

La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado

Javier Moreo Ariza

Abogado

Profesor de Práctica Procesal Civil en la Escuela de Práctica Jurídica del Real e Ilustre
Colegio de Abogados de Zaragoza.

414

Abstract*

El presente trabajo analiza el problema de la responsabilidad civil del abogado, especialmente en lo que se refiere a la configuración del daño. Se parte para ello tanto de la normativa vigente como de las interpretaciones doctrinales, estudiándose asimismo los criterios de la jurisprudencia sentados en la resolución de los casos, cada vez más numerosos, que se vienen suscitando en los últimos años. Se sostiene una opinión crítica con la doctrina legal mayoritaria del Tribunal Supremo cuando lleva la configuración de los perjuicios al resbaladizo terreno del daño moral.

Sumario

- 1. Planteamiento del problema**
- 2. La relación contractual abogado-cliente y su relevancia en el daño**
 - 2.1. La relación contractual ordinaria**
 - 2.2. La relación contractual en el Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales**
- 3. La responsabilidad civil del abogado en el ordenamiento jurídico español**
 - 3.1. Cuestiones generales y relación con el derecho de defensa**
 - 3.2. Las concretas obligaciones que incumben al abogado en sus actuaciones procesales**
 - 3.3. Las obligaciones derivadas de actuaciones no procesales**
- 4. Determinación del daño derivado de la actuación del abogado**
 - 4.1. El daño, presupuesto básico de la responsabilidad civil**
 - 4.2. Daño material, daño moral**
 - 4.3. Juicio crítico sobre las diversas posturas jurisprudenciales**
 - a) Las soluciones judiciales mayoritarias y su crítica**
 - b) Solución adecuada: la auténtica pérdida de oportunidad**
 - c) La reclamación del daño moral y su planteamiento en el proceso**
 - 4.4. El daño por incumplimiento de obligaciones no procesales**
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación IBE 2004-SOC-02 denominado "Problemas actuales del Derecho de daños"

1. Planteamiento del problema

Se dice con toda razón que el estudio del Derecho de daños en España está sometido a un doble riesgo: el primero consiste en recurrir a un mero tratamiento periodístico, esto es, la pura descripción de las distintas decisiones judiciales que se ocupan de los casos; el segundo radica en enfrentarse al Derecho de daños jurisprudencial con los mismos modos con que uno se enfrenta al Derecho legislado, esto es, mediante el enfoque dogmático preponderante en otros sectores del Derecho privado¹. La materia que en lo sucesivo nos va a ocupar, la responsabilidad civil del abogado, sin embargo, queda mediatizada por la elaboración judicial más reciente, habida cuenta de que, como resalta MIQUEL GONZÁLEZ, el número de sentencias sobre este particular se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años.²

Como luego se intentará demostrar, además, el análisis de la doctrina legal del Tribunal Supremo sobre esta materia da la razón a la idea del Derecho sostenida por los autores del realismo jurídico norteamericano – *Derecho es lo que los tribunales declaran en sus sentencias*–, pues los criterios con que aquella doctrina resuelve estas controversias se alejan tanto de las leyes estrictamente aplicables como de los principios generales del Derecho de daños, sobre todo en lo que se refiere al daño moral, o incluso de principios procesales tales como el que exige la motivación suficiente de las resoluciones. Procuraré no incurrir, por ello, en el error de limitarnos a exponer, sin más, una selección de las resoluciones judiciales atinentes a la materia, aunque sin olvidar que sobre todo en ellas encontraremos las respuestas a los interrogantes que nos podamos plantear cuando se trata de saber cómo han de resolverse en la práctica estos conflictos.

El estado de la cuestión en esta materia –la responsabilidad civil del abogado– radica en dilucidar el alcance del daño³, en el “quantum” indemnizatorio, y esto nos conduce por fuerza al examen pormenorizado de los casos que se han ido suscitando y de las soluciones que los Tribunales han aplicado, no siempre con coherencia ni coincidencia de criterios.

¹ GÓMEZ POMAR, F., en “La salud del derecho de daños en España”, *InDret*, nº 136, Barcelona, abril de 2003.

² MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., en su prólogo a la obra de CRESPO MORA, M^a CARMEN, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Civitas, Madrid, 2005, p. 27.

³ Elemento central de la responsabilidad, concurrente en todos los supuestos que analiza el Derecho de daños, pues como sostiene DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., en *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 290, mientras no haya daño no habrá responsabilidad.

2. La relación contractual abogado-cliente y su relevancia sobre el alcance del daño. El proyecto de Ley de Sociedades Profesionales

2.1. La relación contractual ordinaria

Ha sido un tema debatido en la doctrina el de la calificación del contrato que vincula al justiciable con su abogado. Sin ser éste el objeto básico de nuestro análisis, se ha convertido en un tópico, más bien difundido por la jurisprudencia, considerar encuadrado este negocio jurídico en la categoría de los arrendamientos de servicios, al menos en lo que se refiere a las actuaciones procesales del profesional, pudiendo merecer otra catalogación un tipo diferente de encargos, tales como la redacción de un dictamen o el simple asesoramiento verbal. Un factor que puede acentuar la complejidad del problema es el de la frecuente inserción del abogado en el marco laboral de las empresas y, del mismo modo, una menor formalidad en la relación contractual si se la compara con la existente entre la parte y el procurador⁴.

Podemos sostener que estamos ante lo que la doctrina civil denomina contratos de prestación de servicios, cuya concreta delimitación no ha merecido un extenso examen jurisprudencial porque, fuera cual fuera, tampoco quedaba afectado el régimen de responsabilidad civil en caso de incumplimiento, que ha sido, en la práctica, el único motivo que ha llevado este problema de tipificación a los Tribunales españoles. Es cierto que, desde la perspectiva de algunos autores, se hace hincapié en las normas corporativas para encuadrar el contrato dentro de la figura del mandato retribuido⁵. Se aduce que el fundamento es la confianza como base sustancial del contrato, la posibilidad de que otorgue representación, la plena independencia para las decisiones técnicas, la posibilidad de que el profesional sea sustituido por otro, salvo expresa prohibición del cliente, la facultad de que éste revoque unilateralmente el encargo y la inexistencia de un precio fijo predeterminado. Todo ello unido a que los resultados del servicio que presta el profesional no se entregan al cliente de forma directa e inmediata, autoriza a considerar fundada la asimilación al contrato de mandato retribuido. La confusión ha podido venir porque la exclusividad de esa relación se ha venido concediendo al procurador de los tribunales, en una mixtura de intervenciones no siempre analizada con el debido desapego, pues ningún problema habría en afirmar que el procurador, al representar, defiende, pero el abogado, al defender, también representa, sólo que con diferente contenido, y por ello distinta responsabilidad, en ambos tipos de profesionales.

No es tampoco un factor desdeñable para entender la complejidad de la materia el hecho de que no sea usual la forma escrita en este tipo de contratos, a pesar de su relevante alcance económico

⁴ *Vid.*, a este respecto, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, HIDALGO DE CABIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, VV.AA., coordinadores ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J., CORDÓN MORENO, F., TAPIA FERNÁNDEZ, I., Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 346-347.

⁵ *Vid.*, DEL ROSAL, R., *Normas deontológicas de la abogacía española*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 41-50. El estudio más concienzudo lo ha realizado ALONSO PÉREZ, T., en *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.

y la trascendencia de los intereses en juego, lo que conduce a dejar sin prueba clara aspectos como el del objeto del encargo, la retribución, el ámbito de las decisiones que puede el abogado adoptar con independencia, entre otros. En caso de que el resultado del encargo no sea el apetecido, la ausencia de pacto escrito nos sitúa ante un escenario complejo⁶ para acreditar las obligaciones asumidas por el profesional y el encargo transmitido por el cliente.

Sin embargo, la calificación contractual no puede considerarse determinante de la clase de daño o de su valoración, pues el régimen debe considerarse común independientemente de la figura que se estime más ajustada a la relación entre profesional y cliente, las obligaciones que se asumen en las actuaciones procesales son, al margen de la clasificación contractual, de medios y no de resultado y el régimen jurídico aplicable, singularmente en cuanto al daño, no difiere en cada caso.

