

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO POR
NO INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN DE RETRACTO EN
PLAZO. COMENTARIO A LA STS NÚM. 373/2013, DE 5 DE
JUNIO (RJ 2013, 4971)

LAWYER'S LIABILITY FOR NOT INTERPOSE THE
REPURCHASE'S ACTION INTERM. COMMENT ON STS
NO. 373/2013, OF JUNE 5 (RJ 2013, 4971)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 442-453



Pedro
CHAPARRO
MATAMOROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: El transcurso del plazo de caducidad de la acción de retracto sin ser interpuesta por el letrado constituye un supuesto de negligencia grave que da lugar a su responsabilidad.

PALABRAS CLAVE: Abogado, negligencia, derecho de retracto, responsabilidad, indemnización.

ABSTRACT: Not to bring a repurchase action by the lawyer during the expiry period involves gross negligence, resulting in his liability.

KEY WORDS: Lawyer, negligence, right to repurchase, liability, compensation.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. La negligencia del abogado.- III. El nexo de causalidad entre la negligencia del abogado y el daño causado.- IV. Críticas a la naturaleza del daño causado por la negligencia del abogado.- V. La prosperabilidad de la acción de retracto como criterio para cuantificar la indemnización.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia que va a ser objeto de este comentario trata de la responsabilidad civil de los abogados por negligencia en el ejercicio de su actividad profesional. En el caso analizado, la arrendataria de una vivienda conoció el día 3 de noviembre de 2004 que la misma había sido vendida a un tercero, ante lo cual contrató los servicios de un abogado para que ejercitara el derecho de retracto que como arrendataria le pertenecía. Sin embargo, el letrado dejó transcurrir el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto, perdiendo la arrendataria-demandante la posibilidad de adquirir la vivienda en la que habitaba desde el año 1995, hecho por el cual demandó al abogado, reclamando una indemnización de 202.000 euros, que era la diferencia entre el valor de tasación de la vivienda en el momento de la compra (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).

El Juzgado de Primera Instancia dio la razón a la arrendataria-demandante, al entender que el transcurso del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto constituía una negligencia por parte del abogado. En cuanto a la indemnización, el Juzgado entiende que hay que estar a la prosperabilidad de la pretensión para determinar su cuantía, considerando que dicha viabilidad era elevada, si se tiene en cuenta que: a) el encargo profesional se hizo inmediatamente después de tener conocimiento la arrendataria de la compraventa, y b) 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 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

• **Pedro Chaparro Matamoros**

Pedro Chaparro Matamoros (Valencia, España) es Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Actualmente es becario FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Es autor de la monografía 'La extensión objetiva de la hipoteca' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013). Además, ha publicado artículos científicos en revistas como Diario La Ley, Revista de Derecho Patrimonial, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías y Revista Boliviana de Derecho. Ha participado, también, en 4 obras colectivas (dos de ellas publicadas en Aranzadi) y en los manuales de 'Derecho Civil I' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), 'Derecho Civil II' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011-2013) y 'Derecho Civil IV' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

otorgamiento de su escritura de compraventa. Por todo ello, el Juzgado considera adecuada la cuantía solicitada, si bien entiende que de la misma se han de detraer determinadas cantidades (gastos de notaría y de gestión, entre otros), concediendo finalmente a la arrendataria-demandante una indemnización de 200.199'08 euros.

El abogado-demandado, vista la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, interpuso recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Granada en lo referido a la cuantía de la indemnización. El abogado-demandado insistió en su recurso en una cuestión que ya había planteado en la contestación a la demanda, y que no es otra que un supuesto fraude de ley de la arrendataria-recurrida, que no pretendía adquirir para sí la vivienda, sino en favor de terceras personas, lo que impediría la prosperabilidad de la acción. Sin embargo, considera la Audiencia que, aunque hubiera quedado acreditado por las pruebas practicadas la escasa capacidad económica de la demandante para adquirir el inmueble por un precio de 400.000 euros y que la cuenta contra la que se expidieron los cheques bancarios era titularidad de un tercero, 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. Con todo, la Audiencia entiende que la conjunción de estos factores otorgaba cierta incertidumbre al resultado de la acción de retracto, reduciendo la cuantía de la indemnización de los 200.199'08 euros concedidos en la primera instancia a 50.000 euros (más los intereses legales correspondientes).

