

**UNA SISTEMATIZACIÓN SOBRE LA  
PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD  
DERIVADA DEL EJERCICIO DE LA  
ABOGACÍA: TRATAMIENTO  
DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL  
ESPAÑOL**

**A REVIEW OF THE LOSS OF  
OPPORTUNITY DUE TO THE  
PRACTICE OF LAWYERS: SPANISH  
DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL**

**Luis Pérez Orozco**

Universidad de Castilla – La Mancha  
<https://orcid.org/0000-0002-4289-0051>  
[luis.perezorozco@uclm.es](mailto:luis.perezorozco@uclm.es)

**Resumen:** El siguiente artículo de investigación se encauza a la fundamentación teórica de la teoría de la pérdida de oportunidad y su aplicación en casos de negligencia en el ejercicio de la abogacía. Dicha construcción teórica se refiere a la situación en la que un tercero causa la pérdida de una oportunidad de obtener un resultado favorable para otra persona. Se utiliza en casos de negligencia profesional, y en particular en el ámbito del ejercicio de la abogacía, en los que un letrado no cumple con su deber de diligencia y provoca la pérdida de una oportunidad procesal para su cliente. La investigación explica los requisitos para la aplicación de esta teoría en esos casos de mala praxis, así como sus diferencias con el lucro cesante. También se analizan sus diferentes enfoques y a partir de la jurisprudencia se presentan ejemplos de casos en los que se ha instrumentado.

**Palabras clave:** abogacía, pérdida de oportunidad, daños.

**Abstract:** The following research article focuses on the theoretical basis of the theory of loss of opportunity and its application in cases of negligence in the lawyer's practice. This theoretical concept refers to the situation in which a third party causes the loss of an opportunity to obtain a favorable

Como citar:

Perez, L. (2025) Una sistematización sobre la pérdida de oportunidad derivada del ejercicio de la abogacía: tratamiento doctrinal y jurisprudencial español. *Revista Desafíos Jurídicos*, 5(8). <https://doi.org/10.29105/dj5.8-147>

result for another person. It is used in cases of professional negligence, and in particular in the field of the lawyer's practice, in which a litigator fails to fulfill his duty of care and causes the loss of a procedural opportunity for his client. The research explains the requirements for the application of this theory in such malpractice cases, as well as its differences with lost profits. Its different approaches are also analyzed and examples of cases in which it has been applied are presented based on judicial precedents.

**Keywords:** lawyering, loss of opportunity, damages.

## Introducción

La teoría de la pérdida de oportunidad es una de las más controvertidas en el Derecho de daños. Sostiene que, en algunos casos, la persona que ha sufrido un daño puede reclamar una indemnización por la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio o evitar una pérdida que habría sido posible si no hubiera ocurrido el hecho dañoso.

La aplicación de esta teoría no está exenta de desafíos y uno de ellos es determinar la cuantía de la indemnización en casos donde la pérdida de oportunidad es incierta y subjetiva. Es necesario establecer criterios objetivos y razonables para evaluar la probabilidad perdida y calcular la compensación correspondiente. Además, también surgen cuestiones sobre la carga de la prueba y la dificultad de establecer de

manera convincente la existencia y extensión de la pérdida de oportunidad. Esta construcción dogmática nace en el ámbito médico, donde se utiliza para casos en los que un paciente ha perdido la oportunidad de recibir un tratamiento que habría mejorado sus posibilidades de recuperación. Se basa en la responsabilidad subjetiva y requiere que haya existido una acción u omisión negligente por parte del personal sanitario, es decir, una infracción de la *lex artis*, ya sea en una relación contractual o extracontractual.

Si bien la pérdida de oportunidad se utiliza principalmente en el ámbito de la responsabilidad médica, también se aplica a las profesiones jurídicas, como abogados y procuradores. Es este último sector el objeto de estudio

del presente ensayo. Aunque la actuación negligente no sea estrictamente un requisito para aplicar la pérdida de oportunidad, en el contexto de estas dos profesiones es un elemento fundamental para determinar la responsabilidad del profesional jurídico. La responsabilidad civil del abogado conduce a preguntas sobre las funciones de la responsabilidad y algunos de sus dogmas, como la distinción entre obligaciones de medios y resultados, el papel de la información, la diligencia profesional, el creciente impacto de las normas éticas, la prueba del incumplimiento y el nexo causal, la cuantificación de la indemnización. Hoy día proliferan las demandas indemnizatorias presentadas por los clientes contra sus abogados, lo que no parece atribuible a una reducción del valor profesional, sino a una serie de circunstancias, entre ellas un acceso más fácil a la justicia y mayor concienciación de los ciudadanos en sus derechos.

#### I. **La *lex artis* y los deberes de la representación procesal de los justiciables.**

Aunque los representantes legales de las partes en un proceso judicial no pueden ser responsabilizados por las decisiones del tribunal, que puede ir en contra de sus argumentos y posiciones en defensa de los intereses de sus clientes, sí pueden ser considerados responsables por la violación de la *lex artis*, es decir, las reglas y normas propias de su profesión, así como los deberes éticos y deontológicos. Este concepto establece los requisitos técnicos que los profesionales del derecho deben seguir, y exige al abogado cumplir con la máxima diligencia y celo en la tarea de defensa que se le ha encomendado. El abogado, como especialista en el ordenamiento jurídico, tiene la obligación de ejercer una diligencia superior a la del ciudadano promedio.

La obligación del abogado consiste en prestar sus servicios profesionales con diligencia y de acuerdo con las reglas técnicas de la abogacía, conocidas como "*lex artis ad hoc*".

Esta se refiere a la realización de una profesión bajo pericia y a las reglas técnicas de la abogacía, que son ampliamente aceptadas, donde el letrado se compromete a utilizar los medios necesarios y actuar con el cuidado y la habilidad requeridos para proteger los intereses de sus clientes. Es importante destacar que su obligación es de medios, lo que significa que el abogado no puede garantizar resultados específicos, sino que está sujeto a la lógica propia del Derecho y a la estructura del proceso legal, que implica la confrontación de intereses contrapuestos. Es importante destacar que el estándar de conducta para evaluar el cumplimiento de estas obligaciones no es el mismo que el de un buen padre de familia, sino que se basa en la diligencia profesional. (Tribunal Supremo de España, 2021)

Para determinar las obligaciones y el nivel de diligencia requerido de un abogado, se debe hacer referencia a diversas fuentes normativas. (Serra Rodríguez, 2019) En primer lugar, el Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea

proporciona pautas para regular la conducta profesional. Además, el Estatuto General de la Abogacía Española, específicamente en su Título IV Relaciones entre profesionales de la Abogacía y clientes, establece los deberes del abogado; así como el Código Deontológico de la Abogacía. Asimismo, en el ámbito del Código Civil y en relación “al contrato, o la hoja de encargo, los abogados y procuradores no tienen una regulación específica en el que a su responsabilidad civil se refiere, quedan sometidos a los arts. 1902, cuando se trata de responsabilidad extracontractual, en tal caso, los abogados responden por responsabilidad contractual habida cuenta del contrato previo, tanto la hoja de encargo como contrato verbal”. (Medina Martín, 2017)

