

Id Cendoj: 28079110012006100955
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 4466/1999
Nº de Resolución: 801/2006
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Responsabilidad profesional. Procurador

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Julio de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 4466/1999, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la procuradora D^a Ana Lázaro Gogorza, en nombre y representación de D. Juan Miguel , contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 332/98, por la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 30 de junio de 1999, dimanante del juicio de menor cuantía número 268/97 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona. Habiendo comparecido en calidad de recurridos el procurador D. Enrique De Antonio Viscor en nombre y representación del Ayuntamiento de Eibar y la procuradora D^a Isabel Julia Corujo, en nombre y representación de D. Jose Manuel .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia número uno de Pamplona dictó sentencia el 3 de septiembre de 1998 en autos de juicio declarativo de menor cuantía 268/1997, cuyo fallo dice:

«Fallo. Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. José Luis Beunza Arboniés en representación del Ayuntamiento de Eibar (Gipuzkoa) contra D. Jose Manuel , representado por el Procurador D. Juan José Moreno de Diego, D. Juan Miguel y la Compañía de Seguros AGF Unión y Fénix, S. A., representados por el Procurador D. Santos Julio Laspiur García, debo condenar solidariamente a los señores Jose Manuel y Juan Miguel a satisfacer al Ayuntamiento demandante la suma de doce millones de pesetas (12 000 000 pts), más los intereses previstos en el *art. 921-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , declarando, asimismo, la obligación al pago de la aseguradora cointerpelada solidaria respecto de don Juan Miguel , hasta el límite de cinco millones de pesetas (5 000 000 pts).

»Y todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este litigio».

SEGUNDO. - La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero: El Ayuntamiento de Eibar acciona frente al Letrado D. Jose Manuel , el Procurador de los Tribunales D. Juan Miguel y la Compañía aseguradora La Unión y el Fénix solicitando en primer lugar que se declare la negligencia profesional del Abogado y Procurador codemandados, al no haber formalizado en tiempo hábil Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo frente a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en recurso Contencioso-administrativo número 1123/88 , y, en consecuencia, sean condenados -solidariamente junto con la Unión y el Fénix- a abonarle una indemnización por los daños y perjuicios irrogados a referido Ayuntamiento.

»El relato fáctico contenido en la demanda iniciadora de este pleito (Fs. 41 a 54), refiere cómo en autos de Recurso Contencioso-Administrativo r. 1123/88 fue emplazado en calidad de demandado el Ayuntamiento de Eibar, quien se personó por medio de su representante procesal el Procurador D. Juan

Miguel y bajo la dirección letrada del Abogado Sr. Jose Manuel , en favor de quienes tenía otorgados poderes para pleitos.

»Decaída sentencia en dicho Recurso el día 23 de noviembre de 1992 el Ayuntamiento de Eibar fue condenado a pagar una indemnización per daños y perjuicios por un importe de 52 400 000 pts.

»La representación procesal del Ayuntamiento ahora demandante procedió a formular Escrito de Preparación de Recurso de Casación, que se presentó ante el mismo Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que tuvo por preparado el Recurso en tiempo y forma, emplazando a las partes litigantes a fin de comparecer en plazo de treinta días ante el Tribunal Supremo.

»El Procurador Sr. Juan Miguel fue notificado de tal emplazamiento el día 16 de diciembre de 1992, finando el plazo para comparecer ante el Tribunal Supremo el 23 de enero de 1993

»Sin embargo, llegada tal fecha no se había formalizado la comparecencia ante el Tribunal Supremo, lo que motivó que el Ayuntamiento de Eibar intentara esclarecer lo sucedido, para lo cual se puso en comunicación con el Letrado y el Procurador y además, aún estando fuera del plazo establecido, el Abogado Municipal remitió al Procurador de Madrid D. José Manuel Dorremochea escrito de comparecencia junto con el Recurso de Casación.

»El 12 de marzo de 1.993 se notificó al Sr. Dorremochea Auto desestimando su pretensión y declarando tener por desierto el Recurso al no haberse presentado el mismo en plazo legal concedido a tal efecto.

»El Ayuntamiento de Eibar impugnó tal decisión, pero sus recursos fueron desestimados y por Auto de 25 de abril de 1996 quedó agotada la vía impugnatoria, determinando ello la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, y consiguientemente, la obligación del Ayuntamiento de Eibar de abonar una elevada indemnización, sin posibilidad alguna de revisión del fallo condenatorio, bien fuera en el sentido de revocación total o parcial de aquel.

»El Ayuntamiento de Eibar considera que la deficiente actuación profesional del Procurador y el Abogado ha de ser enmarcada en el *art. 1101 del Código Civil* , y produjo un perjuicio a la parte actora a partir de la quiebra de un derecho a interponer recurso frente a la sentencia condenatoria.

»El Procurador Sr. Juan Miguel y el Letrado Sr. Jose Manuel en sus respectivas contestaciones a la demanda (FS. 86 a 105 y 160 a 169) admiten que efectivamente, se produjeron los hechos que son expuestos en la demanda iniciadora de este pleito, en esencia la caducidad del derecho para comparecer ante el Tribunal Supremo, pero cada uno de ellos atribuye al otro la responsabilidad de lo sucedido, negando con vehemencia haber incurrido en negligencia profesional alguna.

»Segundo: Siendo esas, expuestas en síntesis, las posiciones mantenidas por los litigantes interesa destacar antes que nada cómo el núcleo del pleito, y por lo tanto la cuestión a dilucidar estriba en analizar la actuación de los profesionales encargados respectivamente, de la representación procesal y defensa jurídica del Ayuntamiento de Eibar en los autos del Recurso contencioso-administrativo seguido a raíz de la reclamación formulada por D. Tomás tras haber resultado herido en un festejo de sokamuturra organizado por ese Ayuntamiento, y no, como cabe deducir de los dos escritos de contestación a la demanda estudiar las posibilidades de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo revocara el fallo condenatorio. Como declara la STS de 11 de noviembre de 1997 en un supuesto similar el ahora debatido, no se puede entrar en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas de cuál hubiera podido ser el tratamiento -estimatorio o desestimatorio- que habrían recibido los frustrados recursos.

»Cuestión diferente es que de apreciarse negligencia profesional, y llegado por tanto el momento de cuantificar los daños y perjuicios ocasionados, conforme al *art. 1101 del Código Civil* se toma en consideración la concreta cuantía del pleito como módulo indemnizatorio, (ver STS 1, 28 enero 1998).

» Tercero: Procede examinar, en consecuencia, las pruebas practicadas en orden a la actuación profesional de Procurador y Letrado.

»La primera conclusión que cabe establecer es precisamente la carencia de soporte probatorio de las diferentes tesis sostenidas por los profesionales codemandados.

»Según el Sr. Juan Miguel , envió por correo ordinario al Letrado Sr. Jose Manuel copia del auto

datado a quince de diciembre de 1992 (Fs 265, testimonio del mismo), en virtud del cual la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra acordaba tener por preparado en tiempo y forma por la parte demandada (Ayuntamiento de Eibar) recurso de casación contra la sentencia recaída, y emplazaba a las partes personadas para que comparecieran ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días.

»Esta resolución se notificó al Procurador interpelado el día 16 de diciembre de 1.992 (Fs. 265 vuelto), el término para comparecer ante la Sala Tercera del Supremo finaba por tanto el 23 de enero de 1.993.

