



Roj: **SAP OU 876/2022 - ECLI:ES:APOU:2022:876**

Id Cendoj: **32054370012022100669**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2022**

Nº de Recurso: **262/2022**

Nº de Resolución: **676/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RICARDO PAILOS NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**OURENSE**

**SENTENCIA: 00676/2022**

Modelo: N30090

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

32003 OURENSE

**Teléfono:** 988 687057/58/59/60 **Fax:** 988 687063

**Correo electrónico:** seccion1.ap.ourense@xustiza.gal

Equipo/usuario: MP

**N.I.G.** 32054 42 1 2020 0002901

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000262 /2022**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de OURENSE

**Procedimiento de origen:** JVB JUICIO VERBAL 0000171 /2021

Recurrente: Rebeca

Procurador: PATRICIA LOZANO EIRE

Abogado: IGNACIO JOSE SEVILLA GALLO

Recurrido: Eulalio

Procurador: UXIA RIOS TESOURO

Abogado: Eulalio

**APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por el Ilmo. Sr. magistrado don Ricardo Pailos Núñez, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

**S E N T E N C I A NÚM. 676/2022**

En la ciudad de Ourense a veintisiete de septiembre de dos mil veintidós.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio verbal nº 171/2021 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Ourense, rollo de apelación nº 262/2022, entre partes, como apelante, doña Rebeca, representada por la procuradora doña Patricia Lozano Eire bajo la dirección del letrado don Ignacio José Sevilla Gallo, y, como apelado, don Eulalio, representado por la procuradora doña Uxía Ríos Tesouro, bajo la dirección del letrado don Eulalio.



Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Pailos Núñez.

## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 18 de enero de 2022, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: *que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Ríos Tesouro actuando en nombre y representación de don Eulalio frente a la demandada doña Rebeca , y en dicha razón, esta última ha de abonar al actor la cantidad de 5.048,12 euros, a la que resultan de aplicación los intereses del artículo 1.109 del Código Civil , desde la interpelación judicial de monitorio, hasta el pago de la cantidad resultante. No ha lugar a la imposición de las costas causadas*".

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de doña Rebeca recurso de apelación en ambos efectos habiendo formulado oposición al mismo la representación procesal de don Eulalio , y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente procedimiento el letrado don Eulalio reclama a su clienta, doña Rebeca , los honorarios profesionales devengados con ocasión de la redacción de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Ascienden tales honorarios a la cantidad de 5.048,12 euros, iva incluido.

La sentencia apelada estima íntegramente la demanda. Ante la incomparecencia de la demandada al acto del juicio, el juez ad quo aplica la "ficta confessio" prevista en el artículo 304 de la ley de enjuiciamiento civil, argumentando que se han cumplido las formalidades legales para ello y considerando debidamente emplazada a la demandada, interna en el centro penitenciario de O Pereiro de Aguiar, al haberse remitido a su representación procesal la diligencia de ordenación de fecha 26 de abril de 2021, en la cual se acordó "tener por solicitado el interrogatorio de la demandada".

En su recurso de apelación, la representación de doña Rebeca solicita, en primer lugar, "la nulidad o anulabilidad de la sentencia de instancia", ordenando "retrotraer la causa al momento de la vista con el objeto de que se practique el interrogatorio" de doña Rebeca , "siendo el juzgado de origen quien se ocupe de las gestiones tendentes de llevarse a cabo con el centro penitenciario de Pereiro de Aguiar". En el recurso se denuncia que, hallándose doña Rebeca interna en el centro penitenciario de O Pererio de Aguiar, correspondía al juzgado la realización de las gestiones oportunas para la práctica de su declaración por vía telemática.

Subsidiariamente, se alega que el actor no ha acreditado haber presentado ante el Tribunal Constitucional el recurso de amparo que dice que constituyó el objeto del encargo profesional. Finalmente, se alega que el contenido del escrito, de 2 folios de extensión con casi exclusiva remisión a jurisprudencia, no justifica el cobro de unos honorarios por el importe reclamado.

La representación de don Eulalio se opone a la estimación del recurso.