Ante la sentencia de la Audiencia Provincial interpone la arrendataria-demandante recurso de casación, interesando el incremento de la indemnización, con base, principalmente, en el hecho de que el abogado-recurrente no había probado los hipotéticos motivos de oposición que hubieran podido formular los compradores-retraídos y que podrían haber determinado que la acción de retracto no prosperase, siendo tal prueba necesaria para que la Audiencia los tuviese en cuenta como elementos con posible incidencia en el pleito de retracto.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la arrendataria-demandante. Comienza el Supremo recordando toda su doctrina en relación con la imposibilidad de revisar en casación la cuantía de las indemnizaciones concedidas, salvo: a) por error notorio o arbitrariedad; b) cuando exista una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por el recurrente y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso (de entre las cuales hay que tener en cuenta muy especialmente la prosperabilidad de la pretensión frustrada por la negligencia del abogado); o c) cuando se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum*.

Precisamente, este caso es uno de los pocos en que el Supremo modifica la cuantía concedida en las instancias, por considerar que la Audiencia, toda vez reconocer la viabilidad de la acción de retracto, no fijó un porcentaje concreto de posibilidades de éxito de la misma, reduciendo el importe de la indemnización concedida por la sentencia de primera instancia de 200.199'08 euros a 50.000 euros únicamente con base en la incertidumbre del proceso. En concreto, el Supremo considera que el porcentaje de éxito de la acción de retracto era del 50%, valorando, en consecuencia, el perjuicio causado por la actuación negligente del abogado-demandado en la suma de 100.099'54 euros, es decir, la mitad de la cuantía concedida por la sentencia de primera instancia.

Por lo demás, en cuanto a la cuestión de la naturaleza del daño causado a la arrendataria-demandante, considera el Supremo que se trata de un daño patrimonial (y no moral), constituido por la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio patrimonial.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

De un tiempo a esta parte se han multiplicado las demandas de responsabilidad civil contra determinados profesionales (en especial, médicos, arquitectos y abogados) por incurrir en algún tipo de negligencia en el desarrollo de su actividad. En particular, en el caso de los abogados, los clientes han pasado de una situación inicial en la que achacaban el fracaso judicial de sus pretensiones exclusivamente a la mala suerte o al azar; a una situación en la que consideran que, al margen de que tales factores sigan interviniendo, en muchos casos la desestimación de sus pretensiones es debida a un actuar negligente del letrado contratado.

A la multiplicación de tales demandas ha ayudado, sin duda, el reconocimiento de la negligencia de los abogados y las consiguientes condenas. Algo que resultaba absolutamente necesario para evitar que la profesión de abogado desembocara en una suerte de actuar impune. Las sentencias que reconocen la responsabilidad civil de tales profesionales animan, desde luego, a que los mismos tomen muchos más cuidados y precauciones en la defensa de los intereses de sus clientes.

Sin embargo, ello no excluye que sigan existiendo supuestos, como el ahora analizado, en que se producen flagrantes negligencias por parte de los abogados en el desempeño de su profesión. La condena impuesta por el Tribunal Supremo, de 100.000 euros, a buen seguro contribuirá a reducir, al tiempo, los casos de negligencia, a la vez que animará a las aseguradoras a aumentar las primas que cobren a los abogados por el seguro de responsabilidad civil.