»Sin embargo, el Letrado Sr. Jose Manuel niega rotundamente haber recibido Carta a alguna con la copia de referido Auto, razón por la cual desconocía que hubiese empezado a transcurrir el término improrrogable para comparecer ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

»Pero no obra en autos prueba alguna que con el mínimo grado exigible de certidumbre permita considerar acreditada una de las dos hipótesis planteadas por los profesionales cointerpelados.

»Sí puede establecerse, por contra, que la comunicación entre Procurador y letrado, pese a residir ambos en diferentes ciudades, el Sr. Jose Manuel en San Sebastián, no se realizaba e través de fax, como es usual en estos tiempos, sino de correo ordinario, ello implica la práctica imposibilidad de que pueda evidenciarse con nitidez las fechas de remisión y posterior recepción de las diferentes y sucesivas cartas.

»En segundo lugar, y como expone en el hecho tercero de su contestación (F. 160 vuelto) el codemandado Sr. Jose Manuel , fue el propio Procurador Sr. Juan Miguel quien cautelarmente presentó escrito de preparación de Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, escrito que no fue firmado por el Abogado codemandado quien veía poco viable el recurso.

»Pero después y ante la actitud favorable a recurrir del Ayuntamiento de Eibar, el Sr. Jose Manuel contactó con el Sr. Juan Miguel , quedando en que el Procurador le comunicaría el emplazamiento ante la Sala Tercera del Supremo y al mismo tiempo le enviaría las certificaciones de haber llevado el asunto en primera instancia y de su colegiación en el Colegio de Abogados de Pamplona.

»Insisten reiteradamente sobre este punto tanto el Sr. Juan Miguel como el Sr. Jose Manuel cuando carece de la trascendencia que ambos le conceden, puesto que de haberse enviado las mismas en tiempo, como sostiene el Procurador, no es muy aventurado pensar que no iban a ser presentadas por Letrado al comparecer ante el Tribunal Supremo, puesto que la fecha de las certificaciones, diciembre de 1992 (Vid. F. 442, certificación del Sr. Secretario de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Navarra), fácilmente evidenciarían que disponía de ellas con anterioridad al transcurso del término del emplazamiento para la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

»Sí consta que el Procurador Sr. Juan Miguel las pidió y le fueron entregadas (Vid. F. 442) pero no que fueran recibidas por el letrado Sr. Jose Manuel , quien las solicitó con posterioridad.

»Lo que sí denotan los hechos anteriormente descritos es que pese a la severa condena económica que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia supuso para el Ayuntamiento de Eibar, más de cincuenta millones de pesetas - importante suma a desembolsar por las arcas municipales-, ni Procurador ni Letrado, acomodaron su actuación profesional a la envergadura y calado del caso.

»Así, ambos no establecieron una forma ágil de comunicarse entre ellos, el Sr. Juan Miguel afirma que envió el Auto de emplazamiento por correo ordinario y ello en fechas en que notoriamente a causa de las fiestas navideñas aumenta enormemente el volumen de correspondencia y pérdidas de la misma, no tomando precaución alguna para cerciorarse de que efectivamente la importante resolución, que marcaba un plazo preclusivo, había llegado a su destinatario Sr. Jose Manuel »En cuanto al Letrado, su propia versión de los hechos muestra también su descuidada prestación de servicios puesto que si ya a mediados de diciembre de 1992 conocía que el Procurador Sr. Juan Miguel había interpuesto Recurso de Casación, -así se desprende indubitadamente del hecho tercero de su contestación a la demanda (Fs. 160 vuelto y 161)-, resulta inexplicable que hasta el día dos de febrero, según su propio relato (F. 161), no telefonease al Sr. Juan Miguel interesándose por el asunto.

»El Sr. Jose Manuel ha aportado documentación que en su opinión demostraría la negligencia del procurador en otro asunto diferente, así una carta datada a 15 de junio de 1989, obrante al folio 126, y cuya

firma no ha sido reconocida por el Sr. Juan Miguel . Pues bien, aun admitiendo a meros efectos dialécticos el argumento esbozado por el Letrado, no se entiende cómo el Abogado no instó al Ayuntamiento de Eibar a que otorgara poder en favor de alguno de los otros - y numerosos- Procuradores que ejercen en esta capital.

»Frente a esa negligencia de ambos profesionales, el hecho concreto del perjuicio ocasionado al Ayuntamiento demandante es diáfano, aunque ciertamente no se ha podido fijar con precisión la real secuencia de lo sucedido, pero si que la desatención de ambos profesionales -pese a la trascendencia del caso como ya se ha significado- frustró las legítimas expectativas del Ayuntamiento de Eibar tanto en orden a la lógica confianza depositada en ambos al encomendarles, respectivamente, la representación procesal y la defensa jurídica del caso, como a la privación del derecho al recurso que tenía la parte demandante, lo que propició la imposibilidad de revisión del fallo condenatorio, y subsiguiente firmeza de la sentencia. Ello conlleva la aplicación del *art. 1104 del Código Civil* en relación con el *art. 54 del Estatuto General de la Abogacía* , a cuyo tenor el Abogado del Estado realizará diligentemente las actividades que le imponga la defensa del asunto confiado, obligaciones cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad civil (*art. 102 EGAE*), y por lo que se refiere al Procurador el *art. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , y *art. 14 del Estatuto General de los Procuradores*.

»En consecuencia la aplicación del *art. 1101 del Código Civil* que impone, entre otros, la obligación indemnizatoria a todo incumplimiento contractual culpable, y que la jurisprudencia ha aplicado tanto en supuestos de negligencia profesional de Procurador (STS 1 de 11 de noviembre de 1997), como de Abogado (por todas STS 1 28 de enero de 1998), siendo la doctrina jurisprudencial más amplia respecto a los letrados, y declara reiteradamente que la calificación jurídica de la relación contractual entre Abogado y cliente es un contrato de prestación de servicios que define el *art. 1544 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 *art. 1258 CC* 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 que corresponde al profesional.

»Cuarto: Uno de los aspectos más dificultosos de este pleito consiste precisamente en la fijación del quantum indemnizatorio, dificultad que ya vislumbró el propio Ayuntamiento demandante pues en el suplico de la demanda iniciadora de este pleito solicita la condena de los demandados por los daños y perjuicios irrogados, tomándose como criterio estimativo el importe a cuyo pago fue condenado el Ayuntamiento -52 400 000 pts.-, así como aquellos otros criterios que en el foro se establecen para casos similares a los del procedimiento malogrado en Casación.

»A efectos del *art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , ha de considerarse como límite infranqueable la cantidad de 52 400 000 pesetas, cantidad líquida expresada por la entidad demandante.

»No procede efectuar una transposición automática de la suma a cuyo pago fue condenado el Ayuntamiento demandante, hipótesis ésta a plantearse en supuestos más diáfanos (por ejemplo prescripción que de no haber sido estimada hubiese abonado a una segura estimación de la pretensión).

»El caso ahora debatido afecta a un recurso Casación ante el Tribunal Supremo, recurso de carácter extraordinario y eminentemente formal, en cuanto los motivos de casación se encuentran taxativamente señalados y son de estricta observancia, siendo necesario cumplir con estricto rigor los requisitos exigidos, (vid STS 3, Sección Tercera, de 25 de junio de 1997)

»No se trata de una segunda instancia, al modo del recurso de apelación civil, recurso ordinario que permite un novum iudicium (sic), como declara la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 13 de julio de 1998 , reiterando así el criterio contemplado en la STC 9/98, de 13 de enero : "el órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes".

