



Roj: **STS 1926/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1926**

Id Cendoj: **28079110012018100306**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2018**

Nº de Recurso: **5016/2017**

Nº de Resolución: **332/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 13638/2017,**
STS 1926/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 332/2018

Fecha de sentencia: 01/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5016/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 18.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5016/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 332/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 1 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de infracción procesal y de casación interpuesto por don Amador , representado por el procurador don Ángel Codosero Rodríguez, bajo la dirección Letrada de don Pedro Torres Romero, contra la sentencia dictada con fecha 13 de octubre de 2017 por la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en los autos de juicio ordinario n.º 568/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Madrid. Ha sido parte recurrida don Eduardo , representado por la procuradora doña María Macarena Rodríguez Ruiz, bajo la dirección letrada de don Ismael Valera Bonet.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- El procurador don Ángel Codosero Rodríguez, en nombre y representación de don Amador , interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Eduardo y contra la aseguradora Aon Affinity y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1º) Se declare la responsabilidad profesional del abogado demandado don Eduardo , en la defensa de los intereses que le encomendara la parte actora, tanto en vía administrativa, al incoarle un expediente sancionador que condujo al despido disciplinario de 4 de abril de 2008, derivando en el procedimiento 671/2008 de despido ante el Juzgado de lo Social número 3.º de Las Palmas de Gran Canaria, como en todos los recursos judiciales que, sin tratar el fondo del asunto, cuando era el único interés de don Amador , se basaban en tratar de justificar su error en el cómputo de los plazos, particularmente, el fatal e indiscutible de veinte días para la demanda de despido, con argumentos contrarios a la jurisprudencia y doctrina pacífica del Tribunal Supremo sobre dicho plazo.

»2º) Se condene solidariamente a don Eduardo y la aseguradora AON AFFINITY, a pagar a mi representada la cantidad de CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL NOVENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (195.098,72 Euros), por los perjuicios económicos y daños morales sufridos por mi representada.

»3º) Se condene a don Eduardo a pagar el interés legal y costas hasta el límite de la póliza o pólizas que vengan a cubrir la responsabilidad civil profesional de don Eduardo , quien asimismo, deberá ser condenado personalmente por el exceso no cubierto, más los intereses legales y procesales en los términos previstos por los artículos 1.108 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y las costas en proporción a este exceso a pagar.

»4º) Y se condene a la también demandada, AON AFFINITY, a responder de los intereses legales y procesales en los términos previstos por los artículos 1.108 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y las costas en proporción a este exceso a pagar.

»5º) Todo ello con expresa imposición de costas a las partes demandadas, en la parte que les corresponda».

2.º- El procurador don Francisco Javier Soto, en nombre y representación de don Aon Gil Carvajal S.A.U. Correduría de Seguros en adelante Aon, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia :

«desestimando la demanda, y en consecuencia, absolviendo a mi representada de los pedimentos de la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante en virtud del criterio del vencimiento objetivo».

Con fecha 24 de octubre de 2013 se tuvo por desistido.

La procuradora doña Macarena Rodríguez Ruiz, en nombre y representación don Eduardo , contestó a la demanda, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se acuerde el desestimar íntegramente la demanda, absolviendo a mi representado de todos los pedimentos deducidos en su contra y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Madrid, dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Qué estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Amador contra D. Eduardo y condeno al demandado a abonar al actor la suma de DOCE MIL EUROS, (12.000,00 €), y el interés



previsto en el art. 576 de la LEC . Cada parte habrá de abonar las costas causadas a. su instancia y las comunes por mitad»

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Amador . La Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por D. Amador representado por el Sr. Procurador D. Ángel Codosero Rodríguez y DESESTIMANDO en igual modo la Impugnación planteada por D. Eduardo representado por la Sra. Procuradora Dña. Ma Macarena Rodríguez Ruiz, ambos contra Sentencia de fecha 22 de Julio de 2014 dictada por la lma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Madrid en autos de Juicio Ordinario nº 568-13 seguidos entre las citadas partes, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, imponiendo las costas procesales generadas en esta segunda instancia a la parte apelante. Con pérdida del depósito constituido».