Existen dos categorías de obligaciones que rigen el comportamiento de un abogado. Por un lado, se encuentran aquellas que establecen pautas de conducta, como mantener en confidencialidad toda la información proporcionada por el

cliente, proteger los datos personales y cumplir con el deber de informar, entre otros. Por otro lado, están las obligaciones que se refieren a aspectos más técnicos de la práctica jurídica. La regla técnica más importante y fundamental requiere que el abogado realice un análisis exhaustivo del caso desde una perspectiva jurídica integral y abarca tanto los aspectos sustantivos como los procesales, antes de emprender cualquier acción legal pertinente. Esto implica, por ejemplo, fundamentar adecuadamente los hechos y fundamentos legales en los escritos de alegaciones, proponer diligentemente las pruebas y prestar atención meticulosa a su presentación, y cumplir estrictamente con los plazos y términos legales establecidos. (Chaparro Matamoros, 2014)

Por lo tanto, en lo que respecta a la responsabilidad civil del Abogado, cualquier desviación de las circunstancias que conforman dicha obligación o incumplimiento de los deberes correspondientes, considerando que se trata de una

responsabilidad subjetiva basada en un contrato, resultará en la obligación del Abogado de compensar los daños causados por la falta de diligencia en la prestación de sus servicios profesionales, tomando en cuenta las normas técnicas generalmente aceptadas en su campo y las circunstancias particulares del caso. (Martí Martí, 2009)

Para que un tribunal pueda determinar la responsabilidad civil de un abogado, es necesario verificar y demostrar la existencia de ciertos requisitos, tal como lo establece el artículo 1101 del Código Civil. Según este precepto, aquellos que, en el cumplimiento de sus obligaciones, actúen con dolo, negligencia o demora, o que de alguna manera infrinjan las condiciones establecidas, estarán sujetos a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. En consecuencia, la constatación y prueba de estos requisitos son fundamentales para que se pueda atribuir responsabilidad civil a un abogado. Una vez que se ha demostrado que el abogado demandado ha infringido las normas

profesionales establecidas (*lex artis*), se debe tener en cuenta que, al tratarse de una obligación de medios, no se puede hablar de responsabilidad objetiva del abogado. Esto significa que solo será responsable por acciones u omisiones culpables o negligentes, y corresponde al demandante probar dicha culpa o negligencia. (Tribunal Suprema de España, 2021)

“En numerosos casos, las acciones consideradas incorrectas implican principalmente la falta de acción. Aunque estas omisiones generalmente no son puras, sino que se insertan en una actividad, y a veces es cuestionable si se puede hablar realmente de omisión en el caso. Sin embargo, lo que se quiere destacar ahora es que, aunque se refieran a omisiones, en el análisis realizado se da por sentado que también se puede hacer un juicio de causalidad respecto a ellas. Se reconoce que el ámbito de la causalidad es principalmente material o físico, por lo que sería más apropiado hablar de causalidad en las acciones y no en las omisiones (*ex nihilo nihil fit*). En las omisiones, se

sostiene, el enfoque se centra exclusivamente en la imputación objetiva del daño (en la determinación de criterios legales para vincular una acción a un daño), y, por lo tanto, en el caso de las omisiones, en la aplicación de criterios para determinar cuándo quien ha omitido una acción debe ser responsable de un resultado que en realidad no ha causado materialmente. A este respecto, se pueden considerar varios criterios, pero es indudable que el daño debe estar relacionado con la omisión en los casos en que existe un deber legal de prevenir un daño (en el sentido de garante) y la acción que se debió realizar y se omitió tenía la capacidad de prevenirlo. (Asúa González, 2020)

Por lo tanto, para determinar el incumplimiento por parte del profesional, es imprescindible que la parte perjudicada demuestre ante el tribunal que dicho incumplimiento ocurrió debido a la culpa o negligencia del abogado. En otras palabras, el demandante debe proporcionar pruebas que respalden la afirmación de que el abogado actuó de manera negligente o con culpa.

## II. La teoría de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños.

La teoría de la pérdida de oportunidad procesal es una construcción jurídica que busca evitar la injusticia que puede surgir en la aplicación estricta de los elementos del Derecho de daños, como la exigencia de pruebas concluyentes. Cuando no se alcanza ese 'estándar de prueba suficiente', se podría rechazar cualquier compensación y eximir al responsable del posible daño, a pesar de que podría haberlo evitado al seguir ciertas normas.

La doctrina de la pérdida de oportunidad se fundamenta en la presencia de un acto ilícito llevado a cabo por un tercero ajeno a la víctima misma, el cual interviene en el desarrollo normal de los acontecimientos de manera que frustra las expectativas previstas. Esto se entiende con la condición de que, por un lado, estas expectativas sean razonablemente plausibles, es decir, no demasiado especulativas, y, por otro lado, que la frustración o pérdida

esté directamente relacionada con la oportunidad misma y no con su objetivo, que es el beneficio esperado. Sin embargo, desde una perspectiva legal, la doctrina de la pérdida de oportunidad implica algo más: se convierte en un mecanismo que facilita la prueba, donde, a pesar de la incertidumbre causal y la falta de una conexión directa entre la acción u omisión y la ocurrencia del daño, se atribuye al acto de un tercero la privación a la víctima de las expectativas que tenía. Esta asignación dinámica de la carga de la prueba, como se sabe, distribuye la responsabilidad de probar los hechos relevantes en el proceso de manera flexible y no preestablecida, de modo que en cada etapa del proceso se pueda determinar quién está mejor posicionado para probar ciertos aspectos de los hechos, lo que ayuda a corregir el desequilibrio al que suele enfrentarse la víctima en estos casos. (Gallardo Castillo, 2015)

Para abordar esta situación de incertidumbre en casos en los que no es posible lograr una certeza absoluta, la teoría de la pérdida de oportunidad

resuelve el problema de dos maneras. En primer lugar, facilita la prueba del vínculo causal entre la acción u omisión del individuo y el daño causado. La doctrina de la pérdida de oportunidad no se plantea como una alternativa a la evaluación de la violación de la *lex artis*, aunque puede complementarla. Constituye una metodología que permite ofrecer una compensación en aquellos casos donde no se puede determinar claramente una ruptura en la práctica médica aceptada, pero hay un daño ilegítimo y dudas sobre la relación causal. Sin embargo, en estas circunstancias, el daño no se manifiesta de manera tangible (final) como resultado directo del evento, sino que se refiere a la incertidumbre respecto a cómo se habrían desarrollado los acontecimientos con una intervención diferente. Este tipo de daño es real y susceptible de compensación, aunque podría compararse con el daño moral, pero en realidad no lo es. Se trata de un daño difícil de cuantificar y definir con certeza, ya que implica una oportunidad perdida o una expectativa frustrada, como la posibilidad de vida,

curación o mejoría en la salud del paciente. En esencia, nos encontramos ante una especulación o hipótesis sobre lo que habría sucedido si se hubiera tomado un curso de acción diferente. (Pérez Vallejo, 2021)

