

## Responsabilidad de abogado y pérdida de oportunidad

**José Ignacio Atienza López**

*Letrado del Consejo General del Poder Judicial*

### Extracto

El presente supuesto trata de proporcionar unos parámetros esenciales acerca de la influencia que ejerce la llamada «pérdida de oportunidad» a la hora de valorar la concurrencia o no de la responsabilidad civil profesional de un letrado, referida solamente al supuesto de no impugnación de la sentencia dictada. Son frecuentes los casos de clientes insatisfechos con la tarea profesional de su abogado, por el hecho de que este no haya recurrido una sentencia que les es desfavorable con base en su propio criterio profesional como experto. El caso intenta aportar la jurisprudencia adecuada para estos supuestos que carecen de una regulación de derecho positivo y han de venir referenciados solo a resoluciones judiciales que fijan los criterios sobre el juicio de prosperabilidad necesario para delimitar la concurrencia de este requisito.

**Palabras clave:** responsabilidad civil profesional; responsabilidad de abogado; pérdida de oportunidad.

Fecha de entrada: 08-05-2021 / Fecha de aceptación: 27-05-2021

## Enunciado

Juan es un abogado que ha dirigido un pleito por responsabilidad por negligencia médica contra una multinacional dedicada a tratamientos odontológicos, por considerar que existían motivos jurídicos defendibles ante el defectuoso tratamiento médico dental que aplicaron a su cliente y teniendo en cuenta los criterios médicos de los peritos médicos a los que ha consultado. Estimó que el estado de la boca y dientes de su cliente, y con un tratamiento médico ineficaz que no resolvió sus problemas bucales, permitían pensar en que su demanda tendría opciones reales.

Dicho pleito fue sustanciado ante el Juzgado n.º 47 de Barcelona y la sentencia fue desestimatoria, haciéndose constar en ella que:

El estado previo de la boca del paciente era «claramente patológico», y «ambos informes periciales descartan la concurrencia de mala praxis; ambos peritos confirman que se realizó un estudio previo correcto, que don Luis recibió información completa y exhaustiva sobre el tratamiento, que el tratamiento pautado fue correcto, aun cuando hubo complicaciones en su aplicación que lo dilataron en el tiempo, sin que ello se tradujera en un perjuicio constatable e indemnizable, más allá de la incomodidad que es común a todo tratamiento odontológico. No se ha probado la concurrencia de mala praxis o negligencia en la actuación de los facultativos, ni que, en su caso, esta fuera imputable a la clínica demandada, y por extensión a la aseguradora» .

A la vista de ello, Juan decidió no apelar la sentencia, resultando que su cliente le ha demandado, no por mala praxis profesional a la hora de dirigir su demanda ante el Juzgado n.º 47, sino por el hecho de no haber recurrido la sentencia, que le ha dejado sin opciones de defender su derecho a la tutela efectiva ante la segunda instancia. Valoremos las opciones de éxito de esta demanda contra su antiguo abogado en clave de concurrencia o no de vulneración de los derechos fundamentales del interesado por no impugnar una resolución judicial y si ello puede integrar un supuesto de responsabilidad civil profesional del letrado.

Cuestiones planteadas:

- Los requisitos de la responsabilidad de abogado.
- Examen del caso concreto de falta de recurso y su relación con la llamada «pérdida de oportunidad».
- Jurisprudencia en la materia.

## Solución

Entrando ya a valorar la cuestión de fondo sobre la responsabilidad profesional del letrado demandado, observemos que es su antiguo cliente y actual demandante quien elige la naturaleza de la acción que desea ejercitar; y el mismo no promueve en este caso una acción por mala praxis infractora de la *lex artis* por parte del letrado, en el modo de plantear su dirección jurídica en el pleito del Juzgado n.º 47 por responsabilidad médica. Nuestra demandante solo dirige su acción contra el letrado únicamente por su presunta negligencia al no recurrir la sentencia y, por lo tanto, cercenarle el derecho a interponer el recurso de apelación correspondiente, tal y como indica literalmente en su demanda.

