



Roj: STS 3339/2013  
Id Cendoj: 28079110012013100344  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 187/2010  
Nº de Resolución: 373/2013  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cinco de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 187/2010 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D.ª Salome , aquí representada por el procurador D. José Luis Ferrer Recuero contra la sentencia de 23 de octubre de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 345/2009, por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 786/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª. Amalia Jiménez Andosilla, en nombre y representación de D. Gonzalo .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada dictó sentencia de 14 de junio de 2008 en el juicio ordinario n.º 786/2007, cuyo fallo dice:

«Fallo

»Que estimando el suplico de la demanda presentada por el Procurador Carmen Muñoz Cardona, actuando en nombre y representación de Salome , contra Gonzalo , representado por el Procurador María Auxiliadora González Sánchez, debo condenar condeno al referido demandado a que pague a la parte demandante la suma de 200.199,08 euros, más intereses, así como a que satisfaga las costas de este procedimiento».

**SEGUNDO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1544 y ss CC , y debido a la negligente actuación profesional del Letrado demandado, Gonzalo , se ejercita en demanda acción de reclamación de cantidad por un total de 202.000 euros, reclamados en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Afirma la parte demandante que, en su condición de arrendataria del piso NUM000 NUM001 , escalera NUM001 , de la CALLE000 n.º NUM002 de Granada, fue informada mediante notificación notarial de 3 de noviembre de 2004, que la vivienda había sido vendida a los cónyuges Valeriano y Inés . Dado que era de su interés ejercer el correspondiente derecho de retracto, acudió al despacho profesional del demandado, quien aceptó hacerse cargo de la defensa compareció ante la Notaría de D. Francisco Gil del Moral manifestando la intención de ejercer el derecho de retracto sobre la vivienda, solicitando la notificación de tal interés a los compradores -la cual tuvo lugar ese mismo día-, y citándoles ante la Notaria de D. Julián Peinado Ruano, al efecto de otorgar la correspondiente escritura en ejercicio del derecho de retracto, el día 3 de diciembre. Llegadas las 14,00 horas de este día, los compradores no comparecieron a formalizar notarialmente el retracto, levantándose acta haciendo constar tal circunstancia, incorporándose copias de sendos cheques bancarios a reintegrar a los compradores, y haciendo constar el Sr. Notario que D. Valeriano había estado esa mañana en la Notaría informándose de los trámites a seguir para otorgar la escritura. Transcurridos los 60 días previstos legalmente para ejercer el derecho de retracto sin interponer acción judicial alguna, intentó el Sr. Letrado en dos ocasiones un nuevo otorgamiento de la escritura mediante requerimientos notariales de 17 de enero de 2005 y 22 de marzo de 2005, los cuales fueron rechazados por los compradores.

»Se opone a esta petición la parte demandada alegando que si bien es cierto que la demandante es la inquilina de la vivienda, siempre fue su hermano, Claudio , quien tuvo contacto directo con el demandado. Fue este quien inicialmente le manifestó su intención de ejercer la acción de impugnación de la transmisión a que se refiere el artículo 53 de la LAU , no obstante posteriormente Claudio decidió ejercitar la acción de retracto. Dado que los compradores eran personas expertas en derecho, y con la finalidad de evitar que recibieran una demanda judicial, intentó ejercitar el derecho de retracto sin necesidad de acudir a la vía judicial. Obtenidos los fondos precisos para ello, convocó a los compradores para que comparecieran ante la Notaría el día 3 de diciembre, a los efectos de otorgar la correspondiente escritura, no compareciendo a la hora fijada. Puesto en contacto con el comprador, este le dijo que otorgaría la escritura una vez se le informara de los gastos ocasionados por su operación de compra y que debían de serle satisfechos junto con el precio, debiendo entenderse, a partir de ese momento, con un abogado de su designación, el Sr. Hermenegildo . Sucesivamente se fue aplazando la firma de la escritura en la confianza de que los compradores habían aceptado el ejercicio del derecho de retracto sin necesidad de presentar demanda judicial. El 16 de enero, una vez caducado el plazo previsto legalmente para ejercitar el derecho de retracto, D. Hermenegildo comunicó al demandado la negativa de sus clientes a formalizar la escritura en ejercicio del derecho de retracto. Practicado requerimiento notarial el 17 de marzo a los compradores, manifestaron que no tenían el derecho pretendido, ni lo habían ejercitado en forma. Posteriormente, y cuando se disponía a ejercitar demanda judicial contra los compradores por considerar que el derecho de retracto estaba consumado, le fue concedida la venia por el hoy demandado, al abogado de Madrid, Rafael .

»Sostiene que quien tenían interés en el retracto, no era la inquilina, sino su hermano, y un tercero que iba a ayudar a financiar la operación. En cuanto a la indemnización solicitada se opone a lo reclamado al afirmar que no era seguro que la acción de retracto fuera a prosperar.

»Segundo. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2003 resume su línea jurisprudencial al respecto, ante la cuestión siempre polémica de este supuesto litigioso dentro de la llamada "responsabilidad civil profesional", y así, entre otras, en Sentencias de 23-5-2001 y 30-12-2002, se dijo: en el encargo al Abogado por su cliente, es obvio que, se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o "locatio operarum" en mejor modo, incluso, siguiendo la nueva terminología del Proyecto de Reforma del Código Civil "contrato de servicios", en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su "lex artis", sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma, -"locatio operis"- el éxito de la pretensión; y en cuanto los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido, -se repite una vez más- como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente.- De consiguiente, también en otra versión podían desmenuzarse todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa prestación o en las respectivas conductas a que pueda dar lugar o motivar el ejercicio de esa prestación medial en pos a la cual, se afirma la responsabilidad; "ad exemplum": informar de "pros y contras", riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho; por tanto y, ya en sede de su responsabilidad, todo lo que suponga un apartamiento de las circunstancias que integran esa obligación o infracción de esos deberes, y partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como "prius" en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente ai int (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 (hoy 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en relación con el 1183 C.c . "a sensu" excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual "ab initio", goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención.- Que la obligación del Abogado, de indemnizar los daños y perjuicios

ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquel y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión sólo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador.

»Tercero. Sentado lo anterior, y visto lo afirmado por las partes en sus respectivos escritos de alegaciones, resulta evidente la existencia de negligencia profesional en el demandado, pues dejó transcurrir el plazo de 60 días de caducidad previsto legalmente para que su cliente, la arrendataria hoy demandante, Salome , ejercitara judicialmente la acción de retracto prevista legalmente.

