



**AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2**

Avda Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono: 942357123

Fax.: 942357142

Modelo: AP004

Procedimiento Ordinario 0000047/2016 - 00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 de Santander

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000690/2016**

NIG: 3907542120160000550

Resolución: Sentencia 000227/2017

**COPIA**

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante		YOLANDA COBO MAZO
Apelado		ANGEL VAQUERO GARCIA
Apelado	MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS	URSULA TORRALBO QUINTANA

**SENTENCIA Nº 000227/2017**

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Fernández Díez.

D. Javier de la Hoz de la Escalera.

=====

=====

En la Ciudad de Santander, a once de abril de dos mil diecisiete.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio Ordinario, núm. 47/2016, Rollo de Sala núm. 690 de 2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, seguidos a instancia de [redacted] contra D. [redacted] y contra Mapfre Seguros de Empresas.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante, [redacted] representada por la Procuradora Sra. Da [redacted]



Yolanda Cobo Mazo y defendida por el Letrado Sr. D. Alberto Vela García; y apelada Mapfre Seguros de Empresas, representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Ursula Torralbo Quintana y defendido por el Letrado Sr. D. Gustavo Merino Campos. Y apelado Impugnante D. \_\_\_\_\_ representado por el Procurador Sr. D. Angel Vaquero García y defendido por el Letrado Sr. D. Antonio Naharro Quirós.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 29 de junio de 2016 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** *Que ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta en su día por la Procuradora Sra. Cobo Mazo:*

*PRIMERO: DEBO CONDENAR Y CONDENO a \_\_\_\_\_ y a MAPFRE a pagar solidariamente a \_\_\_\_\_ **66.000 €**, cantidad que devengará un INTERÉS ANUAL equivalente al legal del dinero incrementado en dos puntos desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución hasta su completo pago.*

*SEGUNDO: No procede condena en COSTAS en este procedimiento, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por iguales partes".*

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandante interpuso recurso de apelación, que se tuvo



por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

***PRIMERO: Resumen de antecedentes.  
Planteamiento del recurso.***

Doña [redacted] formuló demanda contra el que fuera su letrado, D. [redacted], y la aseguradora de su responsabilidad civil, Compañía Mapfre, interesando una indemnización de 403.200 euros por el daño causado por su negligencia profesional al formular de forma extemporánea una reconvención contra el que fuera esposo de la demandante en el proceso de divorcio que ambos sostuvieron y por la que se interesaba la fijación de una pensión compensatoria por importe de 1.200 euros mensuales. La reconvención fue rechazada por su presentación fuera de plazo por sentencia de 28 de enero de 2014 del juzgado nº 9 de primera instancia de Santander, como desestimado el recurso de apelación interpuesto contra la misma por la Audiencia Provincial en su sentencia de 16 de julio de 2014.



La sentencia de primera instancia objeto del actual recurso estimó parcialmente la demandada y condenó a los demandados al pago solidario a la actora de la cantidad de 66.000 euros. En tal sentido, consideró probada la negligencia profesional del demandado Sr. [redacted] y el daño generado en adecuada relación causal con razón en haberse frustrado el eventual reconocimiento de la pensión, lo que para el juez de instancia, en cálculo prospectivo, determina que hubiera sido razonablemente concedida durante los primeros 30 meses ( de julio de 2014 a febrero de 2017 ) por 600 euros mensuales – considerando una minoración de 600 euros por el uso de la vivienda conyugal- y durante los veinte años siguientes a razón de 200 euros –reducida por el presumible efecto de la ganancia que hubiera obtenido la demandante de la división del régimen de gananciales-.

La demandante formula recurso de apelación en el que denuncia el error padecido por el juez en la valoración de la prueba, considerando que la pensión compensatoria no debería haberse valorado como de duración determinada y que resultaba incorrecta la minoración calculada por el uso de la vivienda y el improbable resultado de la división de los bienes gananciales.

Los demandados formulan oposición al recurso, esencialmente por considerar que existe un error en la determinación de la capacidad económica del que fuera esposo de la recurrente, que ha servido para fijar de forma prospectiva la eventual pensión compensatoria y por su resultado la indemnización, considerando al contrario que no existió desequilibrio.

Impugna el demandado Sr. [redacted] la sentencia en lo que le resulta desfavorable al considerar que no ha existido



culpa o negligencia profesional que le pueda ser imputada. La parte actora se opone.

