

## 1.5. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

La prosperabilidad de la acción frustrada, criterio delimitador del daño y de su cuantificación en la responsabilidad contractual del abogado

*The frustrated prosperability of action criteria boundary of damage and its quantification contractual liability of attorney*

por

GLORIA ORTEGA REINOSO

*Profesora Contratada Doctora*

*Dpto. Derecho mercantil. Universidad de Granada*

**RESUMEN:** La reparación del daño derivado del incumplimiento por el abogado de alguna de las obligaciones que conforman el contrato de prestación de servicios celebrado con el cliente presenta algunas dificultades, en la medida en que ese daño no se presenta en forma de lesión física al cliente, y ni siquiera en un quebranto económico conforme al concepto clásico de daños y perjuicios del artículo 1101 del Código Civil. Se trata de un aspecto que ha sido objeto de consideración por el Tribunal Supremo, además de por abundante Doctrina, en cada vez un mayor número de sentencias, si bien, en algunas se aprecian contradicciones y mezclas de conceptos y criterios, y en las más recientes un discurso que, con motivo de recoger lo ya declarado en sentencias anteriores sobre la responsabilidad civil del abogado como punto de partida, a veces ajeno al concreto supuesto que es objeto de análisis, pierde la claridad expositiva a que debe responder. Con este trabajo se pretende aportar algo de luz acerca del concepto de daño reparable, su calificación como daño moral o material, según los casos, y la forma y criterios para la valoración de uno y otro y la cuantificación de la indemnización con la que repararlos.

**ABSTRACT:** *Repair damage resulting from breach by counsel for one of the obligations that form the contract of service concluded with the client presents some difficulties, to the extent that such damage is not presented in the form of physical injury to the customer, and even in a financial loss as the classic concept of damages rule 1101 of the Civil Code. This is an aspect that has been under consideration by the Supreme Court, in addition to abundant Doctrine, in an increasing number of Judgments, although in some contradictions and mixtures concepts and criteria are appreciated, and more recently a speech on the occasion of collecting what is already stated in previous Judgments on civil liability Attorney as a starting point, sometimes oblivious to the circumstances of the case is analyzed, loses clarity of exposition to be satisfied. This paper aims to shed some light on the concept of repairable damage for qualification as moral or material damage, as appropriate, and the form and criteria for the assessment of both and quantification of compensation to be repaired.*

**PALABRAS CLAVE:** Abogado. Responsabilidad contractual. Responsabilidad civil del abogado. Daño reparable. Pérdida de oportunidad. Juicio dentro del juicio.

**KEY WORDS:** *Attorney. Contractual liability. Attorney liability. Repairable damage. Loss of opportunity. Trial within a trial.*

**SUMARIO:** I. DAÑO CIERTO: 1. EL DAÑO Y SU PRUEBA. 2. CALIFICACIÓN DEL DAÑO: A. Daño moral. B. Daño patrimonial. C. Apreciación.—II. NEXO DE CAUSALIDAD.—III. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO: 1. DAÑO MORAL. 2. DAÑO MORAL Y DAÑO MATERIAL. 3. CRITERIO DE PROSPERABILIDAD DE LA ACCIÓN FRUSTRADA. 4. IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN.—IV. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—V. CONCLUSIONES

## I. DAÑO CIERTO

### 1. EL DAÑO Y SU PRUEBA

Para que haya responsabilidad contractual es necesario que el incumplimiento culpable por el abogado de alguna de sus obligaciones profesionales produzca un daño al cliente, puesto que del mero incumplimiento no surge la obligación de indemnizar<sup>1</sup>.

Daño que en el ámbito de la prestación de servicios del abogado presenta una dificultad, ya que ese incumplimiento no se concreta en una lesión física al cliente, y ni siquiera en un quebranto económico al socaire del concepto clásico de daños y perjuicios del artículo 1101 del Código Civil<sup>2</sup>.

Efectivamente, en el ejercicio profesional de la Abogacía hay daño reparable cuando la conducta negligente del abogado impide o disminuye la posibilidad de que el cliente obtenga el resultado esperado, lo que se ha expresado diciendo que el daño que deriva del incumplimiento contractual del abogado consiste en una «pérdida de oportunidad» para el cliente a ver satisfecha la pretensión que en su nombre debió ejercitar de forma correcta su abogado, se tratara de un ejercicio judicial o extrajudicial.

Hay «pérdida de oportunidad» cuando la acción u omisión del abogado impide que se dicte una resolución judicial, lo que ocurre si no formula la demanda o lo hace cuando se ha producido la caducidad o la prescripción de la acción, no interpone el recurso o lo presenta fuera de plazo... supuestos en los que por la actuación de su abogado el cliente pierde la posibilidad de que su pretensión sea siquiera considerada por el órgano judicial, de ahí que el daño reparable se identifique con la «pérdida de oportunidad de obtener una resolución judicial».

Pero también hay daño cuando la acción u omisión del abogado impide o disminuye la posibilidad de que la resolución judicial estime la pretensión del cliente, es decir, cuando la negligente intervención del abogado provoca una resolución judicial desfavorable en todo o parte a los intereses del cliente, lo que puede ocurrir por un incompleto contenido del suplico de la demanda, defectuosa proposición de la prueba, no asistencia a la vista... supuestos en los que, por la actuación de su abogado, el cliente pierde la oportunidad de que la resolución judicial le dé la razón, identificándose entonces el daño reparable con la «pérdida de oportunidad de obtener una resolución judicial favorable».

Ambos supuestos se entienden comprendidos en la expresión «pérdida de oportunidad procesal», pero que hay que entender reproducibles en el ámbito extraprosesal, en el sentido de consistir el daño reparable en una pérdida de

oportunidad de alcanzar un acuerdo o de que el alcanzado sea favorable, en ambos casos por la negligente actuación extraprocesal del abogado.

Por el contrario, no hay daño reparable cuando, pese al incumplimiento de alguna obligación profesional por parte del abogado, el cliente, por la razón que sea, no pierde su oportunidad y ve atendida e incluso estimada su pretensión, esto es, cuando la conducta negligente del abogado deviene intrascendente en el resultado (así, por ejemplo, cuando, habiéndosele pasado el plazo para interponer la demanda, la parte contraria no opone la prescripción de la acción y el Juez estima la demanda), sin perjuicio de las demás consecuencias jurídicas que puede acarrear el incumplimiento contractual (así, por ejemplo, en materia de honorarios, que es la principal obligación que asume el cliente en el contrato de servicios); e irrelevancia de la conducta negligente del abogado en el resultado obtenido que, de hecho, constituye uno de los argumentos que los abogados utilizan en su defensa en un intento de exoneración de responsabilidad. Así, dice la STS de 14 de diciembre de 2005 que, *«En cualquier caso, el posible quebrantamiento de normas deontológicas es intrascendente a los efectos de engendrar responsabilidad del Letrado, Don Cristóbal, cuando su actuación no ha producido un daño apreciable derivado de una posible actuación coordinada con el compañero de despacho para procurar un resultado distinto, lo que de haberse acreditado situaría el problema en otro ámbito resolutorio»*.

Y tampoco hay daño reparable cuando la pretensión no ejercitada por el abogado no tenía ninguna posibilidad de éxito. La «pérdida de oportunidad» no puede considerarse en abstracto —no hay daño por el hecho de presentar una demanda fuera de plazo, por ejemplo, pese a que pueda haber incumplimiento contractual culpable—, sino que es necesario comprobar que en el caso en cuestión el cliente tenía al menos una oportunidad de ver estimada su pretensión que pierde por la negligente actuación de su abogado —en el anterior ejemplo, la demanda había de tener alguna posibilidad de ser estimada, que ya no podrá apreciar el órgano judicial por la mala actuación del abogado, pero posibilidad que no existía si la acción había prescrito antes de que el cliente encomendara su ejercicio al abogado—. De no existir una posibilidad de éxito, no puede perderse y, por tanto, es imposible que haya daño —el daño podría producirse en el caso contrario, de interponerla pese a su evidente inviabilidad, con su consecuente imposición de costas—; el daño reparable se presenta, pues, como la «pérdida de una oportunidad cierta».

En este sentido, dice el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de julio de 2008, que *«En el caso examinado la afirmación de la sentencia recurrida..., 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»; en sentencia de 27 de julio de 2006, que «La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. 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 apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales»<sup>3</sup>; en sentencias de 27 de mayo y 14 de julio de 2010 y 22 de abril (núm. 283) y 5 de junio (núm. 374) de 2013, que «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 sentencia de 23 de febrero de 2010, que «debe llegarse a la conclusión de que los razonamientos de la sentencia recurrida sobre la inexistencia de negligencia por parte del abogado en la defensa de sus clientes carece de relevancia frente a la afirmación, fundada en datos fácticos que la sentencia obtiene de una valoración de los diversos elementos de prueba, de la inexistencia de oportunidades frustradas de obtener éxito en el proceso»; y, en sentencia de 1 de diciembre de 2008, que «La jurisprudencia viene exigiendo que para la apreciación de la responsabilidad civil del abogado el resultado dañoso se concrete, al menos, en una pérdida de oportunidades de buen éxito de la acción suficientemente justificada, la cual no concurre cuando existe la posibilidad de enmendar el daño mediante recursos o acciones posteriores...».

Sentencia, la última, que hace referencia al otro requisito, además de la viabilidad de la pretensión frustrada por la negligencia del abogado, que es necesario para que el daño pueda calificarse de cierto, cual es que no exista la posibilidad de enmendarlo mediante recursos o acciones posteriores, porque, de existir, aún no se habría perdido la oportunidad.

Por último, corresponde al cliente probar que ha sufrido la «pérdida de una oportunidad cierta» si quiere reclamar su reparación a su abogado; prueba del daño para la que sirve cualquier medio de los admitidos en Derecho y, entre ellos, las presunciones, y que ni siquiera es necesaria cuando el daño resulta evidente habida cuenta el tipo de incumplimiento.

Así, indica el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de mayo de 2003, que «Los daños y perjuicios han de ser probados y derivados del incumplimiento, aunque cabe establecerlos por presunciones, si el enlace es lógico (sentencias de 5 de junio de 1985 y 17 de septiembre de 1987). No es necesaria la prueba de los daños cuando de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia de un daño. La afirmación de que los daños y perjuicios no son consecuencia forzosa del incumplimiento ha de matizarse en el sentido de entender que «no siempre» o de que hay casos en los que sí ocurre (sentencia de 15 de junio de 1992)»; y, en sentencia de 25 de marzo de 1998, que, «acreditado un incumplimiento, si el daño es patente, no es preciso probar su existencia sino su cuantía...», lo que definitivamente simplifica su prueba.

## 2. CALIFICACIÓN DEL DAÑO

### A. Daño moral

En una primera etapa —mayoría de sentencias dictadas hasta el año 2003, aunque algunas con posterioridad—, se entendió que el daño a reparar fruto del incumplimiento contractual culpable del abogado era el perjuicio espiritual que sufre el cliente que, por la conducta negligente de su abogado, pierde la oportunidad de ver estimada su pretensión —estimación de la que, con o sin fundamento jurídico, parte el cliente—, y no el perjuicio económico por la pérdida de esa pretensión; daño, por tanto, de naturaleza extrapatrimonial o moral, por el impacto, desazón o quebranto psicológico que soporta una persona ante un resultado adverso<sup>4</sup>.

Esa calificación de daño moral respondió a la imposibilidad, según se razonaba, de determinar cuál habría sido el resultado del asunto si el abogado hubiera

desplegado su actuación conforme a las exigencias de la *lex artis* y, por tanto, qué intereses del cliente quedaron perjudicados por el incumplimiento contractual de su abogado —qué resultado habría tenido el recurso que el abogado interpuso fuera de plazo, si lo hubiera presentado en plazo—.

