

Doctrina.—Se alega incongruencia omisiva de la sentencia impugnada porque, según el recurrente, el tribunal de apelación se habría limitado al problema fáctico y probatorio, dejando sin resolver el de si se había producido o no una novación modificativa del primitivo contrato de compraventa, cuestión esta en la que sin embargo el demandado había centrado su oposición a la demanda, pero esto resultó insostenible. Si ya la jurisprudencia de la Sala viene declarando que la congruencia se mide por la correspondencia entre el fallo o parte dispositiva de la sentencia y las pretensiones de las partes, correspondencia que se da plenamente en este caso, basta además con leer el fundamento jurídico de la sentencia recurrida anteriormente transcrito para comprobar que el razonamiento del tribunal de apelación se centró precisamente sobre el punto que el motivo dice haberse eludido o silenciado, es decir, si la escritura pública produjo efectos novatorios de lo anteriormente plasmado en documento privado, abordando incluso el mismo tribunal expresamente «las causas alegadas por el demandado en su escrito de contestación para explicar la alteración del precio».

COMENTARIO

Basta con recordar lo que se viene razonando hasta ahora para que precisemos que la tarea primordial del tribunal de apelación no ha sido otra que valorar todas las pruebas practicadas, fundamentalmente documental y testifical, para llegar a la conclusión de que el precio verdaderamente pactado fue el consignado en el documento privado y no el que en la escritura pública posterior se decía pactado y recibido, de ahí que haya de aplicarse la constante jurisprudencia de esta Sala a cuyo tenor el artículo 1.214 del Código Civil carece de idoneidad para sostener un motivo de casación cuando sobre un determinado hecho se haya practicado prueba, con independencia de quién la hubiera propuesto, y el tribunal sentenciador haya plasmado el resultado de esa efectiva actividad probatoria.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

POR LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS DEMANDADOS.—DAÑO MORAL INFERIDO POR NEGLIGENCIA PROFESIONAL. INDEMNIZACIÓN MANCOMUNADA EN ATENCIÓN A SUS RESPECTIVAS CONDUCTAS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Antecedentes.—El origen de la demanda está en el siniestro, en el que perdieron la vida los hijos de los actores, al ser arrastrados por las aguas del

río Ter, aparentemente, cuando abandonaron el coche que ocupaban, al quedar éste inmovilizado en un puente.

Y tiene por objeto la reclamación por negligencia profesional de los abogados que intervinieron en el caso al dejar que prescribieran las acciones de responsabilidad e indemnización que se debían haber interpuesto como consecuencia del accidente.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gerona, dictó sentencia con fecha 14 de enero de 1997, desestimando la demanda interpuesta por los demandantes sobre reclamación de daños y perjuicios que cifraban en la suma de 70.991.003 pesetas más intereses y costas, absolviendo a los abogados demandados.

Apelada por los demandantes la anterior Resolución, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gerona dictó, con fecha 15 de diciembre de 1997, y confirmó íntegramente el fallo con imposición a los demandantes de las costas en alzada.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, condenando a los abogados codemandados al pago de la suma de cinco millones de pesetas, con los porcentajes fijados del 20 por 100 a cargo de don J. Antonio Q. C. y el 80 por 100 a cargo de don Camil C. G. Sin expresa condena en costas, debiendo cada parte satisfacer las por ellos causadas y las comunes por mitad.

Doctrina.—El recurso de casación se funda en cinco motivos. En el primero se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.973 del Código Civil y de la doctrina que lo interpreta, al amparo del artículo 1692.4 de la LEC, al estimar que la intervención del señor J. Antonio Q. C. ante el Juzgado, solicitando Abogado de oficio carece de virtualidad interruptiva de la prescripción de la acción, por no expresar correctamente el pleito en el que se pretende utilizar, por lo que el Tribunal *a quo* ha considerado erróneamente que sí pudo haberlos producido. Motivo que debe ser rechazado al ser una cuestión que no se debate en la recurrida y sólo por la primera instancia.

En el segundo se alega quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al amparo del artículo 1692.3 LEC, al infringir el fallo por violación del artículo 359 LEC, ya que la Resolución incurrió en incongruencia por omisión al no pronunciarse sobre sí el letrado don J. Antonio Q. C. actuó negligentemente. Motivo que tampoco se acepta por no existir defecto de incongruencia, ya que la Sala *a quo* exime a ambos letrados de responsabilidad profesional.

