

Roj: SAP MA 864/2010
Id Cendoj: 29067370062010100268
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Málaga
Sección: 6
Nº de Recurso: 776/2009
Nº de Resolución: 293/2010
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA INMACULADA SUAREZ-BARCENA FLORENCIO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA. SECCION SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 3 DE MARBELLA

JUICIO ORDINARIO N.º 260/08

ROLLO DE APELACION CIVIL N.º 776/09

SENTENCIA Nº 293/10

Ilmos. Sres.

Presidente D. ANTONIO ALCALA NAVARRO

Magistrados:

D. JOSE JAVIER DIEZ NUÑEZ

D.ª INMACULADA SUAREZ BARCENA FLORENCIO

En la ciudad de Málaga a veintiséis de mayo de dos mil diez

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario N.º 260/08 procedentes del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Marbella , sobre Reclamación de cantidad , seguidos a instancia de Don Ángel Daniel y Doña Almudena representados en el recurso por el Procurador Don Juan García Sánchez Biezma y defendidos por el Letrado Don Carlos Comitre Couto, contra Direct Lawyers Marbella, S.L. representada en el recurso por el Procurador Don Alfredo Gross Leiva y defendida por el Letrado Don Justo Pueyo Sánchez , pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la Sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella dictó Sentencia de fecha 29 de Abril de 2009 en el juicio ordinario N.º 260/08 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO.- Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por D. Ángel Daniel y Doña Almudena contra la entidad Direct Lawyerr Marbella, S.L., condeno a ésta a pagar a la actora la cantidad de 3.863,06 euros (tres mil ochocientos sesenta y tres euros con seis céntimos); Más el interés legal de dicha suma desde la fecha de interposición de la demanda hasta la de esta sentencia, aplicándose a partir de ésta lo dispuesto por el *art. 576 de la N.L.E.C.*;sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación el demandado , el cual fue admitido a trámite y, su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día 26 de mayo de 2010 , quedaron las actuaciones

conclusas para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D.^a INMACULADA SUAREZ BARCENA FLORENCIO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda rectora de esta litis, los actores reclamaban, frente a la firma de **abogados** demandada, la devolución del importe de provisión de fondos abonada en su día a dicha firma, en base a un cumplimiento defectuoso e incompleto de las obligaciones contraídas, esto es la suma de 6.438,43 euros, y, de forma subsidiaria, la suma de 4.506,91 euros, es decir, un 70 % del importe de la provisión de fondos en su día abonada en base a las prestaciones realizadas. La demandada se opuso a la demanda y, tramitado el procedimiento, éste concluyó por Sentencia de fecha 29 de abril de 2009, en cuya resolución el juzgador a quo, partiendo de la existencia de conformidad entre las partes sobre el hecho de haber contratado los actores al **despacho** de **abogados** demandado para su asesoramiento y gestiones en la compraventa de una vivienda en construcción, en la zona de Elviria de Marbella; sobre la entrega de una provisión por importe de 6.438,43 euros; sobre el que se prestaron servicios habiendo intervenido la demandada en la firma del contrato privado de venta de 30 de octubre de 2003 y sobre que la vivienda no fue finalmente construida como consecuencia de la medida cautelar adoptada por la Sala de lo Contencioso del T.S.J.A, por lo cual el documento privado no fue elevado a público, y, por último, en que los demandantes ejecutaron el aval prestado al amparo de la *Ley 57/68*, obteniendo la devolución de la parte del precio entregada a la promotora -vendedora como parte del precio de la compraventa, razona que la firma de **abogados** contratada por los actores, aunque prestó servicios, lo hizo de forma defectuosa y poco diligente, no habiendo desplegado la diligencia necesaria y exigible, en orden a asegurar, en la medida de lo posible, la satisfacción de los intereses de sus clientes para lo que habían sido contratados, que no eran otros que la adquisición de una vivienda en Marbella, que finalmente se frustró, por lo que determina, como procedente, en una suerte de quanti minoris admitida por la jurisprudencia, que la demandada, devuelva a los actores el 60% de la provisión en su día entregada, esto es, 3.863,06, condenándose en el Fallo, en consecuencia, a la entidad demandada a abonar a los actores la expresada suma, más sus intereses legales desde la interposición de la demanda, con aplicación del *artículo 576 LEC* desde la Sentencia, y ello, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas. Frente a esta Sentencia se ha alzado en apelación la Entidad demandada, a través de su representación procesal.

