



Roj: **SAP M 16887/2024 - ECLI:ES:APM:2024:16887**

Id Cendoj: **28079370202024100417**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **20**

Fecha: **02/12/2024**

Nº de Recurso: **655/2023**

Nº de Resolución: **435/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ISABEL SERRANO FRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésima

C/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 7 - 28035

Tfno.: 914933881

37007740

N.I.G.:28.079.00.2-2020/0037705

Recurso de Apelación 655/2023

O. Judicial Origen:Juzgado de 1ª Instancia nº 90 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 290/2020

APELANTE:D./Dña. Carlos

PROCURADOR D./Dña. JACOBO GARCIA GARCIA

APELADO:PROYECTOS REHABILITACIONES Y OBRAS JASP S.L

PROCURADOR D./Dña. ANA DIAZ DE LA PEÑA LOPEZ

SENTENCIA N° 435/2024

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dña. ISABEL SERRANO FRIAS

D. RAFAEL DE LOS REYES SAINZ DE LA MAZA

Dña. MARÍA DE LOS ÁNGELES MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ

En Madrid, a dos de diciembre de dos mil veinticuatro.

La Sección Vigésima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 290/2020 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 90 de Madrid a instancia de D. Carlos apelante - demandado, representado por el Procurador D. JACOBO GARCIA GARCIA contra PROYECTOS REHABILITACIONES Y OBRAS JASP S.L apelado - demandante, representado por la Procuradora Dña. ANA DIAZ DE LA PEÑA LOPEZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 29/03/2023.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **Dña. ISABEL SERRANO FRIAS**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por Juzgado de 1ª Instancia nº 90 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 29/03/2023, cuyo fallo es el tenor siguiente: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el/la Procurador/ a D./Dña. Ana Diaz de la Peña Lopez, en nombre y representación de PROYECTOS REHABILITACIONES Y OBRAS JASP, S.L., en los presentes autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado contra D. Carlos , se CONDENA al demandado a abonar a PROYECTOS REHABILITACIONES Y OBRAS JASP, S.L. la suma de OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (8.866,44 euros), más el interés legal desde la fecha de la demanda, intereses que se incrementarán en dos puntos desde la fecha de esta resolución y hasta su pago o consignación. Y todo ello sin expresa condena en las costas procesales causadas.

Con fecha 10 de abril de 2.023 se dictó auto aclaratorio de la anterior resolución, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "SE RECTIFICA el siguiente ERROR MATERIAL contenido en la sentencia dictada por este Juzgado en fecha 29 de marzo de 2023. -En la pág. 5 de la sentencia, párr. segundo: donde dice "*Letrado Sr. Donato* " debe decir "*Letrado Sr. Carlos* ". No ha lugar a rectificar ningún otro extremo de la indicada sentencia."

SEGUNDO.-Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, exponiendo las alegaciones en que basa su impugnación. Admitido el recurso en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la apelada, que presentó escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario. Elevados los autos ante esta Sección, fueron turnados de ponencia, y quedando pendientes de resolución, se señaló fecha para la deliberación y votación, que se ha llevado a cabo por los Magistrados de esta Sección.

TERCERO.-En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-Interpuesto recurso de apelación frente a la resolución dictada por el Juzgado de instancia num .90 de Madrid en el procedimiento ordinario 290/2020 que acoge en parte la pretensión deducida por la actora considerando el Juzgador que si la parte demandada en el previo pleito en que intervino el letrado hoy demandado y apelante hubiera aportado prueba pericial , que se limito a proponer hubiera podido desvirtuar alguna de las conclusiones que se derivaron del dictamen que se dio por reproducido en la sentencia al no existir contrainforme alguno ,añadiendo la resolución que puede afirmarse que existe una relación causal directa entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y el integro rechazo de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente , concluyendo en que existe un daño derivado de esa mala praxis que se valora en el 50% del importe de la condena

El recurrente y demandado efectúa en el recurso unas previas consideraciones generales como como la paradoja de articular una demanda de responsabilidad civil por no aportar un informe pericial que tampoco se tiene en el presente pleito lo que impide valorar la trascendencia o calculo probabilístico del resultado contando con dicha prueba .Se niega a continuación el daño al no probarse que aquella acción tenía un grado razonable de prosperar, insistiendo en que no se puede evaluar el daño sin ese concreto informe pericial . manteniendo el carácter excesivo en cualquier caso de la indemnización en relación nuevamente con el desconocimiento del informe pericial y su influencia en el pleito precedente .