En el tercero se denuncia con la misma apoyatura legal que en el motivo anterior, que la Resolución incurrió en incongruencia al no pronunciarse sobre la responsabilidad contractual del letrado don Camil C., pese a reconocer que fue la omisión argumentativa de la demanda lo que provocó la declaración de prescripción. Motivo que tampoco se aprecia —más bien incongruencia por contradicción entre lo razonado y resuelto—, ya que, si bien la Sala expresa que «en la omisión argumentativa de la demanda formulada por el mismo cabe atribuir la concreta declaración de prescripción en los términos en que se produjo», luego señala, como pese a ello, no procede declarar responsabilidad alguna de los Letrados con argumentos, que se podrían aceptar o no, pero que son coherentes para no declarar la responsabilidad.

El motivo cuarto denuncia la infracción de los artículos 1.101 del Código Civil, y 53, 54 y 102 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del Estatuto General de la Abogacía, al amparo del artículo 1692.4 LEC, pidiendo que se

aclare la responsabilidad profesional por la negligencia con que desempeñaron los demandados la defensa de los intereses confiados.

La Sala, antes de dar respuesta al citado motivo, resume la línea jurisprudencial de la llamada «responsabilidad civil profesional» (con cita de las sentencias de 23-5-2001, 30-12-2002, 11-11-1997, 25-3-1998, 25-6-98, 3-10-98, y de la normativa del Estatuto General de la Abogacía, arts. 8, 9, 53 y 54) con base a la cual estima el motivo:

1.º) Por lo que respecta al señor Antonio Q., ya que su actuación —cuando sólo faltaban cuatro días para que se produjera la prescripción de la acción tras el término del proceso penal— ...acompañando a los familiares de las víctimas al Juzgado para solicitar el nombramiento del Abogado de Oficio para instar las correspondientes reclamaciones —...tanto en vía civil como administrativa— contra los organismos implicados, ...supone una mínima diligencia ...que quebranta los deberes profesionales prescritos en su normativa estatutaria...

2.º) Por lo que respecta al Letrado de Oficio..., no presentó la demanda civil hasta el 1 de abril de 1993, y fue desestimada por prescripción por sentencia firme de 23 de septiembre de 1994... La negligencia profesional en que incurrió deviene meridiana.

En el quinto se denuncia infracción del artículo 1.103 del Código Civil al amparo del artículo 1692.4 LEC y de la jurisprudencia de la Sala (STS de 20-5-1996 y 16-12-1996), así como la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (sentencias de 8 de abril de 1984 y 12 de febrero de 1985). Esto es, se plantea el tema de la indemnización... que... los recurrentes la cifraron en la suma de 70.990.003 pesetas. Para ello, el Tribunal acoge la doctrina... de si la prescripción de la acción... impidió a los interesados (o los privó de su legítimo derecho) acudir a los Tribunales... y si ello integra el daño moral según la jurisprudencia... sentencias de 25-6-1998, 14-5-1999, 30-12-2002, 8-4-2003... por la impericia o la falta de diligencia del Abogado cuyos servicios profesionales había solicitado... para demandar la tutela de sus intereses; y la sentencia de 29-5-2003, que afirma que: «el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada “pérdida de oportunidad”...». Se estima el motivo, considerándose que el daño inferido a los actores como auténtico daño moral, y se cuantifica el mismo.

COMENTARIO

Hemos seleccionado esta sentencia una de las últimas del año pasado, dictadas en materia de responsabilidad civil del abogado, y lo hemos hecho, por una parte porque en ella se hace un resumen de la doctrina jurisprudencial recaída sobre este asunto y, por otra, para volver sobre un tema cada vez más candente.

Para resaltar su importancia, basta poner de manifiesto el aumento de reclamaciones sobre la materia, así como por la preocupación doctrinal que el tema últimamente ha despertado.

Para centrar el caso, es preciso indicar los hechos en torno a los que gira el supuesto litigioso, que vienen recogidos en los fundamentos segundo y tercero y que pueden describirse del siguiente modo:

1. El 2 de diciembre de 1989, dos jóvenes perecieron al ser arrastrados por las aguas del río Ter, presumiblemente, cuando abandonaron el coche que ocupaban, al quedar éste inmovilizado en el paso conocido como «Passallís de Sobranigues». Como consecuencia del trágico suceso, los familiares demandantes encargaron su defensa al Letrado ahora demandado señor Antonio Q., siguiéndose diligencias penales que fueron archivadas y notificadas el día 20 de julio de 1990.