**SEGUNDO.-** Con relación al primer motivo apelación, hemos de indicar que no procede acceder a declarar la nulidad de actuaciones solicitada, derivada del hecho de no haberse practicado el interrogatorio de doña Rebeca . La representación de la demandada está solicitando en su recurso el interrogatorio de su propia representada, actuación que no permite el artículo 301 de la LEC, que únicamente contempla la posibilidad de solicitar el interrogatorio de la parte contraria. En consecuencia, ninguna nulidad cabe declarar por no haberse practicado un medio de prueba propuesto por la parte contraria y que la apelante, como acabamos de decir, no puede proponer. En tal sentido, la STS de 18 de octubre de 1.988 expresa que "difícilmente puede producir indefensión para una parte el que no se practique un medio de prueba propuesto por la contraria".

Ahora bien, pese a su laconismo argumental, la apelante ha denunciado en su recurso "error en la aplicación del artículo 304 de la ley de enjuiciamiento civil", precepto conforme al cual el tribunal puede tener por reconocidos los hechos si la parte citada a juicio para su interrogatorio no comparece. En consecuencia, habiendo hecho uso el juez ad quo de la facultad contemplada en dicho precepto, procede examinar la corrección de tal actuación.

**TERCERO.-** De acuerdo con la STS de 21 de enero de 2021 , " *el artículo 304 LEC contiene una facultad discrecional del juez de la que no puede hacerse un uso arbitrario*". (...) *Es una facultad del tribunal, no una regla de aplicación obligatoria, y precisa de la existencia de hechos relevantes para la decisión del litigio respecto de*



los que el interrogatorio de parte sea un medio adecuado de prueba. (...) Cuando no hay otras pruebas adecuadas para acreditar los hechos relevantes del litigio que son objeto de controversia, tal ausencia de pruebas no se debe a la desidia del litigante que propuso la prueba de interrogatorio de parte, y la prueba de interrogatorio de parte sea adecuada para acreditar los hechos de que se trate, la institución de la "ficta admissio" del art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se revela como idónea para considerar acreditados tales hechos, por la naturaleza de los mismos y la intervención personal que en ellos tuvo la parte cuyo interrogatorio ha sido solicitado. En tales casos, al haber quedado los hechos sin prueba, o al menos sin prueba concluyente, la facultad del art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser aplicada, prudente y razonablemente de modo que lleguen a considerarse acreditadas tesis absurdas o difícilmente creíbles. De no ser así, el juego de los principios de la carga de la prueba contenidos en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil beneficiaría a la parte que con su postura obstaculizadora de la práctica de la prueba, al no haber comparecido para ser interrogada, ha impedido que el interrogatorio pueda ser realizado."

Como nos indica también la citada sentencia, el primer condicionante para la aplicación del citado precepto es " que la citación del litigante, que no comparece a rendir declaración, se haya llevado a efecto con todas las formalidades legales y advertencia expresa de las consecuencias de su incomparecencia ( sentencias 907/2007, de 18 de julio y 987/2011, de 11 de enero de 2012 )." Así lo contempla expresamente el párrafo segundo del artículo 304.

Este requisito ha sido cumplido en el supuesto de autos, en la medida en que el 21 de abril de 2021 el LAJ del juzgado dictó diligencia de ordenación, notificada a la procuradora de la demandada, en la que advertía que si alguna de las partes no asistiere a juicio y se admitiera como prueba su declaración, podrían considerarse admitidos los hechos del interrogatorio en que hubiese participado y le sean enteramente perjudiciales. Como ya dijimos en nuestra sentencia de 28 de marzo de 2022, " aunque la doctrina de las Audiencias Provinciales se encuentra dividida, esta Sala mantiene el criterio de que la citación a través del mismo (procurador) no debe impedir la producción del efecto a que se refiere el artículo 304 de la LEC . Y ello porque el artículo 153 de la LEC dispone "la comunicación con las partes personadas en el juicio se hará a través de su procurador cuando éste les represente. El procurador firmará las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, incluso las de sentencias y las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante".

**CUARTO.-** Continuando con el análisis del cumplimiento de los requisitos que la aplicación de la facultad contenida en el artículo 304 de la LEC exige, nos dice la citada sentencia del Tribunal Supremo que con su aplicación " se trata de buscar un correctivo a conductas obstruccionistas de parte, a través de las cuales se impide a quien propone el interrogatorio cubrir las exigencias del onus probandi del art. 217 de la LEC , en relación con la obligación de colaboración de las partes en cuyo poder se encuentran las fuentes de la prueba."