Como mera introducción jurídica al objeto del caso planteado a resolver, no está de más que recordemos la naturaleza peculiar que une al abogado con su cliente, como una relación contractual que se califica tradicionalmente como un arrendamiento de servicios, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1544 del Código Civil, o en otros casos como relación atípica, pero siempre sometida al régimen de responsabilidad general derivada del incumplimiento contractual, conforme a los artículos 1101 del Código Civil y siguientes del mismo Código (Tribunal Supremo, sentencias de 11 de noviembre de 1997, 14 de mayo de 1999 y 2 de noviembre de 2001).

En cualquier caso viene a considerarse que la prestación del abogado debe calificarse como una obligación de medios o de actividad y no de resultado: la primera de ellas es propia del arrendamiento de servicios y la segunda del arrendamiento de obra. Consecuentemente, en las obligaciones de esta clase corresponde al deudor la realización de una actividad (por lo general representación judicial o extrajudicial, asesoramiento o dirección técnica), acorde con los conocimientos técnicos del abogado y dirigida para la consecución de un resultado, aunque el objeto de la obligación no es la obtención del resultado, sino la ejecución de la actividad orientada a este fin, actividad que debe ser desarrollada con la diligencia exigible, de conformidad con lo establecido en el artículo 1104 del Código Civil (STS de 22 de abril de 2013). Esta caracterización jurídica no ha variado en la jurisprudencia y es plenamente uniforme y aceptada por los operadores jurídicos, aun cuando la jurisprudencia sigue destacando (SAP de Vizcaya de 11 de junio de 2014) «la pobrísima

regulación existente «para esta relación, lo que motiva que haya de ser valorada en la mayor parte de los casos, por lo que las partes pactaron y por el Estatuto General de la Abogacía. Ello ha determinado la dificultad de fijar unos criterios generales aceptados para determinar la concurrencia de esta responsabilidad, debiendo estarse a cada caso concreto. La casuística en la materia objeto de este proceso es enorme, pues la variedad de situaciones que se pueden producir determina que esta casuística adquiera una especial relevancia (STS de 28 de enero de 2005).

Cualquier decisión por adoptar pasa necesariamente por examinar cuáles son técnicamente los requisitos que integran la responsabilidad civil profesional del abogado, todos los cuales han de concurrir para que pueda hablarse de un proceder profesional causante de perjuicios al cliente.

Dice la STS de 14 de octubre de 2013, pese a la enorme casuística apuntada, que la responsabilidad civil profesional del abogado exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

**1. El incumplimiento de sus deberes profesionales.** En el caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005).

**2. La prueba del incumplimiento.** La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y del alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, rec. núm. 971/1999 [NCJ044746]; 21 de junio de 2007, rec. núm. 4486/2000 [NCJ042109]). No rige para estas demandas la regla de inversión de la carga de la prueba.

**3. La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa.** Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil 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 la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de

la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTs de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 del CC.

**4. Existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva.** El nexo de causalidad debe existir entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y solo se da si este último es imputable con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTs de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, rec. núm. 2001/1999, 26 de febrero de 2007, rec. núm. 715/2000 (NCJ048250), entre otras). La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005). Este criterio impone descartar la responsabilidad civil del abogado cuando concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia de su conducta en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial (STS 23 de julio de 2008).

**5. Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades.** No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. 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.

Pues bien, siendo estos los requisitos cuya concurrencia hay que probar, por el demandante se ha recogido un relato de hechos sobre el cual se trata de asentar una actuación negligente del abogado, que se centra en la tesis de que, al no haber recurrido el abogado, se ha sacrificado el derecho al recurso de su cliente, asumiendo, como si de una relación de causa-efecto se tratase, que la falta de presentación del recurso origina ya de por sí de forma automática los perjuicios que se reclaman, sin haber siquiera intentado argumentar qué opciones o garantías de éxito podría tener el recurso que no se interpuso. Es imposible compartir semejante planteamiento a la vista de los términos recogidos en la sentencia del Juzgado n.º 47.