II. LA NEGLIGENCIA DEL ABOGADO.

La doctrina ha considerado tradicionalmente que la obligación que asume el obligado es de medios, esto es, está obligado a desempeñar su profesión con arreglo a la *lex artis* y a los protocolos de actuación de la misma, pero no se compromete con el cliente a lograr un resultado, salvo que: a) cliente y abogado pacten expresamente que éste se compromete a obtener un resultado, que consistirá en la satisfacción de la pretensión del cliente; o b) el encargo consista propiamente en un resultado, como podría ser la elaboración de un informe, de un dictamen o de un contrato. En estas salvedades, la obligación que asume el abogado no es de medios sino de resultado.

Centrada la cuestión, no existe duda alguna de que en el supuesto se produce un incumplimiento culpable del abogado, al que se contrata precisamente para que ejercite la acción de retracto, de modo que dejar transcurrir el plazo de caducidad para el ejercicio de ésta constituye una negligencia indiscutible (perteneciente a las llamadas 'culpas de agenda'). Así lo han declarado innumerables sentencias en supuestos en que la acción o el recurso se interpusieron de forma extemporánea o no se interpusieron [v. en este sentido, entre otras, las SSTS núm. 609/1998, de 25 de junio (RJ 1998, 5013); núm. 853/1998, de 24 de septiembre (RJ 1998, 7436); núm. 543/2003, de 29 de mayo (RJ 2003, 3914); núm. 700/2003, de 14 de julio (RJ 2003, 4630); núm. 1157/2003, de 12 de diciembre (RJ 2003, 9285); núm. 808/2004, de 9 de julio (RJ 2004, 5121); núm. 18/2005, de 28 de enero (RJ 2005, 1830); núm. 1226/2007, de 15 de noviembre (RJ 2008, 17); núm. 719/2008, de 23 de julio (RJ 2008, 7063); núm. 772/2011, de 27 de octubre (RJ 2011, 7313); núm. 437/2012, de 28 de junio (RJ 2012, 10403); y núm. 739/2013, de 19 de noviembre (RJ 2013, 7448)].

III. EL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA NEGLIGENCIA DEL ABOGADO Y EL DAÑO CAUSADO.

Hasta tal punto resulta indiscutible la negligencia del abogado, que ni siquiera la negó en el proceso. Más bien, las alegaciones del abogado, tanto en la contestación a la demanda como en el recurso de apelación, se centran en quebrar el nexo de causalidad existente.

En concreto, el abogado insiste en que la arrendataria-demandante no es la perjudicada con su actuación, sino su hermano, o incluso terceras personas que pretendían lucrarse con el retracto, por lo que la actuación de aquélla habría constituido un fraude de ley o un abuso de Derecho. En el proceso quedó acreditado, a este respecto, que la capacidad económica de la arrendataria-demandante era más bien limitada, y que la cuenta contra la que se expidieron

los cheques bancarios con los que compareció en la notaría era titularidad de un tercero (del cual se ignora la relación que mantiene con aquélla).

La sentencia de primera instancia consideró probado que era la demandante quien, en calidad de arrendataria, pretendía ejercitar el derecho de retracto, haciendo caso omiso, por tanto, a estas alegaciones del abogado. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial, incurriendo en una clara contradicción, afirma que, toda vez no ser tales indicios suficientes para entender acreditado que se trataba de una adquisición por persona interpuesta de quien no ostentaba derecho de adquisición preferente alguno, condicionan en cierto modo el éxito de la acción de retracto, reduciendo, en consecuencia, la indemnización fijada por la sentencia de primera instancia en un 75% (de 200.199'08 euros a 50.000). Sorprende, pues, la elevada reducción de la indemnización, máxime, teniendo en cuenta, como subraya la Audiencia, que la supuesta adquisición de la vivienda por persona que no ostentaba derecho de adquisición preferente no había quedado suficientemente acreditada.