2. El 2 de noviembre de 1990, el Letrado demandado realizó gestiones sobre el asunto para conocer los Ayuntamientos u Organismos que ostentaran alguna competencia sobre el puente donde ocurrió el accidente.

3. El 16 de julio de 1991 (cuando sólo faltaban cuatro días para que prescribiera la acción), el citado Letrado acompañó a los padres de los jóvenes fallecidos a los Juzgados para solicitar abogado de oficio. Designación que recayó en el señor Camil, también demandado.

4. El 1 de abril de 1993, dicho Letrado presentó demanda civil en reclamación de responsabilidades, que fue desestimada por sentencia de 23 de septiembre de 1994, que estimó las excepciones de incompetencia de la jurisdicción civil y, subsidiariamente, prescripción de la acción ejercitada por el transcurso del plazo anual y falta de reclamación previa en vía administrativa.

En el Fundamento tercero de Derecho puede leerse: La Sala recoge algunos fundamentos de la demanda de los actores y resalta lo que se afirma en el Fundamento 5.º que: «...de la lectura de la sentencia de 23 de septiembre de 1993 —sic— es de 23-9-1994, recaída en el citado proceso de menor cuantía, destacan dos afirmaciones fácticas importantes:

1.º Que desde el 20 de julio de 1990 (fecha de notificación a los demandantes del auto de archivo de la causa penal) hasta el 1 de abril de 1993 (fecha de interposición de la demanda que dio origen al expresado procedimiento) no se constata ningún acto interruptivo de la prescripción (Fundamento Jurídico quinto).

2.º Que aquélla es «extremadamente concisa y muy parca e imprecisa en el relato de los hechos...» (Fundamento sexto). De ello puede deducirse que el Letrado señor Andrés, ni tan siquiera alegó la existencia de la comparecencia de 16-7-91 (*factum* 4), «referida a los efectos de que el Juzgador pudiera valorar si tenía o no el efecto de interrumpir la prescripción, ya que, es evidente que si ello hubiera sido así, aquél hubiese analizado tal circunstancia sobre la que no existe la menor referencia en la indicada sentencia...», y por el deber de congruencia por esas contradicciones no es posible un juicio sobre hechos decisivos que no han sido objeto de discusión; terminando con que, según su F.J. 7, no cabe identificarse el daño alegado con la actuación de los profesionales, porque la indemnización reclamada, ...así como su cuantía supondría presuponer:

«...a) Que la demanda de la que naciera tal proceso hubiera solicitado las astronómicas cantidades que aquí se reclaman...

b) Que la sentencia que le hubiese puesto fin considerase acreditada como causa de la muerte de los dos jóvenes la alegada por los apelantes.

c) Que, ...se entendiera responsables de su producción a todas o alguna de las administraciones demandadas, y que no apreciara, también o exclusivamente, la responsabilidad de los fallecidos.

d) Y, por último, que concediera las indemnizaciones solicitadas. Tales posibilidades puramente hipotéticas impiden asimilar el daño supuestamente producido con una especie de lucro cesante derivado de que no se haya dictado una sentencia valorando el fondo del asunto...».

El tema nuclear del recurso consiste en determinar si existe negligencia de los abogados en su actividad profesional, y en qué medida influyeron sus respectivas conductas en la presentación extemporánea de las acciones de reclamación de responsabilidad por los hechos acaecidos. La actuación de los abogados tuvo como consecuencia directa que los demandantes se vieron privados irremediamente de la oportunidad de acceso al órgano jurisdiccional correspondiente para defender sus intereses.

¿Actuaron ambos abogados correctamente en su quehacer profesional?

