

M^a Carmen Crespo Mora
Licenciada y Doctora en Derecho por
la Universidad Autónoma de Madrid.

Ha centrado sus investigaciones
en la responsabilidad civil de los
abogados, tema sobre el que gira
su tesis doctoral, que recibió el VII
Premio Francisco de Asís Sancho
Rebullida, a la mejor tesis doctoral
en Derecho Civil

Daños específicos derivados de la actuación del abogado en el Derecho español*

Palabras Clave:

Abogados, Responsabilidad Civil,
Valoración del Daño, Pérdida
de la Oportunidad

Resumen

Pese a que, durante mucho tiempo los profesionales liberales gozaron de cierta inmunidad que les protegía, recientemente existen abundantes sentencias que, al admitir su responsabilidad civil, demuestran que los abogados han dejado de ser intocables. Aunque la responsabilidad civil del abogado es tan solo un apartado dentro de la disciplina general de la responsabilidad, existe un aspecto que plantea problemas específicos en este ámbito: la determinación del daño indemnizable y la valoración del *quantum* indemnizatorio. Las páginas siguientes se dedican precisamente al estudio de esta compleja cuestión, a la que han tenido que enfrentarse la doctrina y jurisprudencia españolas.

Key words:

Lawyers, Civil Responsibility,
Damage Assessment, Lost of
Opportunity

Abstract

Even though during a long time the liberal professionals enjoyed of a kind of immunity, abundant sentences exist today to show that the lawyers are not untouchable anymore when they admit their civil responsibilities. Even though the lawyer's civil responsibility is just a part of its general discipline of responsibility, an aspect exists that raises specific problems in this field: the determination of the indemnifiable damage and the assessment of the compensatory *quantum*. The following pages are dedicated to the study of this complex situation, a situation faced by the Spanish doctrine and jurisprudence.

* Ponencia presentada ante el VIII Encuentro Nacional de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Sociojurídica (NODO Costa-Caribe) con sede en la ciudad de Cartagena de Indias, durante los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2008.

Recibido: noviembre 20 de 2008 / Aceptado: diciembre 20 de 2008

Hasta no hace mucho tiempo todos los profesionales liberales eran admirados y venerados por los ciudadanos. Si tras someterse a una operación quirúrgica el paciente fallecía, siempre se acudía al destino o a la providencia para explicar este fatídico final. Los daños eran considerados castigos divinos, y ante esta situación, a los ciudadanos solo les quedaba una alternativa posible: la resignación. Sin embargo, en los últimos tiempos la actitud de los ciudadanos frente a los daños que sufren ha experimentado un importante cambio. La resignación de antaño ha dado paso a una búsqueda del culpable –el profesional– a quien demandar y exigir la reparación de los daños sufridos.

Así pues, los profesionales liberales han pasado de ser intocables, a convertirse en los destinatarios de infinidad de demandas de responsabilidad civil. Sin embargo, este proceso ha sido gradual. De hecho, en un principio, el mencionado fenómeno afectó tan solo a determinados profesionales; a los médicos primero y a los arquitectos, después. Pero durante décadas, los abogados continuaron gozando de la inexplicable inmunidad que les protegía. Prueba de ello es que, hasta 1995, no existe una sentencia del Tribunal Supremo español que declare de forma expresa la responsabilidad civil de estos profesionales del Derecho. Esta diferencia de trato respecto al resto de profesionales liberales resulta, en cierto modo, inexplicable, ya que los especiales conocimientos científico-jurídicos de los tribunales deberían facilitar la apreciación de los requisitos de su responsabilidad civil. A fin de cuentas, a diferencia de lo que sucede con el

resto de profesionales liberales, el análisis de la responsabilidad no exige recurrir a la ayuda de los peritos; es decir, el juez puede por sí mismo, sin necesidad de ayuda pericial, comprobar si se cumplen los requisitos de la responsabilidad.

La explicación a esta situación de inmunidad probablemente haya de situarse tanto en cierto corporativismo mal entendido (pues al cliente perjudicado no le resulta fácil encontrar a un abogado dispuesto a plantear la correspondiente acción de responsabilidad contra un colega), como en la condición de profano del cliente que contrata los servicios del letrado, lo que le impide descubrir que el daño que ha experimentado se debe al comportamiento negligente del profesional. De hecho, la jurisprudencia española está plagada de negligencias flagrantes y evidentes de los abogados, que, no obstante, pasaron inadvertidas para sus clientes.

