación en una revista humorística de un fotomontaje de un cuerpo femenino semidesnudo con el rostro de un personaje famoso sólo tiene intención de realizar una burla sexista sin que se pueda apreciar interés público o finalidad legítima de crítica política o social que tenga por objeto la formación de una opinión pública libre.

²² STC, sala primera, 158/2003, de 15 de septiembre, RTC 2003/158.

²³ STC, sala primera, 50/2010, de 4 de octubre, RTC 2010/50.

tal se ha visto influido más que ningún otro contrato privado por los derechos fundamentales con mayor o menor intensidad. Y esto debido a que el contrato de trabajo genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona el ejercicio de tales derechos, pero como ha afirmado el Alto Tribunal en otras ocasiones el contrato de trabajo “no puede considerarse, por tanto, como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada”.

Tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional²⁴, de la existencia de una relación laboral surge un condicionamiento en el ejercicio de los derechos fundamentales, derivado del principio de buena fe que debe regir los comportamientos de las partes de la relación contractual, pero aclarando que esto no supone en ningún momento “la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (...), ya que los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución la acompañan en todas las facetas de la vida de relación y también en el seno de la relación laboral”.

Es precisamente la buena fe la que el empresario, titular del medio de comunicación, exige al periodista en la comunicaciones que éste emita para que no exista una confrontación directa con los derechos al honor, intimidad, etc. de las personas. Se exige una veracidad de la información periodística, entendida como la observancia de la diligencia constitucionalmente exigible en la comprobación de sus fuentes de información en atención a las circunstancias del hecho²⁵, lo que no significa una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información sino, no difundir ciertos rumores carentes de toda constatación, esto es, de las oportunas averiguaciones de un profesional diligente, independientemente de la obtención ilegítima de los datos²⁶. Así, por ejemplo, no se utiliza como canon para medir la veracidad la forma de narrar o enfocar la noticia, pese a que deba tenerse en cuenta junto con el

²⁴ SSTC, sala primera, 88/1985 (RTC 1985/88), 6/1995 (RTC 1995/6) y 106/1996 (RTC 1996/106).

²⁵ Entre otras, SSTC 158/2003, de 15 de septiembre, 76/2002 de 8 de abril, 52/2002 de 25 de febrero, 112/2000 de 5 de mayo, 21/2000 de 31 de enero, 138/1996 de 16 de septiembre, 219/1992, 3 de diciembre.

²⁶ La obtención ilegítima de la información que se emita será veraz pero eso no significa que el periodista no pueda incurrir en la responsabilidad que le corresponda. En este sentido, SSTC 158/2003, 15 de septiembre, 209/2001 de 22 de octubre.

fondo para determinar si existe o no lesión al derecho al honor, entre otros.

3. Configuración de la responsabilidad. Un paso más

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. Cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular – contrato, oferta unilateral, etcétera –, hablamos, entonces, de responsabilidad contractual (art. 1101 CC)²⁷. Cuando la norma jurídica violada es una ley – en sentido amplio –, hablamos de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC)²⁸, esto es la vulneración de un deber de conducta impuesto en interés de otro, que genera la obligación de reparar el daño producido.

Para que la responsabilidad contractual opere excluyendo a la extracontractual, no es suficiente que exista un contrato entre las partes, sino que el hecho dañoso se produzca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, ya que la negligencia que sobrepasa lo que constituye la realidad contractual desplegará sus efectos de manera independiente²⁹.

En este sentido, el Tribunal Supremo español, en Sentencia de 17 de febrero 1999, de casación para la unificación de doctrina (Recurso n. 2085) declaraba que “del principio general de nuestro ordenamiento jurídico, deducible, entre otros, de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, que obliga a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo, cabe afirmar que en el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, en principio, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales)”.

Los civilistas ponen de manifiesto un interesante problema que parece darse en las responsabilidades que se analizan en el presente escrito, la concurrencia o la yuxtaposición de ambos tipos de responsabilidades, problema definido por algunos autores como el momento en que un

²⁷ Artículo 1101 del Código Civil: “*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*”.

²⁸ Artículo 1902 del Código Civil: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

²⁹ Díez Picazo L. y Guillón, A., *Sistema de Derecho Civil*, España, Tecnos, V. II, 2001. p. 539.

hecho puede incluirse indistintamente en ambos tipos de responsabilidades³⁰. Se trata de un problema que no ha sido regulado por el ordenamiento, un conflicto interno de normas, en definitiva, pero que plantea que no exista una doctrina unánime al determinar la responsabilidad de algunos de los colectivos que examinamos.