No es factible, se decía, que en el actual procedimiento de responsabilidad civil iniciado contra el abogado se llegue a una certeza sobre el resultado que habría tenido el procedimiento en el que de forma negligente intervino ese abogado si su actuación hubiera sido diligente, y aún más incierto se presenta ese resultado si la negligencia del abogado consistió en no iniciar siquiera el procedimiento, puesto que ni puede aventurarse cuál habría sido la oposición formulada por la parte contraria, también con su abogado, ni cuál el resultado de la prueba de haberse practicado a solicitud de una u otra parte, ni, finalmente, la decisión del órgano judicial. Carece, por tanto, de sentido que en el pleito seguido contra el abogado en exigencia de responsabilidad se reproduzca, aunque de forma hipotética, el pleito en el que él intervino en «defensa» de los intereses de su cliente para intentar adivinar su resultado, esto es, para determinar el nivel de éxito que tenía la acción del cliente luego perdida por la actuación negligente de su abogado —el «juicio dentro del juicio»—, lo que no es más que moverse en el ámbito de las conjeturas; ni aún imaginando una intervención diligente del abogado se puede concluir sobre el contenido de la sentencia, que en absoluto depende solo de su diligencia, al entrar en juego la diligencia del abogado contrario y la decisión de un tercero, el órgano judicial.

La imposibilidad de valorar si la pretensión del cliente habría sido estimada si su abogado hubiera actuado con la diligencia debida o, al menos, qué probabilidad de estimación tenía, llevó a los Tribunales a prescindir de esa valoración y a indemnizar la frustración psicológica que sufre el cliente ante la «pérdida de oportunidad procesal» por culpa de su abogado, aunque la pretensión no tuviera ninguna posibilidad de éxito, puesto que lo que se indemnizaba era la expectativa procesal que se había creado el cliente sobre el éxito de su pretensión, ya desaparecida.

Y «pérdida de oportunidad procesal» que además se entendió que suponía una vulneración del derecho del cliente a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, habida cuenta que la negligencia del abogado bien le priva del derecho a acceder a los órganos judiciales bien produce una disminución de sus posibilidades de defensa, lo que ratificaba su calificación de daño moral, al afectar directamente a un derecho fundamental<sup>5</sup>.

Desde este planteamiento, la no interposición por culpa del abogado de una demanda carente de fundamento jurídico, y por tanto sin posibilidad de éxito, también vulnera el derecho de todo ciudadano a que sus pretensiones litigiosas sean examinadas por los órganos jurisdiccionales, concretándose esa pérdida de oportunidad en un daño moral reparable, incluso si las pretensiones tenían carácter económico (cuando el daño moral no debe incluir la lesión a bienes económicos).

Así, dijo el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de junio de 1998, con cita de la sentencia de 11 de noviembre de 1997, que, «*con independencia de cuál hubiera sido el resultado final si es que su «facere» hubiera sido diligente, lo cierto es, que se privó a la parte actora de ese posibilismo actuatorio tanto frente al TS como a la jurisdicción penal, y ello supone, sin lugar a dudas, una especie de quebranto o sensación de frustración, que, sin duda, pueden, en puridad técnica, subsumirse en el haz vaporoso, de lo que la doctrina considera, el daño moral*»<sup>6</sup>; en sentencia de 7 de abril de 2003, que «*De todo lo que antecede se deriva que*

se produce un incumplimiento de las obligaciones de los profesionales cuando, con su actuación, se impide al perjudicado la obtención de un derecho; es decir, no tanto se causa un perjuicio material directo, como se hace imposible obtener un beneficio; o lo que es lo mismo, ha impedido (como dice la sentencia de 28 de enero de 1998) la posibilidad de conseguirlo, a través de un acto procesal, con lo que se vulnera el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española. Siempre y en todo caso que aquella actuación y este acto procesal corresponda a la obligación del profesional, sea el abogado o sea el procurador»<sup>7</sup>; y, en sentencia de 12 de diciembre de 2003<sup>8</sup>, que, «una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquel y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión solo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador... parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina «pérdida de oportunidad» que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quien por la impericia o la falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos... Se define, pues, en tales términos el inferido a los actores como auténtico daño moral...»<sup>9</sup>.

Con posterioridad al año 2003, también se encuentran ejemplos de sentencias que indemnizan el daño moral, así, la de 28 de abril de 2005, «el daño moral del actor deriva de la clara insatisfacción producida por la negligente inactividad del Letrado don Rodrigo en la defensa de los intereses que le fueron encomendados, que ha frustrado los derechos de defensa de aquel en el referido juicio en su contra deducido sobre resolución del contrato de arrendamiento rústico, así como provocado la pérdida de las correspondientes expectativas procesales, por lo que esta Sala, tras ponderar los datos demostrativos obrantes en las actuaciones, acuerda señalar la cantidad de... como la correspondiente a la indemnización por dicho concepto»<sup>10</sup>; y la sentencia de 30 de marzo de 2006, «es procedente examinar, dado el carácter de las obligaciones profesionales que ante los tribunales deben cumplir los Abogados en defensa de sus clientes, si, como consecuencia de la negligencia profesional, que debe resultar probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva susceptible de ser traducida en existencia de un daño moral efectivo y por ello resarcible por sí mismo en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 del Código Civil»<sup>11</sup>.

## B. Daño patrimonial

A partir del año 2003 se aprecia un cambio en la calificación del daño reproducible producido por el actuar negligente del abogado, ya anunciado por algunos pronunciamientos, pues se comparte la necesidad de analizar en el procedimiento seguido contra el abogado cuál habría sido el resultado del pleito en el que él intervino de forma negligente de haber actuado con la diligencia debida, de plantearse, pese a las dificultades, «el juicio dentro del juicio», para fijar el grado de

probabilidad de éxito de la acción del cliente y de repercusión del incumplimiento del abogado en su pérdida, teniendo presente que, en principio y por lo general, no podrá alcanzarse una certeza absoluta sobre ese resultado.

El juez que conoce del pleito de responsabilidad civil iniciado contra el abogado ha de llevar a cabo una operación intelectual consistente en determinar, con criterios de mera verosimilitud o probabilidad, qué grado de prosperabilidad tenía la acción perdida por la actuación negligente del abogado si este la hubiera defendido con sujeción a las exigencias de la *lex artis*<sup>12</sup>; ha de revisar un conflicto para valorar el grado de éxito de la pretensión del cliente del abogado ahora demandado sin la contradicción que le es propia, pero valoración que realiza un experto en Derecho, de forma que si el cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada es alto, si no hay prácticamente duda que el resultado habría sido favorable al cliente de haber actuado su abogado con la diligencia debida, es posible identificar el daño con la pérdida de los intereses en litigio, pudiendo incluso coincidir el daño con la totalidad del interés si el órgano judicial llega a la convicción que, de no haber sido por la negligencia del abogado, la pretensión del cliente se habría estimado en su totalidad<sup>13</sup>.

Se concluye entonces que si la consecución del resultado perdido por la actuación del abogado se presenta con un alto grado de certidumbre (porque, por ejemplo, ante el mismo asunto y en el mismo proceso, o en otro, otros ciudadanos con otros abogados han visto estimadas sus pretensiones), no se pierde la oportunidad de obtener una sentencia estimatoria, sino que se pierde lo que la sentencia iba a estimar (el derecho que iba a reconocer), y, de ser la pretensión de naturaleza económica, no se pierde la posibilidad de obtener unas ganancias, sino que se pierden las ganancias que la sentencia habría reconocido; la «pérdida de oportunidad procesal» se traduce entonces en una disminución del patrimonio igual a la cantidad no percibida. El daño consiste, pues, en la frustración de la ganancia que se esperaba, en un lucro cesante, lo que permite su calificación de daño material o patrimonial; términos a los que en general se añade el adjetivo «incierto», por considerarse que no es posible concretar el importe del perjuicio con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros.

Sin embargo, a veces el daño patrimonial se presenta «cierto», como ocurre, por ejemplo, cuando al abogado se le pasa el plazo para reclamar al FOGASA una vez declarada la insolvencia de la empresa-demandada, al haber absoluta certeza que, de presentar la reclamación en plazo, dicho organismo pagará al cliente-trabajador el crédito salarial reconocido en sentencia. No hay, por tanto, «pérdida de oportunidad» en el sentido de frustración psicológica por no haber tenido el cliente-trabajador la posibilidad de que el FOGASA se pronuncie sobre su reclamación (daño moral), sino que hay pérdida de la cantidad reconocida al cliente-trabajador por sentencia, al existir certeza de éxito: daño patrimonial, pues, que además es «cierto».

Si, por el contrario, realizado el «juicio dentro del juicio», el grado de éxito de la pretensión ejercitada de forma incorrecta por el abogado era mínimo aún ejercitada debidamente, no puede hablarse de daño material, basado en el alto grado de buen éxito de la acción frustrada (y la naturaleza económica de la pretensión), sino solo de daño moral, por el quebranto psíquico que sufre el cliente al verse privado de la expectativa de obtener una resolución favorable —siempre que efectivamente hubiera alguna oportunidad de éxito, puesto que, en otro caso, de nula oportunidad, no habrá siquiera daño reparable—.



En definitiva, de la actuación negligente de un abogado pueden derivarse dos tipos de daños: moral por la pérdida de una oportunidad procesal cierta y patrimonial en la modalidad de lucro cesante cuando esa pérdida de oportunidad procesal se concreta, por la naturaleza económica de la pretensión y su alto nivel de prosperabilidad, en la pérdida de una ganancia segura (o casi segura).

Así, dijo el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de julio de 2003, que «—“no se reclama la indemnización correspondiente a la estimación valorativa de la zozobra, inquietud anímica, o desazón psíquica, como expresión de daños morales, que le causara el cierre a la casación de la tercería sostenida, sino la valoración económica de las fincas reivindicadas en la tercería dominical”—... El ámbito del debate queda reducido, por consiguiente, en exclusiva, al daño material... Y ocurre que, cuando de la aplicación de este criterio, y consiguiente examen racional y ponderado de las circunstancias, resultan ser prácticamente nulas las posibilidades de éxito del recurso frustrado, aun obrando dentro de un margen de aproximación pero siempre con base en un fundado juicio de probabilidad cualificado, no cabe entender que existió daño material, por lo que no procede estimar la existencia de responsabilidad civil por tal concepto, dado su carácter resarcitorio, y no punitivo»<sup>14</sup>.

En sentencia de 28 de enero de 2005, con cita de la anterior sentencia, que «la jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño moral (sentencia de...), así como la del daño material (sentencias...) permitiendo tener en cuenta para su fijación la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado»<sup>15</sup>; en la de 27 de octubre de 2011, que «la controversia aquí suscitada debe resolverse en los términos en que lo hizo en un caso semejante la antes invocada sentencia de 9 de marzo de 2011. En efecto, ahora, como entonces, resultaría atendible en abstracto la afirmación del recurrente en el sentido de que la sentencia de apelación limita —indebidamente— la indemnización por la negligencia profesional del abogado al daño moral cuando la jurisprudencia reconoce la indemnización del daño moral —solo cuando este resulta acreditado de modo específico, y no por la simple frustración de una acción judicial— y del daño material con base en la doctrina de la posibilidad de éxito de la acción frustrada...»<sup>16</sup>.

En sentencia de 28 de junio de 2012, que, «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: Sentencias de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006)»<sup>17</sup>; y, en sentencia de 19 de noviembre de 2013, que, «estando en juego una pretensión de contenido económico (la indemnización por las lesiones sufridas), el daño que ha de concurrir para apreciar la responsabilidad civil contractual del letrado es el perjuicio patrimonial por pérdida de oportunidad...».

La fórmula «pérdida de oportunidad procesal» sigue sirviendo para describir el daño reparable derivado del actuar negligente del abogado, cuya existencia ha de probarse antes de dar el paso siguiente de su calificación, siendo entonces cuando habrá de tenerse en cuenta la naturaleza de la prestación frustrada y su grado de prosperabilidad para concluir que se trata de un daño material o, por el contrario, de un daño moral.



C. *Apreciación*

De todo lo expuesto, resulta, en primer lugar, que el «juicio dentro del juicio» es necesario en todo procedimiento de responsabilidad contractual del abogado, puesto que solo si había alguna probabilidad —aunque fuera mínima— de éxito, luego frustrada por la negligencia del abogado, cabe hablar de daño reparable. Se trata de una primera valoración que ha de ajustarse a esta finalidad, de apreciar la existencia de daño reparable, sin necesidad, por tanto, de concretar en este momento el nivel de prosperabilidad de la pretensión ejercitada de forma incorrecta por el abogado, sino solo que existía alguna posibilidad de éxito.