En cualquier caso, pese al tímido reconocimiento de que fue objeto la responsabilidad de estos profesionales en un primer momento, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español constituye una prueba manifiesta de la superación de esta reticencia inicial, pues cada vez son más numerosas las sentencias que reconocen la responsabilidad de estos profesionales. Ahora bien, el dato que realmente nos permite pronosticar la segura consolidación del fenómeno en el Ordenamiento español es el elevado número de sentencias dictadas últimamente por los tribunales inferiores, especialmente por las diferentes Audiencias Provinciales. Todo ello ha llevado a algunos autores a afirmar –en mi opinión, de forma un

tanto desproporcionada— que se ha abierto la veda para la caza del abogado.

Al incremento considerable de sentencias sobre el tema hay que sumar el cambio cualitativo que está experimentando la jurisprudencia. Así, aunque los primeros errores de abogados que llamaron la atención de los tribunales españoles fueron los relativos al incumplimiento de plazos previstos en las normas procesales, en los últimos tiempos el reconocimiento de responsabilidad de los abogados deriva del incumplimiento de ciertos deberes accesorios que habitualmente acompañan a la prestación principal. Concretamente, son ya numerosas las sentencias que declaran la responsabilidad del letrado por omitir información al cliente, por revelar el secreto confiado por el mismo o por perder los documentos que le habían sido entregados al inicio de la relación contractual. Incluso existen sentencias que hacen responsable al letrado de los daños que desencadena el irrazonable planteamiento técnico del asunto. En otras palabras, los tribunales españoles han pasado de valorar comportamientos u omisiones procesales que suponen un incumplimiento flagrante por parte del abogado, a enjuiciar hipótesis menos evidentes, pero constitutivas igualmente de incumplimiento.

En cualquier caso, independientemente del motivo desencadenante de la responsabilidad del letrado, debe descartarse de manera categórica que pueda servir de indicio de su responsabilidad civil la simple pérdida del pleito incoado por el mismo. Dicho de otra forma, aunque fracase el proceso, la responsabilidad civil del abogado

solo podrá afirmarse si concurren los requisitos de la misma; esto es, si el fracaso deriva de la defectuosa actuación o la omisión del letrado y ello provoca daños que se encuentran conectados causalmente a tal comportamiento. Lo contrario podría provocar el riesgo de extender excesivamente la responsabilidad de estos profesionales, pues, como en la mayoría de los procesos suele haber una pretensión que gana y otra que fracasa, potencialmente cabría imputar negligencia al cincuenta por ciento de los abogados (los que pierden), lo que resulta totalmente inadmisibile.

La responsabilidad civil del abogado está, pues, a la orden del día. Ahora bien, pese a que los interrogantes jurídicos que suscita la responsabilidad civil de estos profesionales son numerosos, actualmente la cuestión más controvertida en esta materia es, sin lugar a dudas, la determinación del daño indemnizable y el cálculo de su *quantum* indemnizatorio. Aunque en este ámbito han de aplicarse, en principio, las reglas generales del sistema, cuando se valora la responsabilidad de los abogados tales normas se muestran insuficientes. Esto es así porque, junto a daños fácilmente identificables y cuantificables (como, por ejemplo, los gastos o costas del proceso que se perdió por culpa del abogado), el ejercicio de la abogacía puede desencadenar otros daños de carácter mucho más complejo y que no se producen en otros sectores de la responsabilidad civil. De hecho, la especialidad que puede llegar a revestir el daño derivado de la actuación u omisión del abogado es la razón que justifica, precisamente, el estudio detallado

de este elemento.

Llegados a este punto, he de advertir que, pese a que la actividad del letrado puede desarrollarse tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial, en esta exposición voy a centrarme en examinar únicamente ciertos daños que pueden llegar a provocar el comportamiento negligente del abogado dentro del marco del proceso, por tratarse de la actividad típica encomendada a los abogados, y porque el incumplimiento de los plazos y normas procesales sigue siendo el principal comportamiento sobre el que giran la mayoría de las sentencias recaídas sobre el tema. Imaginemos, pues, que un letrado interpone la demanda o recurso de su cliente fuera de plazo. En supuestos como este, ¿en qué consiste el daño?