»Las circunstancias personales de los compradores o la creencia de que estos no se iban a oponer al derecho de retracto ejercitado extrajudicialmente, no son justificación suficiente para dejar de ejercitar la correspondiente acción judicial si llegado el último día del plazo de los 60 previstos legalmente, no se han concretado extrajudicialmente sus gestiones en aras a evitar un procedimiento judicial. Debió el Letrado demandado, antes de que precluyera el plazo para su ejercicio, haber interpuesto la correspondiente demanda judicial en ejercicio de la acción de retracto que amparaba a la inquilina y no transcurrir el plazo previsto legalmente, en la creencia de que el derecho de retracto se iba a formalizar extrajudicialmente. Es aquí donde radica la negligencia que al demandado se le achaca en el escrito de demanda, pues con su actuar provocó una pérdida de oportunidad a la arrendataria, quien perdió por ello la posibilidad de adquirir la propiedad de la vivienda que venía ocupando desde el año 1995.

»Desde el día 3 de noviembre de 2004 conoció formalmente la inquilina la adquisición de la vivienda por los compradores Valeriano y Inés . Inmediatamente la arrendadora contrató los servicios profesionales del abogado Sr. Gonzalo , para que ejercitara el correspondiente derecho de retracto. Llegado el 3 de enero de 2005, esto es, el último día para ejercitar el derecho de retracto, el mismo no se había ejercitado ni judicial, ni extrajudicialmente. Ni las circunstancias personales de los compradores, ni la inicial intención de estos de no oponerse al retracto, justifican que no se formulara la correspondiente demanda judicial, si, llegado el último día del plazo previsto legalmente, no se había formalizado notarialmente el derecho de retracto. Se dice inicial intención porque así es reconocido por el comprador, Sr. Valeriano , quien en el acto del juicio afirma que si bien es cierto que en un principio no se iba a oponer al retracto, al poco tiempo, incluso el día 3 de diciembre de 2004 cuando compareció por la mañana en la Notaría, ya manifestó que no se opondría al retracto siempre y cuando se le abonaran los gastos que tuvo que satisfacer para adquirir la vivienda. Conocedor el Letrado demandado de esta circunstancia, lo lógico es que si su intención era evitar un procedimiento judicial, hubiera agotado todas las posibilidades hasta el último día del plazo de 60 previstos legalmente. Pero llegado este último día, haber formulado la correspondiente demanda judicial, puesto que sino, tal y como ha ocurrido, hacía decaer en su cliente el derecho de retracto que le asistía legalmente.

»Sostiene la parte demandada que no es la inquilina Salome , la perjudicada por la actuación profesional del demandado, sino su hermano Claudio e incluso una tercera persona que pretendía lucrarse con el retracto. Ha de desestimarse esta alegación, toda vez que basta con constatar a través de la documental aportada, que fue Salome quien, en calidad de arrendataria, pretendió ejercitar el derecho de retracto viendo frustradas sus expectativas ante el negligente proceder del demandado por no ejercitar el derecho de retracto en el plazo previsto legalmente.

»Cuarto. Sentado lo anterior, resta ahora por determinar cual sea al importe de la indemnización que ha de abonar el demandado. Solicita la parte actora la condena al pago de la suma de 202.000 euros, diferencia entre el valor de tasación de la vivienda a esa fecha (630.2000 euros, según informe pericial aportado, debidamente ratificado en el acto del juicio), y lo que hubiera debido de abonar (400.000 euros) como precio de compra, más 28.000 euros de impuesto de transmisiones (gastos reembolsables).

»A fin de determinar el daño que a un mandante se le produce con ocasión de la falta de diligencia en que incurre su mandatario, en el servicio que presta un Abogado por el asesoramiento y dirección de una demanda judicial, es parecer de este Juzgador, que para valorar este no puede permanecer ajeno al grado de efectividad o prosperabilidad ( STS de 28 de agosto de 2003 ) que podía tener la pretensión que fue desestimada por una inicial culpa profesional del Letrado director de la demanda.

»En el presente supuesto el encargo profesional fue dado al demandado inmediatamente después de tener conocimiento la arrendataria de la compraventa efectuada, y por lo tanto en los primeros días del plazo de 60 previsto legalmente para ejercitar la correspondiente acción. En segundo lugar, tal y como se desprende de la escritura de 3 de diciembre de 2004 que como documento n.º 4 se aporta junto a la demanda, el día establecido para concretar el derecho de retracto, la demandante en su calidad de arrendataria compareció en la Notaría y aportó dos cheques, uno de 28.000 euros, correspondiente al importe del impuesto de transmisiones patrimoniales, y otro de 159.596 euros, correspondiente a la parte de precio abonado por los compradores antes del otorgamiento de su escritura de compraventa (documento n.º 2 de la demanda, y en concreto la página 30 de las actuaciones).

»Considera este Juzgador adecuado y correcto el cálculo indemnizatorio efectuado por la parte demandante, si bien, como gastos reembolsables, cabe igualmente incluir otros no tenidos en cuenta.

»Conforme a lo dispuesto en el art. 1518 del Cc al que se remite el art. 1525 del Cc ., el retrayente debe reembolsar al comprador no sólo el precio de la cosa vendida, sino también los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho- para la venta. Con este precepto se pretende que el retracto no lesione los intereses del comprador, pero al mismo tiempo y de acuerdo con la doctrina mayoritaria (vid STS de 14 de abril de 1989 ), los gastos a que se refiere el precepto mencionado, han de reunir la doble condición de haber sido abonados por el comprador, y además han de ser legítimos, entendiéndose por tales los gastos que fueran necesarios para llevar a cabo la compraventa, pero no todos los gastos que pueda haber tenido el comprador con ocasión de la misma. Con la expresión de que el vendedor, en este caso el adquirente en retracto, debe reembolsar los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, el art. 1518 del Código Civil quiere decir que la consumación de la retroventa no debe lesionar en lo más mínimo al patrimonio del comprador, pero bien entendido que por gastos del contrato y pagos hechos para la venta se entienden los que se originan por razón de la misma, de forma tal que no pueden ser incluidos cualesquiera otros que aún teniendo relación indirecta con ella no hayan sido directamente derivados de el acto de transmisión de la propiedad entre las partes implicadas en el retracto. Este precepto responde, como hacen notar Lozano y De Fuentes, "al principio de indemnidad patrimonial del comprador que al ser privado de la cosa comprada, deberá ser resarcido de la totalidad de los gastos en que incurrió para su adquisición" y, en opinión de Lete del Río, deben entenderse incluidos "los gastos causados por el otorgamiento de escritura notarial y primera copia, de certificación del Registro para acreditar la liberación o existencia de cargas, de inscripción registral y pago del impuesto de transmisiones patrimoniales, así como cualquier otro asimilable a éstos".