2.2. La relación contractual en el Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales y su influencia en el régimen de responsabilidad civil: extensión de los sujetos responsables

El texto del Proyecto⁷ tiene por objeto posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la sociedad profesional, que queda sometida a un nuevo régimen legal para garantizar la seguridad jurídica y los derechos de los clientes, que “ven ampliada la esfera de sujetos responsables”⁸

Para integrarse en esas sociedades es necesario tener la condición que se exigiría para el ejercicio individual de la profesión y, por ello, los abogados deberán estar adscritos a un colegio profesional. En su constitución podrán las sociedades servirse de cualquiera de las formas previstas en la legislación vigente, debiendo en todo caso inscribirse en el Registro Mercantil así como en el Colegio Profesional respectivo⁹, existiendo incluso constancia informativa en Internet a través del Ministerio de Justicia.

La garantía de los derechos de los clientes viene dada por un doble camino:

a) El art. 11 del Proyecto establece la clásica responsabilidad societaria por las deudas sociales, pero se introduce la responsabilidad individual del socio que ha realizado el concreto acto

⁶ Los Colegios de Abogados han llamado la atención sobre la conveniencia de generalizar la llamada “hoja de encargo”, aunque haciendo hincapié sobre su utilidad para evitar conflictos en materia de honorarios. El objetivo debería ser más ambicioso, alcanzando otro tipo de estipulaciones. A este respecto, vid., PÉREZ MORENO, J.A., en “El ejercicio de la abogacía”, Ponencia I al VIII Congreso de la Abogacía Española, que puede consultarse en www2.cgae.es/congreso/ponencias1.asp.

⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A: Proyectos de Ley, 10 de febrero de 2006, Núm 77-1.

⁸ Es la clara intención del legislador, según el Preámbulo, punto I.

⁹ Sobre este particular, vid. MAGRO SERVET, V., en “La nueva regulación de las sociedades profesionales”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 4. Junio 2006, pág. 1 y ss.

dañoso, así como la del profesional no socio que pudiera haber intervenido. Ambas responsabilidades, societaria e individual, tienen carácter solidario.

b) Se extiende la responsabilidad solidaria a todos los profesionales que, aun no constituyéndose en sociedad, desarrollen su actividad con una denominación común o cuando emitan colectivamente documentos, facturas, minutas o recibos. Este es el régimen establecido en la DA 2ª, que parece mucho más perjudicial para los abogados que ejerzan de manera colectiva, aunque informal, su actividad, puesto que resultarán responsables solidariamente incluso los que no han tenido nada ver con el acto dañoso de que se trate, lo que no sucede en el art. 11.

Por último, el art. 11 impone la obligación de que las sociedades profesionales aseguren el riesgo de responsabilidad civil mediante la cobertura de un contrato de seguro, con lo que se refuerza la garantía de los clientes en cuanto al resarcimiento de los daños que se les pueda irrogar. Este seguro será compatible con los que individualmente suscriban los abogados.

3. La responsabilidad civil del abogado en el Ordenamiento jurídico español

3.1. Cuestiones generales y relación con el derecho de defensa

El derecho de defensa suele examinarse desde una perspectiva de normalidad, esto es, de correcto ejercicio por parte del profesional implicado, y atendiendo a las limitaciones que son ajenas a su dominio; nos interesa ahora la posibilidad, siempre latente, de que el devenir del mandato recibido resulte patológico, esto es, de que el abogado pueda equivocarse. Surge de inmediato una reflexión crucial: si el profesional falla, ¿se menoscaba el derecho de defensa que asiste al cliente, o solo se incumple una relación contractual, con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, si los hay?

Si optamos por la primera posibilidad, el proceso mismo podría quedar afectado por vicios de nulidad, cuya subsanación podría llevar consigo la repetición de determinados actos procesales, o del proceso en su integridad; si interpretamos que sólo se produce un incumplimiento contractual, el ilícito en que se incurre tendría una repercusión meramente privada, mediante la cual el justiciable afectado podría conseguir la reparación del daño provocado por la negligencia profesional.

Probablemente la elección de la respuesta nos conduce también a inclinarnos por un proceso civil liberal o por otro social, de modo que el primero se conformaría con la indemnización del daño en el ámbito privado de la relación profesional-justiciable, y el segundo propondría una respuesta que afectara a la integridad del proceso mismo, o configuraría éste con facultades judiciales aumentadas de modo que la defensa se vería situada en segundo lugar, aminorando así la posibilidad de que el profesional pudiera incurrir en negligencia al verse privado de protagonismo e iniciativa. Ciertamente que el debate ha afectado más bien al proceso penal, y cierto también que la Ley de Enjuiciamiento Civil no se plantea este dilema, aunque sí que han existido

pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, referidos al proceso penal, pero que merecen un análisis detallado en cuanto sus razones pudieran considerarse analógicamente aplicables al proceso civil.

La STEDH, 22600/93, *Daud contra Portugal*, 21.4.1998 (President: Gölcüklü) trata de la aplicación del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en concreto de su artículo 6.3, que se refiere al derecho de todo detenido a designar a un abogado de su elección, o a que se le nombre uno de oficio en caso de que carezca de recursos económicos. En el caso estudiado concurría una actuación defectuosa del abogado de oficio¹⁰ y planteaba el reclamante que, ante la ineficacia del profesional, el juez tendría que haber intervenido porque el precepto invocado confiere el derecho a una defensa efectiva y concreta, no meramente formal¹¹. El TEDH estima la demanda porque el Convenio tiene como fin proteger derechos, no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos, y, por ello, deben las autoridades (judiciales) intervenir si el defecto en que incurre el profesional designado de oficio es manifiesto. Aún tratándose de un pronunciamiento relativo a un proceso penal, parece que no podría sostenerse una reflexión idéntica o análoga en el proceso civil, aunque, desde luego, no se sitúan en planos muy distintos el mandato del artículo 429.1 LEC y la necesidad de que la defensa del letrado resulte “efectiva”; a mi juicio constituiría un grave error interpretar de este modo el alcance del derecho de defensa en el proceso civil, pues ni el Tribunal debe reemplazar la figura del abogado, supliendo sus faltas, ni el proceso puede quedar supeditado a posibles acciones basadas en las posibles negligencias profesionales. Ello quebrantaría la imparcialidad judicial, en el primer caso, y la seguridad jurídica, en el segundo, con resultados hondamente perturbadores.

El principio dispositivo que ha de informar el proceso civil no sólo se extiende, según estimo, a que la actividad judicial se inicie (y pueda terminar) a petición de parte, y a que ésta, y solo ésta, fije el objeto del proceso, sino también al modo en que se solicita la tutela jurisdiccional, esto es, al acierto o desacierto con que se plantean las pretensiones, hasta el punto de que el juez civil no debería poder subsanar los errores profesionales de quienes intervienen en el proceso. Tales cuestiones se atenderían por ello a la relación contractual que vincula a los justiciables con sus representantes procesales. Así lo entiende la doctrina, cuando afirma también que la infracción del principio de contradicción debe considerarse irrelevante si la provoca la falta de pericia técnica de los profesionales, conducta equivalente a que la propia parte, con su desidia o desinterés, se cause a sí misma indefensión¹².

¹⁰ Concretamente, la insuficiente defensa se deducía de actos tales como no haberse puesto el abogado en contacto con su cliente y no haber llevado a cabo ninguna actuación concreta en su beneficio, siendo sustituido después por enfermedad, sin que el designado posteriormente dispusiera más que de tres días para preparar el juicio oral.

¹¹ En el mismo sentido, la STEDH, 13972/88, *Imbroscia contra Suiza*, 24.11.2003, (President: Ryssdal) que no considera suficiente un mero asesoramiento formal para que la asistencia se repute eficaz.

¹² *Vid.* GRANIZO GARCÍA CUENCA, J.L. en “Los principios constitucionales de contradicción, audiencia y defensa en el proceso civil. En especial los actos de comunicación de las partes y del órgano judicial”, en VVAA “Principios constitucionales del proceso civil”. *Cuadernos de Derecho Judicial XXII*, C.G.P.J., Madrid, 1993.

Siguiendo este criterio, la falta de diligencia profesional debe orientarse de acuerdo con las previsiones legales relativas a la responsabilidad: el artículo 442.1 LOPJ establece que los abogados están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda. En concordancia con esta norma, el artículo 78.2 del Estatuto General de la Abogacía preceptúa que los abogados, en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les ha sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente seguro obligatorio¹³.