Aunque luego volveré sobre el tema, la jurisprudencia sobre responsabilidad civil de los abogados es oscilante en cuanto a la naturaleza del daño. Descartado que el daño consistiera en la insatisfacción de la pretensión del cliente, tradicionalmente se había venido entendiendo que el daño lo constituía la pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión en cuanto que la conducta negligente del abogado había privado a aquél de acceder (o, al menos, de acceder en condiciones) a la tutela judicial efectiva, considerando que el daño en estos casos revestía naturaleza moral (aunque, más bien, habría que hablar de daño moral impropio, pues repercute en cierto modo en el patrimonio del cliente). Más recientemente, por el contrario, se ha venido estimando que el daño lo constituye la pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión en cuanto frustración de un beneficio o ventaja económica esperada, siendo el daño en este caso de carácter patrimonial.

Desde la primera perspectiva, es evidente que la conducta del abogado causa un daño, pues con la caducidad del plazo para interponer la acción de retracto está privando al cliente del acceso a la tutela judicial efectiva. El daño, por tanto, es un daño moral (impropio) que se materializa con la mera pérdida de la oportunidad procesal, y ello con independencia de las posibilidades de éxito que tuviera la acción ejercitada. Este criterio, de las posibilidades de éxito, puede constituir un índice valorativo de la cuantía de la indemnización (y así lo viene haciendo la jurisprudencia más reciente, tanto si se considera que el daño es de carácter moral como patrimonial), pero no puede, en ningún caso, constituir el daño resarcible; o, dicho en otras palabras, no se puede determinar si existe perjuicio en atención a las posibilidades de éxito que tuviera la acción entablada [v. en este sentido la STS núm. 33/1999, de 26 de enero (R) 1999, 323)].

En cambio, desde la segunda perspectiva, esto es, la que entiende que el daño lo constituye la pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión en cuanto frustración de un beneficio o ventaja económica esperada, el nexo de causalidad entre el incumplimiento culpable del abogado y el daño es más débil. Y es que esta postura implica que el abogado deberá responder cuando, con su conducta culpable, haya ocasionado un perjuicio al cliente concretado en la desestimación de una acción que tenía 'altas' posibilidades de éxito. Como decía, desde esta perspectiva el nexo de causalidad no está tan claro, pues si se concluye que las trabas que alegaba el abogado-demandado reducirían considerablemente el éxito de la acción de retracto, la negligencia de aquél no habrá condicionado especialmente la resolución negativa del pleito para el cliente, con lo que no le habrá causado daño alguno a éste. O lo que es lo mismo, la no estimación de la pretensión del cliente sería debida, más que a la negligencia del abogado, a la escasa prosperabilidad intrínseca de la acción de retracto.

A mi juicio, la solución que ofrece al caso el Tribunal Supremo, sin perjuicio de lo que diré en el siguiente epígrafe sobre la naturaleza del daño, es bastante sensata. En primer lugar, como es tónica habitual en las sentencias más recientes, considera que el daño causado al cliente es un daño patrimonial por la pérdida de oportunidades de obtener la estimación de la pretensión en cuanto frustración de un beneficio económico. Sin embargo, el Supremo, aunque no lo dice expresamente, entiende que la mera referencia a los hipotéticos motivos de oposición que habrían podido formular los demandados en la acción de retracto, y la alusión genérica a la incertidumbre del proceso, no son elementos suficientes para debilitar el nexo de causalidad entre el incumplimiento culpable del abogado y el daño causado al cliente. Además, se refiere también el Supremo a la incongruencia de la Audiencia, que pese a reconocer la viabilidad de la acción de retracto, redujo la indemnización en un 75%.

Por todo ello, el Tribunal Supremo, con buen criterio, aumenta la indemnización de los 50.000 euros concedidos por la Audiencia a 100.099'54, justo el 50% de la cifra concedida por el Juzgado de Primera Instancia, pues "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".