»Por tal motivo habrá de detraerse de los 202.000 euros, otros gastos reembolsables distintos del impuesto de transmisiones patrimoniales, como son: la suma de 973,96 euros correspondientes a gastos de Notaría, 150 euros de gastos de gestión, 392,84 euros de Registro, y 284,12 euros de seguro vivienda (documento obrante a página 123 de las actuaciones). Es por ello que la suma final objeto de indemnización ha de fijarse en 200.199,08 euros.

»Quinto. Dada la estimación de la demanda, pues es mínima la variación de la suma objeto de reclamación, procede, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC , imponer a la parte demandada el pago de las costas de este procedimiento».

**TERCERO.-** La Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia de 23 de octubre de 2009 en el rollo de apelación n.º 345/2009 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Esta Sala ha decidido revocar la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Número 7 de esta ciudad y, estimando parcialmente la demanda, debemos condenar al demandado a que abone a la actora la cantidad de 50.000 #, más los intereses legales a contar desde la presente resolución, todo ello sin hacer mención a las costas de ambas instancias».

**CUARTO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. No hay duda de que la relación establecida entre Abogado y cliente se trata de un contrato de arrendamiento de servicios en el que el profesional asume una obligación de medios, que no de resultado, debiendo desplegar la debida diligencia en la gestión de los asuntos que se le encomienden conforme a su lex artis y, en caso contrario, responderá frente a su cliente si le ha ocasionado un resultado dañoso, correspondiendo a este, no obstante, la demostración de la culpa o negligencia del mismo, la cual nunca se presume sino que ha de probarse.

»Tampoco hay duda alguna de que el Letrado demandado incurrió en culpa o negligencia en el cumplimiento del contrato al no plantear debidamente la acción de retracto arrendaticio urbano, dejando transcurrir el plazo legal quizás confiado en la cualidad personal de los compradores que pensaba iban a otorgarle la escritura incluso después de vencido el término en base a las conversaciones preliminares que mantuvo con los mismos y con su Letrado. En cualquier caso, como bien dice el Juez de instancia, la defensa de su cliente le exigía haber interpuesto la demanda de retracto antes de que transcurriera el plazo sin haberse materializado el acuerdo extrajudicial con los compradores a fin de conservar y hacer efectivos los derechos de su cliente. Además, el propio demandado ni siquiera ha negado la falta de diligencia del mismo en la actuación objeto del servicio encomendado.

»Donde surge la discrepancia entre las partes es en la cuestión de la existencia de un daño que obligue a indemnizarlo al sostener el hoy apelante la inviabilidad de la acción de retracto, por lo que no procede resarcir algo que no hubiera podido prosperar de haber presentado oportunamente la demanda de retracto, más aún, incluso se habría beneficiado por no haber tenido que soportar los cuantiosos gastos procesales que, sin duda, hubiere acarreado el ejercicio de la acción.

»La jurisprudencia ha venido elaborando un cuerpo de doctrina acerca de lo que se denomina "pérdida de oportunidad" que tiene lugar cuando la actuación del profesional le priva del derecho al enjuiciamiento o expectativa a obtener una resolución favorable con el consiguiente daño patrimonial incierto que de haberse ejercitado la acción o planteado el recurso se hubiera podido obtener.

»La pérdida de la expectativa u oportunidad ha venido siendo contemplada principalmente como indemnización de un daño moral, aunque a veces el perjuicio causado por la negligencia de abogados y procuradores ha sido considerado de índole material.

»Como dice la STS de 28 de enero de 2005 , con mención de la STS de 28 de julio de 2003 que el espinoso problema de la fijación de la indemnización de daños y perjuicios en sede de responsabilidad civil de Abogados y Procuradores han venido siendo examinados en diversas sentencias de este Tribunal, en las cuales se han contemplado los diversos conceptos indemnizables y los variados criterios que se pueden tomar en cuenta para cuantificarlos. La variedad de situaciones que se pueden producir determina que tenga una especial relevancia el aspecto casuístico. Por regla general, la jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño moral ( sentencia de 20 de mayo de 1996 -por privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante-; 11 de noviembre de 1997 -por verse privado del derecho a que las demandas fueran estudiadas por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo-; 25 de junio de 1998 -derivado del derecho a acceder a los recursos, o a tutela judicial efectiva-; 14 de mayo de 1999 y 29 de mayo de 2003, entre otras, así como la del daño material ( sentencias, entre otras, 17 de noviembre de 1995 , 20 de mayo y 16 de diciembre de 1996 , 28 de enero , 24 de septiembre y 3 de octubre de 1998 ) permitiendo tener en cuenta para su fijación la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado". La STS de 14-7-2005 añade que "la indemnización procedente no puede cifrarse, como inicialmente postula el recurrente, en la valoración del hipotético daño sufrido al no llegar a obtener sentencia favorable a sus intereses por la resolución de fondo del recurso -resultado incierto en cuanto pendería de la estimación o desestimación final del mismo, fuera de los casos de notorio error en la resolución recurrida- sino en el perjuicio o daño moral sufrido por la pérdida de la oportunidad procesal que comporta la posibilidad legal de acudir a una instancia superior para mantener determinadas pretensiones que se consideran de Justicia".

»No obstante el planteamiento más reciente viene a incidir en el aspecto de daño material por más que pueda afectar a un derecho fundamental como el de tutela judicial efectiva reconocido constitucionalmente, en su variante de acceso al proceso o a los recursos que puedan legalmente interponerse. Así lo establece la STS de 27-7-2006 :

»"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.

»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 restituito 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. De igual modo la STS de 23 de octubre de 2008 : "Este principio, cuando se relaciona con los criterios de imputación rigurosos aplicables a la responsabilidad nacida del incumplimiento de los deberes profesionales, 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 , 30 de mayo de 2006 , 23 de julio de 2008, rec. 98/2002 ). 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, cuando los criterios de imputación autorizan a estimarla, exigen demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas ( STS de 27 de julio de 2006 )".

»De esta jurisprudencia más reciente podemos extraer las siguientes conclusiones: primero, que el daño causado por la privación del derecho al enjuiciamiento es un daño patrimonial pues se trata de obtener una ventaja económica; segundo, que siempre será preciso realizar un cálculo de oportunidades del buen éxito de la acción; tercero, la exigencia de responsabilidad requiere demostrar que el perjudicado gozaba de una situación fáctica y jurídica idónea para la viabilidad de la acción, y, cuarto, que, en base al principio de proporcionalidad, la indemnización equivalente se comprenderá dentro del abanico de probabilidades de estimación de la pretensión que no fue planteada por incuria del profesional.