Para que se origine responsabilidad civil por la actuación procesal del abogado deben concurrir los requisitos ordinarios previstos en el artículo 1101 del Código Civil para la responsabilidad contractual, que será la regla general para las relaciones entre abogado y cliente, o en el artículo 1902 para la extracontractual, de menos frecuente aplicación en este ámbito. Esto es: la existencia de un comportamiento negligente (o un incumplimiento desde el punto de vista de la responsabilidad contractual), la causación de un daño y la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento del profesional.

La figura contractual que vincula a las partes (según la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia) es la del contrato de prestación de servicios o arrendamiento de servicios, de insuficiente y arcaica regulación en los artículos 1583 a 1588 del Código Civil. Las obligaciones que incumben al profesional son las previstas con carácter genérico en el artículo 42 del Estatuto General de la Abogacía, aparte de las específicas del contrato concertado con el cliente para cada caso.

3.2. Las concretas obligaciones que incumben al abogado en sus actuaciones procesales

Debe indicarse que las obligaciones que incumben al abogado como profesional no son normalmente de resultado, sino de medios, al menos en lo que se refiere a sus actuaciones procesales, de modo que no se le debe exigir en todo caso el éxito en las pretensiones que defiende, sino sólo una actuación diligente basada en el conocimiento de las normas relevantes para la resolución del caso, así como de la jurisprudencia aplicable al supuesto, todo ello siguiendo criterios de razonabilidad cuando hubiere interpretaciones no unívocas (STS, 1ª, 3.10.1998 (RJ 1998\6805; MP: Gullón Ballesteros). En realidad, la diligencia exigible al abogado en el ejercicio del derecho de defensa ha venido mejor determinada por las normas deontológicas artículo 42 del vigente Estatuto General de la Abogacía, de modo que su "lex artis" comprendería, al menos, las siguientes obligaciones esenciales¹⁴:

¹³ Desde una perspectiva profesional, describe estas responsabilidades DEL ROSAL, R., en *Normas deontológicas de la abogacía española*, Civitas, Madrid, 2002; también, examinando con profundidad los aspectos dogmáticos, aunque, por la fecha de la obra, sin tener en cuenta las normas corporativas ahora vigentes (R.D. 658/2001 de 22 de junio, Estatuto General de la Abogacía Española), SERRA RODRÍGUEZ, A., en *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Elcano, 2000.

¹⁴ *Vid.*, a este respecto, DEL ROSAL, R., *Op. cit.*, p. 82-83.

a) Estudiar previamente al juicio los asuntos encomendados, declinando aquéllos para los que no se cuente con la suficiente experiencia o conocimientos, y explicando al cliente los posibles riesgos e inconvenientes derivados del ejercicio de la acción, siguiendo la misma conducta durante el litigio y antes de interponer los recursos ordinarios o extraordinarios que procedan.

b) No retrasar el cumplimiento del encargo y cuidar las formas, ritos y plazos aplicables al derecho de que se trate.

c) Garantizar la permanente comunicación con el cliente, y de éste con el procurador,teniéndole informado de los posibles cambios de despacho, cese en el ejercicio de la profesión y cualquier otra eventualidad de la que pudiera depender el mantenimiento de la gestión, garantizando en todo caso la conservación de las acciones mientras se designa a un nuevo defensor.

d) Respetar la confidencialidad de los datos conocidos como consecuencia del encargo recibido, y custodiar los elementos de prueba que el cliente pone a disposición del profesional.

De acuerdo con la doctrina general aplicable a las obligaciones de medios, corresponderá al cliente probar la negligencia en que el profesional haya podido incurrir, en contra de lo que sucede con las obligaciones de resultado¹⁵, pues, en este caso, basta con justificar la existencia de la obligación y que no se ha obtenido el fin perseguido para que sea entonces el responsable quien deba acreditar su diligencia.

También parece oportuno añadir un dato de sociología jurídica, y así, debe decirse sobre los motivos en que se basan las reclamaciones de esta naturaleza que el 68% de ellas se deben a incumplimiento de plazos, el 26% a errores de planteamiento jurídico del asunto, el 4% a falta de información, y el 2% a pérdida de documentación¹⁶. En la línea que luego se seguirá, parece claro que el grueso de estos litigios se relacionan con la llamada pérdida de oportunidad procesal, que podríamos analizar desde la fase de alegaciones iniciales (interponer o contestar una demanda fuera de plazo, con la consecuencia de la prescripción o caducidad de la acción, o de la situación de rebeldía) y en las actuaciones posteriores, tales como la imposibilidad de intervenir en las siguientes fases del proceso (proponer pruebas de forma extemporánea o no proponerlas, recurrir o impugnar un recurso, solicitar actuaciones ejecutivas o hacerlo fuera de plazo, entre otras menos frecuentes).

¹⁵ La controversia acerca de la calificación de estas obligaciones como de medios o de resultado, la resuelve acertadamente YZQUIERDO TOLSADA, M., en "Responsabilidad civil de abogados y procuradores. El quid, pero sobre todo el quantum", ponencia del 4º Congreso Nacional de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros (Noviembre de 2004), p. 25, que puede consultarse en www.asociacionabogadosrcs.org//antig/congreso/4congreso/ponencias/Ponencia%20de%20Mariano%20Yzquierdo.pdf. Sostiene el autor que la diferencia se examina, más bien, en el plano de la carga de la prueba de la negligencia. En las obligaciones de medios, la negligencia debe probarla el actor, y en las de resultado, la diligencia debe acreditarla el demandado.

¹⁶ MULLERAT BALMAÑA, R. en "Responsabilidad Civil del Abogado", *Boletín del Colegio de Abogados de Sevilla*, Abril 2002.

Al hilo de estos datos, ciertamente significativos, no parece adecuado llegar a la conclusión de que se haya “abierto la veda” contra los abogados¹⁷, porque la mayoría de las reclamaciones se deben a errores de bulto, con frecuencia consistentes en propiciar la caducidad o la prescripción de acciones por incumplimiento de plazos legales, y no a la censura de actos concretos de defensa de contenido propiamente material, en la línea sugerida -por otra parte con todo motivo- por el Consejo General de la Abogacía Española, cuando, para evitar que se generalicen los casos de negligencia, reclama la preparación específica obligatoria previa al ejercicio profesional¹⁸. El alcance de las demandas dirigidas contra otros sectores profesionales (médicos, arquitectos) parece todavía hoy mucho más amplio, así como la exigencia general de responsabilidad en caso de resultados fallidos.

3.3. Las obligaciones derivadas de actuaciones no procesales

Un examen superficial de la jurisprudencia que se ocupa de la responsabilidad civil del abogado pone de manifiesto que, en la inmensa mayoría de los casos, se trata de negligencias cometidas en el curso de actuaciones procesales. Esto es lógico porque es en este ámbito donde pueden frustrarse con carácter irreversible las pretensiones de los clientes. No obstante, no hay que descartar que, en el futuro, se concrete una forma de ejercer la abogacía más lejana de la abierta conflictividad judicial, que hoy consideramos típica. A ello apuntan nuevas instituciones, como las denominadas soluciones alternativas¹⁹.

La naturaleza de la relación que vincula al cliente con su abogado, en este caso, es contractual, como en el caso de las actuaciones procesales, si bien en este ámbito es más frecuente que en el de las actuaciones procesales la celebración de contratos de obra, en los cuales el profesional es deudor de una obligación de resultado. De este modo, si el resultado no se logra, se pierde el derecho a cobrar honorarios independientemente de la causa, pero si ésta ha sido ajena, no existirá responsabilidad. En cambio, tratándose de obligaciones de medios, basta con que la actividad sea diligente, aunque no se logre el fin pretendido.

En todo caso, sí cabe relativizar la diferencia entre obligaciones de actividad y de resultado (y por ello, entre obligaciones procesales y extraprocesales) pues, como se sostiene con rigor²⁰, en cualquier obligación de actividad se dan también resultados parciales exigibles, y por ello varía el

¹⁷ Como sostuvo ALBANES MEMBRILLO, A., en “La responsabilidad civil del abogado: quantum indemnizatorio. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del T.S. de 28 de enero de 1998”, *Otrosí*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, mayo 1998.