Por eso, zanjaba el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de noviembre de 2007, respecto incluso del daño moral, que, *«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 efectiva afectación del derecho a la tutela judicial que le sirve de fundamento, lo que en modo alguno cabe admitir en el presente caso, en el que la misma parte demandante, aquí recurrente, reconoció el hecho que motivó el despido disciplinario del que fue objeto, admisión que incide negativamente en el resultado del juicio probabilístico que ha de preceder a la determinación de los daños morales por semejante causa»*; y, en el mismo sentido, en la reciente sentencia de 19 de noviembre de 2013, que, *«Por tanto, más allá de que los criterios para valorar cada clase de daños sean distintos, lo esencial de la doctrina expuesta es que dicha valoración es un paso posterior, que precisa de la imprescindible acreditación de la existencia del daño por la parte demandante perjudicada, ya se trate de daño patrimonial por pérdida de oportunidad respecto de una pretensión de contenido económico, ya de daño moral. En consecuencia, si, como ha sido el caso, el juicio sobre las posibilidades de éxito de la acción frustrada, cuando esta presenta un contenido económico, en orden a valorar también desde este punto de vista el daño patrimonial ocasionado por pérdida de oportunidad, arroja un resultado negativo, procederá el rechazo de la indemnización de ese daño material...»*.

En segundo lugar, que, una vez apreciada la existencia de daño reparable, y pasándose al momento de su calificación, la de daño material en su modalidad de lucro cesante solo es posible si la pretensión del cliente era económica, si buscaba una ventaja de contenido patrimonial mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza, de forma que el daño se identifica con el incremento patrimonial que, de haber actuado diligentemente su abogado, se tiene la certeza, o un alto grado de seguridad, que habría obtenido el cliente, ya que no debe confundirse un derecho de este con una mera expectativa de derecho (art. 1107 del CC), lo que, en definitiva, obliga a un «juicio dentro del juicio» más riguroso que el anterior de determinación de la existencia de daño reparable: ahora sí es necesario fijar el nivel de prosperabilidad de la pretensión ejercitada de forma incorrecta por el abogado, ya que, de faltar alguno de esos dos elementos —naturaleza económica de la pretensión y alto grado de certeza sobre un resultado favorable—, el daño a reparar será de carácter moral por la frustración que produce la «pérdida de oportunidad procesal».

Y, por último, y como se verá, que, se trate de daño patrimonial en la modalidad de lucro cesante, por ser económica la pretensión del cliente, o de daño moral, por ser de otra naturaleza (acción de filiación, divorcio...), el «juicio dentro del juicio» va a volver a ser necesario, y con un mayor grado de precisión que cuando se realizó para apreciar la existencia de daño, o de daño material en su

caso, a fin de valor uno u otro y cuantificar el importe de la indemnización a reclamar al abogado en concepto de reparación.

## II. NEXO DE CAUSALIDAD

La declaración de responsabilidad contractual pasa por acreditar que existe una relación de causalidad entre el incumplimiento contractual culpable del abogado y el daño ocasionado al cliente, de forma que pueda afirmarse que ese incumplimiento es la causa, o una de las causas, de este daño.

La afirmación del nexo de causalidad presenta cierta dificultad en materia de responsabilidad contractual del abogado, puesto que se trata de averiguar si su conducta negligente ha sido la causa de la desestimación de la pretensión, o de la estimación solo parcial, cuando una y otra proceden de un tercero, el órgano judicial, que además la formula tras conocer el posicionamiento de la parte contraria<sup>18</sup>.

Efectivamente, en materia de negligencia profesional del abogado, la apreciación del nexo de causalidad se desenvuelve en el plano, no de la causalidad física, o no tanto, sino de la llamada «imputación objetiva» o causalidad jurídica, que consiste en un proceso de valoración jurídica para determinar si, advertida una negligencia, el daño producido puede atribuirse a esa negligencia con arreglo a los criterios de imputabilidad derivados de las circunstancias que rodean el ejercicio de la profesión, desde el punto de vista de su regulación y de la previsibilidad del daño con sujeción a las reglas de la experiencia, así, señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 1998 que *«hay una clara imputación objetiva en el sentido de que dicho abogado causó un daño a los actores, recurridos en casación, con su actuación profesional consistente en presentar la reclamación de indemnización más allá del plazo de prescripción. A ello hay que sumar la imputación subjetiva a título de culpa...»*.

Criterio de «imputación objetiva» que reiteran y explican la sentencia de 1 de diciembre de 2008, *«Para que la conducta dañosa sea determinante de la responsabilidad civil del agente no es suficiente que exista una relación de causalidad física o fenomenológica entre su acción y el resultado producido, sino que es necesario que con arreglo a los mandatos positivos del legislador y a los principios extraídos del ordenamiento jurídico pueda inferirse la existencia de un criterio en virtud del cual ese resultado le sea objetivamente imputable, frente a otros factores concurrentes, por razones de proximidad, relevancia, frecuencia y aptitud de la conducta para originar el resultado dañoso en relación con las circunstancias y con el fin o bien jurídico protegido por la norma con arreglo a la cual aquella es exigible...»*; y la sentencia de 14 de julio de 2010, *«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 objetivamente, 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...»*.

Por su parte, hablan de una «relación de certeza objetiva» entre la negligencia profesional y el resultado desfavorable las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2008, 28 de junio de 2012 y 22 de abril de 2013, todas con cita de la sentencia de 14 de diciembre de 2005, y en las que además se afirma que existe esa relación cuando la negligencia consiste en una omisión, en un dejar de hacer, *«Es menester, en suma, que exista una relación de certeza objetiva entre el*

*incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre de forma señalada, entre otros, en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer las respectivas pretensiones o —cuando se trata de solicitar el abono de una indemnización por daños y perjuicios— la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales...».*

Ahora bien, en otras sentencias, el propio Tribunal Supremo aclara que una «relación de certeza absoluta» resulta imposible habida cuenta el tipo de daño —«pérdida de oportunidad procesal»— y que basta con probar que la actuación negligente del abogado ha producido una disminución de las oportunidades de éxito de la acción, o ha contribuido a su disminución en aquellos casos en que esa negligencia no sea la única causa del daño, debiendo establecerse entonces una equivalencia entre el grado de disminución/contribución y el de responsabilidad. Así lo explica en las sentencias de 23 de febrero, 27 de mayo y 14 de julio de 2010 y 22 de abril (núm. 283) y 5 de junio (núm. 374) de 2013, «*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 este sentido, los autores ponen de relieve que la teoría de la «pérdida de oportunidad» se aplica a supuestos de falta de prueba del nexo causal, a fin de distribuir el peso de la incertidumbre entre las dos partes implicadas y dar una solución equilibrada que pretende acomodarse a una «sensibilidad judicial a la que repugna que se exonere al agente dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado». Doctrina que, por tanto, no se aplica cuando la probabilidad es nula o insignificante, puesto que puede descartarse con práctica seguridad que haya nexo causal —no habiendo derecho a indemnización—, ni cuando es alta o suficiente, puesto que entonces puede tenerse por cierto el nexo causal, reconociéndose al dañado el derecho a la reparación total<sup>19</sup>.

Si, pese a la actuación negligente del abogado, el resultado adverso no es consecuencia de esa negligencia profesional, sino, por ejemplo, de la falta de colaboración del cliente o del descabellado criterio del órgano judicial, no existirá relación de causalidad entre el incumplimiento contractual del abogado y el resultado desfavorable, puesto que este también se habría producido de haber actuado el abogado con la diligencia debida, y, en consecuencia, no se generará responsabilidad contractual para el abogado incumplidor, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ese incumplimiento pueda conllevar (en materia de honorarios, por ejemplo, y de posible responsabilidad disciplinaria).

Así, dice el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 2010 que «*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*», lo que de forma similar ya estaba en la Sentencia de 22 de octubre de 2008 y reiteran las Sentencias de 23 de febrero, 31 de marzo y 27 de mayo de 2010, 28 de junio de 2012 y 22 de abril y 5 de junio (núm. 374) de 2013.

Efectivamente, señalaba la sentencia de 22 de octubre de 2008 que, «Finalmente, desde la perspectiva de la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, se observa que la procedencia o no del juicio de menor cuantía constituye una cuestión de orden público que debe ser resuelta de oficio por el juez, de no existir acuerdo de las partes sobre la valoración del proceso... Se pone así de relieve que la falta de acuerdo en la comparecencia, la intervención del perito para la valoración de los bienes y la dilación del momento de resolución a la sentencia implican la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia en el resultado dañoso de la conducta del Abogado en el plano de la imputación objetiva, pues son circunstancias que abren un margen de indeterminación relacionado con las dificultades de la defensa o el devenir del proceso y, por ende, el mero fracaso de la vía procesal elegida no es suficiente para considerar existente la responsabilidad por la que se reclama»; supuesto en el que, sin embargo, se considera que, no es que falte el nexo de causalidad, sino que no hay siquiera incumplimiento de las reglas de la *lex artis*, y desde luego no lo hay a título de dolo o culpa, desde el momento en que existe un «margen de indeterminación relacionado con las dificultades de la defensa o el devenir del proceso»<sup>20</sup>.

Las sentencias de 15 de febrero, 18 de julio y 22 de octubre de 2008, 23 de febrero, 31 de marzo, 27 de mayo y 14 de julio de 2010, 28 de junio de 2012 y 22 de abril y 5 de junio (núm. 374) de 2013 declaran que no puede apreciarse la existencia de nexo causal «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 ámbito del debate jurídico procesal y no atribuible directamente», si bien, no todas concluyen que existe «negligencia de su abogado», ya que en algunas se argumenta que no hay negligencia cuando la actuación del abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el ámbito del debate jurídico procesal cualquiera que sea el resultado<sup>21</sup>, sin perjuicio de que en otro caso, de actuación contraria a ese estándar, sí habrá negligencia<sup>22</sup>, pero puede que no haya responsabilidad si el resultado desfavorable debe entenderse como razonablemente aceptable en ese ámbito, dado que entonces, o no habrá daño —si no había posibilidad de éxito—<sup>23</sup> o, de haberlo, no podrá apreciarse una relación de causalidad en su vertiente jurídica de imputación objetiva.

La sentencia de 18 de julio de 2008 alude a un caso en el que, de existir encargo profesional —lo que se discute—, pudo haber incumplimiento contractual del abogado, pero, en todo caso, no hubo relación de causalidad, al derivar el resultado desfavorable de la actuación del cliente, «En este caso no puede establecerse la imputabilidad objetiva del resultado dañoso a los profesionales demandados, ya que el perjuicio irrogado al actor se deriva directamente de su contumaz conducta omisiva y de su empeño en desoír los diversos requerimientos de pago efectuados por el juzgado antes de culminar el procedimiento en la subasta del inmueble... Por tanto, aun aceptando la tesis de que los letrados no actuasen pese a habérseles encargado la defensa de sus intereses, tal y como asegura la parte actora, de la eventual conducta omisiva de los abogados no se deriva una relación de causa-efecto para la producción del daño, cuando el actor era conocedor en todo momento de la situación procesal en que se encontraba el asunto, bien personalmente, bien a través de edictos, y sabía que debía pagar la deuda que en todo momento reconoce tener con el Banco de Galicia. A mayor abundamiento... la intervención de los letrados no habría impedido la celebración de las subastas, sino exclusivamente el pago, la consignación de la deuda o la satisfacción extraprocesal por acuerdo con el ejecutante, lo cual ni siquiera intentó el actor»; por lo que, como también concluye la sentencia, debió apreciarse la no existencia siquiera de daño reparable, ya que la

posibilidad de éxito de la pretensión era nula y el resultado habría sido el mismo aún con una actuación profesional diligente (un acto no puede considerarse causa de un determinado evento si este hubiera ocurrido igualmente sin ese acto<sup>24</sup>).