En segundo lugar, se aplica como criterio para determinar la cuantía de la indemnización y para ello reconoce que se ha perdido la oportunidad de obtener un resultado favorable debido a la falta de certeza. La pérdida de oportunidad implica que, como resultado de las acciones de un individuo, se pierden las posibilidades de obtener un resultado favorable. Esta teoría permite otorgar una compensación basada en las expectativas perdidas de obtener un beneficio. Por lo tanto, la indemnización por pérdida de oportunidad siempre será inferior a la que correspondería si se indemnizara el daño final sufrido. En otras palabras, se indemniza la oportunidad perdida en lugar del perjuicio definitivo experimentado. No obstante, las dificultades han estado en el procedimiento de cálculo de para determinar esa cuantía. ARGELICH

COMELLES analiza que es más complejo en los casos en el que dependa de eventos futuros, como ya se ha visto al tratar de la regla del resarcimiento proporcional del riesgo, pero sin embargo la jurisprudencia sigue en ocasiones sistemas de cálculo diversos: compensación íntegra o discrecional. (De Barrón Arniches, 2012)

### III. Enfoques de la teoría de la pérdida de oportunidad.

Toda la argumentación esgrimida en torno a esta doctrina se puede encuadrar dentro de tres enfoques: todo o nada (contrario a la indemnización por las oportunidades perdidas), autonomista del perjuicio patrimonial o personal y el de la causalidad probabilística (ambas defienden, a grandes rasgos, la indemnización por pérdida de oportunidad).

#### 1) Enfoque del todo o nada

La teoría del todo o nada se opone a la idea de indemnizar la pérdida de una oportunidad al considerar que va en contra del fundamento mismo de la

responsabilidad civil. Esta teoría no permite reconocer indemnizaciones cuando falta un requisito esencial, que es que el hecho causante del daño haya provocado el perjuicio de manera indudable. Además, en algunos sistemas jurídicos de la Europa continental, se aplica de manera estricta una versión de esta teoría con una exigencia probatoria muy elevada. Niega la doctrina de la pérdida de una oportunidad y exige una demostración rigurosa del nexo de causalidad, que supera el estándar ordinario del derecho civil. En estos casos, se exige un nivel de certeza cercano al 100% para establecer el vínculo causal. Esta postura ha sido adoptada por la jurisprudencia belga con firmeza. (Yong, 2011)

Aquellos que apoyan esta teoría, independientemente de que la apliquen en su forma estricta, critican la doctrina de la pérdida de oportunidad por ser manifiestamente contraria al principio básico de la certeza causal sobre el que se asienta la institución de la responsabilidad civil: no se puede indemnizar si ni siquiera se puede constatar realmente

la relación de causalidad entre la conducta y el daño, por cuanto no hay razón para reparar. Además, provocan que el sujeto, en este caso el profesional, se vea obligado a aumentar excesivamente toda precaución sobre el desarrollo de su actividad, por cuanto se le puede llegar a exigir que resarza un daño sin haberse demostrado efectiva y previamente que se ha producido.

El Tribunal Supremo ha analizado la pérdida de oportunidad, la cual ha sido aceptada y respaldada por su jurisprudencia. Esta doctrina se utiliza como una forma de mitigar el principio extremo de todo o nada al establecer la relación causal entre un evento y un resultado, actuando como una forma de imputación basada en probabilidades. El hecho que elimina una oportunidad podría haber sido un factor necesario para el daño, pero también podría no haberlo sido. En el contexto de demandas por responsabilidad civil contra abogados y procuradores por daños patrimoniales sufridos por sus clientes, esta doctrina requiere que los tribunales realicen un “juicio dentro del

juicio”, es decir, evaluar las posibilidades de éxito que hubiera tenido la acción legal si no hubiera sido frustrada. Si las posibilidades de éxito de la acción no emprendida fueran altas o muy probables, la compensación sería igual al daño sufrido; si fueran muy bajas o poco consistentes, la demanda debería ser desestimada. En los casos intermedios, se debe compensar el daño de acuerdo con las posibilidades de éxito de la acción no ejercida debido a la actuación del abogado, determinando así la cantidad de compensación que merece el perjudicado. Esto se logra mediante un análisis equilibrado y justificado que refleje la decisión judicial sobre el litigio. (Moreno, 2020)

## 2) Enfoque autonomista

“Podemos definir esta figura como una categoría general de daños en la que se incluyen todos aquellos casos en los que con una actuación u omisión se 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. De esta

definición, ha de destacarse que logra distinguir entre la ventaja esperada de la pérdida de la oportunidad de obtener esa ventaja que se espera. En consecuencia, el daño consiste en la pérdida de la oportunidad de conseguir un beneficio, no en la pérdida del beneficio como tal". (Oyarzún Vargas, 2021) Los partidarios de este enfoque se basan en que el daño que se estima no es por haberse visto privado el cliente del beneficio que esperaba obtener con el proceso, sino que proviene de no haber podido acceder, por una conducta ajena, a que la obtención de dicho beneficio se valorase, y este hecho tiene suficiente relevancia en sí mismo como para otorgarle el carácter de indemnizable. El problema de aceptar esta tesis recae sobre cómo cuantificar este valor o beneficio de la oportunidad perdida.

### 3) Enfoque probabilístico

El objetivo que tiene este enfoque es servir de recurso para aquellos casos en los que resulta imposible la aplicación de la imputación material concebida desde su planteamiento tradicional, pero tampoco es posible

negar de facto que exista. "Se trata de un régimen especial de imputación probabilística que da entrada a la virtualidad de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual sin negarle ficticiamente esta calidad". (Medina Alcoz, 2009) Así, no se renuncia a la imputación objetiva, en tanto que no será de aplicación para los casos en los que se aprecie absoluta certeza probatoria, pero resulta necesaria para no someter a la injusticia aquellos en los que tal planteamiento es inviable.

