

PROBÁTICA
Y DERECHO
PROBATORIO

La prueba de la responsabilidad profesional

Estudios prácticos sobre prueba civil II

Directores

Joan Picó i Junoy
Xavier Abel Lluch
Berta Pellicer Ortiz

■ LA LEY

La prueba de la responsabilidad profesional

Estudios prácticos sobre prueba civil II

Directores

Joan Picó i Junoy

Xavier Abel Lluch

Berta Pellicer Ortiz

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: noviembre 2018

Depósito Legal: M-33375-2018

ISBN versión impresa: 978-84-9020-771-0

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-772-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

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

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

niente y el quebranto producido, exige que tales aspectos se acrediten por el demandante con relación a la actuación del letrado al que se exige la meritada responsabilidad, señalándose que "partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba", será preciso, pues, como "prius" en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al abogado interviniente (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 en relación con el 1183 "a sensu" excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual "*ab initio*", goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional) sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención.»

SAP Barcelona, secc. 13ª, de 28 de marzo de 2018, fto. jco 2:

«[...]En definitiva, el criterio de imputabilidad pasa por el incumplimiento de las reglas del oficio —*lex artis*—, en relación con el encargo efectuado, por lo que para determinar si existe o no aquél es preciso fijar el objeto de éste. En esa tesitura, es importante también tener en consideración que, una vez determinado el contenido y alcance del contrato, las partes contratantes responden recíprocamente entre ellas del correcto cumplimiento de éste (art. 1258 en relación con los art. 1124 y 1101, todos ellos del CC) (...) Así es, valorando la documental aportada a los autos así como las declaraciones testificales vertidas en el acto del juicio debemos señalar: No se aporta hoja de encargo ni contrato alguno del que resulte los servicios contratados por JEP. No se aporta ningún documento (facturas, recibos, abonos de cuotas fijas...) del que resulte que JEP haya abonado cantidad alguna en concepto de honorarios por la realización de este servicio, salvo los detallados en la indicada factura (que no consta abonada).»

SAP Madrid, secc. 9ª, de 4 de noviembre de 2016, rec. 704/2016, fto. jco. 6º:

«[...]Se hace preciso por tanto la valoración de la prueba practicada, que abarca la documental obrante en autos, fundamentalmente la historia clínica de la paciente y la personal practicada en el acto del juicio, sobre manera las comparecencias de los peritos, a los efectos previstos en el art. 347 de la Lec.

(...)

El actual art. 348 de la Lec, como hemos dicho alude a la "sana crítica" que son unas reglas que han de ser entendidas como "las más elementales directrices de la lógica humana", es decir son reglas no codificadas pero que se derivan del pensamiento humano como pensamiento lógico (SSTS 3-11-1993, 6- 3-1995 y 21-3-1995). Se trata pues, de partir de las consecuencias sentadas por los peritos y a raíz de allí y utilizando el razonamiento lógico, sentar conclusiones. Todo ello evidentemente no quiere decir que *a priori* se tenga que dar más valor a algún

informe pericial en detrimento de los demás. Ahora bien, hay que dejar claro que el juez en esta actividad no solo no está vinculado por ninguno de estos informes, sino que puede discrepar de los mismos siempre que lo haga de un modo fundado y utilizando las reglas de la sana crítica; como se deduce de la sentencia del TS de fecha 22 de diciembre de 1994.

La sentencia de primera instancia residencia su decisión condenatoria con base fundamental en la prueba pericial judicial obrante en los autos, siendo de destacar la profusión y esfuerzo valorativo empleado por la Juzgadora "a quo" analizando todos los dictámenes médicos aportados y las explicaciones que de los mismos han dado sus emisores en el acto del juicio y ha extraído unas consecuencias que por lógicas y razonables son asumidas por esta Sala.»