La sentencia de 14 de julio de 2010 se refiere a un supuesto en el que hay actuación negligente —defectuosa identificación del acusado— y daño —resultado desfavorable— pero tampoco hay relación de causalidad habida cuenta la intervención de un tercero —Informe de la Inspección de Trabajo—, «*las consecuencias negativas derivadas del hecho de haber dirigido la acusación penal contra el propietario de la grúa y no contra su hijo, que efectivamente la manejaba, no puede imputarse al abogado, pues se aprecia la existencia de una dificultad objetiva en la determinación de contra quién debía dirigirse la demanda derivada de la intervención de un tercero dotado de especial autoridad, la Inspección de Trabajo, al elaborar el correspondiente informe en el que se identificaba al propietario como persona que manejaba la grúa. De esto se sigue que era razonable, en el marco de la discusión procesal, la posición procesal que adoptó el Abogado, confirmada por el hecho de que también fue seguida por el Ministerio Fiscal al ejercitar la acusación, como recoge la sentencia recurrida, y que el hecho de que hubiera fracasado la acción penal por defectuosa identificación del acusado, como expresión de un resultado negativo, no es suficiente para apreciar la existencia de responsabilidad*»; supuesto que también puede analizarse desde la perspectiva de no haber culpa del Abogado (o como mucho culpa leve), ya que su actuación se guio por «*la intervención de un tercero dotado de especial autoridad, la Inspección de Trabajo*», que no era previsible que fuera erróneo.

Otro ejemplo lo constituye la sentencia de 27 de mayo de 2010, en la que también hay negligencia —extemporánea interposición de recurso— y daño —resultado desfavorable—, el cual tampoco puede imputarse objetivamente al abogado, también por la intervención de un elemento extraño —distinta interpretación de la Sala que no era previsible—, «*La extemporánea interposición del recurso de reforma obedece, según la sentencia recurrida, en una argumentación que no ha sido desmentida por la parte recurrente, a la existencia de una nueva interpretación por parte de la Sala a quien el recurso se dirigía, por lo cual debe entenderse que la no-admisión no resulta inaceptable en el seno de las incidencias propias de un debate procesal...*»<sup>25</sup>. Ahora bien, en relación con otras dos actuaciones del abogado que también son objeto de esta sentencia, no parece que se trate de una ausencia de nexo causal, pese a que la sentencia insista en la falta de imputación objetiva, sino de inexistencia de incumplimiento contractual (o incluso de daño en el primero), así, continúa que, «*una vez desestimada la demanda en primera instancia, resultaba razonable agotar todas las posibilidades en la segunda alegando también la responsabilidad de los médicos, aunque fueran escasas las posibilidades de lograr su condena. En suma, la falta de imputabilidad objetiva del resultado producido al abogado, demostrado en este caso por el hecho de que dicho resultado es aceptable en el marco de las incidencias propias del debate procesal, determina la desestimación del motivo de casación en este punto*», y que «*la no-presentación de la cinta magnetofónica en el proceso civil resulta aceptable en el marco de la orientación de la defensa y de las incidencias del debate procesal y esta circunstancia determina la desestimación del motivo de casación en este punto*».

### III. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

La distinta naturaleza del daño, moral o patrimonial, conlleva una distinta valoración del mismo y cuantificación de la indemnización reparadora<sup>26</sup>.

## 1. DAÑO MORAL

En una primera etapa, cuando se consideró que el daño ocasionado por la negligencia del abogado —«pérdida de oportunidad procesal»— era en todo caso de naturaleza moral —pérdida de expectativa creada por el cliente sobre el éxito de su pretensión—, la indemnización para su reparación había de calcularla el Juez de manera discrecional como un tanto alzado que no tenía, ni debía, coincidir con la cuantía del asunto o procedimiento iniciado para su defensa, luego perdido por el actuar negligente del abogado, puesto que el resultado de ese asunto o procedimiento se presentaba incierto, careciendo de sentido, como se ha visto, que en el procedimiento de responsabilidad del abogado se entrara en «el juicio dentro del juicio» para conocer el grado de prosperabilidad de la pretensión del cliente de haberse defendido correctamente y lo que este había dejado de ganar por culpa de su abogado<sup>27</sup>.

Con la indemnización, se decía, no se puede pretender sustituir lo que el cliente podría haber conseguido si su Abogado hubiera defendido su asunto con la diligencia debida, puesto que acertar su resultado es algo imposible; con la declaración de responsabilidad lo único que se persigue es reparar el quebranto o perjuicio moral que sufre el cliente que pierde una oportunidad procesal y ve vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por la conducta de su abogado, que bien puede calcular el Juez sin necesidad de articular un juicio de probabilidad de buen éxito de la acción frustrada, y aunque esta tuviera carácter económico, dado que, al fin y al cabo, lo que se indemniza es la pérdida procesal en sí misma, la frustración de una expectativa que se había creado el cliente sobre su asunto, que siempre es de éxito, independientemente de cuál hubiera podido ser el resultado, y aunque este se presentara adverso.

Falta de certeza propia del daño moral que justifica el amplio margen de discrecionalidad que se concede al órgano judicial a la hora de valorar su importancia y la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta, además, que, salvo exclusión legal, todo daño moral cierto debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima<sup>28</sup>, lo que conlleva, como ventaja, que siempre hay indemnización, y, como inconveniente, que su importe puede resultar muy desajustado, puesto que, ante la inexistencia de pautas para su cálculo, queda a la muy subjetiva apreciación, primero del cliente, cuando lo cuantifica en su demanda, y luego del órgano judicial, cuando de forma discrecional lo establece en su sentencia. Valoración «libre y razonable» de los Jueces<sup>29</sup>, al margen del valor de la pretensión, que se ha calificado de arbitraria, sobre todo cuando la pretensión ha tenido naturaleza económica, y en los numerosos casos en los que las sentencias no han especificado los criterios utilizados para calcular la indemnización, que por ello se ha entendido realizada a «ojo de buen cubero», so pretexto de la discrecionalidad y equidad judicial (con infracción, también, de la exigencia de motivación de los fallos judiciales)<sup>30</sup>.

Dice el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de julio de 2005, que *«Resulta así que la indemnización procedente no puede cifrarse, como inicialmente postula el recurrente, en la valoración del hipotético daño sufrido al no llegar a obtener sentencia favorable a sus intereses por la resolución de fondo del recurso —resultado incierto en cuanto pendería de la estimación o desestimación final del mismo, fuera de los casos de notorio error en la resolución recurrida— sino en el perjuicio o daño moral sufrido por la pérdida de la oportunidad procesal que comporta la posibilidad legal de acudir a una instancia superior para mantener determinadas pretensiones que se consideran de justicia; perjuicio que en el caso presente la Sala*



valora prudencialmente por todos los conceptos en la cantidad de doce mil euros, a cuyo pago ha de ser condenado el demandado»<sup>31</sup>.

Y, en sentencia de 28 de enero de 2005, ante la queja de la parte recurrente de no haber aplicado el Tribunal de instancia el criterio de valoración de las posibilidades de éxito de la pretensión para cuantificar el daño moral, que su aplicación no es necesaria, «Se dice en el motivo que dichas sentencias han venido a establecer unas bases, que permiten valorar o cuantificar la exactitud y realidad de tales daños, consistentes en valorar las posibilidades de éxito, valoración que se dice por la recurrente ser necesaria y a la que no ha procedido el Tribunal de instancia... Reclamada la indemnización pedida en la demanda en concepto de reparación del daño moral, la misma procede sin necesidad de acudir a realizar un juicio sobre la prosperabilidad del recurso de casación que no llegó a formalizarse»; innecesariedad en la que insiste al final de ese año, en la sentencia de 14 de diciembre de 2005<sup>32</sup>.

## 2. DAÑO MORAL Y DAÑO MATERIAL

En una segunda etapa, cuando para calificar el daño reparable —«pérdida de oportunidad procesal»— se avanzó en el sentido de atender a la naturaleza de la pretensión en juego —económica o no— y a su grado de probabilidad de éxito —alto o bajo—, fue posible distinguir un daño material en la modalidad de lucro cesante de un daño moral. El material, identificado con los intereses económicos dejados de ganar por la conducta negligente del abogado, solo puede admitirse cuando la pretensión es económica y contaba con un alto índice de probabilidad de éxito en el caso de haberse ejercitado correctamente, mientras que, en otro caso, de pretensión no económica, o económica pero con pocas probabilidades de éxito, el daño reparable seguirá siendo moral —sin perder de vista que no hay daño reparable, ni siquiera moral, cuando no existe una oportunidad procesal cierta—.

El daño moral continuó valorándose por el Juez de forma discrecional sin necesidad de un juicio de prosperabilidad de la acción frustrada, puesto que, como dice la STS de 27 de julio de 2006, aquel «no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia inveteradamente viene poniendo de manifiesto. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas»; y ausencia de juicio de prosperabilidad que se justificaba incluso si la pretensión era económica, puesto que lo que se reparaba era la desazón del cliente por perder o ver disminuidas sus personales y muy subjetivas expectativas de éxito, aunque en realidad estas fueran mínimas o inexistentes.

Sin embargo, la valoración del daño material como lucro cesante exige determinar el grado de prosperabilidad de la acción frustrada, si bien, va a servir «el juicio dentro del juicio» ya realizado para afirmar que se trata de un daño material, basado en «la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado», pudiendo llegar a coincidir el importe de la indemnización de ese daño material con el de la pretensión malograda si el órgano judicial llega a la convicción que, de no haber sido por la negligencia del abogado, la pretensión habría sido estimada en su totalidad, y debiendo, en otro caso, reducir prudencialmente su

importe en función del grado de prosperabilidad de éxito de la pretensión y de los intereses realmente afectados. Se trata, en definitiva, de resarcir al cliente por la totalidad de la prestación perdida por culpa de su abogado (art. 1106 del CC), pero con la posibilidad de moderación del *quantum* indemnizatorio que se concede al órgano judicial (art. 1103 del CC).

Así, dice el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de marzo de 2006, que, *«en supuestos de daños materiales, como son los aquí reclamados, esta Sala ha fijado el quantum indemnizatorio en lo dejado de percibir o que pudiera haberse obtenido, de no mediar la conducta negligente del abogado o procurador, así en sentencias, entre otras, de 17 de noviembre de 1995, 28 de enero y 3 de octubre de 1998, pero siempre cuando la existencia del daño, atendidas las circunstancias, se revelaba de forma patente e indiscutible»*; en sentencia de 27 de julio de 2006, que *«El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, como si de este se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto»*; y, en sentencia de 21 de junio (núm. 728) de 2007, que *«procede dictar el pronunciamiento que corresponda, fijando la cuantía de la indemnización en función del concreto quebranto económico experimentado por el actor a results de la conducta incumplidora del demandado, valorado con arreglo a una prudente previsión probabilística acerca de las posibilidades del buen éxito de las actuaciones ejecutivas emprendidas para el cobro del crédito del actor...»*.

La sentencia de 29 de mayo de 2003 parte de distinguir los dos tipos de daños y de indicar el criterio de valoración que es propio de cada uno, para a continuación calificar el daño en cuestión de moral —se responde negativamente a la pregunta que la propia sentencia se hace—, lo que impide que la indemnización coincida con el importe de la pretensión del cliente no ejercitada por su abogado y que aquella haya de establecerse de forma discrecional —según se razona de forma coherente, por el momento—, *«cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del abogado, ¿puede o no —o tiene o no— que realizar ese órgano judicial una «operación intelectual» consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo? Si contestamos afirmativamente a esta pregunta, el juzgador podrá condenar al abogado a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito (prosperabilidad que suelen decir los Tribunales) que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos. Si la respuesta es negativa, el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para este ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido»*<sup>33</sup>.

Si bien, también se aprecia en estas primeras etapas una mezcla de conceptos y de criterios de valoración:

Ejemplo es la sentencia de 28 de enero de 1998, *«nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida, pero el profesional, con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de conseguirla, con lo que, además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener*

la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE, al quedarle coartada por la prescripción o caducidad. Como indemnización del daño es correcta la condena a aquella prestación que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener»<sup>34</sup>. La descripción del daño que hace la sentencia responde al concepto de daño moral, aunque no lo califica así, y tampoco de daño material. Pero la indemnización que establece, coincidente con el valor de la prestación perdida, se adivina consecuencia de haber aplicado el criterio de prosperabilidad propio del daño material, al que, sin embargo, no se refiere la sentencia, que, de hecho, no alude a ningún criterio o motivo para la fijación de su importe, y cuando —como ya se ha argumentado—, en el caso analizado por esa sentencia se estaba ante un daño material cierto, dada la naturaleza económica de la pretensión y la seguridad de un resultado favorable, ya que el incumplimiento del abogado consistió en presentar fuera de plazo ante el FOGASA la solicitud de pago de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por sentencia firme, organismo que con seguridad las habría pagado<sup>35</sup>.