»Segundo. En el supuesto de autos no puede desconocerse que la acción de retracto era perfectamente viable teniendo en cuenta que la Sra. Salome era arrendataria de la vivienda que ocupaba, que se había producido la transmisión onerosa de la misma, que se había puesto en manos del Letrado el asunto con tiempo suficiente para preparar la correspondiente demanda, de no obtener resultado las conversaciones habidas entre las partes, y que se había presentado en la notaría los cheques bancarios para abonar la cantidad entregada por los compradores y el impuesto de transmisiones patrimoniales devengado por la compraventa. Más aún, la aceptación del asunto por el interpelado ha de implicar su reconocimiento de la viabilidad de la acción de retracto, sobre todo cuando formuló presupuesto de honorarios para iniciar el procedimiento sobre ejercicio extrajudicial del derecho de retracto en base a un presunto acuerdo con los compradores. Así lo entiende la jurisprudencia cuando el propio abogado lo considera estimable ( STS de 28-1-05 ).

»Pero una cosa es el juicio de prosperabilidad que efectuara el Letrado en defensa de su cliente y otra bien distinta si existían las condiciones objetivas para la prosperabilidad de la demanda que habría tenido en cuenta el Tribunal competente para el conocimiento de la pretensión de retracto a la vista de los hipotéticos motivos de oposición que hubieran podido formular los demandados.

»No podemos tomar en consideración el alegado conocimiento anterior que tenía la Sra. Salome de la compraventa del piso del que era arrendataria y de las exactas condiciones de la venta. Es verdad que los testigos refirieron la existencia de una comunicación anterior por medio de carta, pero no se ha aportado documento alguno que lo acredite. Al contrario, en la escritura de compraventa de 29 de octubre de 2004 se requiere al notario para que notifique a la inquilina el otorgamiento de dicha escritura, requerimiento que tiene lugar el 3 de noviembre de 2004.

»Como siguiente motivo que, al modo de ver del apelante, impediría la prosperabilidad de la acción se aduce que la actora pretendía ejercitar el retracto a favor de terceras personas, con lo que su actuación hubiera sido un fraude de Ley o abuso del derecho con el resultado desfavorable al éxito de la acción que se había producido por tal causa. Es cierto que ha quedado acreditado por las pruebas practicadas en esta segunda instancia la escasa capacidad económica de la misma para adquirir un inmueble de las condiciones del transmitido y por un precio de 400.000 #. También lo es que la cuenta contra la que se expidieron los cheques bancarios a que antes aludimos es de titularidad de un tercero que ignoramos la relación que mantiene con la actora. Pero estos indicios no son suficientes, en esta sede, para entender acreditado que se trataba de una adquisición por persona interpuesta de quien no ostentaba derecho de adquisición preferente alguno y no la mera financiación de la operación efectuada por terceros, en base a la confianza que hubiera entre ellos. Hubiera sido en el hipotético juicio de retracto donde se debiera haber analizado pormenorizadamente esta cuestión, de haberse opuesto por quienes fueron demandados.

»Sin embargo, como podemos observar la prosperabilidad de la acción de retracto quedaba supeditada a estos posibles avatares y circunstancias que se acreditaran en el hipotético proceso cuyo resultado queda incierto y del que se ha visto privada la parte que reclama. Esto impide que pueda concederse la totalidad de la cantidad pretendida, como diferencia del precio de la vivienda que tenía que haberse subrogado y el superior en que ha sido tasada. Como señalan las STS de 21-3-06 y 27-7-06 que solo puede fijarse el quantum indemnizatorio en lo dejado de percibir o que pudiera haberse obtenido, de no mediar la conducta negligente del Abogado o Procurador, cuando la existencia del daños, atendidas las circunstancias, se revelaba de "forma patente e indiscutible".

»En méritos a todo lo que venimos relatando, la valoración del daño causado por la pérdida de oportunidad derivada de la actuación negligente del Letrado demandado, habida cuenta las circunstancias, la posible prosperabilidad de la acción y el principio de proporcionalidad entre la importancia del daño y la cuantía de la indemnización, hemos de valorar el perjuicio causado en la suma de 50.000 #, sin que con ello estemos concediendo algo diferente de lo pedido, dado que se tratan de daños materiales, que no daños morales, aunque atenuados a la vista de lo que venimos exponiendo.

»Tercero. De acuerdo con los artículos 394,2º y 398,2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se hace imposición de las costas de la primera y segunda instancia».

**QUINTO.-** En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Salome , se formula el siguiente motivo:

Motivo único. «Se formaliza al amparo del artículo 411, apartado uno, de la LEC porque la sentencia recurrida ha infringido los artículos 1101 , 1106 y 1107 del Código Civil , en relación con la jurisprudencia aplicable sobre la forma de cuantificar la indemnización por daño patrimonial en los pleitos sobre conductas negligentes de los abogados».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Planteamiento de la cuestión.

La sentencia recurrida asume los hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia. Y, también, las consideraciones jurídicas sobre la frustrada acción de retracto de la que dimana este pleito, por cuanto "el letrado demandado incurrió en culpa o negligencia en el cumplimiento del contrato al no plantear debidamente la acción de retracto arrendaticio urbano" (FJ 1 de la SAP).

Igualmente, ambas sentencias aplican la doctrina jurisprudencial (mayoritaria) que sostiene que, en estos supuestos, estamos ante daños patrimoniales, añadiendo que la valoración del daño debe hacerse examinando la posible prosperabilidad de la acción que se frustró por la actuación negligente del letrado a quien se le encargó el asunto; llevando a cabo una especie de cálculo de probabilidades que permitirá fijar el quantum indemnizatorio en lo dejado de percibir o que pudiera haberse obtenido, de no mediar la conducta negligente del abogado o procurador cuando la existencia del daño, atendidas las circunstancias, se revelaba de forma patente e indiscutible ( SSTS de 21 de marzo de 2006 y 27 de julio de 2006 , citadas por la propia sentencia recurrida).

Además, la sentencia de la Audiencia Provincial no cuestiona -admite implícitamente- que de haberse ejercitado la acción de retracto y de haber prosperado esa acción, el resultado económico para la recurrente, según consta acreditado en autos, (informe pericial acompañado a la demanda como documento n.º 7), hubiera sido la cantidad de 200 199,08 #; razón por la que esa fue la cantidad objeto de condena por la sentencia del Juzgado de primera instancia.