2. Cuantificación del daño ¿Qué criterios son los más frecuentes para cuantificar el daño patrimonial y el daño moral?

Por Rocío ORTEGA ATIENZA

Para responder de manera idónea a esta pregunta sobre la cuantificación del daño derivado de una acción de responsabilidad profesional hay que partir tanto del concepto de daño como de la clasificación del mismo, puesto que cada tipo de daño se rige por criterios distintos de cuantificación y por ello, los medios de prueba que pueden utilizar las partes para acreditar una indemnización concreta son también distintos.

En términos generales el daño, en el contexto de esta obra, se puede definir como el menoscabo o perjuicio que sufre una persona fruto de una actuación negligente o dolosa de un profesional. Los daños pueden ser patrimoniales o morales, siendo también relevante por sus características especiales los denominados daños personales o biológicos⁽¹²⁾.

Para explicar los criterios de cuantificación y su prueba distinguiré entre los tres tipos de daños indicados (patrimonial, personal o biológico y moral). A continuación, y por su relevancia, analizaré por separado dos cuestiones

(12) La doctrina suele hacer referencia a esta doble clasificación del daño (véase GÓMEZ LIGÜERRE, C. «Concepto de daño moral» en *El daño moral y su cuantificación* Gómez Pomar y Martín García (directores), Wolters Kluwer, 2017, p. 36). Por el contrario, el Tribunal Supremo es más dable a partir de una triple clasificación del daño al indicar «Atendiendo a su origen, el daño causado a los bienes o derechos de una persona puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad física; o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral» (Fto. Jco. 5º de la STS 801/2006, de 27 de julio de 2006, (RO): STS 5866/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5866), reiterando esta triple clasificación en sentencias posteriores como la STS 1427/2016, de 8 de abril de 2016, Fto. Jco. 2º.3 (RO): STS 1427/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1427).

que son importantes y que pueden incluir conceptos tanto del daño moral como del patrimonial: el daño por infracción del derecho de información en los supuestos de responsabilidad médica y el ocasionado por la pérdida de oportunidad en los supuestos de responsabilidad de los abogados, procuradores y asimilados.

I. Daño patrimonial.

El daño patrimonial se puede definir como la «disminución del patrimonio de la víctima causado por el evento dañoso»⁽¹³⁾, entendiéndose por patrimonio, tal y como lo definió DE CASTRO, una «masa de bienes de valor económico afectada y caracterizada por su atribución y el modo de atribuirse a quien sea su titular, y a la que el Derecho atribuye caracteres y funciones especiales».

Este tipo de daño es un daño tangible, que tiene un contenido económico concreto y que no está sujeto, a diferencia de lo que sucede con el daño moral, a la discrecionalidad o libre arbitrio del juez. Para tener derecho a esta indemnización, además de probar el daño y que el mismo ha sido ocasionado por la actuación negligente del profesional, el actor tiene que acreditar los elementos que el juez necesita para poder cuantificar el importe de la indemnización. Estos medios de prueba difieren dependiendo del aspecto económico que se esté reclamando.

El punto de partida para reclamar un importe por daño patrimonial es el artículo 1106 Cc que incluye como daño susceptible de indemnizar y, por tanto, de cuantificar, el valor concreto de la pérdida que haya sufrido la víctima (daño emergente) así como las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante).

a) Cuantificación del daño emergente y su prueba.

La cuantificación del daño emergente es relativamente fácil puesto que son daños actuales y reales. Dando por sentado que la parte ya ha acreditado la existencia del daño, puesto que su prueba es ajena a esta pregunta, la prueba de su cuantificación no suele ser complicada, aunque depende de la naturaleza del bien dañado y de si se ha efectuado o no una reparación del mismo.