»Sin entrar desde luego a especular sobre la prosperabilidad del recurso de casación, ha de tomarse en consideración las notas esenciales de referido recurso, anteriormente señalado.

»Pero ello, aún imponiendo una perspectiva cautelosa y restrictiva en orden a la fijación del quantum indemnizatorio, no se puede soslayar los hechos que se ha producido el daño moral al Ayuntamiento pues en el ejercicio de su derecho se ha visto privado de un recurso que el ordenamiento jurídico-procesal

concebía, y que irremisiblemente se ha visto abocado a abonar una suma sin posibilidad de que la misma fuera modificada.

»Atendiendo a estas circunstancias características del recurso de casación, imposibilidad de ejercitar el derecho al recurso y de modificar el fallo condenatorio, la indemnización que deben abonar los codemandados se fija en doce millones de pesetas (12 000 000 pts), condena que forzosamente a de imponerse con carácter solidario, puesto que, como reiteradamente se ha puesto de relieve, no podido establecerse en concreto lo realmente sucedido, pero sí la negligencia de ambos, frente al contratante que si cumplió con sus obligaciones.

»Quinto: Se solicita asimismo la condena solidaria de la aseguradora La Unión y el Fénix, actualmente AGF Unión Fénix S. A., pero *ex arts. 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro*, tal solidaridad sólo es viable en relación con el codemandado Sr. Juan Miguel, que sí había concertado Seguro Responsabilidad Civil con esa aseguradora.

»Habrà de tenerse en cuenta que conforme a los términos de la póliza, condición particular Fs. 81 y 82, la cuantía máxima a abonar por la Compañía de Seguros se eleva a cinco millones de pesetas, no estando obligada al pago de superior cantidad.

»Sin que resulte oponible a terceros, conforme a reiterado criterio de esta Audiencia Provincial, la franquicia pactada, que en todo caso podrá exigir la aseguradora al asegurado, pero carente de virtualidad ante el perjudicado, en el presente caso el Ayuntamiento de Eibar.

»Sexto: A la suma a cuyo pago se condena a los demandados se adicionarán los intereses previstos en el *art. 921-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

»Séptimo: Al no haber sido estimada la demanda en su integridad, no se hace expresa imposición de las costas causadas en este pleito, *ex art. 523 -2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ».

TERCERO. - La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia número 170/99 el 30 de junio de 1999 en el rollo civil núm. 332/98, cuyo fallo dice:

«Fallo. Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Moreno de Diego, en representación de D. Jose Manuel y asumiendo su propia defensa, frente a la Sentencia de fecha 3 de septiembre de 1998, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia núm. Uno de Pamplona, en autos de Juicio de Menor Cuantía nº 268/97, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Juan Miguel y A.G.F. Unión Fénix, S.A., representados por el Procurador Sr. Laspiur García y defendidos por el Letrado Sr. Beguiristáin Gúrpide, frente a la referida sentencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, y en su lugar estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Beunza Arbonies en representación del Ayuntamiento de Eibar debemos condenar a D. Juan Miguel y a la compañía de seguros A.G.F. Unión y Fénix, S.A., a satisfacer al Ayuntamiento de Eibar la suma de doce millones de pesetas (12 000 000 ptas.), más los intereses previstos en el *art. 921-4 de la L.E.C.*, declarando la obligación al pago de la aseguradora cointerpelada solidaria respecto a D. Juan Miguel, hasta el límite de cinco millones de pesetas (5 000 000 ptas.). Absolviendo libremente a D. Jose Manuel de la responsabilidad que se le imputa solidariamente.

»Imponiendo a la parte actora las costas causadas en primera instancia, derivadas de la intervención en autos del codemandado absuelto; ratificando el pronunciamiento de la instancia con respecto a las costas relacionadas con la parte de la pretensión que se estima parcialmente.

»No procede verificar especial imposición acerca de las costas originadas por el recurso interpuesto por D. Jose Manuel.

»Debiendo condenar a D. Juan Miguel y a la compañía de seguros A.G.F. Unión y Fénix, S.A., al pago de las costas procesales causadas en esta alzada por la interposición del recurso».

CUARTO. - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en lo que no se opongan a lo que a continuación se razona.

»Primero. El recurso de apelación interpuesto por D. Juan Miguel y A.G.F. Unión Fénix, S.A., se

centra fundamentalmente en dos aspectos: principalmente, en la ausencia de responsabilidad del Sr. Juan Miguel y subsidiariamente en la falta de acreditación de la realidad del daño, dado que el recurso estaba abocado al fracaso; y que en todo caso la indemnización concedida en la sentencia por daño moral es excesiva, ya que ésta debe ser meramente simbólica, así como que el Ayuntamiento de Eibar, como ente público, no es susceptible de padecer daño moral.

»El Sr. Jose Manuel , de igual manera que la otra parte recurrente, centra su recurso en la ausencia de negligencia profesional, así como en la improcedencia de la indemnización de daños y perjuicios, puesto que no ha habido daño, debido a que el recurso era inviable; entendiendo además que un ente público no puede ser sujeto de daño moral.

»Segundo. Realmente los motivos aducidos por ambas parte en sus respectivos recursos son similares. En ambos casos su pretensión principal es demostrar que en sus respectivas actuaciones no ha habido negligencia profesional -como les atribuye la sentencia de instancia -, y que por lo tanto no se les puede achacar responsabilidad alguna.

»Y de igual manera que en primera instancia cada uno de ellos procura imputar al otro la negligencia, admitiendo así de modo implícito que aquella se ha producido, afectando a los intereses del Ayuntamiento, su cliente.

»Como es sabido, este recurso trae causa de la demanda dirigida por el Ayuntamiento de Eibar frente al Letrado D. José Luis Díaz de Villafranca, al Procurador de los Tribunales D. Juan Miguel y la compañía aseguradora La Unión y el Fénix, en la que se solicitaba, en primer lugar, que se declarase la negligencia profesional del abogado y procurador codemandados, al no haber formalizado en tiempo hábil recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a la sentencia dictada por la i Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en recurso Contencioso-Administrativo nº 1.123/88, y, en consecuencia, sean condenados solidariamente junto con La Unión y el Fénix, S.A. a abonarle una indemnización por los daños y perjuicios irrogados al referido ayuntamiento.

»La sentencia de instancia considera que no obra en autos prueba alguna que con el mínimo grado exigible de certidumbre permita considerar acreditada una de las dos hipótesis planteadas por los profesionales cointerpelados. Y tras un detenido análisis de la actuación de ambos en el supuesto que se está enjuiciando, determina que el claro perjuicio ocasionado al Ayuntamiento de Eibar ha sido debido a la actuación negligente de aquéllos. Dicha actuación se concreta en que ha frustrado las legítimas expectativas del Ayuntamiento, tanto en orden a la lógica confianza depositada en ambos profesionales al encomendarles, respectivamente, la representación procesal y la defensa jurídica del caso, como a la privación del derecho al recurso que tenía, lo que propició la imposibilidad de revisión del fallo condenatorio, y su subsiguiente firmeza.