Por último, la sentencia recurrida igual que la sentencia del Juzgado considera que la acción de retracto era perfectamente viable y no solo porque concurrían todos los requisitos sino porque el propio demandado reconoció la viabilidad de la acción de retracto sobre todo cuando formuló presupuesto de honorarios para iniciar el procedimiento.

Desarrollo del motivo.

No obstante, la Audiencia, y de manera incompatible con los mismos, hace alusión a una serie de "hipotéticos motivos de oposición" invocados por el demandado que, al parecer, hubieran podido formular los compradores-retraídos, y que, también al parecer, podrían haber determinado que la acción de retracto no hubiese llegado a prosperar. Por eso reduce la indemnización fijada por el Juzgado de instancia, dejándola en 50 000 #, cantidad que representa menos de un 25 % de lo que hubiese supuesto en términos económicos para la recurrente la estimación de la acción de retracto.

Lo anterior supone, conforme a la jurisprudencia que cita la propia sentencia recurrida, que la Audiencia Provincial -al menos implícitamente- al fijar esa indemnización ha atribuido unas probabilidades de éxito del 25 % a la acción de retracto frustrada por la conducta nealiquente del demandado. Sin embargo, la propia Audiencia manifiesta su convencimiento sobre que "la acción de retracto era perfectamente viable". Ahí está la incongruencia entre la aplicación del correcto criterio de cuantificación para fijar una indemnización y la propia indemnización fijada. Ello supone la vulneración de los artículos 1101 , 1106 y 1107 CC y permite pedir la revisión de la indemnización concedida a esta parte. El último de los artículos citados ( artículo 1107 CC ), establece que la indemnización debe ser por los daños previstos al constituirse la obligación, mientras que el artículo 1106 CC habla de daños y perjuicios como ganancia que se haya dejado de percibir. En este caso, la obligación del demandado era la de ejercitar en forma el retracto y los daños por su no ejercicio y, por tanto, lo dejado de percibir, no es otra cosa que el perjuicio patrimonial al que nos referíamos en la demanda (200 199,08 #). Ello porque, según la jurisprudencia que cita la propia sentencia recurrida ( SSTS de 26 de enero de 1999 , 8 de febrero de 2000 , 30 de mayo de 2006 , 21 de marzo de 2006 , 27 de julio de 2006 , etc), la indemnización debe fijarse en función del "abanico de probabilidades de estimación de la pretensión que no fue planteada por incuria del profesional"

Basta el examen de los autos y la lectura de la sentencia recurrida para ver que las "probabilidades de estimación de la pretensión" eran muy altas (todas, al tratarse de una acción -el retracto- totalmente objetiva). La propia Audiencia reconoce que la acción era viable, por eso no se explica que, no obstante, fije después (tras señalar los argumentos en pro de la prosperabilidad del retracto) una indemnización equivalente sólo a un 25 % de probabilidades de estimación de la pretensión (de la acción de retracto).

Resulta que, además, los llamados "hipotéticos motivos de oposición" a los que se refiere la sentencia recurrida, no son sino meras elucubraciones del demandado para defenderse a lo largo del procedimiento que, ni siquiera, se han llegado a acreditar indiciariamente. Supone un auténtico exceso presumir que esos supuestos motivos hubieran sido opuestos por los compradores de la vivienda en el pleito de retracto, pues la única constancia de la oposición al retracto de los compradores de la vivienda es un acta notarial de requerimiento (documento 5 de la demanda), donde D.<sup>a</sup> Inés , en su propio nombre y en el de su marido (compradores de la vivienda) manifestó que no procedía el retracto porque la recurrente no lo ha ejercitado en debida forma, por lo que no comparecerán a suscribir escritura alguna. Esa es sólo la única causa de oposición de los compradores de la que hay constancia, causa que es imputable sólo al demandado.

El demandado en vez de ejercitar judicialmente y en plazo la correspondiente acción de retracto y disponiendo la recurrente del dinero necesario para ello, se limitó, a efectuar diversos requerimientos notariales, dejando pasar el plazo de los 60 días.

Los hipotéticos motivos de oposición eran dos.

1. El que supuestamente la arrendataria conocía con anterioridad la compraventa, lo que la propia Audiencia Provincial rechaza de plano, resolviendo correctamente al señalar que no podemos tomar en consideración el alegado conocimiento anterior que tenía la Sra. Salome de la compraventa del piso del que era arrendataria, pues no se ha aportado documento alguno que lo acredite. Al contrario, en la escritura de compraventa de 29 de octubre de 2004, se requiere al notario para que notifique a la inquilina el otorgamiento de dicha escritura. Por lo que es claro que ese hipotético motivo de oposición según la sentencia recurrida, se desvanece enseguida. De modo que no cabría, considerarlo a efectos de fijar la indemnización como un elemento que hubiera podido ser un óbice para la acción de retracto,

2. Tampoco el otro "hipotético motivo de oposición", el supuesto ejercicio de la acción de retracto a favor de terceros tiene entidad suficiente para considerarlo como elemento que hubiese sido determinante para la prosperabilidad o no de la acción de retracto. Vale igualmente lo dicho por la sentencia recurrida, los indicios apuntados por el demandado no son suficientes para entender acreditado que se trataba de una adquisición por persona interpuesta de quien no ostentaba derecho de adquisición preferente alguno y no la mera financiación de la operación efectuada por terceros.

De modo que, en congruencia, con el propio rechazo de la AP a esos "hipotéticos motivos de oposición", ninguno de ellos tendría que haber servido como pretexto para que la AP redujese, la indemnización a un 25 % del perjuicio total por la falta de ejercicio de la acción de retracto. Es más, la adquisición por persona interpuesta, para que pudiera haber sido considerado por la AP como una causa que modulase la indemnización, tendría que haber sido probado plenamente por el demandado conforme al artículo 217 LEC . Sólo después de esa prueba plena, ese hipotético motivo de oposición podría haber sido valorado por la AP como elemento con posible incidencia en un pleito de retracto. Lo que no cabe es admitir al demandado la invocación de todo tipo de "hipotéticos motivos de oposición" para con justificación en esos hipotéticos motivos, pero sin ninguna valoración, constancia o prueba de los mismos, rebajar en mas de un 75% la indemnización.

La sentencia recurrida es irreprochable salvo en la cuantía de la indemnización, pues asumiendo unas altas probabilidades de prosperabilidad del retracto no es admisible que conceda un 25% del beneficio que la recurrente hubiera obtenido de haberse ejercitado correctamente la acción de retracto.

Termina solicitando de la Sala «que dicte sentencia en la que declare haber lugar al recurso de casación, casando la sentencia recurrida y, en consecuencia y con carácter principal, confirmando íntegramente la dictada por el Juzgado de primera instancia n.º 7 de Granada, con la imposición de las costas del recurso de apelación y de la primera instancia al demandado o, subsidiariamente, fijando una indemnización conforme a las probabilidades que, según los propios criterios de la sentencia recurrida, hubiera tenido de prosperar la acción de retracto».