Mediante sentencia de esta Sala de fecha 13 de julio de 2017 ,se devolvieron lo autos a la Audiencia Provincial sección 18.ª de Madrid, y con fecha 13 de octubre de 2017 se dictó nueva sentencia cuya parte dispositiva dice:

«desestimando el recurso de apelación formulado por don Amador , representado por el procurador don Ángel Codosero Rodríguez y desestimando en igual modo la impugnación planteada por don Eduardo representado la procuradora doña M.ª Macarena Rodríguez Ruiz, ambos contra sentencia de 20 de Julio de 2014 dictada por la llmas. Sra. Magistrada-Juez de Juzgado de primera instancia nº 43 de Madrid en autos de juicio ordinario n.º 568/13 seguidos ante las citadas partes, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, imponiendo alas costas procesales generadas en esta segunda instancia a la parte apelante.Con perdida del deposito constituido».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Amador con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero. Por inaplicación del artículo 218 de la LEC , que se articula al amparo del art. 469. 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dado que para esta parte tanto la sentencia de apelación como la de primera instancias son incongruente, y carentes de motivación sobre el hecho de cuantificar la indemnización en la suma de 12.000 euros, el 6,15 % de la indemnización por despido improcedente reclamada de 195.098,72 euros. Segundo.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, conforme al artículo 469. 2. 2º de la LEC , por no haber condena en costas a la parte demandada, a pesar de existir en la sentencia de instancia una estimación sustancial de la demanda (reconocimiento de la mala praxis profesional, la existencia de un daño, y que este debe de ser indemnizado en la suma de 12.000 euros con sus interés legales correspondientes), y existir una oposición temeraria a la misma por parte del demandado (que jamás ha reconocido su error por el que ha sido condenado), en relación con el art. 394.1 . y 2 de la LEC .

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos. Primero. Se interpone de conformidad con lo establecido en el núm 3.º del artículo 477.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 477.3 de la misma Ley de Enjuiciamiento civil, por considerar que la sentencia infringe los artículos 1101 , 1103 , 1104 y 1106 del CC , por entender que vulnera el principio consagrado en ellos de la reparación integral del daño y la jurisprudencia que los interpreta y los aplica en materia de responsabilidad contractual profesional y en particular las SSTS de 18/02/05 y STS 22/04/2013 , 5/06/2013 , 20/05/2014 . Segundo.- Se refiere la infracción de los artículos 1101 , 1106 y 1107 del CC , en relación con la jurisprudencia aplicable sobre la forma de cuantificar la indemnización por daño patrimonial en esta clase de pleitos, puesto que no fija una indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades evaluado conforme al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores .

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 21 de febrero de 2018 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Macarena Rodríguez Ruiz, en nombre y representación de don Eduardo , presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de mayo de 2018, en que tuvo lugar .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se han formulados dos recursos: extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia que desestima la demanda formulada por Don Amador para reclamar los daños y perjuicios que le



ha ocasionado la actuación profesional del demandado, Don Eduardo , en su condición de abogado, al que había contratado para recurrir el despido disciplinario acordado en su día por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, donde prestaba servicios desde noviembre de 1996, por transgresión de la buena fe contractual, al no haberla presentado en plazo y ser desestimada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Las Palmas, que apreció caducidad, sin entrar en el fondo del asunto. La sentencia fue confirmada el TSJ de Canarias y quedó firme al inadmitirse el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado ante el Tribunal Supremo. Cifra los mismos en 195.098,72 euros.

En la primera instancia se estimó en parte la demanda y se condenó al demandado a abonar al demandante la suma de 12.000 euros, que fue confirmada por la Audiencia Provincial. Contra esta sentencia se formalizaron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación dictando esta sala sentencia el 13 de junio de 2017 , que estimaba el recurso extraordinario por infracción procesal y anulaba la sentencia por falta de motivación al no haber hecho «un cálculo de prosperabilidad de la acción frustrada por la negligencia del letrado; todo ello después de haber estimado la existencia de negligencia, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro».