Otro ejemplo lo constituyen las sentencias del Supremo que ponen de relieve la práctica habitual de los Tribunales de instancia de calificar como daños morales auténticos daños patrimoniales en su modalidad de lucros cesantes acreditados para indemnizarlos conforme al criterio de la libre discrecionalidad judicial, que corrigen en el sentido de aplicar a los daños materiales el criterio de la prosperabilidad de la acción frustrada (aunque en su aplicación también se aprecia cierto margen de discrecionalidad), así, dice la STS de 27 de julio de 2006 que *«la sentencia de instancia aplica el criterio de la libre discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que, aun teniendo relación en su origen con la privación del ejercicio de un derecho fundamental, no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia, acerca de la pérdida de oportunidades padecida en función de las posibilidades de buen éxito del recurso interpuesto en relación con el interés económico objeto de la reclamación... Para la fijación del importe de la indemnización debe efectuarse una previsión en relación con las posibilidades de éxito de la acción impugnatoria... Desde esta perspectiva, la naturaleza del asunto, las características limitadas del recurso de casación en el ámbito Contencioso-Administrativo, y el examen del dictamen del Colegio de Abogados, conducen a la conclusión de que el recurso, aunque ni siquiera con el carácter presuntivo con que necesariamente debe realizarse esta valoración puede afirmarse que fuera a ser desestimado, tenía escasas posibilidades de éxito... Atendidos estos antecedentes y consideraciones, esta Sala estima procedente conceder una indemnización similar a la otorgada en supuestos similares de escasas posibilidades de procedibilidad del recurso y por ello la fija en la cuantía de 12.000 euros»*.

Corrección y aclaración de conceptos y criterios en las que insisten las sentencias de 27 de octubre de 2011, 28 de junio de 2012 y 22 de abril, 5 de junio (núm. 373) y 19 de noviembre de 2013, *«No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales...)»*.

Ahora bien, añaden todas esas sentencias, y algunas más, que, *«Mientras todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca*

*desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente»<sup>36</sup>.*

Declaraciones que admiten alguna matización. De un lado, todo daño cierto, cualquiera que sea su naturaleza —moral o patrimonial—, ha de ser indemnizado aunque sea en una cuantía mínima, abriéndose en ambos tipos un abanico de posibles cuantías, cuya determinación derivará de la aplicación a cada tipo de daño del criterio de valoración que le es propio por su naturaleza, de discrecionalidad judicial en el daño moral y de prosperabilidad de la acción frustrada en el daño material (con esta incompatibilidad al menos por el momento), y pudiendo coincidir, en el caso de daño material, el importe de la indemnización con el de la pretensión económica perdida si hay certeza sobre su resultado favorable. Y, de otro, si, como indican todas esas sentencias, *«la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad»*, no es que, como concluyen, *«el daño patrimonial debe considerarse inexistente»*, sino que no hay daño reparable, que exige la existencia de alguna posibilidad de éxito.

La apreciación de la existencia de daño reparable debe ser previa a su calificación como moral o material, lo que, por otro lado, quedaba muy claro en la STS de 27 de julio de 2006, *«El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado»*, y recogen, incluso, algunas de las antedichas sentencias en otro momento de su redacción, así, afirman las de 22 de abril (núm. 283) y 5 de junio (núm. 374) de 2013 que *«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»*.

### 3. CRITERIO DE PROSPERABILIDAD DE LA ACCIÓN FRUSTRADA

El desajuste que puede existir en la reparación del daño moral, y la necesidad de dar respuesta al principio *restitutio in integrum* que constituye el pilar del Derecho de daños ante cualquier daño reparable, han impulsado una nueva orientación que afecta a los dos tipos de daños.

En cuanto al daño moral, se defiende la necesidad de realizar un cálculo prospectivo de oportunidad de buen éxito de la acción —propio hasta ahora del daño material—, ya que la dificultad de ese juicio de valor —«juicio dentro del juicio»— no debe jugar en contra del cliente perjudicado por la negligencia de su abogado, que precisamente ha sido la que ha impedido determinar el grado de prosperabilidad de la acción frustrada, de forma que: de ser económica la pretensión y tener pocas probabilidades de éxito —puesto que de ser altas el daño sería material—, la cuantía de la indemnización por daño moral debe aproximarse al valor económico de la pretensión frustrada en función del grado de prosperabilidad que esta presente; grado de probabilidad de éxito que también se tendrá en cuenta cuando la pretensión no tenga carácter económico, pese a que no haya referencia pecuniaria sobre la que aplicarlo; solo cuando no se acierte a

determinar el grado de probabilidad de éxito de la pretensión —por encima de un mínimo que justifica la existencia de daño reparable—, el importe de la indemnización quedará al muy prudente arbitrio del órgano judicial, que, en cualquier caso —también en los dos primeros—, habrá de tener en cuenta todos los aspectos que sirvan para acordar una indemnización justa, tales como la naturaleza de la pretensión, su importancia económica, la gravedad del incumplimiento y su influencia en el resultado, el propio resultado..., los cuales además habrá de indicar en la sentencia a fin de dar cumplimiento a la exigencia de motivación.

Criterio de prosperabilidad de la acción frustrada para valorar el daño moral que ya estaba en la temprana STS de 16 de diciembre de 1996, «*si bien esa indemnización no puede consistir en lo que los actores hubieran podido percibir como indemnización de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del esposo y padre de los actores en el procedimiento en que se dio la actuación negligente a que se contrae este litigio, trasponiendo a este pleito aquella indemnización como hace la Sala «a quo» mediante un estudio de la acción que no llegó a prosperar al ser estimada la excepción de prescripción, sí pueden ser examinadas las posibilidades de que la acción, caso de haber sido temporáneamente ejercitada, hubiese prosperado y partiendo de ello y atendida la cuantía litigiosa así como la causa de que la demanda no llegase a ser examinada en cuanto al fondo del asunto, fijar la indemnización procedente*»<sup>37</sup>.

Y en el que insisten las sentencias de 9 de marzo y 27 de octubre de 2011, «*En aplicación de esta doctrina, resultaría atendible en abstracto la afirmación del recurrente en el sentido de que la sentencia de apelación limita la indemnización por la negligencia profesional del abogado al daño moral cuando la jurisprudencia reconoce la indemnización del daño moral y del daño material en base a la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado. Sin embargo, aunque la sentencia de apelación califica como daño moral el perjuicio padecido no puede afirmarse que no haya tenido en cuenta la pérdida de oportunidades de obtener un beneficio patrimonial. Antes bien, la sentencia de apelación sigue los criterios de la sentencia de primera instancia, en la cual se valoran, entre otros extremos, la “gravedad de los hechos enjuiciados” y “la imposibilidad del principal perjudicado de sostener la acusación contra el responsable”*»; y, de forma más general, las sentencias de 23 de febrero, 27 de mayo y 14 de julio de 2010 y 22 de abril (núm. 283) y 5 de junio (núm. 374) de 2013, «*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*», pero «*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*».

En cuanto a los daños materiales, también se advierte una mayor exigencia a la hora de cuantificar la indemnización, en el sentido de tener que determinar el órgano judicial, no solo un grado, sino un porcentaje concreto de prosperabilidad de la acción frustrada tras realizar «el juicio dentro del juicio», que será el que se aplique sobre el valor pecuniario de esa pretensión para calcular la indemnización, hasta el punto que, de no haberse calculado por el Tribunal de instancia ese porcentaje, el Tribunal Supremo ha establecido el importe de la indemnización en la mitad del importe del asunto en cuestión, por considerar que, al no haberse razonado de otra forma, no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso fuera superior al de posibilidades de éxito.

Así, dice en su sentencia de 5 de junio (núm. 373) de 2013 que, «*De lo expuesto, resulta que el daño consistió en la frustración de la acción judicial. Tras*

constatar la pérdida de oportunidad procesal, deben analizarse las posibilidades de éxito de la demanda de retracto. En el supuesto de autos no puede desconocerse que la acción de retracto era perfectamente viable como reconoció la sentencia recurrida, pero la AP no fijó un porcentaje concreto de posibilidades de éxito de la acción de retracto. Tan solo hizo referencia a los hipotéticos motivos de oposición que hubieran podido formular los demandados, no obstante, redujo el importe de la indemnización concedida por la sentencia de 1.ª Instancia de 200.199,08 euros a 50.000 euros. De lo expuesto resulta que, al no fijarse por la AP un porcentaje de posibilidades y aludir genéricamente a la incertidumbre del proceso, después de haber afirmado la viabilidad de la acción, esta Sala considera procedente la revisión de la cuantía de la indemnización concedida por la pérdida de oportunidad derivada de la actuación negligente del abogado demandado, valorando el perjuicio causado en la suma de 100.099,54 euros, es decir, el 50% de la cifra concedida por el Juzgado de 1.ª Instancia, a tenor de la apreciación de las posibilidades del éxito de la acción, pues, respetando la valoración fáctica hecha por la Audiencia Provincial no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso sea superior al de posibilidades de éxito de la acción en el supuesto de que hubiera sido entablada»; como ya lo había hecho en la sentencia de 22 de abril de 2013<sup>38</sup>.

#### 4. IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN

El abogado responde del daño causado al cliente que sea consecuencia de su ejercicio profesional.

En ese daño va a estar incluida, como primera partida, manifestación de un daño material en su modalidad de daño emergente, el importe de las costas y demás gastos en los que haya incurrido el cliente como consecuencia de la falta o mala actuación de su abogado, siendo habitual que también se incluyan los honorarios pagados a este, que, sin embargo, son ajenos a la responsabilidad contractual, al pertenecer a la teoría general del contrato —incumplimiento de obligaciones y resolución del mismo—, ya que, frente a la obligación principal del abogado de ejecutar el asunto encomendado conforme a las exigencias de la *lex artis*, está la obligación, también principal, del cliente de pagar al abogado los honorarios generados por esa actividad, no habiendo derecho a honorarios si aquel no cumplió su obligación, y habiendo de disminuirse su importe si la cumplió de forma defectuosa.

A continuación habrá de calificarse el daño por «pérdida de oportunidad procesal» como un daño material o moral y cuantificarse la indemnización conforme a los criterios que le son propios.

Si la calificación es de daño moral, hay que tener en cuenta que el artículo 1101 del Código Civil se refiere a cualesquiera daños derivados del incumplimiento contractual y que, aunque el artículo 1106 del mismo texto parece limitar el alcance del daño indemnizable a «la pérdida que haya sufrido» —daño emergente— y a «la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor» —lucro cesante—, es decir, a los daños patrimoniales, no prohíbe que se indemnice el daño moral derivado de un incumplimiento contractual<sup>39</sup>, encontrándose en el artículo 1107, también del Código Civil, las condiciones que ha de reunir cualquier daño, también el moral, para ser indemnizable.

Así, el daño indemnizable por incumplimiento contractual ha de ser imputable objetivamente al deudor —el artículo 1107 dice que sea «consecuencia necesaria» de su incumplimiento—<sup>40</sup> y previsible «al tiempo de constituirse la obligación»



si el deudor incumple «de buena fe», puesto que el incumplidor «doloso» también responde de los no previsibles, pero requisito que se viene entendiendo en el sentido de que también es indemnizable el daño que se previó o se pudo prever después de constituirse la obligación pero antes de producirse el incumplimiento.

Ahora bien ¿se pueden reclamar ambos daños, moral por la pérdida de una oportunidad procesal y material por la pérdida de una ganancia segura?

No parece que se pueda hacer de manera conjunta o acumulativa. Ambos tienen su origen en la «pérdida de una oportunidad procesal», pero en el caso del daño material esa pérdida se concreta en un lucro cesante, que es lo indemnizable —«*perjuicio patrimonial por pérdida de oportunidad*» dice el Supremo en sus recientes sentencias— y que absorbe al daño moral consistente en la pérdida de una mera expectativa procesal —en el material, no solo se ha perdido la oportunidad de obtener una ganancia, sino que se ha perdido esa ganancia—.