Por eso, el enfoque más factible y aceptado por la jurisprudencia con relación a la pérdida de oportunidad es el de la causalidad probabilística. No obstante, su aceptación no es pacífico. ASENSI PALLARÉS y CID-LUNA CLARES afirman que: "el primer problema que plantea la causalidad estadística o probabilística es determinar qué porcentaje de pérdida de oportunidad es necesario para admitir que concurre el requisito del nexo de casualidad o si cualquier pérdida de oportunidad es indemnizable. Y es que no existe

acuerdo sobre si la doctrina de la pérdida de oportunidad ha de limitarse exclusivamente a aquellos casos en que la oportunidad perdida sea inferior al umbral de certeza o si, por el contrario, ha de extenderse su aplicación a todos los casos”. (Asensi Pallarés, 2013)

La conclusión que se deriva de este análisis de los diferentes enfoques en contra y a favor es que la diferencia principal radica en relacionar la oportunidad que ha perdido el sujeto con la causa o con el daño (emergente o lucro cesante). Resulta más lógico situarse del lado de las tesis positivas que la relacionan con el daño y sobre esa base la ven como un perjuicio que ha de ser indemnizado. Esto no implica necesariamente que el profesional vaya a verse obligado a responder por cualquier resultado que no sea el esperado por el cliente, ni tampoco supone que se renuncie por completo al nexo causal. En cualquier caso, al cliente le va a tocar probar que el abogado ha llevado a cabo una actuación negligente.

#### **IV. Distinción entre lucro cesante y pérdida de oportunidad.**

Es importante realizar un análisis para entender las diferencias entre el lucro cesante y la pérdida de oportunidad, a pesar de su similitud conceptual. Aunque ambas sirven para compensar daños que ocurren en el futuro, la diferencia radica nuevamente en la certeza y la inmediatez del daño, lo cual tiene un impacto en la cantidad de indemnización a recibir.

El lucro cesante se refiere a la pérdida específica de beneficios económicos, ya sea la ganancia que la persona perjudicada dejó de obtener o la disminución de sus ingresos como resultado directo e inmediato del daño sufrido. Es posible determinar con certeza suficiente el detrimento de ganancias futuras, ya que el daño afecta directamente la posibilidad de obtener dichas ganancias. La indemnización en este caso sería igual al monto de las pérdidas sufridas. En cambio, en la pérdida de oportunidad se frustra la esperanza que la persona tenía de obtener un beneficio, y debido a su naturaleza aleatoria, la indemnización no debe ser completa.

Una pérdida de oportunidad genuina no se equipara a la generación de un daño con probabilidades absolutas de materializarse, de lo contrario, no se clasificaría como una pérdida de oportunidad, sino como un lucro cesante. La pérdida de oportunidad se distingue de otros elementos del daño compensable debido a que se refiere a un beneficio futuro que solo es probable. No se trata de ganancias seguras, sino de oportunidades de ganancia en sí mismas reales, independientemente de su valoración exacta. Es lógico suponer que estas oportunidades de ganancia no son meramente hipotéticas, sino que representan oportunidades reales con altas probabilidades de convertirse en ganancias patrimoniales. Por consiguiente, lo que caracteriza y distingue principalmente a la pérdida de oportunidad del lucro cesante es un elemento probabilístico, aunque no cualquier tipo de probabilidad, sino la probabilidad significativa de que una expectativa se materialice. (Monforte, 2018)

La diferencia principal entre ambos conceptos radica en que el lucro

cesante se refiere a la pérdida de ingresos que se esperaba obtener con una alta probabilidad, mientras que la pérdida de oportunidad alude únicamente a la desaparición de la expectativa de obtener una ganancia, es decir, lo que se pierde es la posibilidad de que la persona perjudicada obtenga una ganancia que era factible. La pérdida de oportunidad se distingue del lucro cesante en el sentido de que constituye un daño cierto en términos de la pérdida misma de la oportunidad de obtener una ganancia, mientras que el lucro cesante plantea el desafío de determinar la realidad y el alcance de las ganancias que dejaron de obtenerse.

La distinción depende de la certeza con la que se pueda afirmar que las cantidades que se esperaba obtener efectivamente habrían llegado al patrimonio del individuo de no haber ocurrido la negligencia del abogado. Si existe certeza de que ese *quantum* habría llegado al patrimonio del individuo, entonces no se trata de una pérdida de oportunidad y se deberá indemnizar la totalidad del perjuicio

sufrido, no solo la pérdida de las expectativas de obtenerlo. Por otro lado, si no existía certeza absoluta y, al mismo tiempo, la pretensión inicial era viable, la indemnización se basará en la frustración de las expectativas de ganancia, lo que resultará en una cantidad inferior a la que inicialmente podría haber correspondido.

## V. **Requisitos para la aplicación de la pérdida de oportunidad.**

### 1) **Existencia de un daño**

La pérdida de oportunidad representa un daño que puede ser indemnizado de forma independiente, es decir, es un perjuicio distinto a la pérdida del beneficio final. Este daño se refiere a la frustración de expectativas y la pérdida de la oportunidad de obtener un resultado favorable. En resumen, implica asignar un valor económico a la oportunidad que se ha perdido.

Este tipo de perjuicio es considerado como un daño cierto en términos de la pérdida en sí misma y cumple así el requisito de certeza del daño. En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo: “La actuación del

letrado, contraria a sus deberes profesionales y a su obligación de medios, ha supuesto una disminución notable y cierta de las posibilidades de éxito de la parte demandante-recurrente, de entidad bastante para ser configurada como un daño resarcible, pues se les abocó a una situación de incertidumbre -evitable de haber sabido a tiempo por su letrado que podían reclamar su indemnización ante otra jurisdicción-, que frustró las lógicas expectativas de quien confía a un abogado la defensa de sus intereses”. (Tribunal Supremo, 2014)

No parece necesario cuestionar la realidad de un perjuicio que implica la desaparición de una oportunidad que ofrecía posibilidades serias de obtener ganancias. Por ejemplo, cuando un abogado no presenta una demanda a tiempo y provoca la prescripción de la acción, no se cuestiona que el cliente ha perdido una oportunidad de ganancia. En estos casos, que son los más comunes, no se discute que los perjudicados han sufrido un daño cierto y real al ver disminuidas sus posibilidades de obtener el beneficio que inicialmente se esperaba (como

una compensación económica o una curación, respectivamente). El desafío radica en determinar cómo configurar este tipo de daño y establecer la cantidad de indemnización que corresponde por este concepto.

¿Daño moral o patrimonial? En casos menos frecuentes en la actualidad, el Tribunal Supremo rechaza llevar a cabo un ‘juicio dentro del juicio’ para determinar la existencia de un perjuicio patrimonial y concede una indemnización por daño moral. Esto ocurre cuando los demandantes se ven privados irremediadamente, debido a la negligencia del letrado, del derecho de que su demanda sea revisada por la instancia de apelación y, en su caso, por el máximo órgano judicial. (Tribunal Supremo, 2014) En este sentido, se entiende que, independientemente de las probabilidades de éxito de la acción, se debe compensar el daño moral, cuya valoración está más sujeta a la discreción del tribunal.