Por lo que respecta a los despachos profesionales o a los servicios jurídicos del Sindicato son muchas las cuestiones que en torno a su responsabilidad se han desarrollado con el paso de los años en la doctrina de los tribunales construyendo una responsabilidad por culpa, del ente, despacho de abogados o sindicato. Concepto algo borroso el de la culpa, que es entendida fundamentalmente referida a la imprudencia o negligencia en el ámbito civil³¹ surgiendo las reglas de la sana crítica aplicada a las circunstancias de cada caso concreto como elemento preciso para apreciarla. Se incluye en esta culpa la que se deriva de los actos de otra persona por los que debemos responder, esto es, un padre es responsable de los daños y perjuicios que cause su hijo menor de edad, un empresario por los que causen sus empleados, etc.; esto es, se considera que esa falta de diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño causado por la persona de él dependiente le obliga a responder por el hecho ajeno, en virtud del art. 1903 CC³² por la existencia de culpa in

³⁰ Cavanillas Mugica, S. y Tapia Fernández, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal*, España, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, p. 6.

³¹ En materia de responsabilidad extracontractual, la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 1ª, de lo civil, de 17 de octubre de 2001, expresa que la ausencia de culpa se aprecia cuando no se omitió la diligencia exigible, en ninguno de los aspectos de la actividad desplegada. Por el contrario una Sentencia anterior del Tribunal Supremo, sala 1ª, de lo civil, 31 de diciembre de 1996, ampliaba el concepto de culpa para abarcar “*aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también conducta culpable a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria y socialmente reprobada*”.

³² Artículo 1903: “*La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

obligando o in vigilando de carácter objetivo y directo.

Los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (en adelante, PETL) han adoptado una noción objetiva de culpa, al igual que la establecida en nuestro Derecho interno. Parte esta noción de culpa de la conducta que debe ser observada por todos con independencia de sus capacidades, destrezas y habilidades personales, siendo la “conducta exigible” la de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias (art 4:102 (1) PETL). Sin embargo, este patrón puede lógicamente variar y adaptarse. Puesto que no es posible dar una definición de que debe entenderse por “conducta exigible” los principios europeos indican qué elementos son necesarios tener en cuenta para fijarlo atendiendo a las circunstancias, a saber:

En primer lugar, se refieren a la “naturaleza y valor del interés protegido de que se trate”, imponiendo una jerarquía de intereses, dado que cuanto mayor sea el valor del interés puesto en peligro, mayor debe ser el esfuerzo empleado para evitar el daño (art. 2:102 PETL³³).

En segundo lugar, “la peligrosidad de la actividad”, de tal manera que el actuante debe adaptar su diligencia a la naturaleza de la actividad que lleva a cabo, independientemente de que esa peligrosidad fuera conocida o no en el inicio de la actividad.

En tercer lugar, los principios se refieren a la “pericia exigible a la persona” que realiza la actividad o conducta, atendiendo al nivel de diligencia exigible. En este sentido, hay que tener en cuenta que el nivel de exigencia será distinto en función de las características de la persona y de sus conocimientos especializados o no.

En cuarto lugar, se menciona “la disponibilidad y coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos” que obliga a la aplicación de los principios de buena fe y proporcionalidad, entendiéndose que el actuante debe elegir la forma que menos peligro entrañe para la obtención de su resultado, siempre dentro de lo posible y lo razonable.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

³³ Art. 2:102. Protected interests: “(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 is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim; (5) The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases”.

Respecto a la inversión de la carga de la prueba, por lo que a nuestro tema se refiere, el art. 4:202 PETL se refiere a la responsabilidad de la empresa, indicando que no se trata de una responsabilidad objetiva, ya que admite prueba en contrario si se demuestra que ha cumplido con el estándar de conducta exigible. En este sentido, afirma el art. 4:202 que: “(1) *A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has con-formed to the required standard of conduct;* (2) *“Defect” is any deviation from standards that are reasonably to be expected from the enterprise or from its products or services?*”.

En otro orden de cosas, la solicitud de asesoramiento jurídico o determinación de una cuestión procesal que realiza una persona se produce a la institución, al sindicato o al despacho de abogados, no a las personas concretas que forman parte de él – letrados o asesores –, pese a que sean estas, individual o colectivamente, las que finalmente gestionen el encargo. Por tanto, la institución es un empresario, y, por ello, responde de manera directa³⁴ por el error o equivocación que hizo perder el derecho o provocó el daño, producido por las personas que estén dentro de su ámbito de organización, otro concepto del que pasaremos a relatar a continuación.