Pero sí se puede, y debe, hacerse de forma subsidiaria cuando se crea estar ante un daño material, reclamado entonces como principal y como subsidiario el daño moral, ante el temor que el Juez no estime segura (o casi segura) la pérdida de la ganancia, ante la posibilidad de que, a lo largo del juicio de responsabilidad contra el abogado, el éxito de la acción frustrada de carácter económico presente un bajo nivel de prosperabilidad, lo que impedirá apreciar la existencia de un daño material, no así de uno moral.

Reclamación subsidiaria, con todas sus exigencias, de alegación y prueba, que a veces se olvida, pero que se puede entender incluida si se realiza una petición genérica de indemnización por daño, no cuando haya referencia solo al daño material (art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Así, dijo la STS de 28 de julio de 2003 que «*La delimitación conceptual y cuantitativa de la demanda resulta trascendente para la determinación del objeto del proceso y los términos del debate. Así lo entendió el juzgado de primera instancia —«no se reclama la indemnización correspondiente a la estimación valorativa de la zozobra, inquietud anímica, o desazón psíquica, como expresión de daños morales, que le causara el cierre a la casación de la tercería sostenida, sino la valoración económica de las fincas reivindicadas en la tercería dominical»— y así lo acepta la resolución recurrida —«es claro que la acción entablada no persigue, como acertadamente se dice en la sentencia apelada de esta litis, una indemnización por la privación de la expectativa de una eventual resolución favorable del recurso de casación, a modo de resarcimiento de un daño moral, sino la obtención por esta vía de lo que se estaba perdiendo por la de las tercerías interpuestas»—. En el recurso no se ataca adecuadamente esta argumentación, que es «ratio decidendi», y se razona que la indemnización por daño moral es procedente en supuestos como los que se enjuician, alegación que no resulta contraria a la apreciación de las sentencias de instancia, las cuales —con cabal acierto— no dicen que no quepa la indemnización del daño moral, sino que no cabe examinarla en el caso porque no se ha pedido...»;* en lo que insiste la sentencia de 22 de abril de 2013, «*Y, por último, se confirma la denegación de la indemnización correspondiente al daño moral, pues no fue acreditado en el momento procesal oportuno*».

Y tampoco hay inconveniente en reclamar ambos de forma acumulativa, el daño material, por tener naturaleza económica la pretensión y un alto grado de probabilidad de éxito si se hubiera ejercitado de forma correcta, y el daño moral en su originaria acepción, por cualquier otro perjuicio psíquico que haya sufrido, y pueda acreditar, el cliente por el incumplimiento contractual de su abogado —no ya por la pérdida de oportunidad procesal, embebida en el daño material—, siempre que, conforme a la teoría general del daño moral, este sea relevante,

suponga un perjuicio adicional más allá de las frustraciones o molestias que sufre todo acreedor al ver insatisfecho su interés por el incumplimiento del deudor, puesto que el riesgo de que se produzca el incumplimiento de la obligación y se generen esas consecuencias va implícito en toda relación contractual y así lo asume el acreedor, que por eso no puede reclamar una indemnización, y una vez que, por regla general, el contrato contempla intereses de naturaleza fundamentalmente económica, lo que conlleva que la indemnización por incumplimiento se limite a los daños de naturaleza patrimonial<sup>41</sup>; y daño moral independiente al que podría estar refiriéndose la STS de 19 de noviembre de 2013, «...procederá el rechazo de la indemnización de ese daño material, decisión que, sin embargo, no excluirá la indemnización del daño moral que se demuestre existente como tal y que pueda vincularse causalmente con el acto negligente del abogado demandado... No alega el demandante, ni ha probado, haber sufrido un daño moral inherente a la mera privación de acceso a los recursos en sí misma considerada... estando en juego una pretensión de contenido económico (la indemnización por las lesiones sufridas), el daño que ha de concurrir para apreciar la responsabilidad civil contractual del letrado es el perjuicio patrimonial por pérdida de oportunidad, cuya fijación como cierto exige examinar en este caso —como consta que hizo el tribunal de apelación— la viabilidad de la acción frustrada en vía de recurso, puesto que no se ha probado la realidad de un daño moral independiente de esa pérdida de oportunidad procesal».

#### IV. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Cuando el abogado incumple, o cumple de forma defectuosa, alguna de las obligaciones que conforman el contenido obligacional del contrato celebrado con el cliente incurre en un supuesto de responsabilidad contractual que el Código Civil regula en sus artículos 1101 y sigs., lo que recuerda el artículo 546.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, «Los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda», y el artículo 78.2 del Estatuto General de la Abogacía Española<sup>42</sup>, pese a lo innecesario de esta declaración, puesto que esta norma no puede modificar el régimen legal de responsabilidad civil, «Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia...».

Es unánime la consideración de que el daño que sufre el cliente es de naturaleza contractual, ya que contractual es la relación jurídica que le une con su abogado en cuyo seno se produce el daño. Dice la STS de 23 de julio de 2008 que «El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual», calificación que llega, entre otras, a la sentencia de 5 de junio (núm. 374) de 2013, que además añade que «Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido... una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva

y por ello un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 del Código Civil».

Pese a la naturaleza contractual del daño, ha habido demandas de responsabilidad del abogado que se han formulado por vía de la responsabilidad extracontractual (art. 1902 del CC), lo que, sin embargo, y hasta la entrada en vigor de la LEC 1/2000, no ha impedido su conocimiento por los órganos judiciales conforme a la doctrina de la «unidad de la culpa civil», como ocurrió en el supuesto analizado por la STS de 27 de febrero de 2006, en el que el actor citó el artículo 1902 del Código Civil, «con lo que parece querer derivarse al ámbito de la responsabilidad extracontractual o «aquiliana» una reclamación que claramente se sitúa en el ámbito de la responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones derivadas de la relación de arrendamiento de servicios que existe entre abogado y cliente».

Efectivamente, conforme a esa doctrina, el Juez determinaba el tipo de responsabilidad de que se trataba sin estar vinculado por la calificación indicada en la demanda, o incluso si no aparecía ninguna, sin que esto supusiera incongruencia por alteración de la *causa petendi*, limitada únicamente a los hechos de la demanda, que necesariamente había de respetar el órgano judicial. Pero ese planteamiento ha cambiado con la vigente LEC, puesto que el Juez está ahora vinculado, no solo por los hechos, sino también por los fundamentos de derecho de la demanda, aunque puede aplicar normas jurídicas que no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (arts. 218.1 y 400).

Distinto es que el abogado incurra en responsabilidad extracontractual con motivo de su ejercicio profesional —posibilidad que olvida el artículo 78 del EGAE—, lo que ocurrirá cuando actuando en defensa de los intereses de su cliente lesione los de un tercero, sea la parte contraria, su abogado, el órgano judicial, un perito, un testigo..., con los que por tanto no mantiene una relación jurídica de naturaleza profesional (así, por ejemplo, el abogado que con motivo de las expresiones contenidas en la demanda que formula en nombre de su cliente vulnera el derecho a la imagen profesional del abogado de la parte contraria), siendo también posible que con su conducta cause dos daños, uno al cliente, de naturaleza contractual, y otro a terceros, de naturaleza extracontractual (así, por ejemplo, el abogado que incumple su obligación de secreto profesional y con la revelación lesiona los intereses de su cliente y de los familiares de este).

En alguna ocasión se ha calificado de extracontractual la responsabilidad que surge para el abogado que causa un daño a su defendido cuando entre ellos no media un contrato oneroso, porque su actuación responda, por ejemplo, a relaciones de amistad o parentesco sin contraprestación<sup>43</sup>.

Sin embargo, no parece que la falta de precio saque el daño causado al defendido de la órbita contractual, puesto que entre el Abogado y el defendido existe una relación jurídica de carácter profesional; el defendido no es un tercero ajeno a la prestación de servicios del abogado, ni el daño deriva del incumplimiento del genérico deber de *neminem laedere*, sino que el daño deriva de un incumplimiento de su obligación de ejercicio de la Abogacía conforme a las exigencias de la *lex artis*, ejercicio que siempre es de parte, en defensa de los intereses del patrocinado —y en este sentido cliente—, entre los que por tanto existe una relación jurídica previa de la que surge la obligación para el abogado de actuar en su interés, de forma que el daño ocasionado a aquel por incumplimiento de esta obligación mantiene su calificación de daño contractual pese a que el abogado no reciba una contraprestación; y ausencia de precio que puede entenderse como una renuncia al mismo, lo que no desnaturaliza la relación jurídica contractual.

Y relación jurídica de carácter profesional que también existe cuando el defendido se asigna al abogado a través del servicio del Turno de Oficio de su Colegio de Abogados, esto es, cuando el encargo profesional de defensa proviene, no del sujeto a defender, sino de la Administración, que será la que retribuya sus servicios profesionales, porque tampoco en este caso el daño que pueda causar a su patrocinado deriva del incumplimiento del genérico deber de *neminem laedere*, sino del incumplimiento de sus obligaciones profesionales para con el justiciable —y en este sentido también cliente—<sup>44</sup>; las obligaciones del abogado para con su defendido son siempre las mismas, haya aquel contratado sus servicios o haya sido asignado por Turno de Oficio, y su incumplimiento genera en ambos casos una responsabilidad de tipo contractual. En este sentido, las SSTs de 12 de diciembre de 2003 y 19 de noviembre de 2013 revisan la actuación profesional de sendos abogados designados en Turno de Oficio desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, con cita expresa del artículo 1101 del Código Civil.

## V. CONCLUSIONES

I. El daño reparable derivado del incumplimiento contractual culpable del abogado, siempre que le sea imputable objetivamente, se identifica con la «pérdida de una oportunidad cierta».

II. El «juicio dentro del juicio» como procedimiento para valorar el grado de prosperabilidad de la acción no ejercitada por el abogado, o ejercitada de forma no ajustada a la *lex artis*, se presenta ineludible para apreciar la existencia de daño reparable en los términos del artículo 1101 del Código Civil, puesto que solo habrá daño reparable si la pretensión no ejercitada o ejercitada mal tenía alguna, aunque mínima, posibilidad de éxito de haberse ejercitado correctamente.

III. Cuando la pretensión es de contenido económico, el «juicio dentro del juicio» como procedimiento para determinar el grado de prosperabilidad de la acción no ejercitada, o ejercitada de forma incorrecta por el abogado, vuelve a ser necesario para apreciar la existencia de un daño patrimonial en la modalidad de lucro cesante, puesto que solo lo habrá cuando la probabilidad de éxito sea alta, cuando se llegue a la certeza, o a un alto grado de convicción, que la acción, de haberse ejercitado conforme a las exigencias de la *lex artis*, habría sido estimada. A falta de alguno de esos dos elementos, carácter económico de la pretensión y alto grado de prosperabilidad, el daño a reparar será de naturaleza moral.

IV. De la actuación negligente de un abogado pueden derivar dos tipos de daños: moral por la pérdida de una oportunidad procesal cierta y patrimonial en la modalidad de lucro cesante cuando esa pérdida de oportunidad procesal se concreta, por la naturaleza económica de la pretensión y el alto nivel de prosperabilidad de la acción frustrada, en la pérdida de una ganancia segura (o casi segura). De apreciarse la existencia de daño material, este absorbe al daño moral.

V. Todo daño cierto, sea de naturaleza moral o patrimonial, ha de ser indemnizado aunque sea en una cuantía mínima, abriéndose en ambos tipos un abanico de posibles cuantías, cuya determinación derivará de la aplicación a cada tipo de daño del criterio de valoración que en principio le es propio por su naturaleza, de discrecionalidad judicial en el daño moral y de prosperabilidad de la acción frustrada en el daño material.

VI. En cuanto sea posible, en el criterio de «discrecionalidad judicial» propio del daño moral ha de integrarse el «criterio del grado de prosperabilidad de la acción frustrada» propio del daño material, a través del «juicio dentro del

juicio», a fin de evitar la arbitrariedad judicial en la valoración del daño moral y cuantificación de la indemnización; en todo caso, la sentencia habrá de indicar los motivos y aspectos tenidos en cuenta para determinar el importe de la indemnización.