»En consecuencia condena solidariamente a los dos profesionales y a la aseguradora del Procurador -dentro de la cobertura exigible-, a satisfacer al Ayuntamiento de Eibar, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de doce millones de pesetas, más los intereses previstos en el *art. 921, 4º de la LEC*.

»Frente a esta decisión se alzan los recurrentes, con base en los argumentos reseñados en el fundamento jurídico primero de la presente resolución, y manteniendo en ésta alzada -como ya hemos señalado anteriormente-, igual actitud que en primera instancia. Es decir, cada uno de ellos atribuye al otro la responsabilidad de lo sucedido, negando vehementemente haber incurrido en responsabilidad alguna.

»Tercero. El nuevo examen de lo actuado, que comporta el recurso de apelación, ha permitido a esta Sala considerar que sí es posible hallar en autos alguna prueba cuyo grado de certidumbre permita decantar la convicción hacia una de las dos versiones contradictorias que presentan el Letrado Sr. Jose Manuel y el Procurador Sr. Juan Miguel .

»En realidad, la cuestión se limita a comprobar el grado de diligencia con que se desarrollaron el uno, el otro o ambos, habida cuenta de que su actuación -cada una en su ámbito-, es interdependiente.

»El abogado debe iniciar su actuación cuando es conocedor del emplazamiento. El procurador es quien debe dárselo a conocer; y, efectivamente, en carta del 5 de febrero de 1993, ya finado el plazo para comparecer ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, alega haberlo hecho en una carta anterior fechada el 16 de diciembre de 1992 , en la que decía haber enviado la copia del auto de emplazamiento de la

Audiencia de fecha 15 de diciembre de 1992 , mediante el que se tenía por interpuesto en tiempo y forma recurso de casación, y se le emplazaba a las partes para comparecer en el plazo de treinta días ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Además de esa copia del auto de emplazamiento decía haberle enviado también la "certificación de que habías intervenido en la instancia para poder personarte en el Supremo...".

»El Letrado Sr. Jose Manuel niega haber recibido esa primera carta de 16 de diciembre que, sin duda, se convierte en determinante pues su existencia justificaría la inactividad de aquél que ha sido tachada de falta de diligencia.

» Dicha certificación de la intervención profesional del letrado en la causa, ha sido, en efecto, solicitada por el Procurador a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, con fecha 10 de diciembre de 1.992 , y expedida el 15 de diciembre, pero entregada al solicitante en fecha 22 de diciembre, como certifica el Secretario de dicha Sala (folio 442 de autos).

»Mal podía, por lo tanto, haber enviado la certificación citada el día 16 de diciembre, como señala el procurador, lo que inmediatamente debe relacionarse con los hechos de que el abogado no recibiese la carta con la certificación, de que tampoco la carta no recibida hubiera sido devuelta y de que, habiendo afirmado el Sr. Juan Miguel en la segunda carta, de modo tajante el envío de la primera -y la certificación-, basara su seguridad en el recurso de revisar su archivo que, dada la importancia que cobra entonces como prueba, hubiera debido ser aportado, ya se tratase de un fichero, una agenda o cualquier otra modalidad de archivo.

»Así, ante la evidente contradicción de fechas en que incurre el Procurador, parece preciso exonerar de responsabilidad al Letrado, que se encuentra en este caso a merced de la actuación negligente del primero, sin que el argumento de que el celo del letrado debería haberse manifestado en recabar de modo más enérgico una actuación eficaz del procurador, habida cuenta de la importancia del asunto, sea suficiente para atribuir responsabilidad al Letrado.

»Cuarto. Ambas partes recurrentes señalan la imposibilidad de que un ente no personal como es un Ayuntamiento pueda experimentar "daño moral". Sin embargo, aún conociendo escasa precisión semántica al término, resulta frecuente su empleo (S.T.S. citada de 16-12-1996, de 11-11-1997, de 20-5-1996, entre otras), como antes se ha dicho en contraposición a "daño material" o "económico", pues al frustrarse el recurso, cualquier pronóstico sobre su resultado es meramente especulativo; pero es evidente que se han frustrado las expectativas del Ayuntamiento, impidiéndole ejercer su derecho de recurrir, con absoluta independencia del resultado. Así ha sido interpretado por la sentencia de instancia, y es también el parecer de esta Sala.

»Quinto. Ya ha sido advertida por la Juez "a quo" la extrema dificultad que entraña la fijación del "quantum" indemnizatorio, pues salvo la consideración del tope máximo representado por la cantidad líquida a que había sido condenado el Ayuntamiento de Eibar y cuya posibilidad de modificación se vio frustrada por la negligencia antedicha, los criterios que maneja para establecer dicho "quantum" sufren una brusca y diríamos que inevitable ruptura lógica al bajar a la cuantificación.

»Y ello no puede ser de otro modo, pues son criterios cualitativos e incluso reconocidos como relativos e imprecisos como los de "daño moral", err contraposición a "daño material", los que han de acabar siendo reducidos a un "quantum" (S.T.S. de 16-12-1996, RJ 8971).

»Así, la Juzgadora de instancia, a la hora de establecer el "quantum" indemnizatorio, toma en consideración las notas esenciales del recurso de casación; es decir, el carácter extraordinario y eminentemente formal de dicho recurso, en cuanto los motivos de casación se encuentran taxativamente señalados en la ley y son de estricta observancia, siendo necesario cumplir con rigor los requisitos exigidos. No se trata pues de una segunda instancia, al modo del recurso de apelación civil, que permite un "novum iudicium", es decir, permite el nuevo examen de una cuestión litigiosa sobre la que ha recaído ya sentencia definitiva; poniendo así de manifiesto el carácter restrictivo de dicho recurso.

»Al margen de estas consideraciones, cualquier especulación sobre la prosperabilidad del malogrado recurso es vana a efectos de la fijación del "quantum" como así reconoce la Juez "a quo".

»Así, la sentencia ha debido necesariamente dar el salto de la lógica de sus razonamientos a la toma de decisión al fijar el "quantum", salto para el que, insistimos, no hay más camino que el de la libre apreciación del juzgador. Resulta preciso respetar ese criterio, que la Sala comparte, manteniendo el "quantum" establecido en primera instancia, esto es, doce millones de pesetas, y ello porque su modificación no cuenta con ningún argumento o nuevo dato adicional que la justifique.

»Sexto. Por los argumentos expuestos debe estimarse el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Jose Manuel y desestimar el curso interpuesto por la representación procesal de D. Juan Miguel .

»Procede hacer modificación parcial al pronunciamiento hecho acerca de las costas procesales en la primera instancia, ya que la aplicación del criterio objetivo del vencimiento que establece el *art. 523 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* obliga imponer a la parte actora, las costas causadas en primera instancia, vinculadas a la intervención en autos del codemandado absuelto; manteniendo el pronunciamiento de la instancia con relación al codemandado cuyo recurso no se estima.

»De conformidad con el *art. 710-2º L.E.C .*, en relación con los pronunciamiento en costas en segunda instancia, deben imponerse las costas a la parte cuyo recurso se desestima y sin hacer expreso pronunciamiento respecto del que se estima».