Se ha dictado nueva sentencia, la que ahora se recurre, en la que se mantiene la indemnización de 12.000 euros en concepto de daño moral porque, se dice en ella: «a la postre vio frustrada su expectativa de acudir a los Tribunales para que dirimieran la procedencia o no de su despido. Y este daño moral, puede estimarse que se encuentra comprendido en la pretensión ejercitada por el actor en el presente procedimiento, e incluido en la pretensión económica a la postre realizada por el mismo. Y ese daño puede calificarse como moral en cuanto está relacionado con la privación de un derecho fundamental, cual es el derecho a la tutela judicial. Siendo así, y existiendo una evidente dificultad a la hora de valorar económicamente dicho daño, podría considerarse adecuada la cifra en tal sentido otorgada por la resolución de Instancia. Y ello a la vista de que los 12.000 euros otorgados al actor-recurrente, suponen un 6,15% de la cantidad reclamada por el mismo, y dado, que se trata de indemnizar, un daño moral de frustración de acudir a la tutela de los Tribunales, no un daño patrimonial que ya se ha considerado como no acreditado con anterioridad, dicha suma de 12.000 euros, ha de ser considerada como suficiente a este efecto. Máxime cuando se trataría de un tanto alzado que corresponde a un perjuicio no susceptible de cuantificación incuestionable».

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Se formulan dos motivos al amparo del artículo 460.1.2º y 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 218 por incongruencia y falta de motivación en cuanto la cuantificación de la indemnización en la suma de 12.000 euros, el 6, 15% de la indemnización por despido improcedente reclamada. El segundo por infracción del artículo 394.1 y 2 de la misma Ley , sobre costas.

Se va a analizar el primero y no el segundo, referido a la imposición de las costas. Esta sala ha excluido por lo general la posibilidad de controlar mediante el recurso extraordinario por infracción procesal la condena en costas en caso de vencimiento pleno, por estimación o desestimación total de la demanda, o por desestimación total del recurso. En este sentido, la sentencia núm. 732/2008, de 17 de julio , que cita la 40/2015, de 4 febrero y la 112/2017, de 21 de febrero , declaró lo siguiente:

«(...) esta Sala viene declarando reiteradamente, en relación al principio de vencimiento objetivo, que quedan al margen del control casacional los pronunciamientos basados en la apreciación de circunstancias que sirven de excepción a dicha regla, del mismo modo que su no apreciación queda exceptuada del recurso, siendo en uno y en otro caso función de los tribunales de instancia, ajena al ámbito de la casación, no teniendo los mismos obligación de ejercer, ni de motivar por qué no ejercen tal facultad. Así se declara en Sentencia de 11 de mayo de 2007 (rec. núm. 4225/2000), que cita las Sentencias de 20 de abril de 1997, en recurso 1766/93 , 1 de octubre de 1997, en recurso 2427/93 , 24 de noviembre de 1998, en recurso 1979/94 , y 20 de septiembre de 2000, en recurso 2948/95 ».

Tampoco se admite el primero. Motivación hay y es suficiente para resolver el caso. Se conoce el camino que siguieron tanto el juzgado como la audiencia para indemnizar al demandante con 12.000 euros y entender que con ello quedaba resarcida la acción de daños y perjuicios. Pero este no es realmente el problema. La indemnización podrá ser o no incongruente puesto que lo que se reclamaba en la demanda era que se declarase la responsabilidad profesional del letrado demandado por la frustración de la acción contra el por despido por negligencia, a partir de un cálculo de prosperabilidad de la acción y motivar sus conclusiones. Lo que no se reclamaba era la indemnización de un daño que no era procedente, pero que ha sido consentido, como es el daño moral, y así lo reconoce el propio recurrente («Ni en la demanda presentada contra el abogado, ni en apelación frente a la sentencia de instancia, la actora ha incluido el daño moral ente sus pretensiones»). Lo hace la sentencia después de considerar que no existía una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado, al no haber desvirtuado la vulneración de la buena fe contractual que le fue imputada por la Autoridad



Portuaria, y declarar que la demanda de despido hubiera sido desestimada, argumentándolo de la siguiente forma:

«...al contrario de lo estimado por el apelante, no cabe equiparar a los efectos de quantum indemnizatorio la cantidad pretendida por el mismo, en el proceso incoado por su despido, con la cantidad en que se cifra como indemnización por la negligencia profesional, del letrado demandado. Dado, que para hacer tal equiparación habría de partirse necesariamente del hecho de que el cálculo de prosperabilidad de la acción frustrada por la negligencia del Letrado, resultara totalmente favorable al actor-recurrente. Y en este sentido, a tenor de la documentación obrante en autos, aparece administrativamente justificada la causa del despido de la Autoridad Portuaria de Las Palmas , a tenor del Expediente disciplinario incoado al recurrente en el que se acordó su despido, tal y como consta en la Resolución de 4 de Abril de 2008. A la par, la Reclamación administrativa previa interpuesta por el hoy recurrente, también fue desestimada en forma motivada en fecha de 19 de Mayo de 2008. Siendo lo cierto, que, a pesar de las meras alegaciones realizadas por el actor-recurrente en su demanda, sobre la inadecuación de su despido, nula prueba acerca de los hechos alegados se ha practicado en autos. No siendo frente a las razones expuestas en la Resolución del Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas como base del despido disciplinario, bastante, la mera aportación del pliego de alegaciones al pliego de cargos. Debiéndose repetir en este punto, que esta Sala sin otros medios de prueba, no puede realizar a favor del recurrente un cálculo de prosperabilidad de la acción contra su despido que se vio frustrada, puesto que no consta que el mismo hubiera podido acreditar que la falta de cobro de una deuda de una Entidad Mercantil con la Autoridad Portuaria, no era de su responsabilidad, bien como alega el mismo, por inexistencia de la infracción o bien por prescripción de la misma. Todo ello sin perjuicio por otro lado, de la consideración de que tampoco se dispone en el presente proceso, de la prueba y alegaciones que en su caso la Administración Portuaria habría presentado en contra de la acción contra su despido que hubiera interpuesto el actor y recurrente.

»En consecuencia con lo hasta ahora expuesto, aparece como improcedente la indemnización solicitada por el actor-recurrente como daño patrimonial efectivamente causado por la actuación negligente del letrado demandado. Reiterándose que no puede concluirse en autos a tenor de la prueba practicada a instancia del actor, un cálculo prospectivo de buen éxito de la acción que la conducta negligente del demandado frustró en cuanto a su posibilidad de ejercicio».

Recurso de casación.

TERCERO.- El recurso de casación se estructura en dos motivos. El primero por vulneración de los artículos 1101, 1103, 1104 y 1106 y de la jurisprudencia de esta sala que los interpreta en materia de responsabilidad contractual profesional, al entender que vulnera el principio recogido en tales preceptos sobre la reparación integral del daño, toda vez que probada la pérdida de oportunidades por la frustración de la acción judicial, debido a la negligencia del abogado, se debió analizar para fijar la indemnización las posibilidades de éxito de la acción frustrada y no se hizo, limitándose a afirmar que el resultado no era seguro, pese a que eran muchas las posibilidades de éxito.

El motivo segundo refiere la infracción de los artículos 1101 , 1106 y 1107 del CC , en relación con la jurisprudencia aplicable sobre la forma de cuantificar la indemnización por daño patrimonial en esta clase de pleitos, puesto que no fija una indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades evaluado conforme al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores .

Ambos se desestiman puesto que la sentencia recurrida en casación no infringe la doctrina alegada por el recurrente, sino que la aplica, y no existe la infracción denunciada en el recurso. En primer lugar se desconoce con qué intención cita el auto de esta sala de 21 de junio de 2017 , dictado para inadmitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de otro trabajador de la misma empresa despedido simultáneamente al actor, en un supuesto en el que se indemniza a este en un 10% de las cuantías reclamadas, cuando el daño lo valora en el 100% como daño patrimonial, dando además por supuesto la nulidad del despido disciplinario efectuado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas, lo que no ha reconocido la sentencia.

En segundo lugar, lo que combate realmente es la valoración de la prueba que hace la sentencia recurrida en casación, imponiendo el recurrente su propia versión o valoración sobre lo que debió ser y no fue para eludir los argumentos de la sentencia sobre la inexistencia de medios de prueba y combatir la base del despido disciplinario en un cálculo prospectivo del buen éxito de la acción, conforme a «los sobrados y evidentes elementos fácticos presentes en autos»,y que son ajenos al recurso de casación.

En tercer lugar, si no se aprecia daño patrimonial difícilmente puede cuantificarse este, como se interesa en el segundo motivo.



CUARTO.- La desestimación de ambos recursos determina que, en cuanto a las costas, se impongan a la parte recurrente las causadas por los mismos, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar los recursos de infracción procesal y de casación formulados por la representación procesal de don Amador contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid - Sección 18^a-, de 13 de octubre de 2017 , con expresa imposición de las costas causadas por ambos recursos.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala, Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