¹⁸ Ahora garantizada por la Ley 34/2006, de 30 de octubre, *sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales*, aunque con un largo plazo de “vacatio legis”.

¹⁹ A este respecto, sobre la mediación, *vid.*, GONZALO QUIROGA, M., en “Fundamentos para una ley de Mediación de Estado en asuntos civiles y mercantiles”, Base de datos de bibliografía *El Derecho*, EDB 2006/93975.

²⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Op. cit.*, pág. 25. Por ejemplo, el abogado que ejerce la defensa en el juicio asume una obligación de medios, globalmente considerada. Pero determinadas prestaciones (acudir a las vistas, presentar escritos en plazo, etc.), deberán reputarse de resultado.

régimen concreto de responsabilidad, sobre todo en lo referido a la carga de la prueba. Tampoco se puede descartar, por ello, que en las actividades extraprocesales se diluciden cuestiones discutibles, pues la tarea del Letrado no es la aplicación mecánica de las leyes y, en tal caso, se dirá que en una obligación de resultado pueden concurrir obligaciones parciales de actividad.

Las actividades extraprocesales del abogado vienen encaminadas a los siguientes objetos²¹:

- La emisión de dictámenes para informar al cliente, bien para prevenir y evitar los procedimientos judiciales, bien para plantear y conocer de antemano sus consecuencias.
- La redacción de documentos con trascendencia jurídica: requerimientos, contratos, estatutos, capitulaciones matrimoniales.
- El asesoramiento profesional, permanente o esporádico, retribuido de forma periódica o eventual.
- La mediación, negociación y transacción, con el fin de evitar un conflicto judicial o de intentar ponerle fin si ya se ha suscitado.
- La gestión, mediante apoderamiento, de negocios jurídicos por cuenta del cliente, tales como el otorgamiento de escrituras, asistencia a juntas de sociedades o de comunidades de propietarios, u otros actos con trascendencia jurídica.

A todos estos supuestos, en cuanto a la diligencia exigible, son de aplicar las normas generales del Código Civil y las específicas de la profesión (art. 42 del Estatuto General de la Abogacía) comunes también para las actuaciones procesales.

4. Determinación del daño derivado de la actuación del abogado

4.1. El daño, presupuesto básico de la responsabilidad civil

En lo que se refiere a uno de los elementos determinantes de la responsabilidad civil profesional, a saber, el daño efectivo, son dos los problemas para su concreción:

a) El primero es de "comprensión" del daño, es decir, consiste en fijar la clase de pérdidas que el perjudicado puede invocar de acuerdo con el artículo 1106 del Código Civil. Este precepto señala, entonces, cuál es el concepto de daño.

b) El segundo es de "extensión" del daño, o sea, determinar cuáles de entre las pérdidas sufridas que se hallan en relación causal con el incumplimiento pueden ser atribuidas o imputadas al

²¹ A este respecto, *vid.*, CRESPO MORA, M^a CARMEN, en *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Civitas, Madrid 2005, pág. 103 y ss.

responsable del daño, según lo dispuesto en el artículo 1107 del Código Civil. Esta norma dilucida, por tanto, cuál es la extensión o valoración del daño²².

Puede decirse que, de estos dos problemas, el segundo de ellos, la extensión, alcance o valoración del daño, es el que ha generado las mayores controversias tanto desde el punto de vista doctrinal como judicial, habiéndose apreciado en los últimos años un significativo aumento de los pronunciamientos del T.S., casi todos ellos centrados en esta cuestión, si bien es cierto que no sólo no se ha sentado un criterio unánime, sino que las sentencias denotan un juicio errático, muy apegado, a veces, a los casos concretos, de los que no resulta sencillo extraer claras pautas, cuando no se elude el verdadero objeto de debate acudiendo a fundamentos jurídicos que desvirtúan los requisitos tradicionales que se han venido exigiendo para que exista responsabilidad civil.

Pueden distinguirse dos tendencias para configurar el daño, la primera, llamada resarcitoria, considera que el abogado debe reintegrar a su cliente el total importe de la pretensión frustrada en la actuación judicial; la segunda, denominada reparadora, no admite que pueda identificarse sin más el valor del daño con el de la pretensión fracasada, porque tampoco se acepta, más allá, de una estimación probabilística, que una actuación diligente hubiera terminado en todo caso con el éxito de la pretensión.

El panorama jurisprudencial, cuyo examen constituye el objeto principal de este trabajo, no permite, desde luego, llegar a conclusiones suficientemente claras, si bien debemos exigirnos un esfuerzo de reflexión para sistematizar los criterios de las, cada vez más numerosas, sentencias dictadas sobre esta materia por la Sala Primera del Tribunal Supremo, así como las distintas aportaciones de la doctrina científica.

4.2. Daño material, daño moral

La principal distinción que cabe establecer sobre la naturaleza del daño derivado del actuar negligente de un abogado es la que atiende a su condición de daño material o de daño moral, pues ello implicará importantes consecuencias para fijar la valoración procedente.

Son muchas las sentencias que vinculan el daño con la llamada pérdida de oportunidad procesal, entendida ésta como imposibilidad de acceder al proceso, frustración de la intervención en algunas de sus fases (prueba, recursos) o planteamiento insuficiente o erróneamente fundado de las pretensiones, afectado además con frecuencia por los principios procesales de preclusión o por el efecto de cosa juzgada que impide la posterior subsanación de tales errores en otro proceso.

En la mayoría de las sentencias se considera que esa pérdida de oportunidad origina un daño moral y eso lleva a su valoración de forma indeterminada, con criterios no ponderados o no

²² Me remito a la exhaustiva exposición general de SERRA RODRÍGUEZ, A., *Op. cit.*

razonados, sin atender a las precisas circunstancias concurrentes, esto es, las pretensiones fracasadas. Sistematizamos a continuación los conceptos a que se atiende en cada grupo de casos:

a) Como ejemplo de las sentencias que se atienen a la *pérdida de oportunidad como daño moral no vinculado al hipotético juicio sobre las pretensiones u actos procesales omitidos -doctrina mayoritaria-*, son de citar las siguientes resoluciones:

STS, 1ª, 14.12.2005 (RJ 2006\1225; MP: Seijas Quintana). Se plantea una reclamación contra un abogado que, al interponer una demanda de reclamación de cantidad por la destrucción de una máquina excavadora, omite el "petitum" correspondiente al lucro cesante y además no interpone recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria por ese concepto. El Tribunal Supremo reputa negligente tanto la demanda que prescinde de esgrimir exhaustivamente las pretensiones más favorables para el cliente como haber excluido el recurso de apelación. Sin embargo, pese a que la pretensión frustrada (ignorancia del lucro cesante) es un daño material, el Tribunal Supremo lo reputa moral y lo cuantifica en una cantidad a tanto alzado (1.500.000 pts.) sin razonamiento alguno sobre la fijación de la suma.

STS, 1ª, 14.07.2005 (RJ 2005\6532; MP: Salas Carceller). Se interpone una demanda de 50.000.000 pts contra el abogado a quien se encomendó plantear una reclamación por despido, que fue desestimada por incompetencia de jurisdicción. Al interponer el recurso de casación por unificación de doctrina, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no lo admite a trámite por una cuestión de forma (no se relacionan en el recurso de forma circunstanciada las sentencias contradictorias que justificarían el pronunciamiento de unificación). El Tribunal Supremo considera que la actuación del letrado es negligente, pero, para valorar el daño, no tiene en cuenta la prosperabilidad del recurso formalmente defectuoso, sino la mera pérdida de oportunidad y consiguiente daño moral ocasionado por la privación del derecho a acudir a instancias superiores, fijando una indemnización de 12.000 euros, sin expresar los motivos por los que se llega a esa cifra.

SAP Cádiz, Penal, Sección 8ª, 12.02.2003 (JUR 2003\157141; MP: Rodríguez Bermúdez de Castro). Se discute la responsabilidad derivada de una acción por despido que caducó, con lo que no pudo ejercitarse a tiempo en el Juzgado de lo Social. Argumenta el tribunal civil (tras mencionar los diferentes criterios judiciales al respecto) que no se realiza en la demanda de responsabilidad ninguna inferencia sobre la viabilidad de la pretensión laboral, por lo que la Sala (que a priori no rechazaba entrar en ese ámbito de conocimiento) no podía analizar sus probabilidades de éxito en virtud del principio de aportación de parte, calificando el daño como moral sobre la base de la pérdida de oportunidad y cuantificándolo según el arbitrio judicial en 1.803 euros, aplicando razones de equidad.

b) En otras sentencias, menos numerosas, se sigue hablando de *pérdida de oportunidad como daño moral pero con examen, relativo, de la viabilidad de la pretensión frustrada*, aunque ello no suponga tener en cuenta el importe de esta pretensión.