QUINTO. - En el escrito de interposición del recurso de casación representado por la representación procesal de D. Juan Miguel se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «Al amparo de *núm. 4 del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *art. 1104 del Código Civil* , en relación con el *art. 5 de la ley de Enjuiciamiento Civil* y el *art. 14 del Estatuto General de los Procuradores .»*

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

A la vista de los hechos probados no existió proceder negligente por parte del recurrente.

Fue el Sr. Juan Miguel quien, por propia iniciativa, cautelarmente, como recoge la sentencia de primera instancia, presentó el escrito de preparación del recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, escrito que ni siquiera fue firmado por el Sr. Jose Manuel , sin el cual la sentencia habría adquirido firmeza, lo que demuestra su diligencia. El hecho de que posteriormente no haya podido acreditarse el envío del auto de emplazamiento, al negar su recepción el abogado director del pleito, no puede ser determinante del proceder negligente del recurrente, como tampoco la contradicción entre la carta dirigida al abogado sobre la entrega de la certificación para la habilitación profesional. Resulta absurdo pensar que un procurador retenga en su poder resoluciones judiciales, sin enviarlas al abogado director del pleito.

Cita las SSTs de 22 de marzo de 1983 y 18 de septiembre de 1984 sobre diligencia exigible a tenor del *artículo 1104 CC*. El recurrente se acomodó a esta racional diligencia exigible.

Motivo segundo. «Al amparo de *núm. 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *art. 1101 y 1106, ambos del Código Civil* y de la Jurisprudencia que los interpreta.»

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Al ser el demandante una persona jurídica, el Ayuntamiento de Eibar, no es susceptible de sufrir padecimientos morales, por lo que no procede conceder indemnización por este concepto, por lo que se produce la infracción de los preceptos citados. El daño moral viene constituido por el dolor psico-físico que se causa a una persona y encuentra plena justificación en los supuestos de personas físicas afectadas por actuaciones ilícitas de terceros (muerte, lesiones, perjuicios no materiales causados a una persona física).

Cita las SSTs de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984 sobre el concepto de daño moral.

En supuestos como el que nos ocupa, la indemnización que se concede, trata de indemnizar el sentimiento de frustración por el solo hecho de la pérdida de la oportunidad procesal: STS de 25 junio de 1998 , que compensa por "la sensación de frustración" o "insatisfacción de la pretensión". Pero, es claro, que el Ayuntamiento demandante no es susceptible de experimentar ese sufrimiento o insatisfacción.

Motivo tercero. «Al amparo de *núm. 4 del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción, del *art. 1101 del Código Civil* y de la jurisprudencia que lo interpreta.»

Para determinar la indemnización de daños y perjuicios que en supuestos como el presente puede corresponder al reclamante la sentencia recurrida, no analiza ni tienen en cuenta las posibilidades de éxito que el recurso pueda ofrecer.

En este caso el recurso de casación era totalmente inviable, no existía probabilidad alguna de que prosperara. A la vista de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y del escrito de formalización del recurso era previsible que este recurso ni siquiera fuese admitido. Consta en autos un dictamen emitido por el Colegio de Abogados de Pamplona, acompañado a autos por el codemandado Sr. Jose Manuel , que analiza con rigor la cuestión que nos ocupa y concluye que resulta altamente improbable que el recurso hubiese sido estimado por el Tribunal Supremo.

En este dictamen se analizan los motivos de recurso aducidos en el recurso de casación que no llegó a ser admitido por extemporáneo. Como se indica en este dictamen, la intangibilidad de los hechos recogidos en la sentencia impedían la estimación de los motivos del recurso, pues de tales hechos no se apreciaba la más mínima intervención del lesionado en el festejo taurino organizado por el Ayuntamiento en la causación del daño (argumento central del recurso de casación)

La STS de 16 de diciembre de 1996 , al tratar sobre la determinación del quantum indemnizatorio en estos supuestos, expresa que «sí pueden ser examinadas las posibilidades de que la acción, caso de haber sido temporáneamente ejercitada, hubiese prosperado, y partiendo de ello, y atendida la **cuantía litigiosa** ... fijar la indemnización». En el mismo sentido, STS de 20 de mayo de 1996.

Si se apreciase que el Sr. Juan Miguel actuó de forma negligente y que con su proceder causó un daño moral al Ayuntamiento demandante, la indemnización que en tal caso procedería, dada la improsperabilidad del recurso de casación, debió ser mucho más moderada.

De hecho, las resoluciones que hemos analizado y que en estos supuestos condenan a indemnizar por el daño moral que supone la privación de la oportunidad procesal, señalan una indemnización para el perjudicado que no supera el 1.000.000 ptas., cantidad que, en caso de condena para el Sr. Juan Miguel , no debería sobrepasar la indemnización que se señale.

Termina solicitando de la Sala «que habiendo por presentado este escrito me tenga por comparecido en la representación que ostento, en el recurso mencionado, por interpuesto el presente recurso de casación, y previos los trámites legales pertinentes, dicte sentencia en su día, casando y anulando la sentencia recurrida, por la que se desestime la demanda interpuesta por el Ayuntamiento de Eibar, absolviendo a mi representado de las peticiones contra él deducidas, con los demás pronunciamientos pertinentes, por ser de justicia que pido en Madrid a 16 noviembre 1999.»

SEXTO. - En el escrito de impugnación del recurso de casación presentado por la representación procesal del Ayuntamiento de Eibar (Guipúzcoa), se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al primer motivo. Se alega que la sentencia recurrida infringe los arts. 1104 CC en relación con el art. 5 LEC y el art. 14 del Estatuto General de los Procuradores , al considerar que no existe proceder negligente en la actuación del Sr. Juan Miguel .

Los artículos citados establecen las obligaciones del Procurador relativas a la transmisión al Abogado elegido por su cliente o por ellos mismos de todos los documentos, antecedentes o instrucciones que les remitan, o que ellos mismos puedan adquirir, haciendo cuanto conduzca a la defensa de su poderdante, bajo la responsabilidad que las leyes impongan al mandatario.

Es un hecho pacífico en las dos instancias que el recurrente no ha podido acreditar que enviara el auto de emplazamiento ante el Tribunal Supremo al abogado. La presentación por el recurrente del escrito de interposición de recurso de casación no desvirtúa el hecho de que no comunicó al Abogado ni al cliente dicho auto. Que tuviera una actuación diligente no significa que todas las demás lo sean, ya que el mismo reconoce en el recurso de casación: "El hecho de que posteriormente no podamos acreditar el envío del auto de emplazamiento,...".

La actuación de dicho profesional se incardina en un contrato de arrendamiento de servicios, (art.1544 CC), que de acuerdo con el Estatuto General de los Procuradores y la jurisprudencia, imponen al profesional actuar con diligencia mayor que la propia de un padre de familia.

Este motivo de casación debe ser desestimado al quedar acreditado que el procurador no actuó con la diligencia que sus obligaciones y responsabilidades le imponen.

Al segundo motivo. Se alega la infracción de los arts. 1101 y 1106 CC y de la jurisprudencia que los interpreta. Se basa en que las personas jurídicas no pueden padecer daños morales. Ambas sentencias son

coincidentes; lo que se indemniza es la frustración de las expectativas del Ayuntamiento, impidiéndole ejercer su derecho de recurrir, con absoluta independencia del resultado.

La STS de 11 de noviembre de 1997, (RJ 1997/7817), describe con precisión el perjuicio causado por la no interposición de un recurso y distingue un perjuicio material o económico y un perjuicio moral.