VII. Para valorar el daño patrimonial y cuantificar la indemnización se aplicará el «criterio del grado de prosperabilidad de la acción frustrada», a través del «juicio dentro del juicio», con una mayor rigurosidad, puesto que habrá de fijarse un porcentaje concreto de prosperabilidad de la acción, que será el que se aplique sobre el valor económico de la pretensión para calcular la indemnización, sin perjuicio de la facultad judicial de moderación del *quantum* indemnizatorio.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 25 de junio de 1984
- STS de 5 de junio de 1985
- STS de 17 de septiembre de 1987
- STS de 15 de junio de 1992
- STS de 17 de noviembre de 1995
- STS de 20 de mayo de 1996
- STS de 21 de octubre de 1996
- STS de 16 de diciembre de 1996
- STS de 11 de noviembre de 1997
- STS de 28 de enero de 1998
- STS de 25 de marzo de 1998
- STS de 25 de junio de 1998
- STS de 3 de octubre de 1998
- STS de 26 de enero de 1999
- STS de 14 de mayo de 1999
- STS de 8 de febrero de 2000
- STS de 23 de mayo de 2001
- STS de 30 de diciembre de 2002
- STS de 29 de mayo de 2003
- STS de 7 de abril de 2003
- STS de 8 de abril de 2003
- STS de 28 de julio de 2003
- STS de 12 de diciembre de 2003
- STS de 28 de enero de 2005
- STS de 28 de abril de 2005
- STS de 14 de julio de 2005
- STS de 14 de diciembre de 2005
- STS de 27 de febrero de 2006
- STS de 21 de marzo de 2006
- STS de 30 de marzo de 2006
- STS de 30 de mayo de 2006
- STS de 27 de julio de 2006
- STS de 26 de febrero de 2007
- STS de 21 de junio (núm. 728) de 2007
- STS de 15 de noviembre de 2007
- STS de 15 de febrero de 2008
- STS de 18 de julio de 2008

- STS de 23 de julio de 2008
- STS de 22 de octubre de 2008
- STS de 1 de diciembre de 2008
- STS de 23 de febrero de 2010
- STS de 31 de marzo de 2010
- STS de 27 de mayo de 2010
- STS de 14 de julio de 2010
- STS de 9 de marzo de 2011
- STS de 27 de octubre de 2011
- STS de 28 de junio de 2012
- STS de 22 de abril de 2013
- STS de 22 de abril (núm. 283) de 2013
- STS de 5 de junio (núm. 374) de 2013
- STS de 5 de junio (núm. 373) de 2013
- STS de 19 de noviembre de 2013

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1997). Responsabilidad de Abogados y Procuradores. *Aranzadi Civil*, Vol. III, 20-21.
- CRESPO MORA, M. C. (2005). *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*. Madrid: Cívitas.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2008). La responsabilidad civil del abogado. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 1-54, disponible en [http://www.indret.com/pdf/521\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008a). *El escándalo del daño moral*. Madrid: Cívitas.
- (2008b). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: Cívitas.
- GARNICA MARTÍN, J. F. (2007). La prueba del lucro cesante. Práctica de tribunales. *Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, núm. 37, 5-24.
- GÓMEZ POMAR, F. (2000). Daño moral. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 1-14, disponible en [http://www.indret.com/pdf/006\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf).
- (2003). Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del Abogado y daño moral (Comentario a la STS de 8 de abril de 2003). *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 1-9, disponible en [http://www.indret.com/pdf/154\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/154_es.pdf).
- MEDINA ALCOZ, L. (2009). Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, núm. 30, 31-74.
- PANIZA FULLANA, A. (2012). Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del quantum indemnizatorio. *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 1-12.
- REGLERO CAMPOS, L. F. (2004). *Tratado de responsabilidad civil*. Pamplona: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2006). Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS 28 de marzo de 2006. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 277-285.



- SERRA RODRÍGUEZ, A. (1998). Responsabilidad civil del abogado (Comentario a la STS de 28 enero de 1998). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 301-308.
- (2001). *La Responsabilidad Civil del Abogado*. Pamplona: Aranzadi.
- (2004). Sobre la identificación y valoración del daño en la responsabilidad civil de procuradores y abogados. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2003. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 13.
- SOLÉ FELIU, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 1-42, disponible en [http://www.indret.com/pdf/607\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/607_es.pdf).
- TEJEDOR MUÑOZ, L. (2004). Responsabilidad civil profesional: responsabilidad civil de los abogados demandados. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, 373-380.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1998). Negligencia profesional del Abogado que deja prescribir la acción. Determinación del daño resarcible. Ámbito temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional para Abogados. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 47, 673-688.

## NOTAS

<sup>1</sup> Dice la STS de 21 de junio, núm. 729, de 2007 que «es doctrina consolidada que la acción para exigir responsabilidad al abogado se construye en torno a los tradicionales elementos que caracterizan la responsabilidad subjetiva, daño, culpa y nexo causal, lo que hace necesario conocer las obligaciones propias del letrado cuyo incumplimiento negligente puede dar lugar a tal reclamación de responsabilidad, recayendo por supuesto en el cliente demandante la carga de probar, tanto la existencia de un daño indemnizable..., como la falta de diligencia del letrado y, finalmente, el vínculo causal entre aquel menoscabo y el comportamiento negligente, contrario a los deberes profesionales...».

<sup>2</sup> Sobre la responsabilidad civil del abogado, *vid.*, en general, SERRA (2001) y CRESPO (2005).

<sup>3</sup> En la misma línea, la STS de 26 de febrero de 2007, «El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas»; declaración que también recogen las Sentencias de 21 de junio (núm. 728) de 2007, 15 de febrero, 23 de julio y 22 de octubre de 2008, 31 de marzo, 27 de mayo y 14 de julio de 2010, 9 de marzo y 27 de octubre de 2011, 28 de junio de 2012 y 22 de abril y 5 de junio (núm. 373 y 374) de 2013.

<sup>4</sup> La STS de 25 de junio de 1984 indicó que «la construcción del referido daño (moral) como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad peca hoy de anticuada... actualmente predomina la idea de «daño moral» representado por el impacto o sufrimiento psicológico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad».

<sup>5</sup> En contra se manifestó DIEZ-PICAZO (2008a, 25 y sigs.), puesto que suponer que toda víctima de una lesión del derecho reconocido en el artículo 24 sufre un daño moral indemnizable es algo «difícilmente sostenible», además de no poder proceder la vulneración de ese derecho de quien no pertenece al Poder Judicial; sobre las posiciones a favor y en contra de indemnizar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual, *vid.*, RODRÍGUEZ GUTIÁN (2006).

<sup>6</sup> *Vid.*, también, la STS de 8 de febrero de 2000, «A igual decisión desestimatoria lleva el sexto y último motivo... que considera infringido el artículo 1101, entendiendo que no se ha producido un mal real y efectivo, en relación directa de causa a efecto, al recurrido,

cuando consta perfectamente acreditado el evidente incumplimiento de sus obligaciones como profesional del demandado y recurrente, incumplimiento que al impedir el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para conocer de la acción, por despido laboral, ha originado la pérdida indebida de oportunidades procesales, con la consiguiente generación de perjuicios que deben ser indemnizados»; y la STS de 30 de diciembre de 2002, «emergerá la responsabilidad de aquel y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión solo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador».

<sup>7</sup> Vid., también, la STS de 29 de mayo de 2003, que casó y anuló la dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres —que confirmó la de primera instancia que absolvió a la abogada demandada—, porque el Tribunal de instancia «ha basado la desestimación de las pretensiones de los actores en la imposibilidad, lo que es razonable, de estimar que el recurso hubiera prosperado con las consecuencias indemnizatorias descritas por los actores, que son las que hubieran tenido que figurar en la resolución favorable del recurso. Pero hay que insistir en que por el contrario no ha tenido en cuenta la obligada consecuencia de la conducta negligente, que no se discute, de la abogada de los actores, que ha privado a estos de la oportunidad del examen por el Tribunal Supremo del recurso que, precisamente la abogada creía necesario y estimable. Ello tiene que comprenderse como un daño moral infligido a los demandantes, que esta Sala al asumir la instancia por estimar este motivo de casación, valora libre y razonablemente en...»; y la STS de 8 de abril de 2003, «más que tratar de determinar cual podría haber sido el desenlace de la contienda judicial precedente si el abogado que en ella actuaba hubiese propuesto una prueba pericial plenamente ajustada a las normas procesales vigentes..., parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina “pérdida de oportunidad” que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quien por la impericia o la falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos».

<sup>8</sup> Con cita y transcripción en parte de las SSTS de 11 de noviembre de 1997 y 25 de junio de 1998, y cita también de las SSTS de 14 de mayo de 1999, 30 de diciembre de 2002 y 8 de abril de 2003.

<sup>9</sup> Sobre esta Sentencia, vid., GÓMEZ (2003) y TEJEDOR (2005).

<sup>10</sup> También de ese año, la STS de 14 de diciembre de 2005, «teniendo en cuenta, sobre la existencia y realidad del daño o menoscabo, que con su comportamiento negligente privó al actor de la oportunidad de someter a la consideración judicial una determinada pretensión y de que si bien nadie puede prever con absoluta seguridad lo que hubiera ocurrido de haberla formulado o de plantear el correspondiente recurso de apelación, con su conducta no solo impidió a su cliente la posibilidad de conseguirlo, sino que vulneró su derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española, pues, indudablemente, el derecho de acceso a los recursos establecidos (como integrante de la tutela judicial efectiva) forma parte del patrimonio jurídico del actor. En este sentido, y sin necesidad de acudir a un juicio sobre la prosperabilidad de la pretensión omitida y del recurso que no se llegó a presentar, se fija en un millón y medio de pesetas la indemnización que deberá abonar al actor, en concepto de reparación por el daño moral infligido».

<sup>11</sup> También de ese año, la STS de 27 de julio de 2006, «Desde esta perspectiva u otra análoga, —defendida por buena parte de la doctrina— no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta Sala no ha rehuído en ocasiones, en un contexto descriptivo de su implicación con ese derecho fundamental, aplicar esta calificación a supuestos de frustración de acciones procesales, como pone de relieve la parte recurrida en su escrito de impugnación (especialmente, SSTS de 20 de mayo de 1996, 11 de noviembre de 1997, 25 de junio de 1998, 14 de mayo de 1999, 23 de mayo de 2001, 29 de mayo de 2003 y 14 de julio de 2005)».

<sup>12</sup> Definición del «juicio dentro del juicio» que se extrae de la STS de 29 de mayo de 2003.

<sup>13</sup> Se muestran a favor de este «juicio dentro del juicio» BERCOVITZ (1997) y DE ÁNGEL (2008, 40). Afirma el segundo que «No veo inconveniente en que un órgano judicial, practicando el «juicio dentro del juicio», determine qué resultado habrían podido tener la demanda presentada fuera de plazo o el recurso cuyo plazo ha vencido también. Y esto, incluso tratándose de acciones o recursos de un orden jurisdiccional no civil. Téngase presente que no pocas veces un tribunal tiene que resolver también sobre la base de lo que habría ocurrido, pero no en relación con una «incógnita jurídica», que para un órgano judicial es, por así decirlo, menos incógnita, sino sobre acontecimientos ajenos al mundo del Derecho... En este punto, es preciso tener en cuenta que en los últimos años se ha abierto paso con cierta frecuencia, en la doctrina del TS, la idea de la probabilidad cualificada sobre tal o cuál extremo».

<sup>14</sup> *Vid.*, SERRA (2004).

<sup>15</sup> Dice el párrafo completo de la STS de 28 de enero de 2005 «*que el espinoso problema de la fijación de la indemnización de daños y perjuicios en sede de responsabilidad civil de abogados y procuradores han venido siendo examinados en diversas sentencias de este Tribunal, en las cuales se han contemplado los diversos conceptos indemnizables y los variados criterios que se pueden tomar en cuenta para cuantificarlos. La variedad de situaciones que se pueden producir determina que tenga una especial relevancia el aspecto casuístico. Por regla general, la jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño moral (sentencia de 20 de mayo de 1996 —por privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante—; 11 de noviembre de 1997 —por verse privado del derecho a que las demandas fueran estudiadas por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo—; 25 de junio de 1998 —derivado del derecho a acceder a los recursos, o a la tutela judicial efectiva—; 14 de mayo de 1999; y 29 de mayo de 2003, entre otras), así como la del daño material (sentencias, entre otras, 17 de noviembre de 1995, 20 de mayo y 16 de diciembre de 1996, 28 de enero, 24 de septiembre y 3 de octubre de 1998) permitiendo tener en cuenta para su fijación la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado*»; *vid.*, también, la STS de 30 de noviembre de 2005.