Para plantear adecuadamente el tema, es preciso hacer el siguiente recordatorio: Es mayoritariamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que la relación que une al cliente con su abogado se trata de un arrendamiento de servicios, que genera para el abogado una obligación de medios, no de resultados (así, en este sentido, por citar alguna de las últimas del año pasado de 8-4-2003 o la posterior a la aquí analizada de 30-12-2003). Su responsabilidad por ello se suele desenvolver en el ámbito contractual. En cuanto al abogado, señor Antonio Q., está fuera de toda duda que estaba ligado a su cliente por un arrendamiento de servicio. En cuanto al abogado de oficio, señor Camil, algún sector ha puesto en duda si hay relación contractual entre estos últimos y sus clientes, partimos de que presta unos servicios y que en ambos casos hay una relación personal, por lo que deben cumplir con el máximo celo y diligencia, atendiendo a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela del asunto jurídico, y de no hacerlo así se deduce que hay un claro incumplimiento de sus obligaciones profesionales.

Diligencia profesional:

Ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre la responsabilidad civil profesional del abogado en la interesante sentencia de 14 de mayo de 1999, de responsabilidad civil de un abogado por incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento a sus clientes (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 2001, núm. 659), en la que afirmábamos: «estamos ante un profesional que se dedica a defender a otros, es claro que tiene un deber de informar y asesorar a su cliente con la claridad que alcance a comprender cualquier hombre medio y de llevar cualquier asunto hasta su finalización, es decir, debe actuar correctamente y con el máximo celo en sus deberes profesionales, conforme a lo que la jurisprudencia denomina *lex artis ad hoc*... Tiene que tener una diligencia que ha de ser más rigurosa que la del simple padre de familia, como ya ha señalado el Tribunal en algunas de sus sentencias, como en su sentencia de 4 de febrero de 1992».

Así es, el cliente confía en que su causa sea bien defendida, y que el abogado aplicó sus conocimientos técnicos y actúe con pericia en el desempeño de sus funciones, observando las reglas del arte del derecho adecuándolas al supuesto concreto.

Tuvieron, en este caso, los abogados codemandados una actuación conforme a la *lex artis*. En cuanto al señor Antonio Q., que intervino en el proceso penal que fue archivado y posteriormente notificado el 20 de julio de 1990, hay que destacar que el 16 de julio de 1991 acompañó a la familia de los jóvenes fallecidos al Juzgado para que se designara abogado y procurador de oficio, cuando faltaban cuatro días para que prescribiera el plazo para exigir responsabilidad tanto en la vía administrativa o civil que en su caso procediere.

Compartimos la opinión del TS de que debió ser más diligente y haber tomado esa decisión antes, o al menos ponerse en contacto con su compañero para cerciorarse de su existencia, ahora bien, ello con independencia de que se puedan invocar o no los preceptos de los Estatutos de los abogados como se hace en esta sentencia (tema sobre el que ya nos pronunciamos (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 2001, núm. 659). Creemos que estos actos forman parte de su deber profesional y que de no hacerlo así incumple las funciones que le corresponden, ya que si bien no se le puede exigir un resultado sí se le debe exigir un comportamiento adecuado. Sin embargo no compartimos que su actuación sea simplemente elusiva del comportamiento de un abogado ejemplar por encima del promedio de su rol estamental. Realmente su incumplimiento fue algo más que el que se debía esperar de un abogado ejemplar, ya que por mucha prisa que se dieran en nombrar el abogado de oficio (dato que no consta) parece tendría poco tiempo para preparar la demanda, eso si no se hubiera nombrado una vez pasado el plazo de prescripción, en cuyo caso la responsabilidad del señor Antonio Q. sería mucho mayor. Debería haberse interesado sobre la posibilidad de que el acto hubiese interrumpido la prescripción de la acción de responsabilidad.

En cuanto al abogado de oficio, su comportamiento negligente está fuera de toda duda, no presentó la correspondiente demanda civil hasta el 1 de abril de 1993, aunque no queda claro de los hechos cuál fue la fecha en la que se le designó (la solicitud de su nombramiento fue hecha el 16 de julio de 1991). Pasó, por tanto, más de un año y medio. Si su nombramiento se produjo pasado el plazo de los cuatro días, debería haber informado a las partes de que la reclamación podía estar fuera de plazo, a no ser que el hecho de solicitar un abogado de oficio interrumpiese la prescripción.

Cabe por tanto preguntarse si el acto en el que se designó el abogado y el procurador de oficio interrumpió la prescripción de la acción, pero esta cuestión sólo se planteó en primera instancia, y no en la Audiencia, y el Tribunal Supremo no entra en ella, al considerar la Sala «que no tiene porqué argumentar si se produce o no efecto interruptivo por la comparencia para la designación de Abogado de Oficio, o si el designado debió en su demanda argumentar sobre esa interrupción, ya que, siendo esas estrictas especulaciones que no atañen a lo que se estima relevante en esta decisión, ello no afecta para enturbiar la respectiva negligencia profesional apreciada»...