Si una Administración Pública, tiene como entidad, potestad, derecho y posibilidad de interponer un recurso, ante un Tribunal de Justicia, es lógico que la frustración de este derecho le cause un perjuicio, y es la frustración de este derecho a recurrir lo que debe ser indemnizado, porque luego estaría el perjuicio económico que se le pudiera haber causado, lo que diferencia el "daño moral" del "daño material o económico".

Al tercer motivo. Se impugna la cuantía de la indemnización, al no tener en cuenta las posibilidades de éxito que pudiera tener el recurso.

Respecto del quantum indemnizatorio, es acertada la cantidad fijada, pues de otro modo deberían condenar al recurrente por el total de la indemnización que tuvo que pagar el Ayuntamiento de Eibar.

Se reitera que no se solicita una indemnización por un perjuicio económico, sino por la frustración de las expectativas del Ayuntamiento, impidiéndole ejercer su derecho a recurrir, con independencia del resultado.

El escrito termina solicitando de la Sala «Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo teniendo por formalizada la impugnación al recurso de casación ordinario número 4466/99 interpuesto por la representación de don Juan Miguel y A.G.F. Unión Fénix S.A., frente a la Sentencia dictada en fecha 30 de junio de 1999, recaída en el Recurso de Apelación, Rollo de Menor Cuantía 335/97 sustanciado ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pamplona-Iruña, dimanante del Juicio de Menor Cuantía 268/97 del Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Pamplona y, previos los trámites legales oportunos, se dicte Sentencia confirmando la de la instancia por referirse a un acto de trámite no susceptible de ser recurrido, o subsidiariamente desestimando íntegramente el recurso al no concurrir el motivo alegado en su interposición, declarando la conformidad a derecho de los actos recurridos, con expresa imposición de las costas al recurrente.»

SÉPTIMO. - Para la deliberación y fallo del presente recurso se fijó el día 6 de julio de 2006, trasladándose, por necesidades del servicio al día 7 de julio de 2006 en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS quien expresa el parecer de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Antecedentes.

1. El Ayuntamiento de Eibar fue condenado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra a pagar una indemnización por daños y perjuicios por un importe de 52.400.000 pts. a raíz de la demanda interpuesta por quien había resultado herido en la Soka-muturra (festival taurino) organizada por ese Ayuntamiento.

2. Llegado el término de emplazamiento para formalizar el recurso de casación (esta actuación la había ordenado el Ayuntamiento), no se había producido la comparecencia, por lo que el recurso de casación tardíamente presentado fue declarado desierto.

3. Entablada demanda de responsabilidad civil por el Ayuntamiento contra su procurador, contra el abogado que había llevado el asunto y contra la aseguradora, el Juzgado estimó parcialmente la demanda por entender que ambos profesionales no habían acomodado su conducta al cumplimiento de sus obligaciones.

4. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por el abogado y, como consecuencia de ello, mantuvo la condena únicamente respecto del procurador y la aseguradora, por entender, en síntesis, que, siendo contradictorias las versiones de ambos profesionales, debía darse crédito a la afirmación del abogado sobre la falta de recepción de la notificación hecha al procurador.

5. Siguiendo la tesis del Juzgado, la indemnización se fijaba en 12 millones de pesetas, por entender

que, fuera de las características procesales del recurso malogrado, no debían valorarse las posibilidades de que éste prosperase a efectos de la fijación del quantum [cuantía de la indemnización] y, en consecuencia, debía regir el principio de libre apreciación, teniendo en cuenta que se habían producido daños morales al Ayuntamiento al privarlo del ejercicio de un recurso jurisdiccional.

SEGUNDO. - Motivo primero de casación.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo de *núm. 4 del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil [LEC 1881]*, por infracción del *art. 1104 del Código Civil*, en relación con el *art. 5 de la ley de Enjuiciamiento Civil* y el *art. 14 del Estatuto General de los Procuradores* .»

El motivo se funda, en síntesis, en que el procurador recurrente acomodó su conducta a una diligencia razonable, ya que preparó el recurso de casación a efectos cautelares, y el hecho de negar el abogado haber recibido la notificación y de haberse contradicho el procurador en las fechas es insuficiente para demostrar el proceder negligente de éste.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO. - Las obligaciones profesionales del procurador.

La calificación jurídica que corresponde a la relación entre un procurador y su cliente tiene carácter contractual. La falta de un modelo central de la relación de gestión determina que doctrinal y jurisprudencialmente se construya, quizá de manera no del todo satisfactoria, con elementos del mandato y del arrendamiento de servicios, que responden ambos a momentos históricos y necesidades sociales diferentes. Pueden citarse, entre otras muchas, las SSTS de 28 de enero de 1998, 25 de marzo de 1998, 3 de octubre de 1998, 23 de mayo de 2001, 7 de abril de 2003 y 11 de mayo de 2006, que acuden a la figura del mandato representativo, mientras que otras, como la STS 13 de 25 de noviembre de 1999 entiende aplicable el régimen del contrato de arrendamiento de servicios.

El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. La responsabilidad por negligencia o morosidad concurre cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber concurrido circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos.

En el caso examinado la sentencia recurrida -en el orden de fijación de los hechos que corresponde al órgano de apelación como competente para la valoración de la prueba no revisable en casación- afirma que el procurador recurrente no ha justificado de forma suficiente haber cumplido con su deber de entregar al abogado, como era menester, la copia de la resolución notificada a efectos de que éste pudiera tener conocimiento del plazo establecido para la formalización del recurso de casación y actuara en consecuencia.

El hecho de que el procurador haya preparado preventivamente el recurso no es demostrativo de que posteriormente no haya incurrido en la negligencia que se le imputa, que no se refiere al acto de la preparación del recurso, sino a la falta de comunicación del posterior emplazamiento al abogado para que éste pudiera preparar el escrito de formalización dentro del plazo establecido.

Asimismo, la inferencia que realiza la Sala de instancia, en el sentido de deducir la veracidad de las afirmaciones del abogado partiendo de la imposibilidad probada de que el procurador transmitiera al abogado la copia del auto notificado en el día en que dijo hacerlo, no resulta absurda ni contraria a la lógica, habida cuenta de que la diligencia exigible al procurador en el despacho de los asuntos le impone razonablemente la carga de tomar razón de la fecha en que se comunican al abogado las resoluciones notificadas, junto con la comprobación de que éstas han sido debidamente recibidas, especialmente si la comunicación tiene lugar por un medio, como es el antiguo correo, que no permite tener constancia inmediata y cierta de su recepción.

Esta Sala tiene declarado que el abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores (SSTS de 11 de mayo de 2006 y 27 de febrero de 2006), los cuales deben tener conocimiento de cuáles son sus obligaciones y facultades en

relación con las particularidades impuestas por su función de representación procesal en cada caso.

CUARTO. - Motivos segundo y tercero de casación.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo de *núm. 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *art. 1101 y 1106, ambos del Código Civil* y de la jurisprudencia que los interpreta.»

El motivo se funda, en síntesis, en que, al ser el Ayuntamiento una persona jurídica, carece de aptitud para sufrir padecimientos morales, que no son más que el dolor psicofísico que se causa a una persona, y la indemnización trata de indemnizar el solo hecho de la pérdida de la oportunidad procesal, según recoge la jurisprudencia.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo de *núm. 4 del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción, del *art. 1101 del Código Civil* y de la jurisprudencia que lo interpreta.»