IV. CRÍTICAS A LA NATURALEZA DEL DAÑO CAUSADO POR LA NEGLIGENCIA DEL ABOGADO.

A pesar de la multitud de sentencias existentes sobre la cuestión, existe un punto que no se encuentra zanjado, y que da a pie a proseguir el debate y a mantener el asunto de la responsabilidad civil de los abogados en el candelero.

Este punto al que me estoy refiriendo no es otro que la naturaleza del daño. En cambio, sí que quedó superado tiempo ha, tanto por doctrina como jurisprudencia, la cuestión de qué es lo que constituye el propio daño. En efecto, el daño, en estos casos, no lo constituye la no estimación de la pretensión del cliente, interpretación que plantearía problemas, en la medida en que en muchos supuestos no se podría conectar causalmente la conducta del abogado con el daño sufrido por el cliente, debido a la propia configuración del proceso y su resultado, ciertamente indeterminado y aleatorio.

El daño, como quedó expuesto, lo constituye la pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión. Sin embargo, en la jurisprudencia no ha existido unanimidad sobre cómo canalizar esta interpretación del daño. Así, el Tribunal Supremo, en sus primeras sentencias (y aun en alguna posterior) se inclinó por encauzar dicha pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión como un daño moral, por entender que se privaba al cliente del acceso a la tutela judicial efectiva. Posteriormente, en cambio, se optó por entender que la pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión sólo debía considerarse como un daño si con ella se frustraba una acción judicial que previsiblemente iba a suponer un beneficio económico para el cliente, constituyendo, por tanto, un daño de carácter patrimonial.

A pesar de haber sido acogida por la jurisprudencia más reciente, considero que la segunda postura expuesta (la pérdida de la posibilidad de obtener la estimación de la pretensión entendida como frustración de una ventaja económica esperada) tiene más sombras que luces.

A este respecto, hay que incidir desde ya en uno sus puntos débiles, que, paradójicamente, ha sido utilizado en alguna ocasión como argumento decisivo para sostener esta interpretación y no la alternativa. Se dice, en este sentido, que esta interpretación es acertada pues permite salvar la relación de causalidad: el abogado sólo debe responder cuando el daño producido al cliente sea consecuencia directa de su incumplimiento culpable, lo que, evidentemente, sólo puede suceder si la acción ejercitada tiene probabilidades de prosperar; pues, en caso de ser evidente su improsperabilidad, la conducta culpable del abogado no habría sido determinante en la producción del daño.

Lo anterior, sin embargo, no esconde el intento de predecir el resultado de un proceso, aleatorio por definición. En la medida en que el resultado de un proceso, por muy previsible que sea, es incierto, pretender predecirlo de antemano no salva el nexo de causalidad, sino que pone de manifiesto las carencias y lagunas del mismo.

Pero es que, de seguir apostando por esta interpretación, el Tribunal Supremo estará fomentando una práctica en absoluto deseable, cual es la desidia del abogado en los pleitos de sus clientes que sean, *a priori*, muy difíciles de ganar. Es decir, ya ni siquiera podría hablarse de obligación de medios; en estos casos de dificultad manifiesta de satisfacer el interés primario del cliente, el abogado, en la práctica, no asumiría ninguna obligación.

Por otra parte, de admitir que el daño es la pérdida de la posibilidad de obtener la estimación de la pretensión entendida como la frustración de una ventaja económica esperada, se estaría llegando a una situación ciertamente discriminatoria y que evidencia una palpable inseguridad jurídica, pues únicamente podría resarcirse a aquellos clientes cuya pretensión tuviera 'altas' posibilidades de éxito y, no, sin embargo, a aquellos cuya pretensión no tuviera visos favorables de éxito, lo que, en cualquier caso, ya supone realizar una operación de cálculo siempre complicada y en absoluto exacta, que provocará que se resuelvan de forma diferente supuestos de hecho idénticos.

Además, no se puede olvidar que, resarciendo únicamente a los clientes cuya pretensión tuviera, *ex ante*, 'altas' posibilidades de éxito, lo que se está haciendo implícitamente es resarcir, no por la pérdida de la posibilidad, sino por la frustración de la pretensión.