Lo cierto es que si se hubiera entrado en esa cuestión y realmente la designación del abogado de oficio hubiese tenido efectos de interrumpir la prescripción, el abogado señor Antonio Q. no tendría un comportamiento negligente. En cuanto al abogado de oficio sería decisivo saber cuándo se le nombró, para poder marcar el inicio del plazo de prescripción y saber si la acción estaba o no prescrita.

El daño causado y el *quantum* indemnizatorio:

La actuación de ambos abogados tiene como consecuencia la prescripción del plazo para reclamar la responsabilidad, lo que impide a las partes el ejercicio de una acción legítima, es decir, les impide exigir una indemnización por los perjuicios sufridos a consecuencia del accidente por no entablar la demanda a tiempo. Lo que se considera un daño moral.

El Tribunal Supremo recoge aquí su doctrina afirmando: «—sin que, por otro lado, pueda revisar el juicio firme de prescripción de la acción dictado por la sentencia firme expuesta— ese óbice procesal impidió a los interesados (o los privó de su legítimo derecho) acudir a los Tribunales o, más bien, que éstos dieron cabal respuesta a su pretensión indemnizatoria, y ello integra el componente susodicho del daño moral, según la jurisprudencia citada, y que en versión de la sentencia de 25-6-1998 y en un caso parecido la doctrina de la sentencia de 14-5-1999 —F.J. 5.º— y las de 30-12-2002 y 8-4-2003, se actualiza afirmando que, «...parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina “pérdida de oportunidad” que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quien por la impericia o la falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos...»; asimismo, la citada sentencia de 29-5-2003, en su planteamiento hipotético expresa: «el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada “pérdida de oportunidad”...».

Por su importancia para comprender el caso, recogemos aquí textualmente, parte del fundamento segundo de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo:

«Cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del Abogado, ¿puede o no —o tiene o no— que realizar ese órgano judicial una “operación intelectual” consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo?»

Si contestamos afirmativamente a esta pregunta, el juzgador podrá condenar al abogado a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito (prosperabilidad que suelen decir los Tribunales) que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos.

Si la respuesta es negativa, el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada «pérdida de oportunidad».

Otra posibilidad, en este segundo caso, es la de que el Juez señale en favor del cliente una indemnización (también de discrecional estimación) por el daño moral que al cliente le ha supuesto verse privado de acceso a la justicia.

En sentencia dictada por esta Sala el día 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), el supuesto de hecho era el siguiente: un Procurador se olvidó de comparecer en el recurso de apelación, dando lugar a que quedase desierto. El recurso de casación interpuesto por la parte actora tiene como motivo la obtención de una mayor indemnización. El Tribunal, en primer lugar, recuerda la jurisprudencia de la Sala que sostiene que la estimación de los daños y perjuicios y su valoración corresponde a la soberanía del Tribunal *a quo*, salvo que haya que cambiar por error craso o razones de Ley los parámetros o supuestos normativos en que aquélla se apoya. A renglón seguido, la Sala declara que de las pruebas de la sentencia impugnada no hay razón para estimar incoherencia y que ninguna contradicción existe en examinar por parte de la Sala, como único medio de aproximarse a los concretos daños y perjuicios, la factibilidad o no del recurso que se perdió por culpa del Procurador y que ello no pretende sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible, y que al mismo tiempo se valore como indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante...».

En el presente caso se sigue la vía de valorar la pérdida de oportunidad como daño moral y se cuantifica el mismo en la suma de CINCO MILLONES DE PESETAS a satisfacer no *in solidum* sino a tenor del 20 por 100 de esa suma a cargo del demandado señor Antonio Q., y del 80 por 100 de la misma a cargo del demandado señor Camil C., por la elemental distinción de sus respectivas conductas en la negligencia profesional apreciada al ser la del primero meramente elusiva del comportamiento de un abogado ejemplar por encima del promedio de su rol estamental, empero, causante de la erosión padecida por los arrendatarios.

En el presente litigio es difícil saber, con los datos que tenemos, cuál de los dos abogados tuvo una mayor participación con su conducta, para poder cuantificar correctamente el daño resarcible.

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