La jurisprudencia con relación a la responsabilidad civil de los abogados ha buscado distinguir entre la

indemnización por pérdida de oportunidad y la compensación por daño moral. Sobre este tema y por su importancia se reproduce una importante sentencia del Tribunal Supremo que da cuenta del cambio de postura:

“Este tribunal ha venido matizando y superando la línea jurisprudencial que consideraba que la pérdida de oportunidad por frustración de acciones judiciales constituía, en cualquier caso, un daño moral indemnizable, mediante la prudencial fijación de una suma de dinero al tanto alzado, como consecuencia de la privación injustamente sufrida del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE (...) 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: SSTs de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000,

8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006); pues, aunque ambos procedimientos resultan indispensables, dentro de las posibilidades humanas, para atender al principio *restitutio in integrum* [reparación integral] que constituye el quicio del Derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo. Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, 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. 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. 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 (...) Pues bien, en este caso, no ofrece duda que la acción frustrada tenía una clara naturaleza patrimonial, que la sentencia de primera instancia desestimó y la eventual decisión del recurso de apelación declarado desierto fue considerada, por la sentencia de la Audiencia, como inviable; o dicho de otra forma, sin oportunidad de prosperar. Es, por ello, que ningún daño moral cabe

indemnizar al demandante, con fundamento en la frustración de una segunda instancia de nula efectividad para el éxito de la pretensión deducida, que únicamente le generaría gastos adicionales que agravarían su situación económica. No olvidemos que la responsabilidad civil nace en el supuesto de la causación de un daño sufrido por el actor y, en este caso, el mismo debe ser calificado de patrimonial y no moral; por lo que, descartada la causación de aquél, mediante la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, no se ha producido ningún daño moral resarcible con identidad propia al que el recurrente tenga derecho.”

Por tanto, se ha establecido que no se puede confundir la evaluación discrecional de la compensación por daño moral con la obligación de realizar un cálculo prospectivo de las probabilidades de éxito de la acción, que corresponde a la indemnización por pérdida de oportunidad patrimonial. Es decir, la pérdida de oportunidad no debe ser equiparada automáticamente a un daño moral. No

obstante, en aquellos casos en los que no se cumpla con el umbral mínimo para considerar resarcible la oportunidad frustrada y, por lo tanto, se rechace la indemnización por daño material, se podrá otorgar, o al menos no se excluirá, la indemnización por daño moral que pueda demostrarse que existe y que esté causalmente vinculada a la negligencia del abogado. (Tribunal Supremo, 2020)

Del texto de la sentencia se colige que existe una distinción entre la compensación por daño moral y la indemnización por pérdida de oportunidad patrimonial. La pérdida de oportunidad no siempre debe considerarse como un daño moral indemnizable, sino que requiere un cálculo prospectivo de las probabilidades de éxito de la acción. En casos en los que no se cumple el umbral mínimo para considerar resarcible la oportunidad frustrada, se puede otorgar o no excluir la indemnización por daño moral si se demuestra su existencia y su relación causal con la negligencia del abogado. La responsabilidad civil se basa en la causación de un daño patrimonial, por

lo que, si no se ha causado ese daño, no procede la indemnización por pérdida de oportunidad ni el daño moral asociado.

## 2) Acción u omisión negligente

GONZÁLEZ CARRASCO explica que la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea para abordar la incertidumbre causal en situaciones donde existe una duda justificada sobre la secuencia de eventos que habrían ocurrido si no hubiera habido una conducta negligente por parte del profesional demandado. Se cuestiona en qué medida el resultado dañino final, que coincide con la ventaja perdida de haber evitado un despido disciplinario sin la posibilidad de readmisión ni compensación, podría haberse prevenido con una conducta diligente por parte del profesional. Además, esta doctrina también se utiliza para reducir la compensación del daño final en función de la probabilidad de que la conducta del demandado no haya sido la causa de dicho resultado. (González Carrasco, 2018)

Por ejemplo, en un litigio resuelto por el Tribunal Supremo, este órgano motivó su sentencia así: “A la hora de valorar jurídicamente la conducta del demandado, en orden a imputarle una negligencia determinante de la pérdida de una oportunidad procesal para el demandante, se ha de atender únicamente a las consecuencias que derivaron de la falta de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal por las infracciones denunciadas en preparación (normas reguladoras de la sentencia), sin que proceda poner a cargo del letrado demandado la pérdida de unas hipotéticas consecuencias positivas vinculadas a un recurso de casación que no podía interponer por no haber sido previamente preparado o a un recurso extraordinario por infracción procesal fundado en infracciones distintas de las muy genéricamente invocadas en el escrito preparatorio”. (Tribunal Supremo, 2013)

Aunque el incumplimiento de los deberes de la *lex artis* es necesario para que se pueda atribuir responsabilidad, no todos los

incumplimientos resultarán en una indemnización por pérdida de oportunidad procesal. Esto se debe a que, si se puede demostrar que, incluso al acatar los requisitos materiales del proceso y las reglas profesionales, el resultado habría sido igualmente inviable, no se podrá determinar la existencia de una pretensión frustrada o fallida. En otras palabras, la indemnización por pérdida de oportunidad no procederá si se puede comprobar que, aunque se hubiera actuado correctamente, el resultado habría sido el mismo y no se habría logrado la pretensión deseada.

### 3) Incertidumbre causal

SAN MARTÍN NEIRA es de que, aunque los conceptos de causalidad y culpa son distintos en términos teóricos, el juez no puede separarlos completamente en su razonamiento probatorio cuando se enfrenta a conflictos con una alta incertidumbre causal. Esta constituye la primera estrategia disponible para el juez a fin de establecer la existencia del nexo causal. Sin embargo, cuando el demandado se defiende argumentando y presentando pruebas

de que el daño sufrido por la víctima habría ocurrido de todas formas, independientemente de si su conducta fue diligente o negligente, el juez puede emplear una segunda estrategia para determinar la causalidad. En este segundo escenario, el razonamiento judicial puede recurrir tanto a criterios generales, como presunciones, juicio razonable y estándares de prueba, como a criterios específicos del juicio de imputación civil, como la pérdida de oportunidad y el daño probatorio, para considerar demostrada la causalidad. (San Martín Neira, 2021)

En el ámbito de la responsabilidad civil, se aplica el principio de certeza causal junto con el principio de imputación objetiva. Sin embargo, en los casos en los que no se puede obtener certeza en relación con el daño, pero negar la indemnización resultaría injusto, entra en juego la teoría de la pérdida de oportunidad procesal de manera subsidiaria. La teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en situaciones en las que existe incertidumbre sobre la relación causal entre una conducta negligente y el

daño final que se produce. En estos casos, no se puede establecer de manera concluyente si la conducta fue la causa directa del daño, pero se reconoce que, si el agente hubiera actuado diligentemente, habría al menos alguna posibilidad de obtener un beneficio.