El motivo se funda, en síntesis, en que para determinar la indemnización de daños y perjuicios la sentencia recurrida no analiza ni tiene en cuenta las posibilidades de éxito que el recurso podía ofrecer, cuando el recurso de casación era totalmente inviable, por lo que la indemnización debió ser, en todo caso, más moderada.

Ambos motivos, que están en estrecha relación entre sí, deben ser estimados.

QUINTO. - El daño moral.

Atendiendo a su origen, el daño causado a los bienes o derechos de una persona puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad física; o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral.

Desde esta perspectiva u otra análoga, -defendida por buena parte de la doctrina-no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho la tutela judicial efectiva. Esta Sala no ha rehuído en ocasiones, en un contexto descriptivo de su implicación con ese derecho fundamental, aplicar esta calificación a supuestos de frustración de acciones procesales, como pone de relieve la parte recurrida en su escrito de impugnación (especialmente, SSTS de 20 de mayo de 1996, 11 de noviembre de 1997, 25 de junio de 1998, 14 de mayo de 1999, 23 de mayo de 2001, 29 de mayo de 2003 y 14 de julio de 2005).

Sin embargo, en un contexto valorativo encaminado a la fijación del importe de la indemnización que procede establecer para compensar el daño, la dicotomía entre daños patrimoniales y morales tiene especial relevancia un marco tipológico distinto, seguido por la jurisprudencia para huir del riesgo de la llamada falacia (o «prejuicio») patrimonialista (según la cual no sería moral cualquier daño que afecte directa o indirectamente al patrimonio).

Desde esta nueva perspectiva, deben ser calificados como daños morales (figura borrosa, relativa e imprecisa: SSTS de 22 de mayo de 1995, 14 diciembre de 1996 y 5 de octubre de 1998 ; producto de un «descubrimiento jurisprudencial» que se inicia en la STS de 6 de diciembre de 1912), cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa (y de que éstos pertenezcan a personas jurídicas: SSTS de 14 de diciembre de 1994 y 20 de febrero de 2002), aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica (SSTS de 26 de junio de 1984, 6 de julio de 1990, 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998, 12 de julio de 1999, 27 de septiembre de 1999, 31 de mayo de 2001 y 23 de noviembre de 2004), incluyendo los que tienen su causa en el incumplimiento contractual (tendencia que se inicia con la STS de 9 de mayo de 1984, seguida, entre otras, de las SSTS de 12 de julio de 1999, 18 de noviembre de 1998, 22 de noviembre de 1997 y 20 de mayo de 1996, y culmina con la STS de 31 de mayo de 2000 -caso del retraso en el transporte aéreo-y las SSTS de 17 de febrero de 2005 y 28 de marzo de 2005 -caso del cambio con billetes falsos-,

aunque existe una importante corriente doctrinal que propugna relegar este supuesto al ámbito de la responsabilidad extracontractual) y los que afectan a la parte social del patrimonio moral de la persona incidiendo en la esfera de su honor, reputación y consideración.

Resulta, así, que los daños originados en el ámbito del patrimonio económico de una persona pueden ser no sólo patrimoniales, sino también morales (el llamado por la ley premio de afección de los bienes expropiados puede ser un ejemplo de ello: artículo 47 de la Ley de Expropiación forzosa); los que afectan a su patrimonio biológico pueden ser de carácter moral o de carácter patrimonial (como admite expresamente el sistema de tasación legal de los daños corporales derivados del uso y circulación de vehículos de motor: *artículo 1.2 de la Ley de Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor*); y los daños producidos en el ámbito del patrimonio moral, que son los que aquí interesan, pueden ser de naturaleza patrimonial (llamados a veces daños patrimoniales indirectos o daños morales impropios) y no sólo moral (según admite implícitamente el *artículo 9.3 de la Ley Orgánica de Protección civil* del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen).

SEXTO. - Distinta valoración del daño moral y del patrimonial.

El mayor margen de discrecionalidad en la determinación del importe de la indemnización correspondiente a la producción de daños morales, y el menor en el caso de la correspondiente a los daños patrimoniales, está en relación con su respectiva naturaleza, aunque, en puridad, no depende directamente de ella, sino más bien de la certeza que se tiene en cuanto a su producción. No es lo mismo, por ejemplo, en el ámbito estricto del daño patrimonial, la valoración del daño emergente (que puede sujetarse a pautas de certeza en la prueba cuyo desconocimiento equivale a la negación misma del derecho a la tutela judicial) que la del lucro cesante, pues la de este último únicamente puede establecerse mediante una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (STS de 26 de septiembre de 2002). Un mismo daño patrimonial, como ocurre con la pérdida de retribuciones por incapacidad, debe ser objeto de criterios muy distintos de valoración según se refiera a un período determinado y conocido de incapacidad o bien a la incapacidad de una persona durante su vida futura.

El daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia inveteradamente viene poniendo de manifiesto. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum [cuantía] indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas.

El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, como si de éste se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto. Esto ocurre cuando el daño ha consistido en la privación irreversible de la posibilidad de obtenerlo, es decir, en la pérdida de oportunidades para el que lo padece.

SÉPTIMO. - El daño originado por la frustración de acciones judiciales.

Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial (aun cuando, insistimos, en un contexto descriptivo, ligado a la llamada a veces concepción objetiva, el daño padecido pueda calificarse como moral, en cuanto está relacionado con la privación de un derecho fundamental), el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones -y, desde luego, en el caso enjuiciado- tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza.

No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales: SSTs de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006); pues, aunque ambos procedimientos resultan indispensables, dentro de las posibilidades humanas, para atender al principio *restitutio in integrum* [reparación integral] que

constituye el quicio del Derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo.

Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral pueden existir en esta privación, al menos en circunstancias normales.

La STS de 16 de diciembre de 1996, invocada por la parte recurrente, sostiene, en este sentido que «[r]especto a la determinación del "quantum" indemnizatorio, las dificultades que presenta la misma en esta clase de procesos no impide que el juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los daños y perjuicios causados por la actuación negligente del Letrado demandado y si bien esa indemnización no puede consistir en lo que los actores hubieran podido percibir como indemnización de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del esposo y padre de los actores en el procedimiento en que se dio la actuación negligente a que se contrae este litigio, trasponiendo a este pleito aquella indemnización como hace la Sala "a quo" mediante un estudio de la acción que no llegó a prosperar al ser estimada la excepción de prescripción, sí pueden ser examinadas las posibilidades de que la acción, caso de haber sido temporáneamente ejercitada, hubiese prosperado [...]».

A su vez, la STS de 20 de mayo de 1996 declara que «ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse al alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del Procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible [...]».

La STS de 21 de marzo de 2006 declara que «en supuestos de daños materiales, como son los aquí reclamados, esta Sala ha fijado el quantum indemnizatorio en lo dejado de percibir o que pudiera haberse obtenido, de no mediar la conducta negligente del Abogado o Procurador, así en sentencias, entre otras, de 17 de noviembre de 1995, 28 de enero y 3 de octubre de 1998, pero siempre cuando la existencia del daño, atendidas las circunstancias, se revelaba de forma patente e indiscutible.»

OCTAVO. - Conclusión sobre la estimación de los motivos.