Para poder hacer recaer la responsabilidad en la institución correspondiente necesitamos la existencia de una vinculación necesaria del letrado o asesor con el sindicato o despacho³⁵. Y es aquí donde se produce desde mi punto de vista un significativo equívoco en la utilización de conceptos puramente laborales por parte de la doctrina judicial civil, puesto que se nos habla con frecuencia de la necesidad del cumplimiento de alguno de estos dos requisitos para considerar que hay un vínculo entre institución y abogado o asesor:

- 1) Que el asesor o letrado se encuentra dentro del ámbito de dirección del empleador
- 2) Que el asesor o letrado sea dependiente de la, independientemente del vínculo jurídico, laboral o no.

De esta manera, en la mayoría de los casos, para los tribunales es indiferente el tipo de relación que tuviera el abogado o asesor con la

³⁴ SSTs 18 enero 1983 (RJ 1983/393), 22 de febrero de 1991 (RJ 1991/1587), 4 noviembre de 1991 (RJ 1991/8141).

³⁵ En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008, de 9 de mayo de 2008; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª, jurisdicción civil, número 193/2003, de 11 de julio (AC/2003/1378), o Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), Sentencia núm. 334/2009 de 18 septiembre. AC 2009\2022

institución, el hecho es que prestaba sus servicios para el ente; y esto para el derecho laboral no es del todo correcto. El concepto de dependencia que utilizan los tribunales civiles es completamente distinto al construido por el derecho laboral, donde, como es sabido, la dependencia es una nota característica o elemento sustantivo de la relación laboral, que nos ayuda a diferenciarla de otras figuras jurídicas, como pueda ser el arrendamiento de servicios y que, precisamente, se caracteriza por esa independencia técnica con respecto a la empresa o institución con la que se haya comprometido a la prestación de servicios. Esta distinción entre ambas figuras para el derecho laboral provoca que el tratamiento igualitario de la responsabilidad en ambos casos nos resulte extraño, porque nada tienen que ver el uno con el otro en el comportamiento real de la prestación de servicios.

Entonces, ¿por qué no establecer dos escalas de responsabilidad para la institución – empresario – en función de la existencia o no de una relación laboral? No es lo mismo que la persona que ha causado el daño se encuentre dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario a que no lo esté, en cuanto al control directo que ejerce a institución sobre las actuaciones del individuo. Pero, aunque el Código civil español no lo contemple³⁶, la presencia de una responsabilidad contractual por las actuaciones hechas o realizadas por los auxiliares dependientes o independientes del deudor directo ha sido consagrada por la doctrina y la jurisprudencia partiendo de la responsabilidad que para determinados contratos sí contiene el Código civil³⁷, independientemente de que la culpa sea contractual o extracontractual, pues la responsabilidad alcanza a los actos propios y a los de aquellas personas de quienes se debe responder por hechos acaecidos por motivo de su intervención en el cumplimiento material de un contrato, laboral o no. Pero, sigo preguntándome ¿por qué

³⁶ En el derecho holandés se ofrece una solución del todo interesante al respecto que prevé diversos niveles de responsabilidad según la edad del hijo causante del daño; de tal manera, que los padres responden objetivamente por los daños que causan sus hijos menores de 14 años; cuando los hijos tienen edades comprendidas entre 14 y 16 años, los padres responden sólo por culpa presunta, de tal manera que si demuestran que actuaron de forma diligente y no pudieron evitar la conducta del hijo no serán responsables; y entre los 16 y 17 años de edad, los padres responden por culpa, debiendo probar el demandante la misma. En este sentido, Hanentjens, M. y Du Perron, E., “PTEL Liability for Damage caused by others”, *The Netherlands*, nn. 8 y ss., pp. 173 y ss.

³⁷ Por ejemplo el arrendatario es responsable del deterioro causado por las persona de su casa (art. 1564 CC); el contratista es responsable por el trabajo ejecutado por las personas que ocupen la obra (art. 1596 CC); el mandatario responde por el sustituto que él mismo haya designado (art. 1721 CC); y los “fondistas y mesoneros” responden por su personal respecto del daño causado a los viajeros (art. 1784 CC).

de la misma manera?