**SEXTO.-** Por ATS de 9 de diciembre de 2010 se admitió el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Salome , al amparo del artículo 477.2.2.º LEC

**SÉPTIMO.-** En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de D. Gonzalo , se formulan las siguientes alegaciones:

El recurso de casación considera infringidos los artículos citados y la jurisprudencia aplicable, pues la sentencia recurrida declara que la acción de retracto era viable y pese a ello, rebaja la indemnización en un 75%.

Se afirma que procede aplicar la jurisprudencia, según la cual, es necesario hacer un cálculo de probabilidades para fijar la cuantía de la indemnización. Así, la recurrente indica que cuantas más probabilidades tuviera de prosperar la acción frustrada mayor sería la indemnización e insiste en el error en que incurre la sentencia de la AP, al afirmar la viabilidad de la acción de retracto frustrada y pese a ello rebajar considerablemente la indemnización.

La recurrente hace una lectura sesgada e interesada de la sentencia y confunde la afirmación de la AP de que la acción es viable, con la prosperabilidad total de su ejercicio que sostiene la recurrente.

Así de la lectura completa de la sentencia se desprende que hay que distinguir entre ambos conceptos, lo que evidentemente tiene su reflejo en la cuantía indemnizatoria. El FJ 1 de la sentencia recurrida, afirma la existencia de culpa o negligencia y el FJ 2 considera que la acción era viable en cuanto a su interposición.

Pero esta viabilidad del ejercicio de la acción de retracto, entendida como que se daban las circunstancias necesarias para su planteamiento, no implica que la misma tuviera un 100% de posibilidades de prosperar en el hipotético procedimiento judicial si hubiera sido planteado en su día, que es a lo que hay que atender para cuantificar la indemnización.

Partiendo de ahí, la sentencia analiza los posibles motivos de oposición en orden a determinar la prosperabilidad o no de la acción de retracto, siendo incierto que la sentencia recurrida haya rechazado tales motivos. Evidentemente, si la sentencia declarase que no había motivo alguno de oposición a la demanda de retracto y que la acción debía prosperar de forma patente e indiscutible -en el sentido recogido en las SSTS de 21 de marzo de 2006 y 27 de julio de 2006 - si se habrían infringido las normas jurídicas y jurisprudencia aplicable. Pero no es así.

Lo que la sentencia manifiesta es que hubiera sido en el hipotético juicio de retracto donde se debieran haber analizado pormenorizadamente los posibles motivos de oposición, quedando supeditada la prosperabilidad de la acción de retracto a esos posibles avatares y circunstancias de un proceso cuyo resultado queda incierto, lo que no impide tenerlos en cuenta para determinar la indemnización.

No infringe la sentencia recurrida la jurisprudencia aplicable a supuestos de responsabilidad civil de profesionales que recoge pormenorizadamente y que se remite a la necesidad de cuantificar la indemnización en función de un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada y rebaja de la indemnización en función de las valoraciones que realiza.

La recurrente no está de acuerdo con las conclusiones a las que llega la AP que pretende sustituir por su propia e interesada interpretación tanto de la valoración de los hechos como del contenido de la sentencia, de la que extrae consideraciones o párrafos a su conveniencia sin considerarla en su totalidad.

En consecuencia, habiendo aplicado correctamente la sentencia de la AP, la jurisprudencia en torno a la necesidad de examinar las probabilidades de éxito de la acción frustrada, teniendo en cuenta que siempre es hipotético, no cabe sustituir la conclusión de la Audiencia Provincial de Granada por la propia de la recurrente, debiendo desestimarse el recurso interpuesto.

Termina solicitando de la Sala «[...] dicte sentencia por la cual declare no haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, con imposición de las costas del presente recurso a la parte contraria».

**OCTAVO.-** Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 16 de mayo de 2013, en que tuvo lugar.

**NOVENO .-** En esta sentencia se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial.

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

DA, disposición adicional.

FJ, fundamento jurídico.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

RC, recurso de casación.

SAP, sentencia de la Audiencia Provincial.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

1. Se interpuso por D.<sup>a</sup> Salome demanda exigiendo responsabilidad profesional a D. Gonzalo , abogado, por su negligente actuación profesional y reclamó una indemnización de 202 000 # en concepto de daños y perjuicios, fundándose, en que la demandante en su condición de arrendataria, fue informada por conducto notarial el 3 de noviembre de 2004 de que la vivienda había sido vendida y como era de su interés ejercer el correspondiente derecho de retracto, acudió al despacho profesional del demandado, quien aceptó hacerse cargo de la defensa, pero dejó transcurrir el plazo legal sin interponer la acción judicial.

2. El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 7 de Granada estimó la demanda fundándose, en síntesis, en que:

(a) Resulta evidente la existencia de negligencia profesional en el demandado, pues dejó transcurrir el plazo de 60 días de caducidad previsto legalmente para que su cliente, la arrendataria hoy demandante, ejercitara judicialmente la acción de retracto y la demandante perdió la posibilidad de adquirir la propiedad de la vivienda que ocupaba desde 1995.

(b) El 3 de noviembre de 2004 conoció formalmente la inquilina la adquisición de la vivienda por los compradores e, inmediatamente, contrató al abogado para que ejercitara el correspondiente derecho de retracto.

(c) Ni las circunstancias personales de los compradores, ni su inicial intención de no oponerse al retracto, justifican que no se formulara la correspondiente demanda judicial si, llegado el último día del plazo previsto legalmente (3 de enero de 2005), no se había formalizado notarialmente el derecho de retracto.

(d) El comprador, en el juicio afirmó, que es cierto que en un principio no se iba a oponer al retracto y que el 3 de diciembre de 2004, cuando compareció por la mañana en la notaría, manifestó que no se opondría siempre que se le abonaran los gastos que tuvo para adquirir la vivienda y conociendo el demandado esta circunstancia, lo lógico es que si su intención era evitar un procedimiento judicial, hubiera agotado todas las posibilidades hasta el último día del plazo.

(e) Alegó el abogado demandado que la demandante no es la inquilina perjudicada por su actuación profesional sino su hermano Luis e, incluso, una tercera persona que pretendía lucrarse con el retracto, pero de la documental aportada se constata que fue la demandante quien, en calidad de arrendataria, pretendió ejercitar el derecho de retracto.