Además, con carácter fundamental, " los hechos admitidos deben ser aquéllos en los que la parte haya intervenido personalmente, lo que implica protagonismo en ellos". En consecuencia, la aplicación de la ficta confessio no ha de llevar una automática estimación de la demanda: tal resultado dependerá de si, al considerar probados los hechos tenidos por admitidos, el tribunal llega a aquel convencimiento. Es perfectamente posible que algunos hechos constitutivos de la pretensión del demandante no puedan ser tenidos por admitidos por el demandado, al no haber tenido intervención personal en ellos.

Pues bien, en nuestro caso no apreciamos conducta obstruccionista por parte de doña Rebeca y, sobre todo, no podemos tener por admitido que pactase con el letrado demandante unos honorarios por el importe reclamado. Ello es así en tanto que la hoja de encargo que acompaña la petición inicial de procedimiento monitorio, firmada por doña Rebeca , recoge que le encargó al letrado don Eulalio la interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional respecto a la sentencia dictada por la sala de lo Penal del Tribunal Supremo en recurso de casación 10701/2014, a facturar según normas de honorarios establecidas por el ICA Ourense. Sin embargo, la propuesta de minuta de honorarios se realiza conforme a las normas del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y se aplica una actualización del 19,2%. La demandada no tuvo ningún tipo de intervención en la confección de la minuta y, en consecuencia, no puede darse por admitido que pactase unos honorarios por el importe que en ella se refleja.

En cuanto a la ausencia de conducta obstruccionista por parte de doña Rebeca , hemos de tener presente que, notificada la diligencia de ordenación con fecha de señalamiento de juicio, la representación de la parte actora solicitó el interrogatorio de la demandada, "con citación en su domicilio actual CP de Pereiro de Aguiar" y "la celebración telemática de la prueba de interrogatorio instada por esta representación procesal por el juzgado al que me dirijo y en consecuencia se provean los medios necesarios para poder celebrarla mediante videoconferencia". En respuesta a tal solicitud, el LAJ del juzgado dictó diligencia de ordenación teniendo por solicitado el interrogatorio de la demandada, "sin que proceda en este momento su comparecencia vía telemática". Llegado el día del juicio, doña Rebeca , interna en el centro penitenciario de O Pereiro de Aguiar, no

compareció y su representación procesal manifestó que entendía que correspondía al juzgado haber acordado la celebración del interrogatorio por vía telemática.

La postura mantenida por el letrado de doña Rebeca es errónea, pues, solicitado su interrogatorio por la parte actora, correspondía a la representación de la demandada solicitar la práctica de la prueba por vía telemática. Sin embargo, dado que doña Rebeca se encontraba privada de libertad, concluimos que su incomparecencia a juicio no se debió a la existencia de actitud obstruccionista por su parte.

La consecuencia de lo expuesto es que consideramos que el juez ad quo no debió hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 304 de la ley de enjuiciamiento civil, pues doña Rebeca no intervino de forma personal en la fijación de los honorarios en la cuantía que se reclaman y su incomparecencia a juicio no obedeció a actuación obstruccionista por su parte.

**QUINTO.-** Estimado el primer motivo de apelación, debemos analizar el segundo, en el que la representación de doña Rebeca alega que no consta acreditado que el recurso de amparo se llegase a presentar y que, en cualquier caso, su contenido no justifica el cobro de unos honorarios por el importe reclamado.

En virtud de la hoja de encargo profesional de fecha 19 de mayo de 2015, doña Rebeca encomendó al letrado don Eulalio la interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, respecto a la sentencia dictada por la sala de lo Penal del Tribunal Supremo en autos de recurso de casación 10701/2014. Consta en dicho documento que tal trabajo se facturaría según las normas de honorarios establecidas por el Ilustre Colegio de Abogados de Ourense.

En la minuta de honorarios presentada se indica que estos han sido fijados conforme a las normas del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, con aplicación de una actualización del IPC "de diciembre de 2006 a diciembre de 2018 por importe de 672 euros". Por ello, a los 3.500 euros contemplados en el citado baremo, se suman otros 672 euros, que, más el 21% de IVA, arroja un resultado total de 5.048,12 euros.

**SEXTO.-** El contrato celebrado entre don Eulalio y doña Rebeca ha sido calificado reiteradamente por la jurisprudencia como un contrato de arrendamiento de servicios. Conforme a la STS de 24 de febrero de 2020, nos encontramos ante un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, lo que hace que resulte aplicable la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Asimismo, conforme a la STJUE de 15 de enero de 2015 (asunto C-537/2013, *Birutė Dība*), "en los contratos de servicios jurídicos, como los que son objeto del litigio principal, y en relación con las prestaciones ofrecidas por los abogados, existe en principio una desigualdad entre los "clientes-consumidores" y los abogados a causa, en especial, de la asimetría de la información de la que disponen esas partes. En efecto, los abogados tienen un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen necesariamente, de modo que éstos pueden tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se les prestan (véase, en ese sentido, la sentencia *Cipolla* y otros, C-94/04 y C-202/04, EU:C:2006:758, apartado 68)."

Resultando de aplicación la legislación tuitiva de los derechos de consumidores, hemos de indicar que, como nos dice el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 24 de febrero de 2020, "el artículo 60 del texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios exige que en la información precontractual que debe suministrarse al consumidor se proporcione información sobre el precio, aunque su apartado 2 c) contempla la imposibilidad de calcularlo razonablemente de antemano, en cuyo caso habrá de informarse al consumidor de la forma en que se determinará, disponiendo el artículo 65 del texto refundido que los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante", resultando útil, para la objetivación de la buena fe, acudir a normas de disciplina corporativa, como el Estatuto General de la Abogacía (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio) o el Código Deontológico de la Abogacía Española.

Finalmente, con la citada sentencia de 24 de febrero de 2020, hemos de recordar que, "en la medida en que los honorarios constituyen el precio del contrato de arrendamiento de servicios profesionales, no cabe hacer directamente un control de contenido sobre su abusividad ( artículo 4.2 de la Directiva 93/13 ), sino que lo que procede es hacer un control de transparencia. Y solo si no se supera dicho control cabrá el pronunciamiento sobre una hipotética abusividad." Tal control de transparencia supone examinar si el consumidor dispuso antes de la celebración del contrato de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias en la ejecución del contrato celebrado: no se trata simplemente de que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, de que resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también de que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios



precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él ( STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 , caso Van Hove).

**SÉPTIMO.-** Aplicando estas consideraciones al caso que nos ocupa, consideramos que el contrato celebrado entre las partes no supera el control de transparencia. No ignoramos la sustancial diferencia entre el caso que nos ocupa y el que fue objeto de la STS de 24 de febrero de 2020, en el que el contrato se celebró en forma verbal, no existía hoja de encargo entre el abogado y su cliente, y, por tanto, no existía pacto de honorarios, considerando el Tribunal Supremo que, pese a la ausencia de transparencia del contrato, no era abusivo que el letrado percibiese unos honorarios acordes con el baremo colegial.

En el caso que nos ocupa, sí existe tal pacto, y, si bien no se establece un precio, sí se establece un método para su determinación. Sin embargo, el contenido de dicha hoja profesional de encargo guarda escasa correspondencia con la minuta de honorarios presentada, en la que se reclama un importe calculado con base en las normas del Ilustre colegios de abogados de Madrid y se aplica una actualización del 19,2%. En consecuencia, consideramos que la mención contenida en la hoja de encargo no permitió a doña Rebeca conocer el coste económico del servicio contratado.

Asimismo, y como desarrollaremos posteriormente, entendemos que es fundamental reparar en que el contenido de la hoja de encargo hace referencia a la "interposición", no a la redacción del recurso de amparo. En el supuesto que nos ocupa, no se ha acreditado tal interposición, pues no consta resolución procesal alguna en la que se admita o no a trámite el recurso.

**OCTAVO.-** En la medida en que el contrato no supera el control de transparencia, resulta procedente analizar su posible carácter abusivo, lo que implica valorar el trabajo efectivamente realizado, pues en los casos de ausencia de pacto al respecto, la fijación de los honorarios de los abogados " *está sujeta al ejercicio de la facultad de moderación por parte del tribunal en función de las circunstancias del caso, entre las que merecen especial relevancia la naturaleza y cuantía del asunto, su grado de complejidad, la dedicación requerida y los resultados obtenidos, la costumbre o uso del lugar y la ponderación de criterios de equidad ( STS 8 de noviembre de 2004 ).*" Además, conforme a la STS de 30 de abril de 2004, constituye un "prius" inexcusable la prueba por el Letrado de la realidad de los servicios prestados (S. 24 de septiembre de 1.988).

En el caso que nos ocupa, ya lo hemos adelantado, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no fue presentado. Alegó la parte demandante que ello se debió a la decisión de doña Rebeca , quien, pese a saber que el trabajo ya había sido realizado, declinó finalmente la presentación del recurso.

Pues bien, independientemente de la ausencia de prueba que respalde tal afirmación, la ausencia de presentación del recurso nos lleva a concluir que resulta abusivo pretender cobrar 5.048 euros por la simple redacción de un recurso que no se llegó a presentar. Resulta bien ilustrativo que el criterio 112 del baremo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, empleado por el actor para cuantificar sus honorarios, contemple expresamente que "en estos procedimientos (ante el Tribunal Constitucional) a efectos del cálculo de honorarios, deberán aplicarse los criterios con especial atención, a fin de que los honorarios guarden la debida proporción con el trabajo realizado, la complejidad del asunto, y los demás factores que han de sopesarse a la hora de fijar los honorarios de los letrados". A continuación, el citado criterio 112 fija por la tramitación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional unos honorarios de 3.500 euros, añadiendo que si el recurso fuere inadmitido se percibirá el 50% de los honorarios correspondientes.

En consecuencia, se está reclamando una cantidad que excede, con mucho, del doble de la que correspondería en caso de que el recurso hubiera sido inadmitido, lo que determina el carácter abusivo. En este caso, como decimos, ni siquiera se presentó.

**NOVENO.-** Declarado el carácter abusivo de tales honorarios, procede ejercitar la facultad moderadora atribuida a los tribunales teniendo en cuenta los criterios antes expresados, relativos, entre otros, al grado de dedicación del letrado.

Pues bien, el artículo 49 de la LOTC establece que "el recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado."

Tales requisitos no son cumplidos por la demanda de amparo redactada por el demandante, en la cual se realizan escasas y breves alusiones genéricas a que " *en la tramitación del procedimiento se ha lesionado el derecho de mi representada a un proceso con todas las garantías, lo que determina la anulación de la sentencia condenatoria y la retroacción de las actuaciones a fin de que el órgano judicial dicte nueva resolución. Las pruebas indebidamente valoradas son las tenidas en cuenta por la resolución impugnada y que han dado lugar*



*a la incriminación de mi representada. Sin embargo, son contradictorias con otros elementos probatorios cuya veracidad no se ha discutido."*

No contiene el recurso ninguna referencia a cuáles son las garantías procesales vulneradas, las pruebas indebidamente valoradas ni los elementos probatorios de descargo. En consecuencia, teniendo en cuenta tales extremos y el hecho de que el recurso no fue presentado, sin que conste además acreditada la causa a la que ello se debió, procede únicamente condenar a doña Rebeca al abono de la cantidad de 140 euros, en la medida en que consta acreditado que el 19 de mayo de 2015, fecha en la que se firmó la hoja de encargo profesional, el letrado se desplazó al centro Penitenciario de O Pereiro de Aguiar para visitar a la demandada. Para fijar tal cantidad hemos tenido en cuenta que el baremo del ICA de Ourense aprobado en el año 2006 la contempla para actuaciones tales como asistencia a diligencias y actuaciones fuera del juzgado.

**DÉCIMO.-** Conforme a los artículos 394 y 398 de la LEC, no procede imponer las costas devengadas en ambas instancias a ninguna de las partes.

#### **Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente**

**FALLO:** Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Rebeca contra la sentencia dictada el 18 de enero de 2022 por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Ourense en autos de juicio verbal nº 171/2021, rollo de Sala 262/2022, cuya resolución se revoca.

En su lugar, estimamos parcialmente la demanda interpuesta por don Eulalio y condenamos a doña Rebeca a abonarle la cantidad de 140 euros, sin imponer las costas devengadas en ambas instancias a ninguna de las partes.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, en su caso, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta mi sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronuncio, mando y firmo.