***SEGUNDO: La responsabilidad civil del abogado.  
Valoración de la prueba.***

Invirtiendo el orden de las cuestiones sujetas a consideración en el recurso, ha de valorarse inicialmente –porque se cuestiona, aun sin exceso de argumentación, en el recurso- si concurren motivos para declarar la responsabilidad civil del profesional demandado.

No se cuestiona, ciertamente, la fundamentación jurídica general aplicada por el juez de instancia, que efectivamente debe ser ahora ratificada por esta Sala, y que fundamentalmente consiste en predicar, según constante jurisprudencia ( por todas, las SSTS de 27 de septiembre de 2011, 28 de junio de 2012 y 19 de noviembre de 2013 ), que la responsabilidad civil contractual del abogado por negligencia en el desempeño de su actuación profesional cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, por el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva, debe de calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones –y como ocurre en el caso enjuiciado-, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico.

Los abogados están sujetos también a responsabilidad civil cuando, por dolo o negligencia, dañen los intereses cuya defensa les haya sido confiada ( art. 78.2 del Estatuto General de la Abogacía ). Es claro que este precepto reglamentarios configuran una responsabilidad contractual derivada del contrato de arrendamientos de servicios que vincula al abogado con su cliente, siendo de destacar que por la naturaleza de su función, el abogado dispone de una particular discrecionalidad en el desarrollo de la misma, lo que le consiente en la elección de los



medios que considere más idóneos para dar respuesta a la defensa de los intereses que le han sido confiados.

No obstante, aunque no se trata de que el abogado haya de garantizar un resultado favorable a las pretensiones de la persona cuya defensa ha asumido, por la propia naturaleza del arrendamiento de servicios, sí es exigible que ponga a contribución todos los conocimientos, la diligencia y la prudencia que, en condiciones normales, permitirían obtenerlo, entre cuyas exigencias además de proporcionar al cliente una información suficiente que permita una particular toma de decisión sobre la oportunidad de iniciar acciones o formular recursos, se encuentra la derivada de la presentación en el plazo legal de las acciones ya encomendadas.

La realidad incuestionable es que, en el supuesto objeto del recurso, el letrado demandado presentó fuera de plazo la contestación y la demanda reconvenicional en el que debía de integrarse la reclamación del reconocimiento de un pensión compensatoria por desequilibrio ( art. 97 CC ) en el propio ámbito del proceso de divorcio iniciado por su esposo, sin que exista una razonable justificación que permita excluir su falta de diligencia profesional, por causas ciertas y acreditadas, que provengan de un suceso externo a la relación contractual o que puedan imputarse a la parte actora, pues ha admitido el recurrente que recibió a su cliente con tiempo suficiente para, realizado el encargo, preparar su adecuada defensa y reclamación. No puede admitirse su pretendida justificación relativa a que confió en el dato, erróneo por un día, transmitido por su clienta de la fecha de su emplazamiento para contestar, lo que le llevó a presentar la contestación y reconvenición un día más tarde de transcurrir el plazo, pues si existe una actuación en la que el letrado debe desplegar toda su diligencia es la de comprobar, dado el carácter preclusivo e improrrogables de los plazos procesales ( art. 134



LEC ), que la presentación de su pretensión lo va a ser en plazo, todavía más en el caso cuando la personación se produjo –el 13 de septiembre de 2013, constituyendo apoderamiento apud acta el día 20, cuando el emplazamiento se produjo el día 9- con tiempo suficiente para comprobar esta particular circunstancia de ciencia propia para, por lo menos, presentarla un día antes del día en que se hizo de forma fatal ( 9 de octubre de 2013 ).

El motivo de impugnación debe ser desestimado.

***TERCERO: El presupuesto de la existencia de un daño.***

Recuerda la STS de noviembre de 2013 –con cita de la de 28 de junio de 2012-, en relación con esta clase de supuestos de frustración de una acción judicial que elemento esencial que permite hablar de un daño, que *<< en orden a su valoración económica, no pueda confundirse la valoración discrecional de la compensación que corresponde al daño moral con el deber de hacer un cálculo prospectivo de oportunidades del 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. 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*



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

*normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente>>.*

El resultado que produjo la omisión de la diligencia debida del letrado es conocido: la inadmisión de la reconvención por presentarse fuera de plazo, hecho que fue definitivamente confirmado por la sentencia firme dictada por esta Sala de 16 de julio de 2014 con el siguiente razonamiento ( fundamento de derecho tercero ) *"La contestación-reconvención fue inadmitida por presentarse fuera de plazo, lo que equivale a no haberla formulado. En consecuencia, no procede establecer ahora una pensión compensatoria no solicitada en tiempo y forma"*.