Por su parte, en relación con el tema expuesto, los principios del Derecho europeo de responsabilidad civil distinguen entre la responsabilidad por los hechos de los menores o de personas con deficiencias psíquicas al cargo, o la responsabilidad por los auxiliares. En este último caso, por lo que respecta a nuestro tema se sigue un régimen de responsabilidad vicaria que prescinde de la culpa del empresario o empresa. El art. 6:102 (1) PETL³⁸ dispone que una persona responde del daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de “conducta exigible” e introduce el concepto de “contratista independiente”. En nuestro país, esta figura ha tenido poco atención en nuestra doctrina³⁹, y cuyo desarrollo responde de una manera más eficiente a la aplicación de la responsabilidad civil en el derecho laboral por lo que sigue: los principios delimitan la figura del “contratista independiente” referida a aquel contratista que no está integrado en la estructura organizativa de la empresa, por lo que por regla general, el empresario no debería responder de su actuación. La clave de la distinción se encuentra en la supervisión y control que uno ejerce sobre otro, lo que en la práctica laboral no siempre es tan fácil de determinar.

Siguiendo con la supuesta responsabilidad contractual de la entidad o empresario, en numerosas ocasiones la doctrina judicial ha considerado que es el único responsable del daño causado, y ello en base a diversos motivos, algunos de ellos cuanto menos, curiosos, a saber:

1. En primer lugar, por la imposibilidad de determinar con precisión las responsabilidades individuales concretas entre todos o algunos de los partícipes en el daño, dada la estructura, composición, reparto de funciones o distribución de asuntos o porque hayan sido varios los participantes en el mismo⁴⁰. Esto obliga a desplazar la responsabilidad contra la propia entidad, que nace “desde el momento en que en perjuicio del demandante y por grave negligencia omisiva e incumplimiento absoluto deja de prestar el servicio o realizar la gestión que había asumido

³⁸ Art. 6:102. Liability for auxiliaries: “(1) *A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct; (2) An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article*”.

³⁹ Véase Miquel, J. M., “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente”, *ADC*, 1983, pp. 1501-1514.

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, jurisdicción civil, 13 de enero de 1998, número 14/2000; Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008, de 9 mayo (AC/2008/1098); en similar sentido se expresa Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), Sentencia núm. 334/2009 de 18 septiembre. AC 2009\2022

de forma expresa o tácita o incluso sobreentendida”⁴¹.

2. En segundo lugar por considerar la inexistencia de comunidad de riesgo procesal o litisconsorcio, por no darse los requisitos del art.12.2 Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000 de 7 de enero) que dice así “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

El Tribunal Supremo lo ha establecido en su doctrina⁴² y según una importante doctrina judicial⁴³, no hay litisconsorcio pasivo, en el caso que nos ocupa, entre la institución o ente y el letrado o asesor que se haya ocupado del caso en cuestión, afirmando que se debe demandar a la empresa – institución o ente – aunque se desconozca la persona física concreta que incurrió en la producción del daño⁴⁴. Cuando el daño es causado por los órganos administrativos de la empresa la solución es la misma, sólo existiría responsabilidad del empresario⁴⁵.

En caso de existencia de una aseguradora de la responsabilidad civil de la empresa, en virtud de los arts. 1, 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro, Ley 50/1980 de 8 de octubre, habría un litisconsorcio pasivo con la entidad asegurador y, en consecuencia doble imputación para conseguir la reparación del daño.

Pero, ¿acaso no es del todo incompleto que el abogado al que se le

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, jurisdicción civil, 13 de enero de 1998, número 14/2000. En sentido contrario, por ejemplo, la STS 5 julio 1991 (RJ 1991/5568), y la Sentencia de la JUR 2011\9844, sobre la inversión de la carga de la prueba en casos de actividades de riesgo.

⁴² A modo de ejemplo, SSTS 19 diciembre 2007RJ 2007\9051 27 de enero 2006, RJ 2006\422, 2 abril 2003, 12 marzo 1997.

⁴³ En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, jurisdicción civil, Sentencia de 27 de marzo (AC 2000/1686); Sentencia de la Audiencia provincial de Granada, sección 3ª, jurisdicción civil, número 814/2003, de 22 de octubre (JUR 2003/265809); Sentencia de la Audiencia provincial de Girona, sección 1ª, jurisdicción civil, número 334/2009 de 18 de septiembre. En igual sentido AC 2003\1378, sobre responsabilidad solidaria por actos de los dependientes.

⁴⁴ En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008 de 9 mayo.

⁴⁵ En sentido contrario, afirman la existencia de una responsabilidad solidaria, las Sentencias de la Audiencia provincial de Sevilla, sección 2ª, jurisdicción civil, número 347/2003 de 10 de junio (AC 2003/1697) quien manifiesta la existencia de dos conductas negligentes, la del letrado y la del sindicato, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª, jurisdicción civil, número 193/2003, de 11 de julio (AC 2003/1378), también entre el letrado y la asesoría jurídica. AC 2009\2022, sobre responsabilidad de sindicatos. En contra, JUR 2009\94571, sobre responsabilidad de abogados y encargo, AC 2009\2117, sobre responsabilidad de abogado.

encomienda la defensa de unos intereses, dentro o fuera de una asesoría jurídica, dentro o fuera de una institución como pudiera ser un sindicato, no resulte ni siquiera ligeramente perjudicado por el abandono, dejación, desinterés o lo que sea, de las funciones previamente encomendadas?