Como indica la SAP de Madrid de 5 de noviembre de 2020,

debe recordarse que en procedimientos de esta naturaleza se exige a quien efectúa la reclamación que se acredite no solo la existencia de un acto negligente en la actuación profesional demandado, sino la justificación del perjuicio invocado, que precisamente se centra en la realización de un juicio prospectivo a la viabilidad de su pretensión y que exige, en palabras del propio Tribunal Supremo en su sentencia 50/2020, de 22 de enero de 2020, que se efectúe el denominado «juicio dentro del juicio». Ello implica que ha de apreciarse el grado de probabilidad o expectativas de éxito que racionalmente podría obtenerse, en el caso de haber presentado el recurso en plazo, pero correspondiendo la carga probatoria a la parte demandante sobre la seriedad de la oportunidad frustrada y su grado de probabilidad.

No concurre en nuestro caso la llamada «pérdida de oportunidad» como la actora pretende, por el hecho de la no presentación del recurso de apelación. El examen del llamado para este tipo de asuntos, «pleito del pleito», implica necesariamente enjuiciar las posibilidades de prosperar de la acción del cliente en el proceso en que se produjo el presunto error cometido por el letrado, para determinar su responsabilidad; o dicho de otro modo, si bien no es posible trasladar la resolución que se hubiera podido obtener, sí es posible valorar la prosperabilidad de la misma para determinar el error posible del abogado. Cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del abogado, tiene que realizar una operación intelectual consistente en determinar, con criterios de pura verosimilitud o probabilidad, cuál habría sido el desenlace del asunto si el recurso se hubiese finalmente sustanciado.

Si en este tipo de reclamaciones no se logra demostrar por el demandante la existencia de una mínima posibilidad de éxito de la acción ejercitada, la pérdida de oportunidad como concepto no concurre y determinará necesariamente la desestimación de la demanda. Tratándose de la responsabilidad profesional de un abogado, el daño moral en que se traduce la pérdida de oportunidades procesales ha de tener como necesario presupuesto la existencia de tales oportunidades y de las expectativas frustradas, así como la efecti-

va afectación del derecho a la tutela judicial efectiva que le sirve de fundamento, lo que en modo alguno cabe admitir en el presente caso.

El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (todo ello en STS de 15 de noviembre de 2007). No toda declaración de culpabilidad conlleva la de responsabilidad, pues para ello es preciso que pueda anudarse a la actuación negligente del agente, un daño susceptible de ser reparado, pues si este falta, no cabe imponer indemnización alguna. La parte demandante ha de probar que la frustración de la acción judicial se debió a una inactividad del abogado contraria a un criterio establecido con solidez y no susceptible de apreciación o interpretación en sus aspectos jurídicos o fácticos.

Se habrá de denegar 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 debe considerarse inexistente (STS de 27 de julio de 2006).

De no interpretarse de este modo la llamada pérdida de oportunidad como elemento imprescindible para poder declarar la responsabilidad del letrado,

la tesis del demandante, por reducción al absurdo, daría lugar a una situación manifiestamente injusta y contraria a derecho, pues a la parte que ha perdido un pleito le resultaría más rentable verse privado del acceso al recurso por errores o negligencias de los profesionales que le asisten para acceder a la segunda instancia, pues recibiría por vía de responsabilidad civil contractual una cantidad de dinero cuyo pedimento inicialmente se ha rechazado, y en el que el éxito o fracaso del recurso no pasaría de ser una mera posibilidad (SAP de Madrid de 7 de abril de 2013).

A partir de todo lo antedicho observemos algunos ejemplos de nuestra jurisprudencia en aplicación de lo razonado en el presente fundamento:

La falta de presentación de un recurso de amparo no puede determinar la existencia de responsabilidad por parte del abogado si no se demuestra que este tenía unas razonables posibilidades de prosperar (STS de 31 de marzo de 2010).

El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctico-jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio

alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarle de una acción inútil y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales. En igual sentido SSTTS de 5 de junio de 2013 y 24 de abril de 2015, entre otras muchas, puntualizándose en esta última sentencia que «debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101». (SAP de Madrid de 21 de julio de 2015).