Del mismo tenor es la *ratio decidendi* del Tribunal Supremo en la siguiente sentencia: “La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte

que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005). Este criterio no exige 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. Comporta, sin embargo, la inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción”. (Tribunal Supremo, 2013)

Es importante aclarar que la incertidumbre se refiere únicamente a la relación causal entre la acción u omisión negligente y la frustración de las oportunidades que se presentaban, no a la causación efectiva del perjuicio final (es decir, la no obtención de la pretensión del

cliente). *Verbi gratia*, si un abogado deja pasar el plazo de presentación de una demanda, se pierde la oportunidad de que se analice la pretensión, pero no se puede afirmar que la negligencia del abogado sea la única causa de la pérdida del caso, ya que no se sabe si se habría perdido o ganado de no mediar la conducta negligente.

#### 4) Relevancia indemnizatoria

Una de las condiciones para indemnizar la pérdida de una oportunidad radica en evaluar la importancia que tenía la posibilidad de obtener el beneficio antes de que ocurriera el acto ilícito, de modo que la reducción de las probabilidades de obtenerlo sea considerada un perjuicio resarcible. En consecuencia, solo cuando se demuestre que la oportunidad perdida era real y sería se podrá establecer la existencia de un perjuicio digno de compensación. Esto distingue a la oportunidad de otras situaciones que no son indemnizables, como simples posibilidades o esperanzas. La determinación exacta de la compensación corresponde a los tribunales de primera instancia y solo

puede ser revisada por el Tribunal Supremo en casos de error evidente o arbitrariedad, cuando exista una clara desproporción o se haya cometido una violación a las normas en la determinación de las bases utilizadas para calcular el monto.

Una vez que se han cumplido todos los requisitos necesarios para establecer la responsabilidad civil contractual del abogado, conforme al artículo 1101 del Código Civil, se debe proceder a la evaluación del daño. Lo ideal sería siempre buscar una compensación específica para restaurar al perjudicado a su estado previo al sufrir el daño. En la mayoría de los casos, se recurre al resarcimiento específico con el objetivo de devolver al perjudicado a su situación anterior (*restitutio in integrum*), que es el propósito principal del resarcimiento, aunque en muchas ocasiones resulta impracticable. Por esta razón, frecuentemente es necesario recurrir a la indemnización por daños y perjuicios o a una prestación equivalente. Sin embargo, en algunas ocasiones, resulta extremadamente complicado

determinar cuál sería la prestación equivalente adecuada. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de los daños derivados de acciones profesionales negligentes, en los cuales se ha desarrollado el concepto de pérdida de oportunidad. (Salas Carceller, 2010)

Con relación a la responsabilidad civil de abogados y procuradores, el Tribunal Supremo ha seguido un criterio más específico para determinar cuándo la pérdida de oportunidad tiene relevancia indemnizatoria. En los supuestos en los que el abogado deja pasar el plazo de la acción de su cliente, se ha establecido que el daño por pérdida de oportunidad no puede ser objeto de indemnización cuando no existe una certeza razonable sobre la probabilidad del resultado. Para evaluar la viabilidad de la acción frustrada en el caso de abogados y procuradores, se debe llevar a cabo lo que se conoce como un 'juicio sobre el juicio', es decir, un análisis prospectivo para determinar si la acción frustrada era o no factible.

Al Tribunal Supremo le tocó resolver un litigio contra un letrado que dejó transcurrir el plazo de caducidad para que su cliente, arrendataria, ejercitara judicialmente la acción de retracto. Esto provocó que se perdiera la posibilidad de adquirir la propiedad de la vivienda que ocupaba. En el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia se lee: "En el caso examinado se advierte que la conducta del abogado demandado es susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional, pues no presentó la correspondiente demanda de retracto en el plazo de 60 días y la inactividad del abogado determinó que la recurrente, no pudiese a través del procedimiento legalmente previsto, adquirir la vivienda de la que era arrendataria (...) La valoración de la sentencia de apelación se funda en las circunstancias del caso y resuelve conforme a ellas otorgando una indemnización por el daño derivado de la imposibilidad de obtener un pronunciamiento sobre la demanda de retracto. La sentencia valora como daño patrimonial el perjuicio padecido y cuantifica la indemnización en

proporción al daño económico que es susceptible de ser apreciado según las posibilidades reales de éxito de la acción. 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? a 50 000?. 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 ?, 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”. (Tribunal Supremo, 2013)

De manera que, si la pretensión era viable, se puede considerar que la conducta del abogado provocó la pérdida de oportunidades de éxito y, en caso contrario, no surgirá ninguna responsabilidad para el abogado, ya que se entiende que no existía ninguna posibilidad previa que pudiera ser frustrada por su conducta y, por lo tanto, no hay un daño indemnizable.

#### **VI. Actos negligentes en el ejercicio de la abogacía.**

A partir de un estudio realizado por Yagüez, los casos tipo de responsabilidad de abogados pueden clasificarse en: violación del deber de información al cliente (no informar sobre la existencia de una vía procesal

para formular una pretensión o para cualquier otro acto; no informar sobre la marcha de un proceso; no informar al cliente sobre la inviabilidad de una demanda, no entregar al cliente la documentación del proceso; no comunicar en debido tiempo al cliente la necesidad de consignar o avalar ante el Juzgado la cantidad objeto de la condena), dar lugar a que la acción del cliente prescriba o caduque, dar lugar a que el recurso del cliente caduque, actuaciones procesales incorrectas en cuanto al fondo (es decir, no “culpas de agenda”), actuación negligente en funciones de “gestión” o de “representación” asumidas por el abogado, culpa del abogado por pérdida de documentos del cliente y culpa del abogado en actos de asesoramiento. (De Ángel Yáguez, 2008)

Además, el comportamiento que puede dar lugar a responsabilidad civil por parte de un abogado puede ocurrir en diferentes momentos procesales. (Crespo Mora, 2006)

- por presentar una querrela después de que el delito haya

prescrito o por presentar una demanda fuera del plazo legal establecido (por ejemplo, la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual o la presentación tardía de una demanda laboral).

- falta de respuesta a la demanda o, posteriormente, en la ausencia o falta de comparecencia en la audiencia del juicio. Una vez que el juicio ha comenzado, la conducta negligente del abogado puede manifestarse durante su desarrollo, como, por ejemplo, no proporcionar pruebas determinantes para el éxito de la acción o recurso presentado.
- falta de formalización o presentación tardía de los recursos correspondientes, un error que ocurre con mayor frecuencia en las jurisdicciones civil y laboral debido a brevedad de los plazos.
- por actividades extraprocesales, como labores de asesoramiento, solicitud de subvenciones o

mediación con terceros. Destacan los casos en los que el abogado es condenado civilmente debido a una redacción inadecuada de un contrato del cliente.

En la práctica, las acciones que conllevan responsabilidad profesional más comunes para los abogados están relacionadas con el incumplimiento de plazos de las acciones legales. Por ejemplo, en la siguiente sentencia del Tribunal Supremo se dice “que el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual se inició con la notificación de este auto por el que se decretó la conclusión de la causa penal por prescripción y la demanda se presentó el 15 de abril de 1993. En consecuencia, en el caso examinado se advierte que la conducta del abogado demandado es susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional, pues la demanda por responsabilidad civil se presentó cuando había transcurrido más de año desde la notificación al procurador del referido auto y la inactividad del

abogado determinó que el procedimiento iniciado no pudiera cumplir su fin de reconocimiento de la pretensión de responsabilidad civil”. (Tribunal Supremo, 2012)

Otro ejemplo frecuente es la importancia de aportar pruebas suficientes y adecuadas en el proceso. En este contexto, si un abogado decide prescindir de cierta información que, según su criterio, no es relevante para el caso, o presenta una prueba claramente insuficiente, y siempre y cuando se demuestren otros requisitos como el daño y el vínculo causal, que se discutirán más adelante, se podría hablar de responsabilidad civil. Sin embargo, si el error o negligencia del abogado no afecta el resultado final del caso, no se generará responsabilidad, ya que esa conducta no ha ocasionado ningún perjuicio económico o moral. Es decir, si el error del abogado no causa daño alguno, no habrá responsabilidad civil. A modo de ilustración de lo anteriormente dicho, se cita la siguiente sentencia del Tribunal Supremo:

“En el caso examinado la sentencia recurrida deja establecido que la actuación del abogado demandado no se revela como claramente negligente o que haya incurrido en una palmaria vulneración de la *lex artis* [reglas del oficio], pues interpuso la demanda y propuso prueba y obtuvo éxito por lo que respecta a la pretensión principal, pues como ha quedado expuesto en el FJ 1 de esta resolución, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Betanzos condenó a los demandados a realizar las obras de reparación necesarias para reponer los inmuebles en el estado que tenían con anterioridad a la producción del siniestro, reconoció determinadas indemnizaciones para los arrendatarios de los locales comerciales y por la depreciación sufrida por el inmueble. Por otra parte, no puede calificarse como negligente la intervención del abogado en el trámite de aportación y proposición de prueba y en el planteamiento de las medidas cautelares y, en todo caso, no se han desvirtuado los argumentos de la AP ya que la parte no ha demostrado que la no aportación de los recibos por el abogado se deba a olvido o negligencia, o a un criterio

claramente erróneo apto para ser juzgado como tal en sí mismo, sino que, *a posteriori*, se funda en el resultado del proceso para afirmar que fue incorrecta la actuación procesal del abogado por no presentar determinadas pruebas”. (Tribunal Supremo, 2013)

La jurisprudencia del máximo órgano judicial ha establecido de manera repetida que, en los supuestos que el daño se refiere a la frustración de una acción judicial, el derecho a la tutela judicial efectiva, al ser de naturaleza instrumental, implica que el daño debe ser calificado como patrimonial. “Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial (aun cuando, insistimos, en un contexto descriptivo, ligado a la llamada a veces concepción objetiva, el daño padecido pueda calificarse como moral, en cuanto está relacionado con la privación de un derecho fundamental), 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, como sucede en la

mayoría de las ocasiones -y, desde luego, en el caso enjuiciado- tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza”. (Tribunal Supremo, 2020)

En otra sentencia se estima que: “también hemos declarado -siempre y cuando no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar la imputación del 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- que si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, 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 CC, cabrá la condena del

abogado a satisfacer los daños y perjuicios causados, por inobservancia de sus obligaciones en la prestación de sus servicios (...) Con respecto a la determinación y cuantía del daño sufrido por la actuación del abogado, hemos declarado que cuando consista en la frustración de una acción judicial, como en el caso presente por caducidad de la acción deducida, 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, mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta clase”. (Tribunal Supremo, 2021)

Esto es especialmente válido si el objeto de la acción frustrada, como ocurre en la mayoría de los casos, tiene como objetivo obtener una ventaja de carácter económico, en consecuencia, la pérdida de la oportunidad de obtenerla también debe ser considerada como un

perjuicio patrimonial. Dicha situación se presenta principalmente en los casos de responsabilidad civil de abogados y procuradores.

La naturaleza intrínseca de los contratos que vinculan a abogados y procuradores con sus clientes complica la situación, ya que no están obligados a un resultado específico, sino a llevar a cabo una actuación acorde con los estándares profesionales. La omisión de presentar un recurso dentro del plazo establecido, el retraso que conlleva a la prescripción o caducidad de la acción, entre otros ejemplos, constituyen casos de negligencia por parte del abogado en el ejercicio de su profesión. La cuestión clave radica en cómo se compensa el daño ocasionado por esta falta de diligencia, tanto en situaciones donde la acción podría haber tenido éxito como en aquellas donde las probabilidades eran muy reducidas. (Paniza Fullana, 2012)

La evaluación del monto de la compensación, basada en el análisis de las probabilidades de éxito,

generalmente se combina con la cuantía de la demanda inicial. En otras palabras, la compensación se determina multiplicando el porcentaje de probabilidad de éxito de la demanda por la cantidad solicitada en el proceso que no se inició debido a la negligencia del abogado. Sin embargo, este enfoque no es definitivo y resulta muy difícil establecer la cantidad adecuada en casos de pérdida de oportunidad procesal. Siempre existe el riesgo de cometer arbitrariedades al determinar la compensación. Por lo tanto, es crucial continuar cuestionando los procedimientos para calcular las probabilidades de éxito de la acción que no pudo ser presentada debido a la negligencia de un abogado. (Oyarzún Vargas, 2021)

En resumen, en los casos de responsabilidad de abogados y procuradores, la pérdida de oportunidad se considera un daño de naturaleza económica que debe ser evaluado por los tribunales en función de la probabilidad de éxito que tenía la acción que se vio frustrada y el valor económico de dicha acción. La

cuantificación de este daño patrimonial corresponde a los tribunales y se basa en la probabilidad de éxito y el valor económico de la oportunidad perdida.

## CONCLUSIONES

1. Los representantes legales en un proceso judicial no pueden ser responsabilizados por las decisiones del tribunal, pero sí pueden ser considerados responsables por infringir la *lex artis* y los deberes éticos de su profesión. Los abogados tienen la obligación de ejercer su labor con diligencia y cumplir con las reglas técnicas de la abogacía. El estándar de conducta para evaluar su cumplimiento se basa en la diligencia profesional, que es superior a la de un ciudadano promedio.
2. La teoría de la pérdida de oportunidad facilita la prueba del vínculo causal entre la acción u omisión del individuo y el daño causado, y se aplica como criterio para determinar la cuantía de la indemnización. Esta teoría se basa en la idea de que un tercero, ajeno

al perjudicado, ha interferido en el curso normal de los acontecimientos y ha frustrado sus expectativas. Es considerada un daño cierto e indemnizable, aunque es difícil de concretar, ya que se refiere a la posibilidad perdida o expectativa frustrada de obtener un resultado favorable. La indemnización por pérdida de oportunidad siempre será inferior a la que correspondería si se indemnizara el daño final sufrido, ya que se compensa la oportunidad perdida en lugar del perjuicio definitivo experimentado. Esta construcción jurídica puede confundirse con la institución del lucro cesante, aunque presentan diferencias.

3. La teoría de la pérdida se puede analizar desde tres enfoques principales: el enfoque del todo o nada, que se opone a indemnizar la pérdida de oportunidad; el autonomista, que considera que el daño proviene de la imposibilidad de acceder a la valoración de un beneficio esperado; y el probabilístico, que busca

determinar las probabilidades de que una acción u omisión haya causado el daño. Este último es el más aceptado por la jurisprudencia. En última instancia, el perjudicado deberá probar la negligencia del profesional para poder reclamar indemnización.

4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español reconoce la pérdida de oportunidad como un daño independiente en la responsabilidad civil de los abogados. Este tipo de daño implica la frustración de expectativas y la privación de la oportunidad de obtener un resultado favorable. Se busca asignar un valor económico a la oportunidad perdida, diferenciándola del daño moral. Para que proceda la indemnización por pérdida de oportunidad, se debe demostrar la negligencia del abogado, aunque no todos los

incumplimientos darán lugar a indemnización. En casos de incertidumbre causal, se aplica la teoría de la pérdida de oportunidad como una forma subsidiaria de indemnización.

5. Existen diferentes categorías de casos y momentos procesales en los que pueden ser considerados responsables los abogados. La tipología más común está relacionada con el incumplimiento de plazos de las acciones legales, así como la suficiencia probatoria. La determinación del monto de la indemnización por pérdida de oportunidad suele basarse en el análisis de las probabilidades de éxito de la demanda y en la cuantía de la demanda inicial. Sin embargo, la cuantificación de este daño patrimonial puede ser compleja y susceptible de discrecionalidades, por lo que corresponde a los tribunales realizar esta evaluación.

## Referencias

Asensi Pallarés, Eduardo y Cid-Luna Clares, Iñigo, 2013: “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 8, pp. 228-239.

Asúa González, Clara Isabel, 2020: “Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad. Comentario a la STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 613)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 112, pp. 207-226.

Chaparro Matamoros, Pedro, 2014: “Responsabilidad civil del abogado por prescripción del plazo para reclamar responsabilidad patrimonial a la administración”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, N° 1, pp. 149-156.

Crespo Mora, María Carmen, 2006: “La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: Perspectiva jurisprudencial” *Revista de Derecho*, N° 25, pp. 257-285.

De Barrón, Paloma, 2012: *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil* (dir.), Granada, Editorial Comares.

Gallardo Castillo, María Jesús, 2015: “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 45, pp. 35-66.

González, Carrasco, Carmen, 2018: “Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio 2017 (RJ 2017, 3959)”, *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil*, N° 107, pp. 9-20.

Martí Martí, Joaquim, 2009: *La responsabilidad civil del abogado, del procurador y de sus sociedades profesionales: estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y procurador: cuantificación de los daños y estudio de la casuística jurisprudencial* (2º edición), Barcelona, J.M. BOSCH EDITOR.

Medina Alcoz, Luis, 2009: “La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal: ¿problema de daño, de causa o de prueba? (A propósito de las observaciones de Marina Gascó Abellán)”, *TEORDER*, N° 6, pp. 203-226

Medina Martín, Salvador, 2017: “Responsabilidad civil del abogado. Pérdida de oportunidad”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, N° 64, pp. 77-92.

Monforte, José Domingo, 2018: “La pérdida de oportunidad. Tratamiento jurídico”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, N° 66, pp. 25-32.

Moreo Ariza, Javier, 2007: “La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Disponible en: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/414\\_es\\_1.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/414_es_1.pdf) [Fecha consulta: 07.05.2023]

Oyarzún, Vargas, Felipe, 2021: “Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad: análisis y reflexiones del caso español”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 43, pp. 119-147. <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.005>

Paniza, Fullana, Antonia, 2012: “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del

quantum indemnizatorio”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, volumen 1, N° 11, pp. 51-64.

Pérez Vallejo, Ana María, 2021: “Incertidumbre causal y cálculo probabilístico del daño por pérdida de oportunidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, volumen 97, N° 783, pp. 639-664.

Salas Carceller, Antonio, 2010: “La pérdida de oportunidad como criterio para determinar la indemnización derivada de responsabilidad civil profesional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 8, pp. 17-24.

San Martín Neira, Lilian C. y Larrocau Torres, Jorge, 2021: “El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena”, *Revista de derecho privado*, N° 40, pp. 329-359. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.12>

Serra Rodríguez, Adela, 2019: “La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español”, *Revista Justicia & Derecho*, volumen 2, N° 2, pp. 81-100.

Tribunal Suprema de España. (2021). Sentencia del Tribunal Supremo de España (STS) 2254/2021 - ECLI:ES:TS: 2021:2254.

Tribunal Supremo. (2012). STS 5762/2012 - ECLI:ES:TS: 2012:5762.

Tribunal Supremo. (2013). Responsabilidad profesional de abogados. Pérdida de oportunidad. Inexistencia de daño vinculado a la actuación del letrado designado en trámite de interposición de un recurso extraordinario previamente preparado por otro letrado.

Tribunal Supremo. (2013). STS 3120/2013 - ECLI:ES:TS: 2013:3120.

Tribunal Supremo. (2013). STS 3339/2013 - ECLI:ES:TS: 2013:3339.

Tribunal Supremo. (2014). Responsabilidad profesional de abogado.

Tribunal Supremo. (2020). Responsabilidad civil de procurador por frustración de acción procesal. Aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y carácter patrimonial de la acción frustrada. Inexistencia de daño moral resarcible.

Tribunal Supremo. (2020). STS 99/2020 - ECLI:ES:TS: 2020:99.

Tribunal Supremo. (2021). STS 2254/2021 - ECLI:ES:TS: 2021:2254.

De Ángel Yágüez, Ricardo, 2008: “La responsabilidad civil del abogado”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1. Disponible en: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/521\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/521_es.pdf) [Fecha consulta: 10.05.2023]

Yong, Samuel y Rodríguez Yong, Camilo A., 2011: “Pérdida de oportunidad”, *Via Inveniendi Et Iudicandi*, volumen 6, N° 2. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2011.0002.03>