¿Dónde entra en este punto el concepto de la “indemnidad”? Esto es, ¿qué significa quedar indemne? Quedar sin daño alguno, un resarcimiento total, incluyendo el daño económico y el daño moral y, por tanto, si el daño económico se garantiza a través de la responsabilidad que le corresponde al empresario el daño moral debe tener también cabida aunque sea en el mero reconocimiento de culpa, aunque sea levísima – “la diligencia de los hombres muy cuidados”, del sujeto que directamente causo el perjuicio.

Por su parte, destacamos que los principios de Derecho europeo de responsabilidad civil dejan claro que la finalidad de la responsabilidad civil es compensatoria, por lo que todo daño debe ser reparado intentando dejar a la víctima como si el mismo no se hubiera producido (principio de la reparación íntegra).

Para finalizar con el tema de los abogados, hagamos una breve mención a la teoría de la pérdida de la oportunidad o pérdida de expectativas, según la cual el abogado debería responder por la falsa ilusión creada en su cliente de manera previa a la asunción del encargo; teoría que también ha tenido su reflejo en el ámbito médico⁴⁶.

Según esta teoría la obligación del abogado sería una obligación de resultados en tanto en cuanto haya transmitido al cliente la seguridad del éxito de su pretensión, y esto no suceda finalmente. Como norma general, en realidad, la relación de un abogado con su cliente puede calificarse como un arrendamiento de servicios, como ya hemos señalado previamente. Según afirma Martí Martí “ha de tenerse en cuenta que el abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados”⁴⁷. Sin embargo como hemos visto esto no significa que no exista ningún tipo de responsabilidad del abogado, cuando exista una actuación negligente y, en definitiva, se haya vulnerado la relación contractual que le une con el cliente.

⁴⁶ En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, sala primera, de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610), con respecto al denominado en el derecho americano *wrongful life*.

⁴⁷ En este sentido, se expresa al comentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1998 (RJ, 1998, 8587 Martí Martí, J., “La responsabilidad de civil del abogado y del procurados”, 2007, p. 82).

La incerteza sobre el resultado obtenido en caso de no haber actuado correctamente hace todavía más complicada la cuestión y la emisión de un juicio de probabilidades de éxito de la acción ejercitada⁴⁸. En este sentido, se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2011 y la Sentencia del Tribunal Supremo 9 de marzo de 2011, en el ámbito penal, afirmando que no cabe identificar el daño con el valor de la indemnización que podía haberse obtenido “ya que la obligación que vincula al abogado con su cliente es de medios, no de resultados”; de esta manera, continúa argumentado la sentencia lo que es indemnizable es la vulneración de la *lex artis*⁴⁹ y no el hipotético resultado favorable obtenido, argumento en base al art. 78.2 del Estatuto General de la Abogacía Española, tal y como hemos defendido en un epígrafe anterior.

En otras palabras, el perjuicio a indemnizar en caso de una mala praxis es la privación al cliente a obtener en su integridad la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) que es, en definitiva, un daño moral. Y así manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2011 cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad obtener una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza. Establece así el Tribunal Supremo que mientras todo daño moral efectivo, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de la indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado – en caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción – hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente.

⁴⁸ En este sentido, Paniza Fullana, A., “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del quantum indemnizatorio”, *Aranzadi Civil Mercantil*, n. 11, 2012, Editorial Aranzadi (BIB 2012/285), p. 1.

⁴⁹ Cumplimiento de la *lex artis* también es el criterio utilizado para imputar la responsabilidad profesional a los peritos forenses. En este sentido, véase, Domingo Monforte, J., “La responsabilidad profesional de los peritos forenses”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 855, 2013, Editorial Aranzadi S.A., pp. 1 y ss.