Antes de seguir, conviene aclarar otra cuestión, que también se incorpora en la impugnación y atiende a la oportunidad de reclamar la pensión compensatoria en juicio posterior, sea en el ámbito de un juicio autónomo o a través de una modificación de medidas definitivas, que permitiera dejar expectante el reconocimiento judicial de la pensión compensatoria.

En tal sentido, es inevitable hacer mención a la sentencia del TS de 3 de junio de 2016, que respondió a la propia cuestión que el tribunal se planteaba en los siguientes términos iniciales: *"Lo que se discute realmente es si es o no posible establecer un derecho de esta naturaleza tras el proceso de divorcio en el que se le negó a la esposa porque la había solicitado en el trámite de contestación a la demanda y no mediante reconvención expresa"*. Es evidente que la situación es muy similar; su doctrina, perfectamente aplicable. El TS, en lo que ahora resulta relevante, explicó que la pensión compensatoria es una medida definitiva del juicio de separación o de divorcio matrimonial, no una medida provisional ni mucho menos una medida independiente o autónoma de esta suerte de juicios. Es,



además, según continúa expresando dicha resolución, una norma de naturaleza dispositiva, sometida a la autonomía privada, de tal forma que para que el juez pueda concederla a uno de los cónyuges necesita que la solicite en cualquiera de sus escritos iniciales. Y es una medida que surge tras la separación o el divorcio, de lo que resulta que *<<no hay dos momentos de ruptura conyugal, sino uno solo: el de la separación o el del divorcio, en el cual se determina de manera definitiva si concurre o no ese desequilibrio económico que sustenta el derecho, valorado en relación a la situación que se disfrutaba cuando acontece la ruptura de la convivencia conyugal, de la que trae causa, conforme al art. 97 CC, quedando asimismo juzgada si el derecho no se hace valer o no se insta correctamente por la parte interesada, impidiendo que pueda reconocerse en la sentencia>>*. Y recuerda, en fin, en la misma línea, que la sentencia del TS de 18 de marzo de 2014, reiterada en otras posteriores, declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial".

En consecuencia, la Sala ratifica los argumentos del juez de instancia sobre la falta de diligencia profesional y la pérdida o frustración de una acción judicial en perfecta relación causal.

El segundo motivo de la impugnación debe ser rechazado.

Ahora bien, la frustración de la acción judicial no siempre, como antes se ha mencionado, produce automáticamente un daño resarcible. Habrá de valorarse si, en juicio de prospección, la acción tendría visos de ser estimada



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

mediante una valoración sobre la razonable certidumbre de la probabilidad de este resultado.

***CUARTO: La valoración sobre la existencia del daño. Su determinación económica.***

La existencia cierta y real de un daño se incorpora como tercer motivo de la impugnación a la sentencia del demandado Sr.

Y los razonamientos que seguirán encaminan la decisión de la Sala en relación con los dos motivos incorporados al recurso de apelación, que cuestiona la cifra establecida en la sentencia de instancia como indemnización.

La Sala estima como muy probable la concesión de la pensión si se hubiera podido presentar en plazo siguiendo los criterios marcados por el art. 97 CC aun sin olvidar que por distintos eventos su modificación ( art. 100 ) o extinción ( art. 101 ) podrían igualmente haberse producido en un instante posterior.

Y ello es así porque cuando se presenta la crisis matrimonial, y, esencialmente, cuando se dicta sentencia en el año 2014 habían pasado ya más de treinta y cinco años de convivencia ( el matrimonio se celebró el 28 de mayo de 1978 ) en la que, fundamentalmente, el esposo había sido, por su trabajo, la fuente de los ingresos familiares, mientras que la esposa se había dedicado al cuidado de la familia –son padres de dos hijos mayores de edad y con vida independiente- en la que solo al final ha realizado trabajos de limpieza de forma escasamente regular y sin cotización que en un futuro cercano le permita acceder a una pensión por jubilación. Carece en cualquier caso de cualificación profesional y por su edad ( 57 años en el instante del divorcio ) las posibilidades de acceso a un empleo distinto al que ahora a tiempo parcial ejerce –a media jornada cobrando entre 6 y 8 euros diarias, lo que supondría, como bien



indica el juez de instancia, unos 500 a 600 euros mensuales- son muy remotas. Y, precisamente, estas mismas circunstancias son las que abonan la conclusión de no someter, en este cálculo prospectivo, su régimen a la temporalidad, como tampoco la ha sometido el juez de instancia a pesar de que se invoque ello como motivo del recurso, pues lo único que ha hecho, de forma razonable, es fijar la base para conocer a cuánto alcanzaría una pensión capitalizada teniendo en cuenta la esperanza de vida media de una mujer en España. En fin, ningún elemento permite deducir que el juicio sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio se presenta o muestra como lógico o racional ( por todas, las SSTs 3.1.2011 y 18.5.2015 ).