(f) La demandante solicitó como indemnización 202 000 # que es la diferencia entre el valor de tasación de la vivienda a esa fecha (630 200 #, según informe pericial) y lo que hubiera debido de abonar (400 000 #) como precio de compra, más 28 000 # de impuesto de transmisiones (gastos reembolsables).

(g) Para valorar el daño debe tenerse en cuenta el grado de prosperabilidad de la pretensión, así: (i) el encargo profesional se hizo inmediatamente después de tener conocimiento la arrendataria de la compraventa y (ii) como se desprende de la escritura de 3 de diciembre de 2004, el día establecido para concretar el derecho de retracto, la demandante en su calidad de arrendataria compareció en la notaría y aportó dos cheques, uno de 28 000 #, correspondiente al importe del impuesto de transmisiones patrimoniales y otro de 159 596 #, correspondiente a la parte de precio abonado por los compradores antes del otorgamiento de su escritura de compraventa.

(h) Se considera adecuado y correcto el cálculo de la indemnización efectuado por la demandante, si bien, como gastos reembolsables, cabe incluir otros, no tenidos en cuenta ( artículos 1518 y 1525 CC ) que habrán de detrarse de los 202 000 #, distintos del impuesto de transmisiones patrimoniales y son: (i) 973,96 # de gastos de notaría; (ii) 150 # de gastos de gestión; (iii) 392,84 # de Registro y (iv) 284,12 # de seguro vivienda y, en consecuencia, la indemnización se fija en 200 199,08 #.

3. El demandado interpuso recurso de apelación.

4. La SAP de Granada *estimó* el recurso de apelación del demandado en relación a la cuantía de la indemnización fundándose, en síntesis, en que: (a) La defensa de su cliente le exigía haber interpuesto la demanda de retracto antes de que transcurriera el plazo sin haberse materializado el acuerdo extrajudicial con los compradores para hacer efectivos los derechos de su cliente y, además, el abogado demandado, ni siquiera ha negado su falta de diligencia.

(b) La acción de retracto era perfectamente viable ya que: (i) la demandante era arrendataria de la vivienda que ocupaba; (ii) se había producido la transmisión onerosa de vivienda; (iii) se encargó el asunto al abogado con tiempo suficiente para preparar la correspondiente demanda de retracto, no obtener resultado las conversaciones habidas entre las partes y (iv) se presentaron en la notaría los cheques bancarios para abonar la cantidad entregada por los compradores y el impuesto de transmisiones patrimoniales.

(c) La aceptación del asunto por el abogado implica su reconocimiento de la viabilidad de la acción de retracto, sobre todo, cuando formuló presupuesto de honorarios para iniciar el procedimiento extrajudicial con base en un presunto acuerdo con los compradores. Pero una cosa es el juicio de prosperabilidad que hizo el abogado y otra bien distinta, es si existían las condiciones objetivas para que la demanda de retracto prosperase a la vista de los hipotéticos motivos de oposición que hubieran podido formular los demandados.

(d) No se toma en consideración, la alegación de que la demandante conoció antes la compraventa del piso, pues aunque los testigos refirieron la existencia de una carta, no se ha acreditado y en la escritura de compraventa de 29 de octubre de 2004 se requiere al notario para que notifique a la inquilina el otorgamiento de dicha escritura, requerimiento que tiene lugar el 3 de noviembre de 2004.

(e) Según alega el demandado, la demandante, pretendía ejercitar el retracto a favor de terceras personas con lo que su actuación hubiera sido un fraude de Ley o un abuso del Derecho lo que impediría la

prosperabilidad de la acción y aunque ha quedado acreditado por las pruebas practicadas en esta segunda instancia, la escasa capacidad económica de la demandante para adquirir el inmueble por un precio de 400 000 # y que la cuenta contra la que se expidieron los cheques bancarios es titularidad de un tercero y se ignora la relación que mantiene con la demandante. Sin embargo, estos indicios no son suficientes para entender acreditado que se trataba de una adquisición por persona interpuesta de quien no ostentaba derecho de adquisición preferente alguno y no la mera financiación de la operación efectuada por terceros, en base a la confianza que hubiera entre ellos y hubiera sido en el hipotético juicio de retracto donde se debiera haber analizado pormenorizadamente esta cuestión de haberse opuesto por los demandados.

(f) La prosperabilidad de la acción de retracto quedaba supeditada a estos posibles avatares y circunstancias, cuyo resultado queda incierto, lo que impide que pueda concederse la totalidad de la indemnización pretendida y, en consecuencia, la valoración del daño causado por la pérdida de oportunidad derivada de la actuación negligente del abogado demandado, teniendo en cuenta la posible prosperabilidad de la acción y el principio de proporcionalidad entre la importancia del daño y la cuantía de la indemnización, conduce a la AP, a valorar el perjuicio causado en 50 000 #, sin que conceda algo diferente de lo pedido, pues se trata de daños materiales, no de daños morales.

5. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la demandante que ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

#### **SEGUNDO.-** *Enunciación del motivo único.*

Se introduce con la siguiente fórmula:

«Se formaliza al amparo del artículo 411, apartado uno, de la LEC porque la sentencia recurrida ha infringido los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil, en relación con la jurisprudencia aplicable sobre la forma de cuantificar la indemnización por daño patrimonial en los pleitos sobre conductas negligentes de los abogados».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que: (a) la obligación del abogado demandado era ejercitar en tiempo y forma la acción de retracto y al no hacerlo, provocó un perjuicio patrimonial a la recurrente; (b) la acción de retracto era viable; (c) la AP aludió a unos hipotéticos motivos de oposición invocados por el demandado que hubieran podido formular los compradores-retraídos y que podrían haber determinado que la acción de retracto no hubiese prosperado; (c) los dos motivos de oposición eran: (i) que la arrendataria conocía con anterioridad la compraventa y (ii) el supuesto ejercicio de la acción de retracto a favor de terceros; (d) el demandado no probó estos dos motivos de oposición ( artículo 217 LEC ) y su prueba era necesaria para que la AP los tuviese en cuenta como elementos con posible incidencia en el pleito de retracto; y, (e) no es admisible que la AP con base en esos hipotéticos motivos pero sin ninguna prueba, rebaje en más de un 75% la indemnización concedida por el Juzgado.

Dicho motivo debe ser estimado en parte.