La aplicación de esta teoría en nuestra doctrina judicial no goza de muy buena acogida, puesto que invita al Tribunal a imaginar y reconstruir cual habría sido el resultado satisfactorio para el cliente a la hora de restaurar el hipotético perjuicio. En general se ha utilizado por los tribunales civiles cuando existe un elemento comparable, cuando la reconstrucción del perjuicio no es hipotética sino que parte de manera objetiva de una previsión razonable⁵⁰. En este sentido, González González⁵¹ siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo enumera los presupuestos necesarios para que se pueda apreciar responsabilidad, a saber: incumplimiento de los deberes básicos de un abogado para con su cliente (por ejemplo, informar de la gravedad del asunto, de los pros y los contras, de la conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, posibilidad de éxito o fracaso, etc., así como observar las leyes procesales y aplicar los conocimientos jurídicos); la existencia de un daño efectivo; en caso que el daño vaya referido a la pérdida de oportunidades procesales la demostración de que el perjudicado se encontraba en una situación idónea para realizarlas; y, el nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, imputable objetivamente al abogado.

En cuanto a este último aspecto es interesante destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2010 que afirma que no es necesario demostrar una relación de certeza absoluta sobre la incidencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. Y, en cambio, no puede establecerse la existencia de responsabilidad cuando no se pueda probar que la defectuosa actuación por parte del abogado, al menos, disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción, con las siguientes palabras “en caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción”⁵².

Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2010 “de la actuación negligente de un abogado pueden derivarse dos

⁵⁰ Por ejemplo, la más reciente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008, de 9 mayo (AC/2008/1098).

⁵¹ González González, C., “¿Cuándo responde un abogado?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, 2011, BIB 2011,563).

⁵² Esta Sentencia añade más, considera que “*Es constante y pacífica la jurisprudencia en términos de responsabilidad civil de letrados o procuradores de que la mera preclusión del plazo para la evacuación de impulsos adjetivos no determina per se de forma automática o directa la condena por responsabilidad civil del profesional actuante, pues se exige la concurrencia indispensable de una pérdida o disminución notable y cierta además de las posibilidades de defensa y de oportunidad, en definitiva, de alcanzar las pretensiones deducidas y una manifiesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva*”.

tipos de daños: materiales por la pérdida de una ganancia segura y morales por una pérdida de oportunidad procesal”. Pero, en sentido contrario, se expresa Reglero Campos⁵³, al afirmar que “no parece técnicamente correcto inscribir el concepto de pérdida de oportunidad dentro del más genérico de daño moral, como hacen las sentencias citadas. La pérdida de oportunidad debe tener un contenido fundamentalmente patrimonial, pues de otro manera habrías que indemnizar por pretensiones no ya con escasas, sino con nulas probabilidades de éxito o manifiestamente infundadas”

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1998 establece la responsabilidad de un abogado por la presentación de un recurso fuera de plazo. La Sentencia establece que es imposible saber cuál hubiera sido el tratamiento y resultado obtenido de las acciones que no se llevaron a cabo; pero, no obstante, considera que el perjuicio a indemnizar es el derecho de acceso al recurso mismo, esto es la tutela judicial efectiva, subsumible para el alto tribunal en la noción de daño moral.

La divergente jurisprudencia y por tanto teoría de la pérdida de oportunidad la plantea Salas Carceller⁵⁴ en las opciones que siguen: “excluir el juicio de probabilidad y considerar la pérdida de oportunidad como un daño moral indemnizable al margen del valor de la pretensión; o plantearse la viabilidad de la pretensión o recurso no articulado en tiempo, introduciendo así en el juicio sobre responsabilidad del profesional el juicio de probabilidad de la pretensión (pleito sobre el pleito)”, en algo así como – afirma el autor – un daño patrimonial incierto. Siendo la segunda opción la más utilizada por los Tribunales, como, en definitiva, hemos comprobado.

Cuando los tribunales subsumen la pérdida de oportunidad con el daño patrimonial lo que están haciendo es considerarlo como un lucro cesante⁵⁵, lo cual no puede aplicarse en caso de expectativa nula de que prospere la acción. Sin embargo, a mi modo de ver, aunque las probabilidades de que la acción prospere sean bajas o nulas debe existir una cuantificación del daño por la falta de diligencia del abogado, nunca equivalente a lo que se hubiera podido obtener del proceso, lo contrario

⁵³ 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. 11, 2007, p. 812.

⁵⁴ Salas Carceller, A., “La pérdida de oportunidad como criterio para determinar la indemnización derivada de responsabilidad civil profesional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2010, BIB 2010/2218, p. 2.

⁵⁵ *Ibidem*, esto no significa que el quantum de la indemnización, en todos los casos, deba ser lo reclamado en el pleito, al no tener la certeza del éxito de la pretensión, pp. 1 y 2.

supondría dejar impune una responsabilidad objetiva.