Estos datos son concluyentes, pues no puede olvidarse que la pérdida de oportunidad, concepto jurídico decisivo en asuntos como el presente, en el que se reclama responsabilidad civil por el comportamiento de un Letrado en la interposición de un recurso, es hipotético, debe acreditarse fehacientemente, en cualquier caso, impide obtener indemnización «cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado», porque «la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas» (con palabras de la sentencia de la Sala Primera TS de 27 de julio de 2006). Ni que decir tiene que si el criterio jurisprudencial sobre el asunto a plantear en casación estaba ya formado en la jurisdicción social -este constaba en resoluciones diversas de unificación de doctrina rechazando la obligación de pago de indemnizaciones por incapacidad reclamada de la Mutuality General de Previsión del Hogar Divina Pastora, cuando se decretaba más de un año después del accidente, es suficiente que en el caso que se examina fuera muy posterior para considerar que aquella oportunidad no existió. (SAP de Asturias de 2 de marzo de 2009).

En el caso examinado la afirmación de la sentencia recurrida, no rebatida en el recurso de casación, y fundada en una razonable apreciación de las circunstancias del caso de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales del orden social, conduce a la conclusión de que la acción tenía, en palabras de la propia sentencia, «escasas y, a nuestro juicio, nulas posibilidades de éxito». Se advierte, en suma, la falta del requisito de una razonable certidumbre sobre la existencia de oportunidades de obtener buen éxito en el ejercicio de la acción, necesario para que pueda apreciarse la existencia de un daño resarcible ligado a la frustración de la acción ejercitada. Como ha quedado establecido, la parte recurrente no combate esta apreciación de la sentencia, suficiente por sí misma para sustentar la conclusión obtenida acerca de la inexistencia de responsabilidad del demandado (STS de 23 de julio de 2008).

No puede, pues, reprocharse a la abogada demandada no haber presentado en plazo un recurso que no se le encargó formular ni era viable que pudiese prosperar, como tampoco derivan los perjuicios aducidos en la demanda (posibilidad de expulsión e imposibilidad de trabajo) de la actuación profesional de la letrada, según se expresa con precisión, pormenorización y buen sentido jurídico en la sentencia recurrida. No hay lugar en el caso de estos autos para apreciar una pérdida de oportunidad por la actuación de doña Eufrasia, dadas las muy improbables expectativas de éxito del recurso de reposición omitido -que es la actuación improcedente



que el demandante imputa a la letrada-, no aconsejado por doña Eufrasia y del que no consta el encargo. No hay relación de causalidad entre la conducta pretendidamente contraria a la *lex artis* y perjuicio (SAP de Madrid de 18 de abril de 2016).

A partir de todo lo antedicho, la inviabilidad y la falta de probabilidades de éxito de la apelación no interpuesta se hace patente por los propios términos de la sentencia dictada por el Juzgado n.º 47, la cual se apoya en la plena coincidencia de los peritos de parte y judicial, los cuales estimaron que el estado previo de la boca del paciente era «claramente patológico», y

ambos informes periciales descartan la concurrencia de mala praxis; ambos peritos confirman que se realizó un estudio previo correcto, que don Luis recibió información completa y exhaustiva sobre el tratamiento, que el tratamiento pautado fue correcto, aun cuando hubo complicaciones en su aplicación que lo dilataron en el tiempo, sin que ello se tradujera en un perjuicio constatable e indemnizable, más allá de la incomodidad que es común a todo tratamiento odontológico. No se ha probado la concurrencia de mala praxis o negligencia en la actuación de los facultativos, ni que, en su caso, esta fuera imputable a la clínica demandada, y por extensión a la aseguradora.

Ante estos términos de la sentencia que, según la actora, debió de ser apelada, el juicio de prosperabilidad del éxito de este recurso no interpuesto no concurre en absoluto, lo que resulta determinante de la falta de responsabilidad del abogado.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.101, 1.104 y 1.544.
- SSTS de 15 de noviembre de 2007 y 31 de marzo de 2010.
- SSAP de Madrid de 7 de abril de 2013, 21 de julio de 2015 y 5 de noviembre de 2020.