Pues bien, los daños que puede llegar a ocasionar la conducta negligente descrita son muy variados. En primer lugar, en determinadas circunstancias, un estudio de la prestación que ha resultado frustrada por la negligencia del letrado puede arrojar la conclusión de que, de no ser por la actuación del abogado, esta habría prosperado: esto es, tras el estudio del caso, se puede llegar a afirmar que si el letrado hubiera sido diligente se habría obtenido una sentencia estimatoria con toda seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza. En estos casos no habrá duda, pues, de que el letrado ha privado a su cliente de la pretensión misma. En tales circunstancias existirá un auténtico daño emergente (“la privación de la pretensión”) y, en consecuencia, la indemnización de daños y perjuicios habrá de coincidir con el valor de la pretensión

frustrada, en el caso de que esta tenga contenido económico. Tratándose, por el contrario, de una pretensión de carácter extrapatrimonial (v. gr., reconocimiento de paternidad, acciones de separación y divorcio, etc.), la determinación de la indemnización derivada de la privación de la pretensión al cliente no resultará tan sencilla, suscitándose en este punto los mismos inconvenientes que plantea la determinación del *quantum* indemnizatorio del daño moral.

Como se ha dicho, si la pretensión perdida fuese de carácter patrimonial, la determinación del *quantum* indemnizatorio resultará fácil, pues la indemnización deberá coincidir con el valor cuantitativo de la pretensión. No obstante, en un principio, los tribunales españoles se mostraron un poco reacios a conceder como indemnización el valor económico de la pretensión frustrada por culpa del abogado, aunque pudiera vaticinarse *a priori* o *a posteriori* la estimación indubitada de la misma. Sin embargo, sobre este extremo también puede observarse una evolución en la jurisprudencia del Alto Tribunal español, ya que, en sus sentencias más recientes, admite abiertamente que la cuantía de la indemnización puede llegar a coincidir con el valor económico de la pretensión reclamada y finalmente frustrada por la impericia del letrado.

Ahora bien, hay que reconocer que, por regla general, la privación de la pretensión no constituirá un daño automático en los casos de responsabilidad civil del abogado, debido a su carácter hipotético o eventual. Cuando, por ejemplo, el abogado formaliza la demanda o recurso fuera del plazo previsto legalmente, en

la mayoría de las ocasiones resultará imposible afirmar, sin lugar a dudas, el éxito de la acción no interpuesta o, lo que es lo mismo, la estimación de la pretensión judicial del cliente. Por tanto, normalmente, la privación de la pretensión será un daño que difícilmente pueda concurrir, ya que, para ello, el porcentaje de prosperabilidad de la pretensión fallida habrá de ser del cien por cien. Desde el momento en que disminuya tal porcentaje, no se puede entender que la conducta del letrado provoque la privación de la pretensión que tiene o cree tener el cliente. En tales casos, la deficiente actuación del abogado podrá originar, a lo sumo, la privación a los clientes de unas expectativas o esperanzas procesales; esto es, en la mayoría de las ocasiones de lo que realmente se priva a la víctima es de la oportunidad de conseguir una sentencia estimatoria y no de la sentencia estimatoria como tal.

Pues bien, este perjuicio ha sido calificado por la doctrina con el galicismo “pérdida de una chance”, categoría general de daños en la que se incluyen todos aquellos casos en los que el agente dañante, con su actuación u omisión, ha interrumpido un proceso con el que la víctima tenía probabilidades de conseguir una ganancia o evitar una pérdida, por encontrarse en la situación idónea para ello. Aunque la doctrina francesa ha propuesto diferentes ejemplos de pérdida de la chance (*v. gr.*, el manuscrito que, contando con probabilidades de obtener un premio literario, no se imprime a tiempo por culpa del editor), el ejemplo más significativo de pérdida de una chance lo constituye, sin lugar a dudas, la hipótesis de la que partimos en la

presente exposición: un procurador o abogado encargado de interponer una demanda o recurso, deja transcurrir los plazos previstos por la ley para ello.

En los ejemplos anteriores, ya no podrá saberse si el escritor hubiese obtenido el premio literario o si el abogado, de haber sido diligente, hubiera ganado o no el pleito. En ninguno de ellos puede afirmarse rotundamente que se habría alcanzado el resultado perseguido, aunque no cabe duda de que la víctima se encontraba en la posición idónea para conseguirlo. Por ello, de lo que realmente se le priva a la víctima es de las esperanzas; de la probabilidad de conseguir ese resultado favorable. Y privar de esa esperanza al sujeto implica un daño, aunque la valoración del mismo resulte, como luego se demostrará, sumamente complicada. Concretamente, el daño consiste en la pérdida de la oportunidad de conseguir un beneficio, no en la pérdida del beneficio como tal: en el caso que nos ocupa, en la pérdida definitiva de la posibilidad de que la pretensión sea estimada por los tribunales.