Parece más razonable, conforme a lo dicho, indemnizar la pérdida de la posibilidad de obtener la estimación de la pretensión, entendida como un daño moral en sí misma. De esta forma, se salvaría la relación de causalidad, pues con el actuar culpable del abogado que incumple su obligación se estaría ocasionando, en todos los casos, un daño al cliente, por la privación (en sentido amplio) de su derecho a la tutela judicial efectiva, lo que incluye también la limitación del mismo derivada de una mala *praxis* forense, y ello con independencia de las mayores o menores posibilidades de éxito de la acción ejercitada.

V. LA PROSPERABILIDAD DE LA ACCIÓN DE RETRACTO COMO CRITERIO PARA CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN.

Un último punto sobre el que conviene llamar la atención es el relativo a la prosperabilidad de la acción de retracto como criterio utilizado para cuantificar la indemnización. La prosperabilidad de la acción ejercitada ha sido utilizada, tradicionalmente, como un criterio o índice valorativo a la hora de conceder una indemnización por negligencia en el actuar de los abogados, tanto si el daño ha sido considerado de naturaleza moral, como patrimonial.

No obstante, generalmente lo que ha hecho el Tribunal Supremo ha sido ratificar las condenas impuestas por las Audiencias, siempre y cuando no se hubiera incurrido

“en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por el recurrente y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso”, circunstancias de entre las cuales cobraban una singular importancia “las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado”.

Es decir, en realidad, el alto tribunal no ha hecho un análisis completo de la prosperabilidad de la acción, con fijación de un porcentaje concreto de posibilidades de éxito, sino que se ha limitado a aceptar las condenas impuestas por las Audiencias a los abogados negligentes, fijadas, en la mayoría de los casos, en un porcentaje prudencial (es decir, inferior a las auténticas posibilidades de éxito de la acción) de la indemnización solicitada por el cliente. Con esta práctica, quien sale perdiendo es el cliente, al que la negligencia del abogado le sale demasiado cara, pues recibe indemnizaciones relativamente bajas, que nada tienen que ver con las reales posibilidades de éxito de su pretensión.

Sin embargo, la sentencia aquí analizada ofrece un panorama totalmente distinto. En ella, el Tribunal Supremo ‘se moja’, y, si bien el análisis de las posibilidades de éxito no es exhaustivo, sí que ofrece un porcentaje concreto (en este caso, del 50%). Está por ver si en posteriores sentencias se consolidará esta concreción porcentual de las reales posibilidades de éxito de la pretensión del cliente o si, en cambio, se trata de un pronunciamiento aislado, motivado por las especiales circunstancias del caso.

En efecto, como ya he expuesto en otro momento, en el supuesto la Audiencia Provincial rebajó en un 75% la indemnización solicitada por el cliente y concedida por el Juzgado de Primera Instancia, en atención, únicamente, a unos hipotéticos motivos de oposición que los compradores de la vivienda hubieran podido plantear si se les hubiera demandado en una acción de retracto, motivos que, en cualquier caso, ni siquiera habían sido acreditados por el abogado-demandado, que no había observado, por consiguiente, la previsión contenida en el art. 217.3 LECiv. (“Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”).

En el caso, la decisión de la Audiencia es indubitadamente incorrecta, además de incongruente, pues reduce en un porcentaje muy elevado la indemnización (75%) después de admitir la viabilidad de la acción. Por todo ello, la solución ofrecida por el Supremo era necesaria.

Me da la impresión, en fin, que tal solución responde más a una suerte de decisión “salomónica” (como así lo pone de manifiesto el significativo porcentaje del 50%), que a un especial intento del Tribunal Supremo en realizar una concreción de las posibilidades de éxito de la acción, pues la argumentación ofrecida no es muy prolija, limitándose a señalar que “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”.