SAP Baleares, Civil, Sección 5ª, 26.5.2006 (JUR 2006\183399; MP: Zaforteza Fortuny). Se reclama a un abogado la indemnización de 18.399,83 euros, cuantía que corresponde con el objeto de un recurso de suplicación interpuesto fuera de plazo contra una sentencia dictada por un Juzgado de lo Social en un procedimiento por despido. El tribunal razona que, en líneas generales, no cabe plantearse qué hubiera ocurrido si la pretensión frustrada hubiera llegado a conocerse por el órgano superior, estimando que se trata de indemnizar la mera pérdida de oportunidad. Sin embargo, para valorar el daño (cuya calificación es únicamente moral) se parte de la discutible prosperabilidad del recurso atendiendo a otros supuestos similares en que se había demandado a la misma empresa con los mismos fundamentos y se rechazaron todas las demandas, llegándose pese a ello a la suma de 1.250.000 pts como daño moral.

STS, 1ª, 26.1.1999 (RJ 2006\3171; MP: Almagro Nosete). Se ejercita demanda en reclamación de 8.473.000 pts., contra un abogado que formula fuera de plazo un recurso extraordinario de revisión. El Tribunal Supremo, tras recordar que no cabe reproducir íntegramente la pretensión frustrada, sí fija el montante indemnizatorio ponderando la discutible prosperabilidad del recurso así como el total de la cantidad que hubiera podido reclamarse, explicando que este criterio puede proporcionar una pauta de valoración de los eventuales daños (en este caso liquidados en 1.250.000 pts) aunque se afirma que la mera pérdida de la oportunidad procesal ya objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación.

c) Existen sentencias, muy infrecuentes, en que se califica la *pérdida de oportunidad como daño moral, cuyo valor se identifica plenamente con el de la pretensión frustrada, pero sin examen de su viabilidad*. Esta doctrina, muy aislada, puede advertirse en la STS, 1ª, 28 .1. 1998 (RJ 1998\357; MP: O'Callaghan Muñoz), en la que se considera que el daño derivado del ejercicio de una acción prescrita no se vincula con la certeza de que la reclamación fuera exitosa, pero al quedar coartado el derecho a la tutela judicial efectiva la indemnización debe alcanzar la íntegra suma que, con la conducta imprudente del profesional, se ha impedido la mera posibilidad de obtener.

d) Otras sentencias, no demasiado numerosas, plantean el *daño como material y su valoración se vincula a la viabilidad de la pretensión fracasada, previo su completo examen, siempre que, por ello, y conocidas las circunstancias concurrentes, se pruebe que tal pretensión hubiera prosperado si el profesional hubiera seguido la diligencia exigible*. Esta doctrina, que exige del Tribunal un examen sobre las posibilidades de éxito de la actuación omitida o mal planteada, sí entiende necesario y factible el "juicio dentro del juicio". Entre estas sentencias pueden traerse a colación:

STS, 1ª, 30.11.2005 (ED 2005\207174; MP: Corbal Fernández). Examina una reclamación de 15.000.000 pts., contra un abogado que, defendiendo a una aseguradora, no hizo valer en un procedimiento el límite cuantitativo de cobertura de la póliza, permitiendo de ese modo que fuera condenada por encima de las obligaciones contraídas en la póliza. El Tribunal Supremo considera que la actuación del letrado fue negligente, y que el daño es material; se examina con minuciosidad en qué medida la negligencia profesional ocasionó el perjuicio económico, y se condena al abono de 15.000.000 pts, que es el exceso íntegro de la condena sufrida por la aseguradora como consecuencia de la alegación omitida por su abogado.

STS, 1ª, 3.10.1998 (RJ 1998\8587; MP: Gullón Ballesteros). Se reclaman contra un abogado que interpuso una demanda ante la Jurisdicción Social fuera de plazo las sumas que hubiera percibido su cliente del Fondo de Garantía Salarial. El Tribunal Supremo considera que el daño es material y su valor alcanza todo aquello que hubiera podido obtenerse. Se da la circunstancia de que, no existiendo suficientes datos como para liquidar las deudas salariales, su fijación se defiere a la fase de ejecución de sentencia. Hoy no cabría un pronunciamiento semejante, según lo dispuesto en el art. 219.1 de la LEC. En el mismo sentido que la anterior, en caso idéntico, se pronuncia la SAP Zaragoza, 5ª, 16.6.2000. (ED 2000\54772; MP: Medrano Sánchez).

Junto con estos casos de daño consumidor deben citarse otros en los que media un *incumplimiento del profesional sin generar un daño irreversible*, pues no se impide la posibilidad de reproducir la pretensión procesal, y sólo cabrá solicitar entonces la resolución del contrato.

STS, 1ª, 14.2.2003 (RJ 2003\2093; MP: Asís Garrote), que estudia el caso de una demanda de desahucio planteada ante un Juzgado incompetente por razón de territorio, lo que lleva consigo la desestimación de

la demanda y la condena en costas para el demandante. No se produce aquí propiamente una pérdida de oportunidad procesal, pues el propietario puede volver a entablar la acción ante el Tribunal competente. Pero sí procede la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, que en el caso analizado por la sentencia comprende tanto los honorarios anticipados en concepto de provisión de fondos, como las cantidades que el perjudicado debió abonar a la parte contraria en concepto de condena en costas.

Del mismo modo, en otras sentencias (STS, 1ª, 14.7.2003. (RJ 2003\2093; MP: Marín Castán) dentro del daño generado por la negligencia profesional, se suscite o no el daño procesal irreversible, se entienden en todo caso comprendidas las costas generadas por el juicio en que fracasó la pretensión deducida, tanto las abonadas a la parte contraria como las satisfechas al propio abogado generador del daño.

Por último, debe mencionarse, y se analizará por separado más adelante²³, que hay una cuestión procesal relativa a la congruencia de la sentencia y el daño moral cuando éste no ha quedado debidamente individualizado en la demanda de responsabilidad, lo que puede perjudicar la pretensión resarcitoria.

4.3. Juicio crítico sobre las posturas jurisprudenciales expuestas

a) Las soluciones judiciales mayoritarias y su crítica

Daño es el menoscabo patrimonial o extrapatrimonial que sufre una persona como consecuencia de un acto ilícito. En el ámbito que nos ocupa, el acto ilícito vendrá vinculado al incumplimiento por el profesional de las obligaciones esenciales a las que antes hemos hecho referencia²⁴.

Independientemente del incumplimiento que, en realidad, se atribuya, resultan más numerosas las sentencias que configuran como moral el daño derivado de la incorrecta praxis profesional del abogado. Como señala la doctrina más cualificada en esta materia²⁵, el daño moral se convierte así en remedio para solucionar esta clase de conflictos sin entrar en la complejidad probatoria que implica valorar el éxito de una pretensión no planteada o mal planteada, con lo que se acaba admitiendo el resarcimiento de pérdidas que tienen un estricto carácter económico.

Contrasta además la facilidad con que se viene asumiendo en estos casos la indemnización de la pérdida de oportunidad como daño moral, con el criterio ciertamente restrictivo que el Tribunal Supremo ha venido aplicando a los daños no patrimoniales, cuya apreciación limitaba con carácter general. Desde este punto de vista parece criticable separar el daño derivado de la pérdida de oportunidad y la probabilidad de éxito de la oportunidad perdida: la indemnización de los daños derivados de la mala praxis profesional del abogado debe vincularse con el valor

²³ *Vid.*, infra, apartado 4.3.2

²⁴ *Vid.*, supra, apartado 3.2

²⁵ Así, *vid.*, SERRA DOMÍNGUEZ, A., *Op. cit.*, p. 315.

atendible de la pretensión fracasada, lo que implica necesariamente pronunciarse sobre su viabilidad.