**TERCERO.-** *La determinación del importe de la indemnización por perjuicios causados por negligencia del abogado. Control en casación.*

A) Como declara, entre las más recientes, la STS de 9 de marzo de 2011, RC n.º 1021/2007, esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales -en el caso examinado, por responsabilidad por daños y perjuicios imputable a un abogado respecto de su cliente por negligente cumplimiento de sus obligaciones contractuales- no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba ( SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001, 30 de julio de 2008, RC n.º 616/2002, 1 de diciembre de 2008, RC n.º 4120/2001 ), solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción ( SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, RC n.º 4185/989, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006, 31 de octubre de 2007, RC n.º 3537/2000, 30 de julio de 2008, RC n.º 616/2002, 23 de octubre de 2008, RC n.º 1687/2003, 12 de mayo de 2009, RC n.º 1141/2004, 14 de octubre de 2009, RC n.º 461/2006, 30 de abril de 2010, RC n.º 1165/2005 y 16 de diciembre de 2010, RC n.º 179/2008 ) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases

tomadas para la determinación del *quantum* [cuantía] ( SSTS de 15 de febrero de 1994 , 18 de mayo de 1994 , 21 de diciembre de 2006 , 30 de julio de 2008, RC n.º 616/2002 y 1 de diciembre de 2008, RC n.º 4120/2001 ).

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, RC n.º 3091/1992 , 26 de enero de 1999 , 8 de febrero de 2000 , 8 de abril de 2003 , 30 de mayo de 2006 , 28 de febrero de 2008, RC n.º 110/2002 , 3 de julio de 2008 RC n.º 98/2002 , 23 de octubre de 2008, RC n.º 1687/03 y 12 de mayo de 2009, RC n.º 1141/2004 ).

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.

B) El régimen de recursos extraordinarios establecido en los artículos 468 y 469 y DF 16.<sup>a</sup> LEC establece la separación entre las cuestiones procesales y las sustantivas (por todas, SSTS 16-3-2010, RC n.º 504/2006 , 22-3-2010, RC n.º 364/2007 , 5-5-2010, RC n.º 556/2006 ; 5-5-2010, RC n.º 699/2005 ) de manera que estas, consistentes en la infracción de las normas civiles y mercantiles, son las únicas que se pueden plantear en el recurso de casación, cuya función se contrae a contrastar la correcta aplicación de dicha norma sustantiva al supuesto fáctico declarado probado ( STS de 4 de noviembre de 2010, RC n.º 2051/2006 , con cita de AATS de 31 de marzo de 2009 , 23 de junio de 2009 y 12 de enero de 2010 , y SSTS de 28 de julio de 2010, RC n.º 1688/2006 , y de 29 de junio de 2010, RC n.º 871/2006 ). No pueden combatirse en casación los hechos fijados por el tribunal de instancia en su función de valoración de la prueba, por estar esto reservado al recurso extraordinario por infracción procesal poniendo de manifiesto la infracción de alguna regla legal o la concurrencia de arbitrariedad o de una manifiesta falta de razonabilidad en la valoración que se ha llevado a cabo ( SSTS 20 de mayo de 2008, RC n.º 1394/2001 , 6 de noviembre de 2008, RC n.º 332/2004 , ambas citadas por la STS 25 de marzo de 2010 RC n.º 1262/2004 ). En suma, dado que la casación no es una tercera instancia, no es posible plantear mediante el recurso de casación temas relativos al juicio de hecho, como son los errores en la valoración de la prueba, siendo también inaceptables todas las apreciaciones de la parte recurrente que directa o indirectamente cuestionen o se aparten de las declaraciones de hecho efectuadas en la resolución recurrida ( SSTS 18 de junio de 2009 RC n.º 2775/2004 , 5 de mayo de 2010, RC n.º 556/2006 y STS 11 de noviembre de 2010, RC n.º 2048/2006 , entre otras muchas).

C) La sentencia de apelación como hizo la sentencia dictada por el Juzgado, limita la indemnización por la negligencia profesional del abogado al daño patrimonial y precisa la sentencia de la AP en su FJ 2 que se trata de indemnizar daños materiales, no daños morales, teniendo en cuenta que el abogado demandado según el FJ 1.º de la sentencia recurrida no negó su falta de diligencia. En consecuencia, partiendo de esta premisa, la AP examinó la pérdida de oportunidad de obtener un beneficio patrimonial por el ejercicio en plazo y forma de la acción de retracto, pues es un hecho probado que la acción era viable, es decir, que se daban los requisitos necesarios para su ejercicio.

Estos hechos integran el conjunto de los declarados probados por la sentencia recurrida y vinculan al tribunal de casación en tanto que no han podido ser desvirtuados por el cauce legalmente establecido a tal fin, constituyendo la base fáctica en que se sustentó el juicio de probabilidad realizado por la AP.

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 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.

De lo expuesto, resulta que el daño consistió en la frustración de la acción judicial.

D) Tras constatar la pérdida de oportunidad procesal, deben analizarse las posibilidades de éxito de la demanda de retracto.

La sentencia recurrida, a cuya apreciación sobre el grado de probabilidades de buen éxito de la acción debe estarse, conduce a la conclusión de la posible prosperabilidad de la acción y esta Sala respetando la valoración probatoria considera acertada esta conclusión, ya que el encargo profesional al abogado se hizo con tiempo más que suficiente para interponer la correspondiente demanda de retracto, pues el 3 de noviembre de 2004, la arrendataria conoció formalmente la adquisición de la vivienda por los compradores que en la escritura de compraventa de 29 de octubre de 2004, requirieron al notario para que notificase a la arrendataria el otorgamiento de dicha escritura. Posteriormente, el 3 de diciembre de 2004, la recurrente acudió a la notaría con los correspondientes cheques para el pago del precio de la compraventa y el impuesto de transmisiones patrimoniales. Y, por tanto, de lo expuesto se deduce que existía una razonable certidumbre sobre la existencia de oportunidades de obtener buen éxito en el ejercicio de la acción, necesario como ha quedado expuesto para que pueda apreciarse la existencia de un daño resarcible ligado a la frustración de la acción ejercitada.

E) 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.

#### **CUARTO.- Estimación parcial y costas.**

De conformidad con el artículo 398 LEC , en relación con el artículo 394 LEC , al estimarse parcialmente el recurso no se hace expresa condena en cuanto a las costas del mismo.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

1. Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Salome , contra la sentencia de 23 de octubre de 2009 dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada en rollo de apelación n.º 345/2009 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Esta Sala ha decidido revocar la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de esta ciudad y, estimando parcialmente la demanda, debemos condenar al demandado a que abone a la actora la cantidad de 50.000 #, más los intereses legales a contar desde la presente resolución, todo ello sin hacer mención a las costas de ambas instancias».

2. Casamos y anulamos el particular relativo al importe de la indemnización que debe ascender a 100 099, 54 #.

3. Sin imposición de las costas del recurso de casación.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Rafael Saraza Jimena. Sebastian Sastre Papiol. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