<sup>16</sup> *Vid.*, el comentario que hace (PANIZA, 2012).

<sup>17</sup> Declaración que ya se encontraba, entre otras, en las sentencias de 26 de febrero y 21 de junio (núm. 728) de 2007, 15 de febrero y 23 de julio de 2008, 31 de marzo, 27 de mayo y 14 de julio de 2010, 9 de marzo y 27 de octubre de 2011, y llega a las de 22 de abril, 5 de junio, núm. 373 y 374, y 19 de noviembre de 2013.

<sup>18</sup> *Vid.*, sobre este aspecto, SERRA, 2001, pp. 205-273.

<sup>19</sup> MEDINA, 2009, pp. 51-52, quien añade que esta doctrina de la «pérdida de oportunidad» se traduce «en un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento... el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó. Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que da entrada a las ideas de «causalidad sospechosa», «causalidad probabilística...», y que la doctrina del «juicio dentro del juicio» no es más que «una forma plástica de expresar la exigencia fundamental de que se aprecie el nexo causal a través de un juicio probabilístico en una concreta serie de casos de responsabilidad civil»; por su parte, DE ÁNGEL: «La responsabilidad civil del abogado», *op. cit.*, también recuerda que «La teoría de la “parte de chance” es uno de los instrumentos técnicos a que acude la jurisprudencia francesa para resolver problemas de relación de causalidad en los que no es fácil llegar a una conclusión segura. Por medio de esa idea, algunas sentencias del país vecino llegan a indemnizaciones “parciales” de las víctimas (es decir, no a la reparación “íntegra”) cuando la causalidad entre la culpa médica y el daño sufrido por el paciente no se puede establecer con total certeza... Verdad es que la condena a indemnizar “parte del daño”, propia de la doctrina de la “pérdida de oportunidad”, suscita los reparos del juicio salomónico, a la vez que crea aprensiones de atentado a la seguridad jurídica por la considerable participación de la subjetiva apreciación de cada juez. Pero este razonamiento no me parece concluyente por sí mismo, puesto que también existe una gran dosis de apreciación subjetiva cuando el juez declara que una causa es o no “adecuada”; o

cuando un juez considera que el demandado creó culposamente un riesgo, como punto de partida para presumir la relación de causalidad».

<sup>20</sup> *Vid.*, también, la antes citada STS de 1 de diciembre de 2008, «*La Audiencia Provincial explica con detalle las circunstancias que, a juicio de la sentencia recurrida, justifican que la parte ejecutada no propusiera prueba... Dichas circunstancias revelan que, aparte de la conducta procesal del Abogado demandado en defensa de su cliente, han existido factores externos de suficiente relevancia para considerar que la omisión en que pudo incurrir no le resulta imputable, pues existieron factores procesales cifrados en el retraso de los autos, en la confianza suscitada por la admisión por parte del juzgador de instancia de los títulos afirmando que parecían corresponder al mismo negocio subyacente, en la imposibilidad de retrotraer las actuaciones, en la no-admisión de la prueba solicitada en segunda instancia, y en el carácter sumario del proceso seguido, los cuales, en su conjunto, reflejan que la producción del resultado producido está condicionada por los avatares experimentados en el curso del procedimiento*».

<sup>21</sup> Como ocurre en las SSTS de 15 de febrero y 22 de octubre de 2008, 31 de marzo de 2010 y 22 de abril y 5 de junio (núm. 374) de 2013.

<sup>22</sup> Como ocurre en la STS de 28 de junio de 2012.

<sup>23</sup> Como ocurre en la STS de 23 de febrero de 2010.

<sup>24</sup> *Vid.*, REGLERO (2004, 300), que desarrolla el criterio del «incremento del riesgo».

<sup>25</sup> Añade esta Sentencia que «*La parte recurrente mantiene que la simple frustración del recurso de reforma, independientemente de sus consecuencias, comporta la existencia de un daño moral, pero esta afirmación no se compadece con la doctrina anteriormente recogida. En suma, los criterios de falta de imputabilidad objetiva del daño a la conducta del abogado y de falta de oportunidades procesales de obtener éxito en el ejercicio de la acción impiden la estimación del motivo en este punto*».

<sup>26</sup> Declara la STS de 27 de julio de 2006 que «*cabe la revisión en casación cuando en la fijación de las bases para determinar la indemnización se incurre, como aquí sucede, en la infracción de un criterio jurisprudencial en la aplicación de las normas legales invocadas como fundamento de los motivos de casación*»; y la STS de 5 de junio (núm. 373) de 2013 que la cuantía de la indemnización es «*susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del quantum*».

<sup>27</sup> GARNICA (2007, 5), señala que «*El concepto de daño moral sirve con frecuencia en la jurisprudencia como un simple comodín que permite dar solución a problemas que no son atinentes a la clasificación de los daños sino a su prueba y valoración, porque, como es bien conocido, el daño moral tiene unas reglas de enjuiciamiento tan laxas que deja en manos del tribunal tanto su existencia como su valoración*».

<sup>28</sup> Declaración contenida en la STS de 27 de julio de 2006, que llega, entre otras, a las de 9 de marzo y 27 de octubre de 2011, 28 de junio de 2012 y 5 de junio (núm. 373) y 19 de noviembre de 2013, «*...todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima...*».

<sup>29</sup> En términos de la STS de 29 de mayo de 2003, como se verá.

<sup>30</sup> GÓMEZ (2000, 11) pone de relieve que, bajo la calificación de daño moral, se han indemnizado perjuicios patrimoniales, pero evitando explicitar los criterios de valoración económica del daño.

<sup>31</sup> En similar forma, dice la STS de 28 de abril de 2005 que, «*en este caso, en atención a la relación contractual de servicios entre Abogado y cliente, el daño moral del actor deriva de la clara insatisfacción producida por la negligente inactividad del Letrado don Rodrigo en la defensa de los intereses que le fueron encomendados, que ha frustrado los derechos de defensa de aquel en el referido juicio en su contra deducido sobre resolución del contrato de arrendamiento rústico, así como provocado la pérdida de las correspondientes expectativas procesales, por lo que esta Sala, tras ponderar los datos demostrativos obrantes en las actuaciones, acuerda señalar la cantidad de doce mil veinte euros con veinticuatro céntimos (12.020,24 euros), como la correspondiente a la indemnización por dicho concepto*».

<sup>32</sup> STS de 14 de diciembre de 2005, «*teniendo en cuenta, sobre la existencia y realidad del daño o menoscabo, que con su comportamiento negligente privó al actor de la oportunidad de*

someter a la consideración judicial una determinada pretensión y de que si bien nadie puede prever con absoluta seguridad lo que hubiera ocurrido de haberla formulado o de plantear el correspondiente recurso de apelación, con su conducta no solo impidió a su cliente la posibilidad de conseguirlo, sino que vulneró su derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española, pues, indudablemente, el derecho de acceso a los recursos establecidos (como integrante de la tutela judicial efectiva) forma parte del patrimonio jurídico del actor. En este sentido, y sin necesidad de acudir a un juicio sobre la prosperabilidad de la pretensión omitida y del recurso que no se llegó a presentar, se fija en un millón y medio de pesetas la indemnización que deberá abonar al actor, en concepto de reparación por el daño moral infligido».

<sup>33</sup> Concluye la Sentencia, después de analizar un amplio número de Sentencias del Tribunal Supremo, que el Tribunal de instancia «no ha tenido en cuenta la obligada consecuencia de la conducta negligente, que no se discute, de la abogada de los actores, que ha privado a estos de la oportunidad del examen por el Tribunal Supremo del recurso que, precisamente la Abogada creía necesario y estimable. Ello tiene que comprenderse como un daño moral infligido a los demandantes, que esta Sala al asumir la instancia por estimar este motivo de casación, valora libre y razonablemente en dos millones de pesetas (2.000.000 de pesetas) para cada uno de los afectados».

<sup>34</sup> Vid., también, la STS de 24 de febrero de 2005, «el perjuicio no puede ser otro que el valor de las acciones, es decir, la cantidad 13.350.000 pesetas, ya que con independencia que nadie puede prever que con la reclamación judicial se va a obtener lo que se pretende, en este caso concreto, la pasividad durante 8 años impidió al recurrente el ejercicio de otras para el control de la sociedad y/o venta de sus participaciones...».

<sup>35</sup> Vid., los comentarios sobre esta Sentencia de YZQUIERDO y SERRA (1998).

<sup>36</sup> Vid., también, la STS de 28 de junio de 2012, que destaca que la Sentencia recurrida «oscila, a la vista de la jurisprudencia a la sazón existente, entre calificar como daño moral o como pérdida de oportunidades el perjuicio padecido, pero fija la indemnización en proporción al daño económico que es susceptible de ser apreciado según las posibilidades reales de éxito de la acción. La indemnización se fija en un porcentaje sobre la suma que las demandantes podían obtener según sus expectativas, pues en las demandas que fueron desestimadas al apreciar la excepción de prescripción... Y estas cantidades deben ser confirmadas, pues no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por los recurridos y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso, integradas, entre otros extremos, por las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado y teniendo en cuenta que las cantidades recibidas como consecuencia del éxito obtenido por el abogado demandado en el procedimiento de recargo de las prestaciones...».

<sup>37</sup> Vid., también, la STS de 26 de enero de 1999, «según se ha razonado la frustración de las expectativas generadas en el recurrente por las posibilidades de éxito del recurso de revisión "nonato", cuya dirección técnica asumió aquel sin que, finalmente, llegase a confeccionarlo y, definitivamente, a presentarlo, supuso la pérdida de una oportunidad procesal que, en atención a la cantidad total reclamada y discutible prosperabilidad del mismo se fija prudentemente en la suma de...»; y la antes comentada STS de 29 de mayo de 2003.

<sup>38</sup> STS de 22 de abril de 2013, «la pérdida de la oportunidad procesal se ha traducido finalmente en la disminución de su patrimonio en la parte del precio de la compraventa no percibido... debe tenerse en cuenta que como el daño consistió en la frustración de una acción judicial debe realizarse un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales) y esta Sala considera que es acertada la cuantía de la indemnización concedida por la AP, pues no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por el recurrente y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso, integradas, entre otros extremos, por las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado. Y, en todo caso, el recurrente no alega en su escrito de interposición del recurso de casación hecho alguno, entre los admitidos como probados por la sentencia de apelación y susceptibles de ser tomados en consideración por esta Sala, del cual pueda deducirse una mayor probabilidad de éxito en sus pretensiones que pudiera justificar la procedencia de aplicar un porcentaje

superior sobre la parte del precio de la compraventa dejada de percibir. En consecuencia, se confirma la indemnización de 46.077,60 euros que devengará el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda...».

<sup>39</sup> STS de 21 de octubre de 1996, «Si bien es cierto que el referido precepto civil 1106 establece de forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible —los llamados daños morales—, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala... que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes».

<sup>40</sup> Señala Díez-PICAZO, 2008, p. 785, que para saber si los daños son o no consecuencia necesaria del incumplimiento se ha de analizar «si, de acuerdo con las previsiones y con los pactos contractuales, correspondía al deudor contractual dejar indemne al acreedor de tales eventuales daños, según la distribución de los riesgos que el contrato entrañara».

<sup>41</sup> Como pone de relieve SOLÉ, 2009, p. 17, que además recuerda que la literatura sobre el análisis económico del Derecho se pronuncia en contra de indemnizar el daño moral contractual, puesto que esto supondría una suerte de sobre-compensación, ya que equivaldría a garantizar a su perceptor un seguro, cuyo precio (las primas) prácticamente en ningún caso estaría dispuesto a pagar antes del incumplimiento.

<sup>42</sup> Aprobado el vigente por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

<sup>43</sup> *Vid.*, STS de 16 de diciembre de 1996.

<sup>44</sup> No opina así, SERRA (2001, p. 155).