Se objeta por el T.S. en ocasiones que para conocer la probabilidad de éxito sería necesario reproducir las oportunidades procesales perdidas, esto es, volver a suscitar –en un plano teórico– el trámite omitido o mal planteado para averiguar lo que hubiera sucedido, lo que resulta muy complicado. Algún autor prefiere atender a la probabilidad media de éxito según la clase de asunto de que se trate, aunque esta visión está influida por el Derecho de daños norteamericano y su particular sistema de carga de la prueba²⁶. Este criterio, sustentado al menos en un motivo, no deja de resultar aleatorio – o no deja de mostrar el aleatorio resultado de los procesos, según se mire –, porque se basa sólo en la estadística extraída del mismo órgano judicial para el mismo tipo de asuntos, pero esta perspectiva resulta menos adecuada que el examen del juicio dentro del juicio.

También se plantea en algunas sentencias la dificultad que implica conocer las posibilidades de éxito de una pretensión que, en ocasiones, debería ejercitarse en una jurisdicción distinta de la civil. Sin embargo, no puede olvidarse que el Ordenamiento jurídico prevé que los jueces deban resolver cuestiones prejudiciales aplicando normas ajenas a su ámbito jurisdiccional: piénsese en las cuestiones prejudiciales no devolutivas en el orden penal, con un muy extenso ámbito de conocimiento, que obliga al Tribunal a aplicar el Derecho para completar el contenido de las leyes “en blanco”. El obstáculo, aunque existe, no impide, pues, el “juicio dentro del juicio”.

Probablemente la facilidad con que los Tribunales acuden a la institución del daño moral es directamente proporcional a la rigidez con que el Tribunal Supremo ha ido interpretando el concepto de lucro cesante, para lo que viene requiriendo que tales daños sean beneficios concretos, ciertos y acreditados que el perjudicado debería haber obtenido de no mediar el acto ilícito (a este respecto, entre otras muchas, STS, 1ª, 5.11.1998 (RJ 1998\8404; MP: O’Callaghan Muñoz).

Además, resulta dudoso que, de todo incumplimiento contractual de esta clase, tenga que desprenderse un daño moral. Si éste queda configurado por los supuestos de sufrimientos morales, perjuicio estético, perjuicio para la vida de relación de la víctima, esto es, supuestos en que quedan afectados derechos subjetivos de la personalidad, difícilmente podrá presumirse, sin recurrir a interpretaciones extensivas, el concepto de daño moral, pues éste no debe incluir las lesiones que inciden propiamente sobre bienes económicos²⁷.

Aun prescindiendo de lo anterior, se olvida también que el daño moral debe probarse y esto nos permite adentrarnos en este problema incluso desde la perspectiva constitucional. En efecto, para

²⁶ Vid., GÓMEZ POMAR, F., en “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, en *InDret* 3/2003. (www.indret.com).

²⁷ Vid., a este respecto, DIEZ PICAZO, L., en *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 329.

el demandante no es infrecuente que en estos asuntos transforme el Tribunal la causa de pedir y trueque el daño material en simple daño moral, de valoración estimativa, privándole por ello de un íntegro resarcimiento sobre la base de la dificultad de conocer cuál hubiera sido el resultado de la oportunidad procesal perdida de haberse seguido la diligencia exigible. De este modo se puede estar conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española al introducir, de hecho, una limitación cuantitativa encubierta de daños materiales en un supuesto de culpa relevante del profesional, algo que el propio Tribunal Constitucional, en su STC, 181/2000, 29.6.2000 (BOE nº 180, 28.7.2000; MP: García Manzano) declara contrario al artículo 24 C.E., pues aunque tal sentencia se refiere a la baremación del daño en caso de accidentes de tráfico, el argumento puede trasladarse al caso que nos ocupa. Esa limitación opera como una especie de baremo inconfesado, pues se puede apreciar que el daño moral derivado de la actuación negligente del abogado se cuantifica en un porcentaje que oscila entre el diez y el veinticinco por ciento de la pretensión frustrada.

Y, desde el punto de vista del profesional demandado, el daño moral puede encubrir perfectamente la realidad, molesta para el Tribunal, de un incumplimiento que no se quiere dejar sin consecuencias, llegándose a una valoración etérea basada en criterios tan inciertos, cuando no arbitrarios, como el la equidad, la facultad moderadora del Tribunal y otros similares, que probablemente sirven para evitar una mínima motivación sobre la medida del daño, peor aún, para evitar decidir sobre su existencia misma.

Este defecto, tan frecuente en las sentencias dictadas en el ámbito de la responsabilidad civil del abogado cuando se trata de ponderar el valor del daño, podría conculcar el derecho de las partes a conocer los auténticos motivos que han llevado al Tribunal a fijar una determinada cantidad y no otra, lo que sería asimismo contrario al derecho del artículo 24 C.E. por falta de motivación de las resoluciones judiciales. Por ello pueden algunos autores sostener que bajo la rúbrica de los daños morales, el Tribunal Supremo indemniza en realidad perjuicios patrimoniales pero evitando explicitar los criterios de valoración económica del daño²⁸.

Según mi criterio, el único daño que puede entenderse concurrente en este tipo de reclamaciones es el material y debe valorarse según la probabilidad de éxito, en el caso concreto, de la pretensión omitida o mal planteada, lo que requerirá replantear de nuevo con la mayor fidelidad posible la controversia y someterla a la valoración judicial considerando todas las circunstancias relevantes. La opción generalizada por el daño moral debe rechazarse porque propicia un elevado margen de arbitrariedad: son mayoría las sentencias que fijan cantidades indemnizatorias sin ningún criterio objetivo, remitiéndose a la equidad general, a la equidad judicial en particular, a las circunstancias del caso (que, con frecuencia, ni se examinan) cuando no a la valoración libre o las facultades moderadoras del artículo 1103 del Código Civil.

Tampoco resulta admisible ampararse en la excusa de que las oportunidades procesales perdidas no pueden ser valoradas porque esos eventos dependen sólo de decisiones soberanas

²⁸ Vid., a este respecto GÓMEZ POMAR, F., en "Daño moral", en InDret 1/2000 (www.indret.com).

de los órganos judiciales, lo que llevaría al campo de las conjeturas (STS 11 de noviembre de 1997) pues ello sería tanto como admitir "a priori" que todas las controversias jurídicas son aleatorias en su planteamiento y resultado, cuando han de ser las partes (de acuerdo con las normas procesales sobre la carga de la prueba) quienes respectivamente deban soportar las consecuencias de la acreditación o de la falta de evidencia de los hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o excluyentes relativos a una pretensión de responsabilidad civil profesional, y en cuanto que, al conocimiento y aplicación del Derecho, rige el principio "iura novit curia".

Curiosamente, menos difícil le resulta al Tribunal Supremo acudir al genuino examen de la oportunidad procesal perdida cuando se trata de desestimar la demanda. Así sucede en la STS 1ª de 13 de octubre de 2003, que examina un caso en que se omitieron diversas diligencias de prueba, pero, aparte de enjuiciar su impertinencia por no relacionarse con los hechos debatidos, el tribunal no ve problema alguno para rechazar la pretensión porque, aun con la práctica de las pruebas relegadas, el resultado del juicio -afirma- hubiera sido el mismo.

También parece rechazable la doctrina maximalista que identifica la valoración del daño con la cuantía íntegra de la oportunidad procesal perdida, aun sin analizar de ningún modo su posibilidad de éxito. Parece que entonces se estaría fijando una responsabilidad al margen del principio general que requiere una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, basada en un título de imputación admisible en Derecho: dicho de otro modo, no todo incumplimiento genera un daño (pensemos en la demanda que se funda en erróneos planteamientos jurídicos que luego son subsanados por el Tribunal, o en la incomparecencia de la parte recurrida si luego el recurso se desestima). Y la llamada pérdida de oportunidad procesal tampoco genera daños de por sí. La imposibilidad de plantear un recurso que carece de toda perspectiva de prosperar no ocasiona daño alguno, más bien al contrario, ahorra costes a la parte implicada²⁹.