El medio de prueba más utilizado para acreditar el importe del daño emergente sufrido son las facturas de reparación si el daño ya se haya repa-

(13) Artículo 10:201 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil (PDERC).

rado o de sustitución si la reparación es imposible. Si el daño no se ha reparado también puede ser relevante acompañar un presupuesto de reparación como elemento de valoración del daño o la factura de compra si se dispone de la misma. En ambos casos esta documental se puede complementar con un informe pericial, pudiendo ser este informe pericial la prueba esencial atendiendo a la naturaleza del daño. En estos casos también puede ser importante aportar como prueba documental fotografías del bien dañado para dejar constancia de su estado y de que no se han reparado otras cuestiones ajenas al daño ocasionado por la parte demandada fruto de su actuación profesional negligente. En el hipotético caso que estas fotografías no se hayan aportado junto con el escrito inicial de demanda se pueden aportar con posterioridad si el demandado alega que la reparación no se corresponde con la realidad del daño ocasionado por la negligencia que se le atribuye, ello en aplicación de lo establecido en el artículo 265.3 LEC.

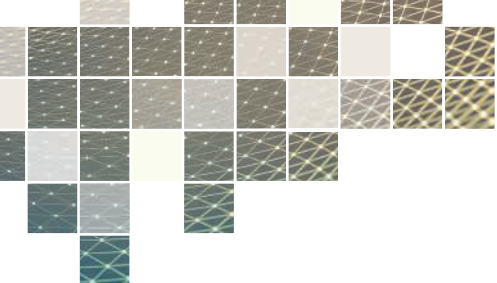
El otro medio de prueba esencial para valorar el daño sufrido es el informe pericial de un experto en la cuantificación del daño sufrido por la parte actora. El hecho de aportar la pericial no justifica que no se aporten las facturas de reparación si se dispone de ellas, la factura de compra o el presupuesto de reparación, puesto que puede servir para otorgar mayor validez a un dictamen pericial que a otro en el supuesto, generalmente habitual, que haya peritos que cuantifiquen de manera diferente el daño sufrido por la parte actora⁽¹⁴⁾.

Por último, dependiendo de lo que se esté discutiendo, también se puede acudir como medio de prueba a testificales de personas que vieron el bien antes y después del daño, pudiendo ser relevantes, dependiendo de la naturaleza del debate, la testifical de la persona que realizó la reparación, si la misma se ha realizado o del que acudió a elaborar el presupuesto si se discute algún aspecto concreto de la reparación.

Aunque no suele ser relevante en estas cuestiones de daño patrimonial en su vertiente de daño emergente, también se podría acudir en algunas ocasiones al interrogatorio de la parte contraria, en especial del perjudicado para interrogarle sobre alguna cuestión concreta que se esté discutiendo y que sea importante para fijar la cuantificación de este daño⁽¹⁵⁾.

(14) En muchas ocasiones la diferencia de cuantificación difiere porque un perito utiliza baremos o tablas de valoración del bien, mientras que el otro hace referencia al coste real de la reparación. En estos casos tener la factura o el presupuesto, junto con la declaración de la persona que lo realizó puede servir para dar más credibilidad a una u otra pericial.

(15) Para valorar este interrogatorio de parte habrá que estar, en todo caso, a lo indicado en el artículo 316 LEC.



La obra constituye el segundo volumen de los «Estudios prácticos sobre prueba civil» de la colección «Probática y Derecho Probatorio» de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio, que tiene por objeto analizar cuestiones controvertidas en materia probatoria desde una perspectiva pretoriana, esto es, tomando en cuenta especialmente la opinión de los jueces y magistrados, y que recoge el resultado del profundo debate que tuvo lugar en un seminario judicial sobre prueba civil que se realizó en el primer semestre de 2018.

En esta ocasión, la obra se centra en la compleja materia de la prueba de la responsabilidad profesional. En primer lugar, se abordan cuestiones generales de esta temática, como la prueba de la relación entre la acción u omisión culposa y el resultado dañoso, o la prueba de la cuantificación del daño; la relación entre la exigencia del deber de secreto profesional y la declaración judicial de los profesionales; o diversos problemas de la prueba pericial referida a la responsabilidad profesional.

Seguidamente, se entra a analizar la prueba de los tipos de responsabilidad profesional más frecuentes en la práctica judicial, a saber, la de los médicos, abogados y procuradores, administradores de fincas, notarios y periodistas.

Por último, la obra estudia diversos problemas probatorios que específicamente se plantean en el ámbito de los procesos mercantiles.