No obstante lo anterior, la prueba demuestra que la situación de los que fueron cónyuges no parece que sea exactamente la que se representa el juez de instancia. Aunque en el acta del juicio de divorcio ( folio 92 ) se consignó que por el ERE sufrido en su empresa su esposo recibía 3.100 euros al mes, lo cierto es que, como mantiene el recurrente y no lo desdice la recurrida, realmente se capitalizó el importe abonado por tal concepto a través de un pago de 270.000 euros, como se comprueba con la aportación de las declaraciones del IRPF del ejercicio de 2011 ( se declara el ingreso de 209.543,50 euros, la gran parte de lo reconocido ) y el abono de tal cantidad en el extracto remitido por Bankia ( folio 70 ), todo lo cual concuerda con la declaración testifical de que fuera su letrado Sr. - sus ingresos provinieron de la indemnización y el paro-. En consecuencia, se comprueba que, además de dicha cantidad, por otro lado no discutida que fuera ganancial por las partes, el único ingreso que en dicho instante parecía regular fue la prestación por desempleo por importe de 1087,20 euros a cobrar entre el 30 de septiembre de 2011 y el 29 de septiembre de 2013, sin que consten más datos que permita deducir la existencia cierta de



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

otra fuente de ingresos de mínima importancia ( en el IRPF del año 2011 se declaran 1886,94 euros de rendimientos del capital mobiliario ).

Sin olvidar tales circunstancias contamos con un elemento de importancia: en el auto de medidas provisionales dictado el 24 de octubre de 2013 se fijaba la contribución del esposo a la satisfacción de las cargas familiares en la cantidad de 700 euros; cargas ciertamente que no conllevaba la alimentación de ningún hijo y que expresamente permitía, sin aparente compensación, el uso por lo menos temporal de la vivienda familiar por la esposa. El hecho de que dicha cantidad se fijara de mutuo acuerdo, aunque con el efecto de ser provisional por cautelar, permite acercarse con más seguridad al criterio decisivo para concretar económicamente la pérdida de la oportunidad, que todavía habría de atemperarse por dos circunstancias, excluida la atribución temporal de la vivienda y la posterior con alternancia hasta la división de la sociedad de gananciales: de un lado, el aumento de la capacidad de la esposa por su participación en las ganancias acumuladas durante el matrimonio por el trabajo de su esposo –que se producirá cuando se liquiden y adjudiquen los bienes gananciales, en otros, la cantidad recibida por capitalización del ERE-, cuyo efecto podría permitir la reducción hasta los 400 euros; del otro, porque como se decía en un inicio, no es ajena la prospección que ahora se hace a sucesos o eventos de mayor o menor previsibilidad que permitieran la extinción de la pensión –si concurrieran las causas del art. 101 CC- o su modificación –si se presentaran los motivos del art. 100 CC-. De suerte que, aunque es razonable pensar en el mantenimiento de su crédito durante el periodo medio ponderado de la esperanza de vida de una mujer en España en el año 2014 ( 85 años ), considerando su edad en el instante del divorcio, lo que nos situaría ante una cifra de 134.000 euros, la minoración derivada



de la aplicación de tales factores permite reducirla a prácticamente la mitad, con lo que el crédito definitivamente reconocido debe ser el mismo que el fijado por el juez de instancia, cuya sentencia, por consiguiente, se confirma.

**QUINTO: Costas procesales.**

Desestimados tanto el recurso de apelación interpuesto como la impugnación ha lugar a imponer a cada parte las costas causadas por su interposición ( art. 398 LEC ).

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

**FALLAMOS**

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Maza Cobo, en nombre y representación de D<sup>a</sup> [redacted] y como la impugnación formulada por el Procurador Sr. Vaquero García, en representación de D. [redacted], frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander de fecha 29 de junio de 2016, que se confirma íntegramente.

2º.- Se imponen las costas procesales del recurso a la parte que lo interpuso y las de la impugnación a quien la formalizó.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional  
15ª LOPJ.

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

GOBIERNO