



Roj: **SAP J 623/2021 - ECLI:ES:APJ:2021:623**

Id Cendoj: **23050370012021100456**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Jaén**

Sección: **1**

Fecha: **29/04/2021**

Nº de Recurso: **1418/2019**

Nº de Resolución: **472/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **BLAS REGIDOR MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 472**

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. José Pablo Martínez Gámez

MAGISTRADOS

D. Antonio Carrascosa González

D. Blas Regidor Martínez

En la ciudad de Jaén, a veintinueve de abril de dos mil veintiuno.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario seguidos en primera instancia con el nº 102 del año 2019, por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén, **rollo de apelación de esta Audiencia nº 1418 del año 2019**, a instancia de D<sup>a</sup>. Maribel , representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora D<sup>a</sup> María del Rocío Millán Colomer, y defendido por el Letrado D. José María Palacios Romero; contra D. Lázaro , representado en la instancia y en esta alzada por el Procurador D. José Ramón Carrasco Arce y defendido por el Letrado D. Lázaro .

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén, con fecha 26 de septiembre de 2019.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "*Que estimo la demanda formulada por D<sup>a</sup> María del Rocío Millan Colomer, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Maribel, contra D Lázaro, sobre reclamación de cantidad derivada de mala praxis, sobre reclamación de cantidad derivada de mala praxis, condenando al pago de la cantidad de 10.078,57 euros, más intereses legales, y condena alas costas del procedimiento.*".

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandada en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

**TERCERO.-** Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición por la parte actora, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 1<sup>a</sup> se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 28 de abril de 2021 en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.



Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. BLAS REGIDOR MARTINEZ.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada, salvo en lo que se opongan a los siguientes.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia de instancia por la que se estima la acción interpuesta, se alza la demandada alegando error en la valoración de la prueba.

La Sentencia de instancia condena al demandado al abono a la demandante de la cantidad de 10.078,57 € y ello al declararse su responsabilidad profesional como abogado, habiéndosele privado a la demandante de recibir esa indemnización, que le correspondía por despido y salarios debidos.

El letrado demandado habría llegado a un acuerdo en acto de conciliación realizado ante el CMAC, y como quiera que posteriormente se desistió del procedimiento judicial al ejecutarse el acto de conciliación la empresa fue declarada en insolvencia.

Al solicitarse prestaciones ante el FOGASA el citado organismo rechazó la reclamación en base al art. 33 ET.

Se interpuso demanda ante el Juzgado de lo social que fue desestimada, y posteriormente la Sentencia fue recurrida en suplicación, recurso que obtuvo el mismo resultado.

**SEGUNDO.-** Centrado así los términos del debate, cabe recordar, como señalaba la STS de 14 de julio de 2010, que "Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas ( STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC."

Por otra parte, la jurisprudencia ha señalado que, sin embargo, no puede 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.

**TERCERO.-** Conviene traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la responsabilidad civil del abogado, doctrina contenida, entre otras, en la STS de 27 de mayo de 2010. Y así:

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

La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y del alcance de éste corresponde a la parte que demanda ( SSTS de 14 de julio de 2005, 21 de junio de 2007).

B) Es preciso, en segundo término, que haya existido un daño efectivo. 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).

C) En tercer término, es menester que exista un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y que éste sea imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador ( SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, entre otras).

La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones ( STS de 30 de noviembre de 2005).

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.

**CUARTO.-** Aclarada la cuestión anterior, se debe de resolver en primer lugar si el codemandado incurrió en responsabilidad y si esa posible negligencia generó perjuicios que deben de ser indemnizados.

Ha sido probado en la instancia, y no debatido, que la demandante fue despedida por la empresa Imprenova, S.L., habiendo encargado profesionalmente la reclamación, por dicho despido y salarios, al demandado en su condición de letrado,

Se interpuso papeleta de conciliación ante el CMAC, habiéndose reconocido una deuda allí de 12.283,44 €.

Se interpuso demanda ante la jurisdicción social, y como quiera que el suplico de a demanda no era acorde con la conciliación (en la que se solicitaba el mantenimiento del puesto de trabajo)por Diligencia de Ordenación el Juzgado exigió un nuevo acto de conciliación, acto que se llevó a cabo el 26 de enero de 2015, reconociendo la demandante haber recibido parte de la cantidad debida, restando por abonarle la cantidad de 10.078,57 €, comprometiéndose la demandada en aquel acto a hacer efectiva la cantidad en dos plazos.

El Juzgado de lo Social fijó día para la celebración de vista, y antes de la celebración de ésta se desistió de la demanda y se instó la ejecución del acto de conciliación, y en el seno de ésta se acordó la insolvencia de la empresa.

Realizada reclamación al Fogasa éste denegó la prestación, resolución confirmada judicialmente.

Hay que reiterar lo ya dispuesto en el fundamento jurídico anterior, esto es, cuando el daño 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, 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. 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 20 de



mayo de 1996, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 3 de julio de 2008, 23 de octubre de 2008, o 12 de mayo de 2009, entre otras muchas).

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, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente.

Es lo que se ha dado en llamar "la pérdida de oportunidad".

Atendiendo a lo expuesto, es el propio letrado en el que en su propio escrito de recurso advierte que a pesar de que la empresa no tenía fondos se aceptó la conciliación y ello ante la confianza de que se cumpliera el pago de lo debido a plazos.

No es un hecho controvertido el que el demandado desistiera del procedimiento judicial y pretendiera ejecutar el acuerdo extrajudicial, como tampoco es controvertido el hecho de que el art. 33.2 del ET disponga: "El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51, 52, 40.1 y 41.3 de esta ley, y de extinción de contratos conforme a los artículos 181 y 182 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan".

Pues bien, cabe concluir, al igual que se hecha en la instancia, que la diligencia exigible al Letrado impedía pactar en conciliación unas indemnizaciones, toda vez que si la empresa, como sucedió devenía insolvente, el FOGASA, al no existir resolución judicial o administrativa, no abonaría el porcentaje correspondiente de las indemnizaciones a los trabajadores, con lo que se les privaría de la tutela judicial efectiva, frustrando su legítimo derecho a percibir las indemnizaciones de las que resultaban acreedores. Y entiende esta Sala que la referida actitud es negligente, por cuanto el Letrado, debe colocarse y partir de la situación más desfavorable a sus clientes (cf.. STS 3-10-1998), como es la de la posible insolvencia, y, en consecuencia, no permitir el pacto de las referidas indemnizaciones en conciliación.

Acreditada la negligencia y no debatida la indemnización que le hubiera correspondido a la demandante, y el previsible éxito de su acción, no queda sino desestimar el recurso, con la confirmación íntegra de la resolución.

**QUINTO.-** Dado el sentir desestimatorio de esta sentencia, por el recurso interpuesto las costas causadas se imponen al apelante - art. 398. 1 LEC-.

**SEXTO.-** Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9 de la L.O.P.J., añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ante la desestimación del recurso interpuesto se declara la pérdida del depósito constituido por la misma para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén, con fecha 26 de septiembre de 2019 en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el nº 102 del año 2.019, debemos confirmar la misma en todos sus términos, con imposición de costas a la parte apelante y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso por infracción Procesal siempre que la cuantía exceda de 600.000 euros y si no excediere o el procedimiento se hubiese seguido por razón de la materia cuando la resolución del recurso presente interés casacional, tal como determina el artículo 477 de la L. E. Civil, en el primer caso; y en el



segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley, ambos preceptos en relación con la disposición final 16 del repetido cuerpo legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 2038 0000 12 1418 19.

Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.