Junto con la exigencia de diligencia que ya hemos analizado también en otros colectivos, otros de los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional para determinar la responsabilidad del periodista y del medio de comunicación en el que trabaja es el interés general de la información emitida, sin que exista una doctrina unánime al respecto⁵⁶; los límites son más difusos debido en su mayor parte a la interpretación constitucional de la libertad de expresión e ideológica. No obstante el Tribunal Constitucional indica algunas de las circunstancias a valorar en la aplicación de los límites derivados de la concurrencia con otros derechos fundamentales⁵⁷, a saber: a) el juicio sobre la relevancia pública del asunto; b) el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión, particularmente si es titular o no de un cargo público; c) el contexto en el que se producen las manifestaciones; d) si la declaración contribuye o no a la formación de la opinión pública libre.

Y, por supuesto, no nos olvidemos, de la necesidad de demostración de que el periodista se encuentra dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, medio de comunicación, tal y como hemos comentada para el supuesto de los abogados; y, en este punto, a diferencia de otros supuestos analizados anteriormente, considero determinante para la imputación de responsabilidad al medio de comunicación que exista un vínculo jurídico laboral entre ellos, no habiéndose manifestado hasta el momento la doctrina, salvo error u omisión por mi parte.

Responsabilidad penal y responsabilidad civil extracontractual en los mismos términos que hemos expresado con anterioridad; por tanto no nos olvidemos que al margen de la propia responsabilidad del trabajador, el medio de comunicación, el empresario responde por el hecho ajeno, esto es, por no haber tenido la diligencia de un buen padre de familia, siendo por tanto el último responsable de la reparación del perjuicio causado; pudiendo a su vez actuar contra su empleado, tanto por una cuestión meramente disciplinaria – que podría incluso justificar un despido en esos términos, conforme al art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores – como por aplicación del *solve et repete*.

El art. 1:101 de los PETL especifica en su apartado 1 que la persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo, añadiéndose en el apartado 2 que el daño podrá, en particular imputarse a la persona: a) cuya conducta culposa lo haya

⁵⁶ Por todas, STC 209/2001, de 22 de octubre, RTC 2001\209. En este mismo sentido SSTC (Sala Primera), Sentencia núm. 1/2006 de 16 enero y Sentencia núm. 56/2010 de 4 octubre, RTC 2010\56.

⁵⁷ En este sentido, STC, sala primera), 160/2003 de 15 de septiembre.

causado; b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones. También se especifican los presupuestos de la responsabilidad civil, a saber: la necesidad de que exista un daño que compensar, la relación de causalidad y la necesidad de que exista un criterio de imputación subjetiva, sea la culpa, el riesgo o el deber de responder por hecho ajeno.

Los principios del Derecho europeo adoptan como criterio básico de causalidad la teoría de la *conditio sine qua non* al disponer que una actividad o conducta será causa del daño de la víctima si, de no haber existido tal actividad, el daño no se hubiera producido (art. 3:101 PETL⁵⁸). Puesto que no será fácil en algunos supuestos acreditar en el caso concreto la relación de causalidad, los Principios incluyen reglas específicas para esos supuestos, denominados de causalidad múltiple o incierta.

Por lo que a nosotros interesa, se habla, en primer lugar, de causalidad concurrente cuando cada actividad producida sea causa del daño de la víctima, de tal manera que hayan sido diversas actividades o conductas las que concurren en la causación del daño, habiendo podido ser por sí mismas, cualquiera de ellas, aptas para causar el mismo daño (art. 3:102 PETL⁵⁹). Incardinando esta disposición con nuestro supuesto, podemos encontrar la inactividad u omisión de los distintos trámites procedimentales para llevar a cabo el proceso, tanto para iniciarlo como para continuarlo. En el supuesto de los Tribunales españoles la utilización de la causa concurrente en este sentido se resuelve a favor del responsable último, el empresario, sindicato o abogado titular del despacho, aludiendo – como mencionábamos – a la imposibilidad de determinar en la cadena de actuación al único responsable. Misma solución que ofrecemos en el Derecho interno frente a la denominada causalidad parcial incierta, que ocurre cuando la pluralidad de actividades o conductas ha contribuido a causar el daño pero ninguna de ellas ha sido suficiente para hacerlo por sí misma; en este caso, los principios, art. 3:105 PETL⁶⁰ establecen la regla de presunción de causación por partes iguales.

El problema fundamental de la causa concurrente aparece cuando no es posible causar el daño con una sola de las actividades realizadas, sino que el daño efectivo se ha producido como consecuencia conjunta de todas

⁵⁸ Art. 3:101. *Conditio sine qua non*: “An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim’s damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred”.

⁵⁹ Art. 3:102. Concurrent causes: “In case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim’s damage”.