SEGUNDO.- Como primer motivo de apelación argumenta la parte recurrente que la Sentencia apelada incurre en incongruencia por extra petita habida cuenta que la demanda de los actores se fundamenta sobre la base de falta de prestación por parte de la demandada de los servicios profesionales para los que fue contratada, pidiéndose por ello, la devolución de la provisión de fondos entregada, y en momento alguno se fundamenta dicha reclamación, en la improcedencia del cobro de honorarios como consecuencia de una actuación negligente o deficiente por parte de la demandada, que es, en definitiva lo que ha resuelto el juzgador a quo, apartándose así del objeto del debate. Se viene a alegar de esta manera por la recurrente infracción del contenido del *artículo 218 de la LEC*, es decir, de normativa procesal, si bien, no se hace alusión alguna a indefensión, ni se pide declaración de nulidad de la Sentencia, lo que, *ex artículo 227 de la LEC*, veta a esta Sala cualquier tipo de pronunciamiento en tal sentido aún de concurrir la infracción procesal que se afirma como cometida, por lo que la alegación no tiene más trascendencia que obligar a la Sala a analizar si el Fallo judicial se ha apartado de los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo algo distinto de lo pedido, y, en su caso, resolver el litigio centrado en el objeto del debate planteado entre las partes en los escritos rectores del procedimiento. En relación con la incongruencia, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1998, hay una doctrina muy sólida y reiterada de la Sala Primera, que se recoge, entre otras muchas, en la SS de 18 de noviembre de 1996, 29 de mayo, 28 de octubre y 5 de noviembre de 1997 y 11 de febrero de 1998, en las que se declara que es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una Sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (ultra petita), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo solicitado por las partes (extra petita) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (citra petita), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la incongruencia. Así, la Sentencia 9/1998, de 13 de enero, con cita de otras anteriores, establece que "Desde la perspectiva constitucional este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho la tutela judicial efectiva del *artículo 24.1 CE*, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitem) o algo distinto de lo pedido (extra petitem), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un

fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes". Aplicando estas consideraciones al caso de autos, una mera lectura de los escritos rectores del procedimiento, fundamentalmente de la demanda, así como de la Sentencia apelada, permite comprobar que dicha resolución no incide en incongruencia por extra petita, tratándose de una resolución parcialmente estimatoria de la pretensión deducida en la demanda y que, en momento alguno se ha apartado de los términos en que las partes plantearon el debate de la cuestión litigiosa y, en definitiva, de la causa de pedir. En efecto basta una mera lectura de la demanda para colegir que lo que la parte actora defendía y en base a lo cual pretendía la devolución de la suma entregada en concepto de provisión de fondos, o, al menos en 70% de la misma, era que la demandada, en cuanto a la actuación profesional para la que en su día fue contratada, había incurrido en una actuación profesional incompleta y negligente, siendo la base de la demanda, como se desprende de todos los hechos alegados en la misma, una inadecuada actuación profesional que se imputaba a la hoy recurrente. La Sentencia, viene a considerar que las actividades que le fueron encomendadas por los actores a la Entidad demandada, y en la forma diligente requerida, dadas las dificultades urbanísticas en Marbella, hecho este notorio además, no se llevaron a cabo en tal forma, por lo que viene a contemplar una suerte de excepción de contrato de arrendamiento de servicios cumplido defectuosamente, y, en virtud de ello, rebaja el importe de la provisión, resolviendo pues dentro del debate de las partes, en el que, la propia actora, aún entendiendo que debía condenarse a la demandada a devolver el importe total de provisión habida cuenta de que fue contratada para llevar a cabo el asesoramiento y compra de un inmuebles y esto finalmente no se llevó a cabo por una falta de diligencia, manifestó como procedente un porcentaje del 70 % de la cantidad entregada, en atención a los servicios que efectivamente se habían prestado, que, finalmente acoge la Sentencia, aunque en menor cuantía porcentual, resolviendo así conforme a la causa de pedir articulada en la demanda, y dentro de los parámetros en que las partes plantearon la cuestión litigiosa, sin que, en ningún caso, la estimación parcial de la demanda, pueda equivaler a incongruencia por extra petita, por lo que debe desestimarse el primero de los motivos de apelación articulados por la Entidad demandada, al no poderse entender que la Sentencia haya quebrantado norma procesal alguna, ni los principios esenciales del procedimiento, ni vulnerado, pues, el contenido del *artículo 24 C.E.*