SEGUNDO.-Como consideraciones generales cabe destacar : 1ª) Que, el encargo de un cliente a su abogado es un contrato de arrendamiento de servicios, en virtud del cual el abogado se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de su actividad profesional, a quien acude al mismo por la necesidad o por un problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa jurídica o extrajudicial de los intereses confiados, de forma que el abogado comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con la "*lex artis*",sin que, por lo tanto, garantice o comprometa al resultado de la misma el éxito de la pretensión, en consecuencia, son requisitos que deben concurrir para la existencia de **responsabilidad contractual del letrado** para con su cliente, a los efectos de que le otorgue a éste el derecho a reclamarle y conseguir el pago de daños y perjuicios, (a) preexistencia de una obligación entre las partes, (b) incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, (c) acreditación de la realidad de los perjuicios ocasionados a la parte, y (d) existencia de un nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos - T.S. 1ª SS. de 28 abril 1980, 10 octubre 1990 y 4 marzo 1995-, encontrándose obligado el cliente que persiga la declaración de responsabilidad contractual de su abogado a probar que la actividad desarrollada por este no ha sido ejecutada con la diligencia exigible; 2ª) Que, la acción de reclamación por responsabilidad civil derivada de actuación negligente de abogado es un tipo o una variedad más de la responsabilidad profesional, derivada del contrato de prestación de servicios tal como se dice en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998, y 25 de marzo de 1998, que da lugar a obligaciones

del abogado que, según destaca la sentencia de 28 de diciembre de 1996 *"su obligación esencial de llevar la dirección técnica de un proceso es obligación de actividad o medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar esta de una forma correcta"*;3ª) Que, en lo que se ha dado en llamar *"la pérdida de oportunidad"* se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 12 de diciembre de 2003 y 9 de julio de 2004, recogiendo que el daño que queda establecido es un daño estrictamente moral, no material, pues consiste en la lesión de un derecho inmaterial, no pudiéndose afirmarse la producción además de un daño de esa última clase como ocurre en otros supuestos de negligencia profesional, de manera que en estos casos no puede pretenderse en términos generales una absoluta equiparación del daño con el importe del pleito perdido o de la condena impuesta - T.S. 1ª SS. de 16 de diciembre de 1996 y 8 de abril de 2003-, salvo que pudiera afirmarse con seguridad el éxito de la demanda o de la oposición, por lo que cuando de este daño moral se trata, debe acudir a la doctrina de la llamada *"pérdida de la oportunidad"*, y la indemnización debe tener en cuenta como factor que incide en la entidad del daño la importancia económica del asunto, pero también inevitablemente la consistencia de esa expectativa, el *"pronóstico de viabilidad"* de la postura del cliente, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003, entorpecida u obstaculizada por la *"mala praxis"* de su abogado y la gravedad misma de la negligencia a efectos de la moderación de la responsabilidad ex artículo 1103 Civil Civil, pero, en todo caso, es preciso que el actor-cliente pruebe cumplidamente la negligencia que imputa al demandado-abogado contratado por la no consecución de las pretensiones a las que aspiraba, pero, insistimos, todo ello sin desconocer, como ya indica la sentencia del Tribunal Supremo de 23 mayo 2001 que *"la negligencia del abogado no conlleva necesariamente que tenga que indemnizar a su cliente por la pretensión desestimada o perjudicada, dado que la decisión del tribunal podría ser la misma aunque el letrado hubiese actuado diligentemente, ya que resulta imposible situarse en la posición del tribunal que hubiera resuelto el asunto"*, por lo que no es admisible practicar un *"juicio sobre juicio"* a fin de precisar la verosimilitud de un eventual éxito de la frustrada pretensión del cliente, o presentar un recurso frente a una sentencia, actividad que es totalmente imposible de averiguar, pues como recuerdan las sentencias de 11 de noviembre de 1997, 28 enero 1998 y de 28 julio 2003 *"(...) resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) (...) "*, ya que *"nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida"* y que, es *"(...) criterio coyuntural (no siempre posible) y con frecuencia de resultado incierto (...) "* dado que *"(...) nadie puede prever con absoluta seguridad que la reclamación iba a ser atendida (...) "*, no obstante lo cual la jurisprudencia de la Sala Primera Tribunal Supremo haciéndose eco de la doctrina francesa sentada en relación con la llamada *"la perte d'une chance"* (la pérdida de una oportunidad), como concepto susceptible de integrar un daño de orden moral, ha venido estableciendo su admisibilidad en caso de pérdida de la posibilidad de obtener la tutela judicial efectiva con el dictado de una sentencia sobre la cuestión de fondo sustantiva, daño moral sufrido que no exige ser acreditado objetivamente, por cuanto que al tratar de la responsabilidad civil profesional de abogados y procuradores, la jurisprudencia considera indemnizable en sí misma la pérdida de oportunidad procesal, con independencia, por tanto, del pronóstico de prosperabilidad de que la pretensión fuese estudiada por el tribunal correspondiente, siendo la jurisprudencia sobre este particular tema de daño moral escasa, aunque ciertamente sí existe una línea favorable; y 4ª) Que, la jurisprudencia y la doctrina de las Audiencias han venido concretando que las obligaciones que las obligaciones que contrae el abogado en virtud del contrato de arrendamiento de servicios son de medios y no de resultados, comprometiéndose el profesional a prestar una determinada actividad encaminada a un fin, pero no a la obtención de un resultado beneficioso, no surgiendo la responsabilidad de aquél sino cuando el incumplimiento es grave o cuando al menos del mismo se deriva de forma ostensible un daño para quien lo ha nombrado como es, por ejemplo, no interponer un recurso contra determinada resolución (sentencias de las Audiencias Provinciales de 10 de junio de 1994 de Barcelona; de 23 de junio de 1994 de Valladolid y de 12 de junio de 1995 de Barcelona), o bien inactividad que determina la caducidad de la acción o no personación ante el Tribunal Superior (sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 de julio de 1998).

No plantea dudas que la actuación del letrado en el pleito en cuestión omitiendo la práctica de la prueba pericial que fue anunciada es una actuación negligente, teniendo en cuenta especialmente la trascendencia de esta prueba en este tipo de reclamaciones donde el Juez tiene que apoyarse pues carece de ellos, en conocimientos técnicos de un experto, esto es la prueba pericial. Así el fundamento tercero de la sentencia de 17 de julio de 2018 que condenó a la parte actora en el presente procedimiento recogía como *"el objeto de la controversia es esencialmente técnico y necesariamente se ha de contar para su resolución de la única prueba pericial practicada..."*, pericial que fue ratificada en el juicio y lleva al juzgador a acoger la demanda.

Tenemos pues el primer presupuesto que es la negligente actuación del profesional que anuncio pero no propuso en tiempo y forma prueba pericial en un pleito de defectos constructivos, surgiendo el problema en la segunda parte, la cuantificación en su caso de los daños.

La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTs de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1.101 CC.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado, inicialmente negaba que se pudiera hacer un "juicio del juicio" y procedía a conceder al cliente una compensación por daño moral, en base a criterios razonables y prudentiales, si bien, a partir de la paradigmática sentencia de fecha 27 de julio de 2006 se marca la línea que desde entonces seguirá el Alto Tribunal; esta sentencia consolida "la doctrina de la pérdida de la oportunidad procesal", en virtud de la cual:

1. Cuando el objeto de la acción frustrada tuviera como finalidad la obtención de una ventaja económica, el daño deberá calificarse como patrimonial.

2. La cuantía de la indemnización deberá fijarse en función de las probabilidades de éxito de la acción frustrada, lo cual, además de exigir un examen del juicio en el que se produjo el error del Abogado -a menudo, laborioso y complejo-, abre un abanico que abarca:

a) Desde la fijación de una indemnización equivalente a lo perdido, cuando hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, en atención al principio de reparación integral, el cual constituye el quicio del derecho de daños.

b) Hasta la negación de toda indemnización si lo razonable fuera pensar, que la acción frustrada nunca hubiera podido prosperar.

Esta doctrina se ha visto completada y consolidada por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que destacan, las de 31 de marzo de 2010, 14 de julio de 2010, 28 de junio de 2012, 5 de junio de 2013 y 14 octubre de 2013, que realizan un exhaustivo "juicio del juicio".

La inviabilidad de la acción frustrada excluye la indemnización por daños patrimoniales, ahora bien, en los casos de pérdida de oportunidad procesal, la denegación de la indemnización por daños patrimoniales no excluye la compensación de los daños morales, así, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de noviembre de 2013 dice " *En consecuencia, si, como ha sido el caso, el juicio sobre las posibilidades de éxito de la acción frustrada (.....) arroja un resultado negativo, procederá el rechazo de la indemnización de ese daño patrimonial, decisión que, sin embargo, no excluirá la compensación del daño moral que se demuestre existente como tal y que pueda vincularse causalmente con el acto negligente del abogado demandado.*", doctrina confirmada por la sentencia de fecha 20 de mayo de 2014.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2015 nos recuerda que "..... el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC .", si bien añade " *No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.....*"

Como conclusión cabe señalar que los requisitos que se exigen para que nazca la responsabilidad y el subsiguiente deber de indemnizar del Abogado son: 1. El incumplimiento de sus deberes profesionales; 2.

La prueba del incumplimiento; 3. La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa; 4. La existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva; y 5. La fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades.

El actor aludía en su demanda a la pérdida de oportunidad subsumible en la noción de daño moral ,añadiendo que al no aportarse informe pericial no pudo defender sus pretensiones de forma eficaz .

Expuesto lo que antecede ,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, 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 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 CC .

La naturaleza de la acción , daños o deficiencias constructivas , como ya apuntábamos, es un procedimiento donde tiene un papel esencial la prueba pericial , practicándose únicamente la interesada por la actora , como hemos reiterado , no siendo de recibo el argumento de que no hubiera cambiado nada la aportación de una pericial de esta parte pues ello supondría negar toda posibilidad de defensa , debiendo entonces el letrado hoy recurrente haber aconsejado bien un acuerdo extrajudicial o el allanamiento a la demanda lo que no hizo , recurriendo incluso la sentencia que daba la razón a la actora , efectuando el juez en la sentencia examinada un razonamiento detallado y prudente en cuanto a que no puede convenirse la equiparación del daño reclamado con el importe de la condena impuesta , reduciéndola a la mitad , entendiendo que un informe pericial hubiera podido reducir el alcance de la responsabilidad imputable a esa parte , y nuevamente a la mitad al existir otra parte condenada solidariamente y rechazando otros conceptos .Cuestiona el apelante que se fije el 50% afirmando que es excesivo pero no da alternativas salvo un porcentaje inferior de entre el 15-20% sin que se den razones , insistimos objetivas para esta reducción siendo razonado y razonable el criterio del Juzgador que por ello ha de mantenerse .

TERCERO.-Rechazado el recurso se imponen al apelante las costas de esta alzada, artículo 398 LEC

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de instancia num. 90 de Madrid en los autos de procedimiento ordinario 290/2020, debemos confirmar dicha resolución con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

MODO DE IMPUGNACION:Se hace saber a las partes que frente a la presente resolución cabe interponer **Recurso de Casación** en los supuestos previstos en el artículo 477 de la LEC, a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante este mismo órgano jurisdiccional. Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición del mismo, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de 50 euros, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito el recurso de que se trate no será admitido a trámite, excepto en los supuestos de reconocimiento expreso de exención por tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita.

Dicho depósito habrá de constituirse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2838-0000-00-0655-23.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.