⁶⁰ Art. 3:105. Uncertain partial causation: “In the case of multiple activities, when it is certain that none of them has caused the entire damage or any determinable part thereof, those that are likely to have [minimally] contributed to the damage are presumed to have caused equal shares thereof”.

ellas; en este sentido, los principios del Derecho europeo de responsabilidad civil consideran que la responsabilidad debería ser solidaria entre todos los agentes intervinientes. Solución que dista de nuestro derecho interno, donde el responsable, de nuevo, será el empresario, sindicato o abogado titular del despacho.

En segundo lugar, la causalidad alternativa aparece cuando pese a haberse realizado varias actividades o conductas que podrían haber sido suficientes para causar el daño existe incertidumbre sobre cuál de ellas lo causó (art. 3:103 (1) PETL)⁶¹. La solución de los principios vuelve a ser una posición intermedia, esto es, una responsabilidad parcial de acuerdo con el grado de probabilidad de que cada uno de ellos haya causado el daño. Nuestro derecho interno pese a que debería tender a esta solución, acaba por imputar como único responsable al empresario, sindicato o abogado titular del despacho, pese a que la persona causante del daño no se haya en situación de dependencia, de acuerdo con las normas laborales (art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores).

4. Conclusiones: valoraciones finales y propuestas *ad futurum*

La gran parte de las valoraciones al tema se han hecho al hilo del mismo, se basan en la ineficacia de la legislación actual para abarcar todos y cada uno de los supuestos de responsabilidad que pueden darse en determinados colectivos profesionales con ejercicio de su actividad profesional, en el seno de una relación contractual, laboral o no. Podemos resumirlas en los siguientes puntos centrales:

- 1) Ausencia de una norma clara, determinante e individualizada de la responsabilidad civil de los profesionales. El Código civil no es suficientemente esclarecedor ni comprende todos los supuestos planteados, evidenciándose una importante carencia legal que obliga a la excesiva y variada interpretación de los Tribunales civiles y del Tribunal Constitucional en el caso del periodista.
- 2) La necesidad de distinción entre la responsabilidad del profesional, trabajador y del que no lo es, aunque preste sus servicios en la empresa, por las diferencias básicas de organización y cumplimiento de obligaciones y deberes que con respecto al empleador tiene.
- 3) La necesidad de corresponsabilidad en su justa medida, entre el

⁶¹ Art. 3:103. Alternative causes: "(1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage".

profesional causante del daño y el empresario donde desarrolle sus servicios. El desconocimiento de la Ley no exime de su cumplimiento, la diligencia de un buen padre de familia que se exige al empresario con respecto a sus empleados, debe exigirse en una medida proporcional a los empleados con respecto a los terceros para los que estén actuando. Carece de cierta lógica que el periodista involucrado en supuestos de responsabilidad como trabajador de un medio de comunicación tenga más posibilidades de responder por el daño producido que el abogado, trabaje en el medio que trabaje (asesoría o sindicato).

La propuesta final, también avanzada en las páginas precedentes, considera la necesidad dada la situación actual, legal y jurisprudencial, de creación de normas más específicas atendiendo al colectivo profesional de que se trate que puedan diferenciar el tipo de responsabilidad que le corresponde a la empresa, y la responsabilidad que le corresponde al trabajador, y que garanticen con mayor precisión la restauración del perjuicio. Los códigos deontológicos y los principios inspiradores nacionales e internacionales son buenos instrumentos pero deben pasar al articulado legal para la efectiva consecución de sus objetivos.

5. Bibliografía

- Díez Picazo L. y Guillón, A., *Sistema de Derecho Civil*, España, Tecnos, V. II, 2001.
- Cavanillas Mugica, S. y Tapia Fernández, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal*, España, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.
- Hanentjens, M. y Du Perron, E., “PTEL Liability for Damage caused by others”, *The Netherlands*, n. 8.
- Miquel, J. M., “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente”, *ADC*, 1983.
- Paniza Fullana, A., “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del quantum indemnizatorio”, *Aranzadi Civil Mercantil*, n. 11, 2012, Editorial Aranzadi.
- Domingo Monforte, J., “La responsabilidad profesional de los peritos forenses”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 855, 2013, Editorial Aranzadi S.A.
- González González, C., “¿Cuándo responde un abogado?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, 2011.

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. 11, 2007.

Salas Carceller, A., “La pérdida de oportunidad como criterio para determinar la indemnización derivada de responsabilidad civil profesional”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n. 8, 2010, BIB.

Salas Carceller, A., “La pérdida de oportunidad como criterio para determinar la indemnización derivada de responsabilidad civil profesional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2010, BIB.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo