

Roj: **STS 4287/2001 - ECLI:ES:TS:2001:4287**Id Cendoj: **28079110012001101935**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/05/2001**Nº de Recurso: **914/1996**Nº de Resolución: **498/2001**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Mayo de dos mil uno.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de Juicio Declarativo de Menor Cuantía, núm. 308/94, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Siete de los de Elche, sobre reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios; cuyo recurso fue interpuesto por el Letrado DON Felix , representado por el Procurador de los Tribunales don Roberto Alonso Verdú; siendo parte recurrida DON Cosme , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Otero García y asistido en el acto de la Vista por el Letrado don Javier Román Pastor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Siete de Elche, fueron vistos los autos, Juicio Declarativo de Menor Cuantía, promovidos a instancia de don Felix , contra don Cosme y don Bruno , sobre reclamación de cantidad por daños y perjuicios.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que, se condene a la parte demandada a pagar al actor 20.000.000 pesetas, en concepto de daños y perjuicios psicológicos, morales y económicos; más todas aquellas cantidades que se generen en el transcurso del pleito, e intereses legales y costas.

Admitida a trámite la demanda el Procurador don Bruno y el Letrado don Cosme , contestaron a la demanda, oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que se desestime íntegramente dicha demanda rechazando todas su pretensiones e imponiendo las costas de este procedimiento al citado demandante por su evidente temeridad y mala fe.

Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fué declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 11 de abril de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda formulada por la Procuradora doña María José Prats Deltell, en nombre y representación de don Felix contra don Cosme y don Bruno , debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de los pedimentos de la misma, y con expresa imposición de costas a la actora".

SEGUNDO: Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de Apelación por la representación procesal del actor, que fue admitido, y sustanciada la alzada la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, dictó sentencia





con fecha 13 de febrero de 1996, cuyo fallo es como sigue: "Que desestimando el recurso de apelación formulado por la Procuradora Sra. Mira Pinos, actuando en nombre y representación de don Felix , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Elche, con fecha 11-4-95..., debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta instancia".

TERCERO: El Procurador de los Tribunales, don Roberto Alonso Verdú, en nombre y representación de DON Felix , formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos: PRIMERO: "Numeral 3º del art. 1692 L.E.C., en relación al art. 359 del mismo Texto Legal. Se inicia esta primera tacha de la Sentencia de la Sala "a quo" conforme a lo que resuelve en su F.J. 3º..."- SEGUNDO: "En cuanto a las expresiones injuriosas contra la esposa y suegros del actor, vertidas por el demandado Letrado Sr. Cosme en su escrito de fecha 20-7-93 (de contestación y reconvenición a la demanda de separación de la esposa) -folios 107 a 116-"; con los siguientes submotivos: "2.1) numeral 3º del art. 1692 en relación a la infracción del art. 359 (ambos de la L.E.C.). Sin deseo de detenernos y reiterarnos aquí en lo expuesto anteriormente -Aptdo. Primero- se da por reproducido el defecto de incongruencia de la Sentencia recurrida ya que, utiliza estos hechos relativos a las injurias confundiéndonos, al ser incluidos en el estudio del nexo causal que supuso la pérdida de custodia del hijo; siendo un perjuicio independiente de éste; 2.2) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de Ley por aplicación ilegítima del art. 1253 C.c., e inaplicación del art. 1225 C.c., en relación a los arts. 602 a 605 L.E.C. Es de claridad meridiana que la Sala de Instancia resuelve ilegítimamente este asunto mediante una simple presunción olvidándose de la numerosísima prueba documental que obra en autos dtos de la demandada hechos como nuestros núms. 23, 25, 26, 27, 28, 28 bis y 29; folios 137 al 143; 145 al 147; 148 al 150; 151 al 153; 154 al 156; 157 y 158)... y decimos que, el Tribunal resolvió por presunciones cuando dice en su F.J. 4º, sobre estas afirmaciones injuriosas que "...cuyos datos lógicamente debieron ser proporcionados al Letrado actuante..."; 2.3) numeral 4º del art. 1692 L.E.C.: infracción legal por inaplicación de los arts. 1256, 1258, 1714, 1718, 1719 (todos del C.c.) y de los arts. 48, 53, 54 y 55 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD. 2090/82. Tras haber demostrado con anterioridad la incongruencia de la Sentencia de la Sala (en el Aptdo. Primero y también reseñada en el núm. 2.1, de este Aptdo. Segundo)... y la infracción de Ley por aplicación indebida del art. 1253 C.c. y no aplicación del art. 1225 C.c. y los arts. 602 a 605 de la L.E.C., (en el núm. 2.2 de este Aptdo.) es nuestra tarea la de señalar los preceptos legales que también han dejado de ser aplicados a este pedimento (injurias). 2.4) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción a la Ley por inaplicación del art. 18.1 de la Ley Superior, en su Derecho Fundamental al Honor (otros preceptos aplicables: arts. 48, 53, 54 y 55 del Estatuto General de la Abogacía -EGA- aprobado por RD. 2090/82. Saliendo al paso a lo que resuelve la Sala de Instancia en su Sentencia al respecto de la valoración -como injuriosa o no de estas afirmaciones vertidas por el Letrado demandado..."; 2.5) numeral 4º art. 1692, infracción de Ley por inaplicación de los arts. del C.c. núms. 1101, 1104 y 1718 (en relación con los arts. C.c. 1714, 1715 y 1717); y arts. 102 y 105 del Estatuto General de la Abogacía (EGA. aprobado por RD. 2090/82;"- TERCERO: "En este Apartado, pasamos a censurar en legal forma, el fallo del Tribunal de Instancia en lo relativo a las negligencias de los demandados en sus actuaciones procesales en los autos principales del proceso de la separación conyugal. Este procedimiento de primera Instancia concluye con la Sentencia de 2-3-93 por la que, el padre, pierde la guardia y custodia de su hijo". Añadiéndose los siguientes submotivos: "3.1) De la no asistencia de los cuatro testigos propuestos y aceptados por el juzgador; 3.1.1) numeral 3º del art. 1692 en relación con el art. 359 L.E.C., por cuanto que, la Sentencia de la Sala, no es clara ni precisa con este punto litigioso del debate. La resolución del Tribunal de Instancia dice al respecto en su F.J. 4º: "...siendo propuestos los otros testigos sin resultado positivo, que se subsanó pidiendo del Organo judicial su presencia en diligencias para mejor proveer..."; 3.1.2) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de Ley del art. 1218 C.c., en relación con el art. 596.7º de la L.E.C., por la apreciación errónea de documento público. Infracción de Ley del art. 340 L.E.C., y de la Jurisprudencia, en relación a las diligencias para mejor proveer. La Sala "a quo" infringe el art. 1218 C.c. ("Los documentos públicos hacen prueba..."), cometiendo un sobresaliente error al apreciar los documentos (dtos. 51 a 53; folios 53 a 57) porque, en su resolución señalan que, "...siendo propuestos los otros testigos sin resultado positivo..."; 3.2) No aportación de informe de detective y la no ratificación por el autor del mismo en los autos principales; 3.2.1) numeral 3º del art. 1692 en relación al art. 359 L.E.C., por cuanto que, la Sentencia de la Sala no es clara ni precisa con este punto litigioso del debate. Nuevamente, la resolución de la Sala de Instancia carece de toda claridad y precisión al respecto de esta cuestión porque, ni siquiera entró a valorar el contenido del citado informe de detectives (dtos. 10 a 12; folios 17 a 19)...; 3.2.2) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de Ley por aplicación indebida del art. 1253 C.c. ("In dubio pro Advocatum") y no aplicación del art. 1214 C.c., ("non tantum verbis ratum haberi posse sed etiam actu"). Traemos a colación lo ya expresado -Aptdo. Segundo- en cuanto que, la "libertad de defensa del Abogado hacia su cliente no puede ser considerada una licencia", porque, aceptar lo contrario (la libertad total del Letrado) sería una entelequia...; 3.3) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción a la Ley por inaplicación de los arts. del C.c. núms. 1101, 1104 y 1718 (en relación con los arts. del C.c., núms. 1714, 1715 y 1717; y con los arts. del Estatuto General de la Abogacía





núms. 102 y 105); infracción de la Jurisprudencia relativa a las custodia de los hijos menores en los procesos de separación conyugal; infracción de la Jurisprudencia en la relación a la idoneidad y trascendencia de los testigos, e informes de detective en el otorgamiento de la custodia de los hijos en los procesos de separación conyugal. Otros preceptos a considerar: art. 14 Carta Magna en su Derecho Fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón del sexo (en igual sentido el art. 159 C.c.);"- CUARTO: "En este Apartado, se expondrá la legal crítica a la Sentencia de la Sala en relación a la falta de asesoramiento jurídico por parte del Letrado tras la Sentencia de separación conyugal de primera Instancia". Incluyendo también los siguientes submotivos: "4.1) numeral 3º del art. 1692.3º L.E.C., en relación al art. 359 L.E.C. por incongruencia de la Sentencia que se recurre; 4.2) numeral 3º del art. 1692 L.E.C., por vulneración del art. 359 L.E.C., por falta de precisión y congruencia sobre uno de los puntos debatidos en esta litis, al no resolver la Sala de Instancia sobre la existencia o no del cumplimiento de la obligación de asesoramiento jurídico (también a considerar los arts. 8, 39, 53 y 54 del EGA,, aprobado por RD. 2090/82); 4.3) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de ley por inaplicación del art. 1101 C.c., sobre la existencia del nexo causal entre la carencia de asesoría y los perjuicios que se causan".- QUINTO: "En este Apartado pasamos a tachar la Sentencia de la Sala en relación a los hechos relativos al ocultamiento por los demandados de sus actuaciones mediante la retención de las copias de los autos en que intervinieron: pieza separada de medidas provisionales y autos principales de separación, añadiéndose los submotivos siguientes: "5.1) numeral 3º del art. 1692 de la L.E.C., por incongruencia de la Sentencia de la Sala en relación al art. 359 L.E.C.; 5.2) numeral 3º del art. 1692 L.E.C., vulneración del art. 359 L.E.C., por falta de precisión y congruencia, al no resolver la Sala sobre uno de los puntos debatidos en esta litis; 5.3) numeral 4º de la L.E.C., infracción de ley por inaplicación de los arts. 1100, 1101, 1102 C.c., y conexos, al no reconocer la Sala los perjuicios que se causan y la existencia del nexo causal".- SEXTO: "En este Apartado se recriminará en legal forma la Sentencia de la Sala "a quo" en los hechos denunciados en nuestra Demanda relativos al incumplimiento de las obligaciones del letrado por no solicitar la intervención judicial por el incumplimiento -por la madre- de las obligaciones legales derivadas de la patria potestad compartida establecida por el Juzgador (tanto en su Auto de 14-7-93 de medidas provisionales, como en su Sentencia de 2-3-94 en autos principales de separación). Igualmente con los siguientes submotivos: "6.1) numeral 3º del art. 1692 L.E.C., en relación al art. 359 L.E.C., por la incongruencia de la Sentencia; 6.2) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de Ley del art. 1216 y 1218 del C.c. (y concordantes) en relación con el art. 596.7º de la L.E.C., por evidente error en la apreciación de documento público; 6.3) numeral 3 del art. 1692 de la L.E.C., en relación al art. 359 del misto texto legal por falta de claridad y precisión de la Sentencia de la Sala en este punto objeto del debate; 6.4) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de Ley por inaplicación de los arts. 1100, 1101, 1102 del C.c., (y concordantes) por el no reconocimiento del nexo causal. Infracción de Ley (art. 27.3 Carta Magna) por el no reconocimiento de los perjuicios causados al impedírsele al padre el ejercicio de su Derecho/deber de velar por el bienestar integral de su hijo (art. 154 y 156 del C.c.). Infracción de la Jurisprudencia de los Juzgados y Tribunales de Instancia en relación a la elección de mutuo acuerdo del Centro Escolar cuando la patria potestad del hijo es compartida por ambos padres (art. 156 C.c.)".

CUARTO: Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, la Procuradora de los Tribunales, doña Carmen Otero García, en nombre y representación de DON Cosme , impugnó el mismo.

QUINTO: Habiéndose solicitado la celebración de Vista Pública, se señaló para el DÍA 8 DE MAYO DE 2001, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Albacete, en su Sentencia de 13 de febrero de 1996, desestima el recurso de apelación interpuesto por el actor frente a los codemandados que constan, confirmando la desestimación de la demanda acordada por la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Siete de Elche, en 11 de abril de 1995, frente a cuya decisión se alza el presente recurso de Casación interpuesto por la parte actora en base a los Motivos que son objeto de examen por la Sala, (y los tres "otrosies" añadidos que se resuelven con la denegación del segundo, la constancia del tercero y la decisión de la vista pública acordada respecto al primero).

SEGUNDO: La Sala sentenciadora, antes de examinar lo Motivos tiene que resaltar la prolijidad del contenido del recurso, en donde a cada uno de los 6 Motivos, se adosan una serie de submotivos en apartados enumerados, cuyo examen, prácticamente, supone compulsar para la adecuada respuesta todo el trámite acontecido, fundamentalmente, en el "proceso de separación matrimonial a que se contraen las denuncias del recurso"; sin perjuicio de ello se da respuesta a cada uno de los citados 6 Motivos.





TERCERO: Planteándose en el recurso una responsabilidad civil profesional de Abogado y Procurador demandados se expresa, como síntesis doctrinal que, en el encargo al Abogado por su cliente, es obvio que, se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o "locatio operarum" en mejor modo, incluso, siguiendo la nueva terminología del Proyecto de Reforma del Código Civil... "contrato de servicios", en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su "lex artis", sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma, "locatio operis"- el éxito de la pretensión; y en cuanto los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido, -se repite una vez más- como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente. De consiguiente, también en otra versión podían desmenuzarse todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa prestación o en las respectivas conductas a que pueda dar lugar o motivar el ejercicio de esa prestación medial en pos a la cual, se afirma la responsabilidad; "ad exemplum": informar de "pros y contras", riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho; por tanto y, ya en sede de su responsabilidad, todo lo que suponga un apartamiento de las circunstancias que integran esa obligación o infracción de esos deberes, y partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como "prius" en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al abogado interviniente (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 en relación con el 1183 C.c. "a sensu" excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual "ab initio", goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional) sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención; Que la obligación del Abogado, de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: eventos de futuro que, por su devenir aleatorio al concurso o socaire no sólo de una diligente conducta sino del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria, escapen o distorsionen una arriesgada estructuración anticipada.

Son normas de su propia adscripción colegial: Destacan las referencias específicas del Estatuto General de la Abogacía aprobado por R. D. 2290/82 de 24 de Julio, B.O.E. 2-9-1989, sobre deberes profesionales y esfera específica de responsabilidad, que, como es sabido, son normas corporativas sobre la materia, (sin relevancia casacional según SS. 6-2-96 y 25-6-98, entre otras), no obstante, por su interés, se transcribe su contenido:

Artículo 8: "La Abogacía es una profesión libre e independiente e institución consagrada, en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas..."

Artículo 9: "Corresponde a la abogacía de forma exclusiva y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica..."

Artículo 53: "Son obligaciones del Abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento, con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada. En el desempeño de esta función se atenderá el Abogado a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto".

Artículo 54: "El Abogado realizará diligentemente las actividades que le imponga la defensa del asunto confiado. Podrá auxiliarse en la práctica de tales actividades de sus colaboradores u otros compañeros".





Y asimismo una síntesis jurisprudencial se encuentra entre otras en SS. 11-11-97: "ha de tenerse en cuenta que los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga, todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil), sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos), aparezcan debidamente probados. En el presente supuesto litigioso, que presenta unas muy atípicas o peculiares connotaciones, no se ha probado la existencia de perjuicio material o económico alguno, ya que resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del Procurador demandado) recursos de apelación anteriormente referidos, en cambio, sí aparece probado el perjuicio o daño moral que sufrieron los demandantes, aquí recurridos, al verse irremisiblemente privados, por la negligente conducta de dicho Procurador, "del derecho, que les asistía a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo". S. 28-1-98: "La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en éste y en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones) de contrato de prestación de servicios que define el artículo 1.544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación personal intuitu personae incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1.258 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". S. 25-3-98: "El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 del Código civil conjuntamente con el de obra, a los que llama de "arrendamiento", como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, como es, en el caso del contrato celebrado con abogado, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio. Efectivamente, el objeto de este contrato es la prestación de servicios y éstos pueden ser predominantemente intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos los propios de las profesiones liberales, como la de abogado: así, sentencias de 6 de octubre de 1989, 24 de junio de 1991, 23 de octubre de 1992; Siendo las obligaciones esenciales, señaladas en el citado artículo 1544 del Código civil, las de prestar el servicio por una de las partes (el profesional, abogado en el presente caso) y pagar el precio o remuneración por la otra (el empleador; el cliente, en la terminología forense), se añade también el deber de fidelidad, estudiado especialmente en la doctrina alemana (con la base de preceptos expresos del B.G.B), aceptado por la española y seguido por la jurisprudencia (a él se refiere expresamente la sentencia de 3 de julio de 1990) en casos concretos en que la falta de normativa expresa exige acudir a conceptualizaciones dogmáticas o soluciones pragmáticas. El deber de fidelidad tiene su base en el Código civil, artículo 1258, y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal intuitu personae; en el caso del Abogado, la tiene en los artículos 43 y 55 del mencionado estatuto". S. 25-6-98: "...en adecuada respuesta dice, ratificando la apreciación de los hechos y la negligencia acreditada en ambas actuaciones por parte del Letrado recurrente, en orden a determinar si ello ha de ser objeto de un resarcimiento en vía de responsabilidad económica, que se debe compartir igualmente el criterio de la Sala sentenciadora, en el sentido de que, no puede hablarse de quebranto económico al socaire del concepto clásico de daños y perjuicios del art. 1104 C.c., porque, no es posible subsumir como tal la frustración del actor por esas negligencias, tanto la de estimación del recurso de Casación, primera actuación negligente, como la de la admisión y éxito de la querrela presentada al respecto, esto es, se subraya, por completo, la falta de exigencia etiológica o relación de causalidad en la idea de que esas conductas negligentes fuesen determinantes de la no consecución de los objetivos pretendidos por la parte interesada tanto al interponer el recurso de casación como al presentar la querrela; ahora bien, ello en caso alguno, determina la inocuidad o la falta de sustancia valorativa a efectos del resarcimiento... esto es, descartando -como con absoluto rigor procede- la equivalencia entre esa conducta negligente y el supuesto daño padecido, o sea, que aquélla fuese, sin más, la causa de la insatisfacción de la pretensión y que, por ello, la cuantía de ésta, coincidiera con la condena resarcible; ahora bien, sigue diciendo la Sala y se confirma, otra cosa es, que sí fuesen determinantes de otro tipo de perjuicio y además directo y de un daño o perjuicio moral derivado de la privación del derecho a acceder a los recursos, o en la tutela judicial efectiva; y, en efecto, la Sala que juzga, ha de resaltar, que esa tesis, debe ser atendible, porque, por las circunstancias acreditadas en la actuación profesional del Letrado recurrente, y con independencia de cual hubiera sido el resultado final si es que su "facere" hubiera sido diligente, lo cierto es, que se privó a la parte actora de ese posibilismo actuatorio tanto frente al T.S. como a la jurisdicción penal, y ello supone, sin lugar a dudas, una especie de quebranto o sensación de frustración, que, sin duda, pueden, en puridad técnica, subsumirse en el haz vaporoso, de lo que la doctrina considera, el daño moral; S. 3-10-98: " ha de tenerse en cuenta que el Abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses





encomendados. Es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (art. 1.258 C.c.) En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas".

CUARTO: En el PRIMER MOTIVO, se denuncia por el Numeral 3º del art. 1692 L.E.C., en relación al art. 359 del mismo Texto Legal. Se inicia esta primera tacha de la Sentencia de la Sala "a quo" conforme a lo que resuelve en su F.J. 3º en el que se dice que, se inició este proceso, como "...acción de responsabilidad civil promovida contra los demandados, en reclamación de daños y perjuicios por importe de veinte millones de pesetas. La cual se apoya en un supuesto incumplimiento de las obligaciones profesionales que debieron desarrollar aquéllos en el proceso de separación matrimonial, donde intervinieron asumiendo la dirección técnica y representación procesal del demandante y que, -en opinión de éste- le ha irrogado notables perjuicios, cuando el reclamante abrigaba fundadas esperanzas de obtener para sí ese derecho. Pues bien, el examen de las diferentes irregularidades procesales e imputaciones hechas por el actor a los demandados, no permite deducir de las mismas -con el nexo de unión exigido por el art. 1101 C.C.-, la responsabilidad contractual reclamada por aquél; y todo ello referido a criticar cuanto se hace constar en el F.J. 3º de la recurrida "No hay que olvidar que el objeto de la demanda lo constituye una acción de responsabilidad civil promovida contra los demandados, en reclamación de daños y perjuicios por importe de 20 millones de pesetas, la cual se apoya en un supuesto incumplimiento de las obligaciones profesionales que debieron desarrollar aquellos en el proceso matrimonial de separación, donde intervinieron asumiendo la dirección técnica y representación procesal del demandante; y que -en opinión de éste- le ha irrogado notables perjuicios, los cuales se han centrado en las consecuencias negativas que para él han supuesto el que la guarda de su hijo, nacido en febrero de 1991, le haya sido confiada a su mujer, cuando el reclamante abrigaba fundadas esperanzas de obtener para sí ese derecho. Pues bien, el examen de las diferentes irregularidades procesales e imputaciones hechas por el actor a los demandados, no permite deducir de las mismas -con nexo de unión exigido por el art. 1101 del C.c.- la responsabilidad contractual reclamada por aquél. En este sentido, el T.S. en Sentencia de 4-2-92 ha venido a señalar que no todo detrimento económico derivado de un pronunciamiento puede ser incluido en el concepto de daños indemnizables, pues, para ello habrá de demostrar que la resolución judicial ha sido la consecuencia de la incuria o deficiente actuación o desconocimiento de las normas profesionales del Letrado encargado de la defensa y que distinto habría sido el resultado del juicio si la defensa del cliente hubiera sido acorde con la "lex artis" propia de un Abogado de diligencia normal"; y el Motivo sigue diciendo que, si bien, la Sala da respuesta a las sucesivas negligencias profesionales por parte de los codemandados, no obstante no las separa debidamente, por lo que, incurre en incongruencia, pues, los vincula fundamentalmente, a lo que supuso la pérdida de la custodia del hijo en el proceso de separación matrimonial, y así, a continuación relata una serie de omisiones culposas de los demandados, "A) relativas a la incomparecencia de la práctica de la prueba, B) las relativas a la no presentación y ratificación de un informe del detective, C) relativas a las injurias..., D) a la retención de las copias, E) a la ausencia total de asesoramiento, F) a no presentar en la pieza separada de medidas provisionales un escrito", todo lo que a su vez, como se verá, básicamente es objeto del contenido de los respectivos Motivos.

El Motivo, se descarta, ya que, inexistente el vicio de incongruencia denunciado (al ser la recurrida una Sentencia desestimatoria entre otras razones) por cuanto que, la Sala tiene en cuenta que la demanda del actor va, justamente, dirigida a todas las posibles infracciones profesionales en que, en su sentir, incurrieron los demandados, y así se hace constar como tema nuclear en el F.J. 1º de la recurrida que, planteada en la instancia demanda de responsabilidad civil contra los demandados -Letrado y Procurador del actor en proceso de separación matrimonial- reclamando de los mismos 20 millones de pesetas en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios..., a lo que se añade, lo que se dice en el F.J. 3º, de que, "...no hay que olvidar que el objeto de la demanda lo constituye una acción de responsabilidad civil promovida contra los demandados... en un supuesto incumplimiento de las obligaciones profesionales que debieron desarrollar estos en el proceso matrimonial de separación...", esto es, se tiene en cuenta, pues, toda la actuación profesional en dicho proceso de separación con independencia de que luego se resalta, justamente, el aspecto más negativo o detractor para los intereses del hoy recurrente en torno a la vicisitud sobre la guardia y custodia de su hijo...

En el SEGUNDO MOTIVO, se denuncian las expresiones injuriosas contra la esposa y suegros del actor, vertidas por el demandado Letrado Sr. Cosme en su escrito de fecha 20-7-93 (de contestación y reconvencción a la demanda de separación de la esposa) -folios 107 a 116 y, se hace constar a su vez, los siguientes submotivos: 2.1) numeral 3º del art. 1692 en relación a la infracción del art. 359 (ambos de la L.E.C.). Sin deseo de detenernos y reiterarnos aquí en lo expuesto anteriormente -Aptdo. Primero- se da por reproducido el defecto de incongruencia de la Sentencia recurrida ya que, utiliza estos hechos relativos a las injurias confundiéndonlos, al ser incluidos en el estudio del nexo causal que supuso la pérdida de custodia del hijo; siendo un perjuicio





independiente de éste; 2.2) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de Ley por aplicación ilegítima del art. 1253 C.c., e inaplicación del art. 1225 C.c., en relación a los arts. 602 a 605 L.E.C. Es de claridad meridiana que la Sala de Instancia resuelve ilegítimamente este asunto mediante una simple presunción olvidándose de la numerosísima prueba documental que obra en autos dtos de la demandada hechos como nuestros núms. 23, 25, 26, 27, 28, 28 bis y 29; folios 137 al 143; 145 al 147; 148 al 150; 151 al 153; 154 al 156; 157 y 158)... y decimos que, el Tribunal resolvió por presunciones cuando dice en su F.J. 4º, sobre estas afirmaciones injuriosas que "...cuyos datos lógicamente debieron ser proporcionados al Letrado actuante..."; 2.3) numeral 4º del art. 1692 L.E.C.: infracción legal por inaplicación de los arts. 1256, 1258, 1714, 1718, 1719 (todos del C.c.) y de los arts. 48, 53, 54 y 55 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD. 2090/82. Tras haber demostrado con anterioridad la incongruencia de la Sentencia de la Sala (en el Apto. Primero y también reseñada en el núm. 2.1, de este Apto. Segundo)... y la infracción de Ley por aplicación indebida del art. 1253 C.c. y no aplicación del art. 1225 C.c. y los arts. 602 a 605 de la L.E.C., (en el núm. 2.2 de este Apto.) es nuestra tarea la de señalar los preceptos legales que también han dejado de ser aplicados a este pedimento (injurias). 2.4) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción a la Ley por inaplicación del art. 18.1 de la Ley Superior, en su Derecho Fundamental al Honor (otros preceptos aplicables: arts. 48, 53, 54 y 55 del Estatuto General de la Abogacía -EGA- aprobado por RD. 2090/82. Saliendo al paso a lo que resuelve la Sala de Instancia en su Sentencia al respecto de la valoración -como injuriosa o no de estas afirmaciones vertidas por el Letrado demandado..."; 2.5) numeral 4º art. 1692, infracción de Ley por inaplicación de los arts. del C.c. núms. 1101, 1104 y 1718 (en relación con los arts. C.c. 1714, 1715 y 1717); y arts. 102 y 105 del Estatuto General de la Abogacía (EGA. aprobado por RD. 2090/82; para al final, hablar de la "culpabilidad e indemnización" a resultados de todo el prolijo contenido del Motivo.

Se reitera cuanto se ha hecho constar al comienzo del examen del recurso sobre la profusión de datos y circunstancias alusivas a todas las incidencias del procedimiento que, naturalmente, implican que esta Sala, para su adecuada compulsa, tenga que ponderar prácticamente todo el contenido de dichos autos, lo cual, pugna con la disciplina casacional, si bien, se subraya al respecto que, denunciándose en el Motivo el contenido de las expresiones vertidas e injuriosas contra la esposa y suegros del actor, en su escrito de fecha 20-7-93, de contestación y reconvención, transcribiendo exactamente una serie de circunstancias de dichos escritos, es evidente que por la conformación del trámite y el contexto de esos escritos referidos a supuestos intimistas de la relación entre los cónyuges a la sazón existente, ha de confirmarse el acierto de la propia Sala sentenciadora, cuando dice en su F.J. 4º que, en caso alguno son atribuibles dichas afirmaciones a una pura creación e invención por parte del Letrado, sino que, naturalmente, estas circunstancias debieron ser proporcionadas al Letrado actuante precisamente por su cliente, por cuanto que, por razón del contenido, como se dice, personal afectante a la vida interior dentro de la familia y de sentido marcadamente privado, en caso alguno, pueden ser conocidas por personas ajenas, salvo que se lo facilite el propio cliente.

En el MOTIVO TERCERO, se denuncia, el fallo del Tribunal de Instancia en lo relativo a las negligencias de los demandados en sus actuaciones procesales en los autos principales del proceso de la separación conyugal. Este procedimiento de primera Instancia concluye con la Sentencia de 2-3-93 por la que, el padre, pierde la guardia y custodia de su hijo... y se vuelve a repetir los submotivos siguientes: 3.1) De la no asistencia de los cuatro testigos propuestos y aceptados por el juzgador; 3.1.1) numeral 3º del art. 1692 en relación con el art. 359 L.E.C., por cuanto que, la Sentencia de la Sala, no es clara ni precisa con este punto litigioso del debate. La resolución del Tribunal de Instancia dice al respecto en su F.J. 4º: "...siendo propuestos los otros testigos sin resultado positivo, que se subsanó pidiendo del Organismo judicial su presencia en diligencias para mejor proveer..."; 3.1.2) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de Ley del art. 1218 C.c., en relación con el art. 596.7º de la L.E.C., por la apreciación errónea de documento público. Infracción de Ley del art. 340 L.E.C., y de la Jurisprudencia, en relación a las diligencias para mejor proveer. La Sala "a quo" infringe el art. 1218 C.c. ("Los documentos públicos hacen prueba..."), cometiendo un sobresaliente error al apreciar los documentos (dtos. 51 a 53; folios 53 a 57) porque, en su resolución señalan que, "...siendo propuestos los otros testigos sin resultado positivo..."; 3.2) No aportación de informe de detective y la no ratificación por el autor del mismo en los autos principales; 3.2.1) numeral 3º del art. 1692 en relación al art. 359 L.E.C., por cuanto que, la Sentencia de la Sala no es clara ni precisa con este punto litigioso del debate. Nuevamente, la resolución de la Sala de Instancia carece de toda claridad y precisión al respecto de esta cuestión porque, ni siquiera entró a valorar el contenido del citado informe de detectives (dtos. 10 a 12; folios 17 a 19)...; 3.2.2) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de Ley por aplicación indebida del art. 1253 C.c. ("In dubio pro Advocatum") y no aplicación del art. 1214 C.c., ("non tantum verbis ratum haberi posse sed etiam actu"). Traemos a colación lo ya expresado - Apto. Segundo- en cuanto que, la "libertad de defensa del Abogado hacia su cliente no puede ser considerada una licencia", porque, aceptar lo contrario (la libertad total del Letrado) sería una entelequia...; 3.3) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción a la Ley por inaplicación de los arts. del C.c. núms. 1101, 1104 y 1718 (en relación con los arts. del C.c., núms. 1714, 1715 y 1717; y con los arts. del Estatuto General de la Abogacía núms. 102 y 105); infracción de la Jurisprudencia relativa a las custodia de los hijos menores en los procesos





de separación conyugal; infracción de la Jurisprudencia en la relación a la idoneidad y trascendencia de los testigos, e informes de detective en el otorgamiento de la custodia de los hijos en los procesos de separación conyugal. Otros preceptos a considerar: art. 14 Carta Magna en su Derecho Fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón del sexo (en igual sentido el art. 159 C.c.).

El rechazo del Motivo, igualmente proviene de cuanto se hace constar en el F.J. 4º, de la Sala sentenciadora, en donde se dice que, "la ausencia de la declaración testifical, de los padrinos del menor, de otros testigos que sí fueron propuestos por el Letrado, y la no aportación a los autos del informe del detective privado, no pueden valorarse con las consecuencias negativas que pretende extraer aquél, cuando los primeros no estuvieron dispuestos a comparecer en el Juzgado y es mucho aventurar en este momento que ello fue debido al contenido de la contestación y reconvenición dadas por el director técnico de la defensa del hoy recurrente; siendo propuestos los otros testigos, aunque sin resultado positivo, que se subsanó pidiendo del Organismo judicial su presencia en diligencias para mejor proveer y no considerándose oportuno la incorporación del informe privado, lo cual entra dentro de la lógica libertad de actuación profesional de quien asume la dirección técnica de la defensa, sin que pueda venir obligado a seguir las directrices que trate de imponerle el cliente..."; lo que ha de ratificarse, aparte de que, jamás, se puede determinar, conforme a elemental propadéutica procesal, que la incorporación de tales testigos o aportación del informe del detective privado hubiera sido decisiva para variar el sentido de la decisión del pleito, habida cuenta las peculiaridades de ambos instrumentos probatorios no exentos, por lo general, de una presumible tendencia parcial o interesada en pos de la pretensión de la parte que los propone.

En el CUARTO MOTIVO, se denuncia la falta de asesoramiento jurídico por parte del Letrado tras la Sentencia de separación conyugal de primera instancia y, a su vez, se emiten los siguientes submotivos: 4.1) numeral 3º del art. 1692.3º L.E.C., en relación al art. 359 L.E.C. por incongruencia de la Sentencia que se recurre; 4.2) numeral 3º del art. 1692 L.E.C., por vulneración del art. 359 L.E.C., por falta de precisión y congruencia sobre uno de los puntos debatidos en esta litis, al no resolver la Sala de Instancia sobre la existencia o no del cumplimiento de la obligación de asesoramiento jurídico (también a considerar los arts. 8, 39, 53 y 54 del EGA,, aprobado por RD. 2090/82); 4.3) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de ley por inaplicación del art. 1101 C.c., sobre la existencia del nexo causal entre la carencia de asesoría y los perjuicios que se causan.

El Motivo tampoco se acepta, por cuanto que, efectivamente, hay que mantener y ratificar lo que se hace constar en el F.J. 4º de la Sentencia recurrida, de que no es posible atribuir a esa falta de asesoramiento, por lo demás no constatada, el sentido de la Sentencia dictada.

En el MOTIVO QUINTO se denuncian aspectos sobre la retención de las copias al discrepar de la "ratio decidendi" sobre que, "no es posible atribuir a una carencia de las copias de los autos, el haber sido causa determinante de los graves perjuicios denunciados en la presente litis" (F.J. 4º de la Sentencia), añadiendo los siguientes submotivos: 5.1) numeral 3º del art. 1692 de la L.E.C., por incongruencia de la Sentencia de la Sala en relación al art. 359 L.E.C.; 5.2) numeral 3º del art. 1692 L.E.C., vulneración del art. 359 L.E.C., por falta de precisión y congruencia, al no resolver la Sala sobre uno de los puntos debatidos en esta litis; 5.3) numeral 4º de la L.E.C., infracción de ley por inaplicación de los arts. 1100, 1101, 1102 C.c., y conexos, al no reconocer la Sala los perjuicios que se causan y la existencia del nexo causal.

Y, se contesta para el rechazo del Motivo que, es evidente que esa supuesta carencia de copias, cualquiera que sean sus causas, no determinaron el sentido, uno u otro, de la Sentencia recurrida.

En el MOTIVO SEXTO se denuncia la Sentencia de la Sala "a quo" en relación con los hechos denunciados en nuestra Demanda relativos al incumplimiento de las obligaciones del letrado por no solicitar la intervención judicial por el incumplimiento -por la madre- de las obligaciones legales derivadas de la patria potestad compartida establecida por el Juzgador (tanto en su Auto de 14-7-93 de medidas provisionales, como en su Sentencia de 2-3-94 en autos principales de separación); igualmente se añaden los siguientes submotivos, 6.1) numeral 3º del art. 1692 L.E.C., en relación al art. 359 L.E.C., por la incongruencia de la Sentencia; 6.2) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de Ley del art. 1216 y 1218 del C.c. (y concordantes) en relación con el art. 596.7º de la L.E.C., por evidente error en la apreciación de documento público; 6.3) numeral 3 del art. 1692 de la L.E.C., en relación al art. 359 del mismo texto legal por falta de claridad y precisión de la Sentencia de la Sala en este punto objeto del debate; 6.4) numeral 4º del art. 1692 L.E.C., infracción de Ley por inaplicación de los arts. 1100, 1101, 1102 del C.c., (y concordantes) por el no reconocimiento del nexo causal. Infracción de Ley (art. 27.3 Carta Magna) por el no reconocimiento de los perjuicios causados al impedirle al padre el ejercicio de su Derecho/deber de velar por el bienestar integral de su hijo (art. 154 y 156 del C.c.). Infracción de la Jurisprudencia de los Juzgados y Tribunales de Instancia en relación a la elección de mutuo acuerdo del Centro Escolar cuando la patria potestad del hijo es compartida por ambos padres (art. 156 C.c.); sobre incumplimiento de las obligaciones del Letrado por no solicitar la intervención judicial.





Este Motivo, también merece la respuesta que se incorpora en el F.J. 4º de la recurrida, acerca de que no se expuso por el Letrado codemandado/recurrido al Juzgado, el incumplimiento de la esposa sobre las obligaciones de custodia del hijo menor, que son suficientes para rebatir el Motivo de que se trata, al expresarse en aquél el incumplimiento semejante del recurrente en perjuicio del bienestar del menor.

QUINTO: Por último, la Sala reitera que en aplicación de la anterior doctrina sobre los Motivos, respondidos antes en su síntesis propia de la compulsa casacional, no tiene sino que resaltar dos afirmaciones apodicticas: por un lado, que tratándose en toda su complejidad negocial básicamente de una "locatio operarum" la prestación de servicios por parte del Abogado y Procurador con respecto a sus clientes cuyo contenido se integra en una obligación medial y no de resultado, pues, notorio y sabido es, que nunca pueden citados profesionales garantizar el éxito de cualquier decisión judicial y, menos aún, la evitación de los perjuicios irrogados por un procedimiento judicial trabado contra quien confió la defensa de sus intereses a susodichos profesionales, lo que, en el caso de autos resplandece, en cuanto a que su respectiva conducta no conlleva responsabilidad alguna por parte de los demandados. En segundo lugar, es también una obviedad resaltar que cualquiera que hubiera sido la actuación ejemplarizante o diligente en el supuesto de que así se actuara por parte de los profesionales del Derecho, ello no pudiera haber determinado el éxito seguro, no sólo de la pretensión en cuanto a la defensa de los intereses confiados por los clientes, sino también la elusión de cualquier tipo de perjuicio derivado de la existencia de un procedimiento litigioso, ya que, -se repite una vez mas- esos eventos dependen (o provendrán) de una decisión soberana totalmente independiente emitida por los órganos judiciales, (lo que "pertenece de lleno al estricto campo de las conjeturas. SS. 11-11-97 y 25-6-98), por lo que procede la desestimación del recurso con los demás efectos derivados, si bien la Sala no impone las costas en razón a la complejidad del asunto (con serias dudas planteadas, que precisaron su compulsa con el juego semejante del vigente art. 394 L.E.C.), la cualificada afectación personal y profesional del litigio para las partes contendientes y, las respectivas pretensiones de las partes y principio informador del art. 24 C.E..

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DON Felix , frente a la Sentencia pronunciada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante en 13 de febrero de 1996; Sin expresa condena en costas en ninguna de las instancias ni en este recurso, debiendo cada parte satisfacer las por ellos causadas y las comunes por mitad. Y a su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los Autos y Rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL.- LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ.- JOSE MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ.- RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