Ahora bien, para que el daño por pérdida de oportunidad procesal resulte indemnizable, será necesario que reúna ciertos requisitos que han sido apuntados y desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia españolas. Los requisitos que han de concurrir en la pérdida de la oportunidad procesal para que reúna certeza y, en consecuencia, resulte indemnizable son básicamente dos: en primer lugar, que el resultado sea definitivo, esto es, que la situación no pueda ser solucionada a través de ulteriores actuaciones procesales. En otras palabras: si el

cliente sigue contando con remedios procesales contra la sentencia desestimatoria, no se le podrá hacer responder al letrado por la pérdida de la oportunidad de que la pretensión fuese estimada por los órganos de la jurisdicción, puesto que el cliente seguirá contando con tal oportunidad.

En segundo término, se requiere que, antes de la defectuosa actuación u omisión del letrado, existiera alguna oportunidad de que la pretensión fallida fuera estimada, lo que no sucederá, evidentemente, cuando la acción o derecho hubiera prescrito antes de contratarse los servicios del letrado, pero tampoco cuando se trate de pretensiones totalmente infundadas o carentes de base jurídica.

Dejando a un lado el problema de la posible naturaleza patrimonial o moral del daño consistente en la pérdida de la oportunidad procesal –tema debatido hasta la saciedad por la doctrina española–, el interrogante más importante que plantea esta clase de daños es la determinación cuantitativa de su indemnización. En otras palabras, ¿qué indemnización merece quien se ha visto privado de una expectativa procesal?, ¿qué criterios ha de tener en cuenta el juzgador, a la hora de calcular la indemnización correspondiente por este daño? Un parámetro importante para concretar la indemnización de la pérdida de la oportunidad es, fundamentalmente, el cálculo aproximado de las probabilidades de éxito o fracaso de la pretensión perdida. Ello significa que la indemnización deberá ser más o menos elevada en atención a la mayor o menor probabilidad de éxito que tuviera la demanda o el recurso intempestivo. Sin embargo, el cálculo

del porcentaje de probabilidad dista mucho de ser una cuestión sencilla. Por ello, la doctrina sugiere dos procedimientos diferentes para efectuar tal cálculo.

En primer lugar, se señala el procedimiento estadístico; esto es, analizar el porcentaje de éxito de las reclamaciones de naturaleza análoga a la frustrada por el letrado. Cuanto mayor sea el porcentaje de éxito de estas reclamaciones, mayor deberá ser la reparación. Ahora bien, aunque esta técnica de valoración aporta certeza y seguridad jurídica, las limitaciones derivadas de este procedimiento son evidentes, pues resulta sumamente complicado encontrar supuestos de hechos idénticos y cualquier variación de los hechos entre dos casos, por mínima que sea, puede dar lugar a resultados jurídicos distintos.

Por ello, ante los inconvenientes que plantea el procedimiento estadístico, el segundo criterio utilizado por la doctrina para concretar la indemnización por pérdida de oportunidad procesal es el denominado “juicio dentro del juicio”. Este método consiste en un juicio imaginario a través del cual el juez que examina la responsabilidad del letrado determina hipotéticamente cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda o recurso se hubiese interpuesto a tiempo.

La principal ventaja que proporciona el denominado “juicio dentro del juicio” es que se trata de un método objetivo para cuantificar el daño en estos casos y, en consecuencia, evita cálculos arbitrarios del mismo. Sin embargo, a pesar de las ventajas que proporciona, este método ha recibido diferentes críticas. Entre

otros reproches, se afirma que “no son parte quienes habrían sido demandados en aquel juicio ante la jurisdicción (...), demandados que podrían oponer una serie de defensas o excepciones”. Por ello, se dice que el “juicio dentro del juicio” solo aporta una “revisión distorsionada por falta de alegaciones de las partes y de contradicción entre estas” (STS de 26 enero 1999). Sin embargo, esta crítica ha de matizarse, puesto que, aun sin desconocer este inconveniente, no se comprende por qué el mismo ha de favorecer precisamente al abogado negligente que ha provocado esa situación.