Por ello no puede ser aceptada la tesis de la sentencia impugnada, que reproduce en este punto la doctrina de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que no es procedente entrar en la valoración de las posibilidades de éxito en el ejercicio de la acción impugnatoria encaminada a lograr la casación de una sentencia que condenaba al Ayuntamiento al pago de una elevada cantidad económica.

En efecto, al sentar esta doctrina, la sentencia de instancia aplica el criterio de la libre discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que, aun teniendo relación en su origen con la privación del ejercicio de un derecho fundamental, no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia, acerca de la pérdida de oportunidades padecida en función de las posibilidades de buen éxito del recurso interpuesto en relación con el interés económico objeto de la reclamación.

Esta circunstancia determina la procedencia de casar la sentencia impugnada, pues, aun cuando nuestra jurisprudencia declara que la cuantificación de las indemnizaciones es competencia exclusiva de los órganos judiciales, valorando caso por caso las pruebas practicadas en autos, cabe la revisión en casación cuando en la fijación de las bases para determinar la indemnización se incurre, como aquí sucede, en la infracción de un criterio jurisprudencial en la aplicación de las normas legales invocadas como fundamento de los motivos de casación.

NOVENO. - La estimación de los dos motivos de casación comporta la procedencia de casar la sentencia recurrida y la necesidad de resolver el asunto asumiendo funciones de instancia, lo que conduce, en coherencia con lo razonado, a los siguientes pronunciamientos:

1) Es procedente mantener el pronunciamiento de la sentencia de apelación, no impugnado en este recurso de casación, en relación con la absolución del abogado que defendió al Ayuntamiento.

2) Es procedente estimar parcialmente la demanda en relación con el procurador demandado, condenándolo al pago de una indemnización por apreciarse negligencia del cumplimiento de sus deberes profesionales.

3) Para la fijación del importe de la indemnización debe efectuarse una previsión en relación con las posibilidades de éxito de la acción impugnatoria contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, teniendo en consideración el importe de la condena recaída.

4) Desde esta perspectiva, la naturaleza del asunto, las características limitadas del recurso de casación en el ámbito contencioso-administrativo, y el examen del dictamen del Colegio de Abogados, conducen a la conclusión de que el recurso, aunque ni siquiera con el carácter presuntivo con que necesariamente debe realizarse esta valoración puede afirmarse que fuera a ser desestimado, tenía escasas posibilidades de éxito, habida cuenta de que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, en el ámbito de fijación de los hechos que le compete, y que resulta imposible revisar en casación, realiza una serie de afirmaciones que implican un funcionamiento anormal de servicio, suficiente en casos semejantes, según la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, para apreciar responsabilidad en las entidades locales organizadoras de festejos populares. Corrobora esta conclusión las afirmaciones efectuadas a lo largo del proceso según las cuales el abogado inicialmente consideraba que existían escasas oportunidades de que prosperase el recurso de casación, las cuales no han sido desmentidas, así como el propio texto del recurso de casación que fue final y extemporáneamente presentado, del cual se infiere que la impugnación de la sentencia trataba de apoyarse, a) por una parte, en argumentos relacionados con la improcedencia de aplicar al festejo las normas relativas a los festejos taurinos, en una argumentación, que, independientemente de las dificultades que presenta objetivamente, no parece suficiente, atendida la descripción fáctica que efectúa la sentencia, para considerar inexistentes las circunstancias determinantes de anormalidad en el servicio que la Sala hace constar, las cuales se refieren a aspectos de organización material del festejo y no sólo a la dirección y condiciones técnicas del mismo; y b) por otra parte, en la existencia de negligencia por parte de la víctima, mediante afirmaciones de hecho cuya compatibilidad con las declaraciones de la sentencia impugnada es, cuando menos, discutible.

5) Atendidos estos antecedentes y consideraciones, esta Sala estima procedente conceder una indemnización similar a la otorgada en supuestos similares de escasas posibilidades de procedibilidad del recurso y por ello la fija en la cuantía de 12 000 €.

6) Resulta procedente mantener el pronunciamiento de condena al pago de la aseguradora en los mismos términos que resulta de la sentencia de primera instancia, si bien, por razones de coherencia procesal, limitada al ámbito de la indemnización reconocida, así como, en los mismos términos, el pronunciamiento sobre abono de intereses procesales desde la fecha de esta sentencia, habida cuenta de en ella se fija de manera definitiva la cuantía de la indemnización que procede abonar, separándose del criterio seguido en la sentencia de apelación.

7) Deben aplicarse las pertinentes consecuencias en cuanto a las costas originadas, todo ello de acuerdo con lo establecido en el *artículo 1715, en relación con el 896, LEC 1881*.

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

FALLAMOS

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Juan Miguel contra la sentencia de 30 de junio de 1999, dictada por Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra en el rollo civil No. 332/98, cuyo fallo dice:

«Fallo. Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Moreno de Diego, en representación de D. Jose Manuel y asumiendo su propia defensa, frente a la Sentencia de fecha 3 de septiembre de 1998 , dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia núm. Uno de

Pamplona, en autos de Juicio de Menor Cuantía nº 268/97, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Juan Miguel y A.G.F. Unión Fénix, S.A., representados por el Procurador Sr. Laspiur García y defendidos por el Letrado Sr. Beguiristáin Gúrpide, frente a la referida sentencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, y en su lugar estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Beunza Arbonies en representación del Ayuntamiento de Eibar debemos condenar a D. Juan Miguel y a la compañía de seguros A.G.F. Unión y Fénix, S.A., a satisfacer al Ayuntamiento de Eibar la suma de doce millones de pesetas (12 000 000 ptas.), más los intereses previstos en el *art. 921-4 de la L.E.C.* , declarando la obligación al pago de la aseguradora cointerpelada solidaria respecto a D. Juan Miguel , hasta el límite de cinco millones de pesetas (5 000 000 ptas.). Absolviendo libremente a D. Jose Manuel de la responsabilidad que se le imputa solidariamente.

»Imponiendo a la parte actora las costas causadas en primera instancia, derivadas de la intervención en autos del codemandado absuelto; ratificando el pronunciamiento de la instancia con respecto a las costas relacionadas con la parte de la pretensión que se estima parcialmente.

»No procede verificar especial imposición acerca de las costas originadas por el recurso interpuesto por D. Jose Manuel .

»Debiendo condenar a D. Juan Miguel y a la compañía de seguros A.G.F. Unión y Fénix, S.A., al pago de las costas procesales causadas en esta alzada por la interposición del recurso».

2. Casamos la expresada sentencia y la declaramos sin valor ni efecto alguno en cuanto al importe de la indemnización fijada en 5 000 000 pts. y en cuanto a la imposición de costas a D. Juan Miguel y a la compañía de seguros Unión y Fénix S. A., y la mantenemos y declaramos firme en todo lo demás.

3. En su lugar, declaramos que la indemnización que debe satisfacer el condenado, a la que se refiere también la obligación de la aseguradora y el pago de los intereses desde la fecha de esta sentencia, es la de 12 000 €.

4. No ha lugar a imponer las costas de la apelación a D. Juan Miguel y a la compañía de seguros Unión y Fénix S. A., ni a la condena en las costas de este recurso de casación. Devuélvase el depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Ríos.- Jesús Corbal Fernández.-Vicente Luis Montés Penadés.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.