Tampoco cabe olvidar que no todo incumplimiento del profesional, aunque se produzca un daño final, generará necesariamente responsabilidad, porque puede faltar el nexo causal. Obsérvese que puede haber daño y negligencia profesional pero sin relación entre ambas (por ejemplo, la prueba no propuesta pero cuyo resultado hubiera resultado en todo caso contrario para la parte proponente). Esta doctrina tiene arraigo en el criterio llamado del "incremento del riesgo", según el cual un acto u omisión no puede ser considerado como causa de un determinado evento si éste hubiera ocurrido igualmente sin ese acto u omisión³⁰.

²⁹ A mi juicio, es YZQUIERDO TOLSADA, M, op. cit., p 29, el autor que mejor sintetiza las hipótesis de vinculación entre negligencia de abogado y daño, mediante lo que denomina "niveles de fracaso", distinguiendo entre: negligencia leve sin daño, no indemnizable; negligencia grave sin daño, que ocasiona la consecuencia de pérdida de derecho a percibir honorarios; y negligencia grave con daño, con pérdida de honorarios y obligación de indemnizar el daño emergente y el lucro cesante. Lo verdaderamente conflictivo, y de ahí, sin duda, el título del trabajo del profesor YZQUIERDO, es el *quantum* derivado de la pérdida de oportunidad, esto es, la concreción y tasación del perjuicio.

³⁰ Véase. REGLERO CAMPOS, F. en *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Elcano, 2003, p. 300.

Considero, por todo ello, que únicamente podría recurrirse al daño moral si es del todo imposible reconstruir las circunstancias relevantes sobre la oportunidad procesal perdida: por ejemplo, en caso de desaparición irremediable de medios de prueba u otras circunstancias que impidan la reconstrucción jurídica de la oportunidad. Salvados estos casos, el daño imputable por la incorrecta praxis profesional debe configurarse como material y su valoración debe relacionarse con el efectivo menoscabo patrimonial que suponga para el cliente, lo que obligará, en los casos de pérdida de oportunidad procesal, a que se examinen los resultados a que se hubiera llegado de no haber concurrido el incumplimiento del profesional. Se sigue así el principio general según el cual los daños deben acreditarse cumplidamente en su existencia y cuantía, lo que sirve tanto para los materiales como para los morales.

b) Solución adecuada: la auténtica pérdida de oportunidad

Pero, además, la invocación en estos casos de la *pérdida de oportunidad* introduce una distorsión en el tratamiento de la responsabilidad civil. Tal doctrina tiene su origen en el Derecho anglosajón para salvar la dificultad en acreditar el nexo causal, especialmente en casos de responsabilidad médica³¹, de modo que la omisión de un tratamiento médico o el error de un diagnóstico que retrase la terapéutica indicada, perjudica o hace desaparecer las expectativas de curación de un paciente. En tales casos se examina científicamente (de modo estadístico) el porcentaje de reducción de tales expectativas, que se hace equivalente a la indemnización.

Aplicar este principio a la responsabilidad civil del abogado no resulta correcto, porque en este caso el razonamiento estimativo del supuesto perjuicio no se conecta con ninguna probabilidad estadística, sino con un cálculo (o simple referencia a una cantidad de dinero) carente de motivación, según se desprende de la jurisprudencia mayoritaria antes invocada. No se conoce, entonces, si la oportunidad perdida representa o no algún valor cierto, pero porque se renuncia a discernir el alcance jurídico de la oportunidad perdida.

De este modo, el cliente que sufrió la mala praxis de un abogado se queda sin obtener la valoración del daño real; y, en otros casos, el abogado negligente que pudo no ocasionar daño alguno, resulta condenado, infringiéndose el principio general del Ordenamiento jurídico español que exige la completa prueba del perjuicio, incluido el de naturaleza moral.

Me parece, en suma, demasiado alambicado sostener que la privación de la pretensión *-a fortiori*, también la privación de la oportunidad de conseguirla- constituya un daño de por sí o, al menos, deberá concluirse la imposibilidad de cuantificar ese daño de manera mínimamente objetiva³².

³¹ LUNA YERGA, A., en "Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria", InDret 2/2005, (www.indret.com).

³² En contra, CRESPO MORA, M^a CARMEN, en *La responsabilidad...*, p. 401.

De este modo puede plantearse a modo de resumen que:

- Si no había auténtica oportunidad procesal (entendida como probabilidad de éxito determinada mediante el “juicio dentro del juicio”) no nacerá ningún daño material o daño moral de la actuación fallida. Examinando caso por caso podrá atenderse a si cabría integrar dentro del daño material los conceptos de costas y gastos generados por la parte contraria, aunque debiendo valorarse a quién debe atribuirse la responsabilidad por una iniciativa procesal condenada al fracaso, si al abogado o al propio cliente que, previamente advertido y pese a ello, manifestó su interés en acceder a los Tribunales.

- Si existía una oportunidad procesal plena o fragmentaria derivada de una pretensión patrimonial, *se dará un daño material comprensivo de valorar el interés frustrado*. Si la pretensión es de naturaleza no patrimonial, el único daño revestirá carácter moral –en sentido estricto-, como *pretium doloris*, y su cuantificación resultará muy dificultosa ante la ausencia de parámetros objetivos, aunque estos asuntos se suscitan con mucha menor frecuencia. De este modo, y en resumen, se aprecia que la doctrina legal contenida en las sentencias antes expuestas -letra d) del epígrafe 4.2., es la más apropiada como criterio para valorar el daño.

c) El daño moral y su planteamiento en el proceso. Una cuestión de forma

Se puede deducir de lo expuesto hasta ahora que el autor de este trabajo se muestra crítico ante la deformación del concepto de daño moral con el fin de justificar la mayoría de las sentencias condenatorias en esta materia. Este razonamiento abarca el examen de fondo o sustantivo de la materia que nos ocupa.

Mas no cabe olvidar un aspecto procesal frecuentemente pospuesto u omitido cuando se trata de la responsabilidad civil profesional: no es habitual que los demandantes amporen sus pretensiones en la reclamación del daño moral, sino del material, identificado con el valor de la pretensión fracasada, tendiendo así a obtener la máxima compensación posible, siendo los Tribunales quienes fundamentan sus sentencias, con cierta frecuencia, como se ha dicho, sólo en el daño moral ante su renuencia al examen del “juicio dentro del juicio”, y de este modo disminuyen de forma notable la cantidad reclamada.

Cabe preguntarse, por tanto, si puede el Tribunal conceder el resarcimiento por daño moral cuando no ha sido expresamente solicitado. Es cierto que, en la mayoría de las ocasiones, se acude al principio “iura novit curia” para solventar los problemas que plantearía el principio de congruencia sin que se considere variada la acción, pero, según mi criterio, no es siempre correcto recurrir a este razonamiento. La solución apropiada la facilita el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en su sentencia de 28 de julio de 2004, cuando afirma que si no se formula una petición genérica de indemnización o una solicitud individualizada de daño moral, y sólo se reclama en virtud del daño emergente –de naturaleza material-, debe considerarse no ejercitada

la acción de reclamación del daño moral, no procediendo su examen, criterio éste que también se aprecia en la jurisprudencia menor (a este respecto, la SAP Valencia, Civil, Sección 11ª, 17.6.2004, (JUR 2005\10339; MP: Catalán Muedra). El problema no es tan grave si interpretamos la norma de preclusión del art. 400 de la LEC considerando que el impedimento para ulteriores reclamaciones en otro proceso no afecta a los pedimentos sino sólo a las alegaciones de hecho, por lo que podría interponerse una nueva demanda exclusivamente basada en el daño moral³³.

En todo caso, el riesgo aconseja que en las demandas se acumulen pretensiones subsidiarias, incluso incompatibles entre sí, para evitar un pronunciamiento estimatorio incongruente y susceptible de impugnación³⁴, o bien desestimatorio por respeto jurisdiccional a la descrita regla de congruencia.

4.4. El daño por incumplimiento de obligaciones no procesales

La naturaleza del daño derivado de este tipo de incumplimiento forzosamente ha de mostrar caracteres diferentes que lo convertirán, además, en más sencillo de objetivar. Ello se debe a que, en estos casos, no nos encontramos ante hipótesis de oportunidades perdidas que obligan a recurrir al daño moral (según la doctrina legal mayoritaria) o al daño material cuantificado por reproducción teórica de la pretensión frustrada.