Más cuestionable aun resulta la crítica que acusa a este método de provocar cierta vulneración de la cosa juzgada. Según el principio de cosa juzgada, una sentencia firme es irrevocable e inmutable, por lo que no cabe que otro tribunal vuelva a conocer sobre aquello que fue objeto de la misma. A pesar de que tal vulneración ha sido apuntada por alguna sentencia del Tribunal Supremo español, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la utilización del citado método no provoca la vulneración de este principio pues, tras la realización de este juicio imaginario, no se modifica la situación jurídica declarada en la sentencia firme; de hecho, lo único que persigue el proceso de responsabilidad civil es reparar al cliente perjudicado por la negligencia del letrado, pero su pretensión frustrada o no incoada continuará en la misma situación. Esta circunstancia es precisamente la que justifica que el cliente reciba una indemnización en estos casos.

Además de calcular las probabilidades de

éxito de la pretensión frustrada (a través de cualquiera de los dos métodos expuestos: el estadístico y el denominado “juicio dentro del juicio”), la concreta determinación del *quantum* indemnizatorio de la oportunidad procesal perdida, exigirá realizar una operación adicional: aplicar el porcentaje de probabilidad o prosperabilidad hallado a la cantidad solicitada en el proceso no incoado o frustrado por la impericia del abogado. Ahora bien, aunque la utilización conjunta de estos dos criterios proporciona una fórmula objetiva para calcular la indemnización, la aplicación de tal fórmula no está exenta de dificultades en el ámbito del Derecho, donde el cálculo de porcentajes de prosperabilidad, de poder realizarse, será en muchos casos aproximado. Por otra parte, pese a que los parámetros anteriores facilitan, sin lugar a dudas, la cuantificación económica de la pérdida de la oportunidad, en ocasiones no resultarán eficaces, como sucede con las pretensiones extrapatrimoniales. En estos casos, pues, el cálculo de la indemnización deberá efectuarse en términos semejantes a la cuantificación del daño moral.

Para terminar con el estudio de los daños derivados de la impericia del letrado, hay que diferenciar la pérdida de la oportunidad de otro daño ligado a la actividad procesal del letrado: la privación del derecho que ostenta cualquier ciudadano a que sus pretensiones sean conocidas por los tribunales. El mayor inconveniente que suscita este daño –además del recurrente problema de su naturaleza jurídica– vuelve a ser, de nuevo, la determinación de su cuantía,

puesto que el derecho del que se ve privado el cliente no es susceptible de cuantificación económica. En mi opinión, el cálculo del *quantum* indemnizatorio por la privación de este derecho será mucho más dificultoso incluso que la determinación de la cifra en la que ha de ser indemnizada la pérdida de la oportunidad procesal, ya que no pueden ser aplicados en este caso los criterios que utilizan doctrina y jurisprudencia para calcular la indemnización de aquella, al tratarse de un derecho no susceptible de cuantificación económica.

Recapitemos. Los daños específicos que derivan de la actividad procesal de estos profesionales del Derecho son, en primer lugar, la privación de la pretensión, cuando pueda pronosticarse, sin lugar a dudas, un porcentaje de prosperabilidad de la pretensión frustrada del cien por cien; en segundo término, la pérdida de la oportunidad procesal, cuando la oportunidad procesal perdida fuera seria y fundada, pero con un porcentaje de prosperabilidad por debajo de esa cantidad y, en tercer y último lugar, la privación del derecho a los recursos. Pues bien, hay que reconocer que, tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede afirmarse que, el Alto Tribunal español tiende a mezclar y confundir estos daños, denominando pérdida de oportunidad lo que, en realidad, constituye una mera vulneración del derecho a los recursos y viceversa; o, como ya se ha dicho, valorando la indemnización en una cantidad que no coincide con la cuantía de la pretensión reclamada tras reconocer que, de no mediar la negligencia del mismo, aquella

hubiera sido obtenida con toda seguridad; o, simplemente, utilizando el fácil remedio de incluir estos daños “en el haz vaporoso de lo que la doctrina considera el daño moral”, para evitarse así tanto la determinación de su carácter como la concreción de su cuantía.

Pese a lo anterior, no quiero terminar esta exposición sin volver a reconocer el gran avance experimentado en los últimos años por los tribunales españoles en lo que se refiere a la estimación de la responsabilidad de los abogados. Al incremento de sentencias hay que sumar, además, cierto cambio de orientación de la jurisprudencia, que parece inclinar la balanza a favor del cliente. Evidentemente, este fenómeno no ha dejado indiferentes a los colegios profesionales, que acusan a la responsabilidad profesional de ser paralizante y de volverse finalmente contra los propios clientes. Sin embargo, desde mi punto de vista, la responsabilidad civil, más que un lastre que paralice al abogado, contribuye firmemente a elevar el nivel del ejercicio profesional.