TERCERO.- Sobre la base genérica de error en la valoración de la prueba, alega la parte recurrente que la doctrina jurisprudencial expuesta en la Sentencia no resulta de aplicación al supuesto de autos. Pues bien, partiendo de la conformidad existente entre las partes en relación al hecho de haber contratado los actores al **despacho** de **abogados** demandado para su asesoramiento y gestiones en la compraventa de una vivienda en construcción en Marbella, zona de Elviria, en la que los mismos estaban interesados, habiendo realizado la entrega, en concepto de provisión de fondos, de la suma de 6.438,43 euros, es preciso recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre el contrato de arrendamiento de servicios, pues no otra calificación jurídica merece la relación abogado cliente, conforme a la cual la calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concreta excepciones) de contrato de prestación de servicios, que define el *artículo 1544 del Código Civil*. La prestación de servicios, como relación personal "intuitu personae" concluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del *artículo 1258 del Código Civil* y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional (sentencia de 28 de enero de 1998). Incumplimiento total o cumplimiento defectuoso que da lugar a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que de ellos traigan su causa. (S.T.S 23 de mayo de 2006, entre otras muchas más). En el caso enjuiciado la Sala coincide con el juzgador a quo en la consideración de que la demandada, en el cumplimiento de las obligaciones profesionales incurrió en un incumplimiento defectuoso o poco diligente de las mismas, en la medida en que asumió la defensa de los intereses de los actores, para los que fue contratada, en orden a obtener, la compraventa de una casa en Marbella, zona de Elviria, que finalmente no llegó a tener efecto, y si bien es cierto que el negocio de venta se frustró al no construirse nunca la vivienda que era objeto del contrato privado por causa no imputable directamente a la demandada, también es cierto que la conducta de la demandada frustró las expectativas de los actores al contratar sus servicios, que lo fueron, precisamente para garantizar el buen fin del negocio jurídico de compraventa que pretendían llevar a cabo. En este sentido, aunque es cierto que la promoción proyectada, contaba con la preceptiva licencia de obras y que ello, al menos a priori, suponía el cumplimiento de los requisitos legales para llevarla a cabo, y por tanto, de su legalidad, en base al principio de seguridad jurídica y de presunción de legalidad de los actos administrativos, no es menos cierto, que no solo en Marbella, sino incluso, podemos afirmar que a nivel nacional, era un hecho notorio, y por tanto no necesario de prueba, que ya en aquella época, existía una gran problemática de índole urbanística en Marbella, que afectaba a muchas de las licencias de obras otorgadas, por el ayuntamiento de aquella ciudad en esa época y en años anteriores, hasta el punto en que había intervenido la Junta de Andalucía impugnándolas, con petición de Medidas Cautelares tendentes a la paralización o suspensión de la ejecutividad del acto administrativo de concesión de la licencia de obras, e incluso, con existencia de infinidad de procesos penales por delitos urbanísticos, circunstancias estas que,

conocidas en toda España, no podían ser desconocidas por una firma de **abogados** establecida en Marbella, lo que nos lleva a afirmar que esta situación, notoria por demás, obligaba a extremar la debida diligencia en el cumplimiento de los servicios arrendados, en aras a la efectiva comprobación y constatación del cumplimiento de todos los requisitos legales en aras de asegurar, el éxito de la operación de compraventa encomendada, con la consiguiente satisfacción de los intereses y expectativas de los clientes, diligencia que es aún mayormente exigible, cuando se trata de un **despacho** de **Abogados** asentado en Marbella, contratado por unos clientes de nacionalidad extranjera, y por tanto, en condiciones normales, desconocedores, por sí mismos, de la realidad y problemática urbanística existente, al tiempo, con aquella localidad, siendo así que los actores no llegaron a ver satisfechas sus expectativas, y si bien es verdad que la obligación del abogado es de medios y no de resultados, no es menos cierto, que la obligación principal del abogado, en la prestación de servicios con su cliente, es la correcta y diligente ejecución de sus prestaciones, conforme a las reglas de su profesión, y *lex artis ad hoc*, siendo así que, en el caso enjuiciado, la omisión en que incurrió la demandada, en la comprobación de la licencia de obra otorgada y su falta de impugnación, ha de considerarse, como no ajustada al canon de la diligencia normalmente exigible atendidas las circunstancias concurrentes, que determina el nacimiento de responsabilidad, aún estimándose que se prestaron servicios, aunque no en su totalidad y con toda la diligencia exigible, lo que deviene en la procedencia de la devolución de parte de la provisión de fondos, que, en concepto de parte de honorarios profesionales se entregaron por los actores, en el porcentaje fijado en la Sentencia apelada, que esta Sala estima ponderado en atención a las circunstancias concurrentes, gestiones realizadas, utilidad posterior para los actores en la reparación del daño y la entidad de la falta de diligencia en que incurrió la demandada en el desempeño de los servicios para los que fue contratada, por todo lo cual, y aceptando esta Sala los razonamientos de la Sentencia apelada, se ha de estar a la desestimación del recurso de apelación, con la consecuente confirmación de la Sentencia recurrida.

CUARTO.- Conforme a los *artículos 398.1 y 394.1*, ambos de la LEC, desestimado el recurso de apelación, las costas procesales devengadas en esta alzada, han de ser impuestas a la parte apelante.

Vistos los preceptos citados y los demás de legal y oportuna aplicación.

FALLAMOS:

Desestimar el recurso de apelación formulada por la representación procesal de la Entidad Direct Lawyers Marbella S.L. frente a la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de 1ª Instancia N.º 3 de Marbella, en los autos de juicio ordinario N.º 260/08 a que este Rollo se refiere y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Devuélvanse los autos originales con certificación de esta Sentencia, al Juzgado del que dimana para su ejecución y cumplimiento.

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