Precisamente por tratarse de obligaciones de resultado resulta más accesible el cálculo del daño emergente, que será el usual. Se mencionan a título de ejemplo los supuestos de asesoramiento fiscal (al que se podría añadir con identidad de criterio el de seguridad social o el de protección de datos personales) consistente en la presentación periódica de declaraciones o la simple consulta. Si los errores, incumplimientos o retrasos generan una responsabilidad para el cliente en vía administrativa, constituirá daño emergente el importe de la sanción así como los intereses de demora que se devenguen según la ley específica. Ahora bien, no la cuota o cotización que no se ingresó y en todo caso hubiera tenido que abonarse. Sin embargo, sí sería un daño emergente añadido el derivado de la imprevisión financiera del gasto.

También en este ámbito del asesoramiento, sin embargo, puede apreciarse una tendencia distorsionadora de la naturaleza del daño, que convierte el perjuicio material en moral, o hace que éste englobe al primero, en claro demérito del derecho a una íntegra reparación.

La SAP Navarra, Civil, Sec. 2ª, 11.6.2004, (JUR 2004\244608; MP: Goyena Salgado), examina una acción de responsabilidad contractual en reclamación de 96.161,94 euros (integrada por daño moral y "económico"), dirigida contra un abogado cuyo asesoramiento deficiente provocó que su cliente dejara de pagar varios meses de la renta derivada de un contrato de arrendamiento de vivienda, perdiendo el derecho a enervar la acción de desahucio con lo que tuvo que abandonar el inmueble. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, concediéndose la suma de 23.088 euros (comprensiva de

³³ Así lo sostiene, con acierto, SABATER MARTÍN, A., en "La reserva de alegaciones para un segundo proceso en la Ley de enjuiciamiento civil", *La Ley*, 2001, Ref. D-120, Tomo 4.

³⁴ Como permite el art. 71 de la LEC.

daño moral y otros daños no deslindados en la sentencia). Interpuesto recurso, la A.P. eleva el "quantum" en otros 30.000 euros por daño moral, pero no entra a conocer propiamente del daño "económico" que el actor cifraba, con toda razón, en la diferencia entre la renta que se abonaba por el contrato resuelto (renta limitada) y la renta real o de mercado al tiempo de la demanda para un inmueble equivalente, calculada durante la expectativa de vida de la inquilina (daños materiales que hubieran podido incrementarse con los de mudanza, gastos de alta en suministros, y otros relacionados con la necesidad de trasladarse a otra vivienda).

5. Conclusiones

- a) La negligencia profesional del abogado en el proceso, a excepción acaso del penal, según la doctrina del TEDH, no afecta directamente al derecho de defensa. La imparcialidad judicial y la seguridad jurídica impiden toda repercusión rescisoria de los posibles errores, cuyo acontecimiento sólo tendrá efectos entre el profesional y su cliente, siendo este el ámbito, especialmente en cuanto al daño, donde deben valorarse las consecuencias del incumplimiento.
- b) La configuración del perjuicio derivado de la negligencia profesional del abogado sigue planteándose en la doctrina mayoritaria del T.S. como daño moral y los criterios de valoración suelen quedar carentes de fundamento, remitiéndose a conceptos tan vagos como la equidad, equidad judicial, prudente arbitrio y otros similares e igualmente indeterminados, no quedando unidos a la verdadera repercusión del incumplimiento sobre el resultado final del litigio.
- c) Las -raras- excepciones a ese criterio se aplican sobre todo cuando se advierte con toda claridad cuál habría sido el resultado final del proceso si no hubiera mediado el incumplimiento, especialmente en casos de reclamaciones con plena garantía de éxito, como las dirigidas contra el Fondo de Garantía Salarial, o aquéllas en que se otorgan muy limitadas vías de oposición, como las acciones que se entablan con base en el seguro obligatorio de vehículos de motor.
- d) No parece adecuado seguir sosteniendo la imposibilidad de valorar como daño material el resultado de la oportunidad procesal perdida de no haber mediado el incumplimiento del profesional, hasta el punto de que ese daño, de naturaleza material y no moral, ha de ser el único estimable, sobre la base de un profundo examen de todas las circunstancias relevantes. Podría exceptuarse el caso en que no cabe reconstruir de ningún modo tales circunstancias para recurrir entonces al daño moral, siempre que su valoración resulte debidamente motivada y se ampare en criterios objetivos y previsibles. También podría exceptuarse el supuesto en que la pretensión fracasada no tuviera un contenido patrimonial.
- e) Podrían merecer además el reproche de inconstitucionalidad basado en el artículo 24 C.E. aquellos fallos que rechazan pronunciarse sobre la existencia de un daño material con el pretexto de que es mera conjetura la determinación de cuál hubiera sido el resultado de un

proceso de no mediar la negligencia del profesional, e idéntica crítica cabría formular cuando, ante la imposibilidad de probar la existencia de daños materiales, se acude al concepto de daño moral fijando un “quantum” sin motivación alguna, olvidando, además, que no todo incumplimiento tiene que generar necesariamente un daño, y que no todo daño es indemnizable, aun concurriendo incumplimiento, si no hay nexo causal entre uno y otro.

- f) El daño moral derivado de las actuaciones profesionales negligentes debe ser en todo caso objeto de expresa reclamación, pues, de otro modo, podría resultar incongruente la sentencia que, variando la causa de pedir, sustituyera la petición de daño material por la de daño moral.

6. Bibliografía

ALBANES MEMBRILLO, A., “La responsabilidad civil del abogado: quantum indemnizatorio. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del T.S. de 28 de enero de 1998”, Revista *Otrosí*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, mayo 1998.

ALONSO PEREZ, T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.

CRESPO MORA, M^a CARMEN, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Civitas, Madrid, 2005.

CRESPO MORA, M^a CARMEN, “La cuantificación del daño en la responsabilidad civil del abogado”, Diario de las Audiencias y TSJ, *El Derecho*, nº 461.

DEL ROSAL, R., *Normas deontológicas de la abogacía española*, Civitas, Madrid, 2002.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

GOMEZ POMAR, F., “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, *InDret*, 3/2003 (www.indret.com).

GOMEZ POMAR, F. “La salud del Derecho de daños en España”, *InDret* 2/2003 (www.indret.com).

GOMEZ POMAR, F. “Daño moral”, *InDret* 1/2000 (www.indret.com).

GONZALEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., *La intervención de abogado y procurador en el proceso civil*, Tecnos, Madrid, 2005.

GONZALO QUIROGA, M., “Fundamentos para una ley de Mediación de Estado en asuntos civiles y mercantiles”, Base de datos de bibliografía *El Derecho*, EDB 2006/93975.

GRANIZO GARCÍA CUENCA, J.L., “Los principios constitucionales de contradicción, audiencia y defensa en el proceso civil. En especial los actos de comunicación de las partes y del órgano judicial”, de VVAA, “Principios constitucionales del proceso civil” en *Cuadernos de Derecho Judicial* XXII, C.G.P.J., Madrid, 1993.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, HIDALGO DE CABIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, VV.AA., coordinadores ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J., CORDÓN MORENO, F., TAPIA FERNÁNDEZ, I., Aranzadi, Pamplona, 2001.

LUNA YERGA, A., “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *InDret* 2/2005 (www.indret.com).

MAGRO SERVET, V., “La nueva regulación de las sociedades profesionales”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 4. Junio 2006, pág. 1 y ss.

MULLERAT BALMAÑA, R., “Responsabilidad Civil del Abogado”, *Boletín del Colegio de Abogados de Sevilla*, Abril 2002.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar la responsabilidad civil”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 4, 2000, pp. 167-192.

PEREZ MORENO, J.A., “El ejercicio de la abogacía” Ponencia I del VIII Congreso de la Abogacía Española. Salamanca 2003, www2.cgae.es/congreso/ponencias1.asp.

REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Elcano, 2002

SABATER MARTÍN, A., “La reserva de alegaciones para un segundo proceso en la Ley de enjuiciamiento civil”, en *La Ley*, 2001, Ref. D-120, Tomo 4.

SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid 2001.

SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Elcano, 2000.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil de abogados y procuradores. El quid, pero sobre todo el quantum*, ponencia del 4º Congreso Nacional de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros (Noviembre de 2004), p. 25. <http://www.asociacionabogadosrcs.org//antig/congreso/4congreso/ponencias/Ponencia%20de%20Mariano%20Yzquierdo.pdf>