

EDJ 2008/60801

Audiencia Provincial de Madrid, sec. 10ª, S 11-3-2008, nº 229/2008, rec. 466/2007

Pte: Illescas Rus, Angel Vicente

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.210 , art.214 , art.215 , art.218 , art.225 , art.283.3 , art.285.2 , art.287 , art.359 , art.376 , art.394 , art.398 , art.399 , art.437 ,
art.445 , art.446 , art.459 , art.460.1 , art.659 , art.859 , art.862 , art.863 , art.1692.4 , art.1693 , art.1715.1

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.357

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
art.11.1 , art.238 , art.442.1

Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro
art.23 , art.76

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.3 , art.15 , art.18.1 , art.24.1 , art.24.2 , art.120.3

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1.7 , art.7.1 , art.634 , art.636 , art.1101 , art.1104 , art.1106 , art.1183 , art.1214 , art.1248 , art.1258 , art.1502.1510 , art.1544
, art.1591 , art.1760 , art.1902 , art.1964 , art.1968.2 , art.1969

RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil
art.359 , art.524 , art.628

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ABOGADOS

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Contenido del contrato

Responsabilidad

CONTRATO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Requisitos

Existencia de daños o perjuicios

FICHA TÉCNICA

Legislación

Aplica Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.11, art.238, art.442.1 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro

Aplica art.3, art.15, art.18.1, art.24, art.120.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica RD de 24 julio 1889. Código Civil

Aplica art.359, art.524, art.628 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Cita RD 2090/1982 de 24 julio 1982. Estatuto General de la Abogacía

Cita art.878 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Bibliografía

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

Definiciones

sententia debet esse conformis libello

ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, en fecha 23 de febrero de 2007, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO: "Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora D^a Susana Sánchez García en nombre de Preventiva Compañía de Seguros y Reaseguros frente a D. Jorge representado por la Procuradora D^a Isabel Cañedo Vega, debo absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos de la demanda. Con expresa imposición de costas al actor."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 26 de febrero de 2008, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 10 de marzo de 2008.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución recurrida en todo cuanto no aparezca contradicho o desvirtuado por los que se expresan a continuación

SEGUNDO.- (1) A través de la demanda rectora de las actuaciones a que se contrae el presente Rollo, formulada mediante escrito con entrada en el Registro General de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid en fecha 15 de noviembre de 2005, la representación procesal de la entidad mercantil «Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» ejercitaba acción personal de condena pecuniaria frente a D. Jorge, por «.. responsabilidad civil derivada de los perjuicios sufridos por Preventiva por la falta de ejercicio de las acciones legales pertinentes frente a D. Antonio y D. Leonardo y las aseguradoras Cresa y Generali para recuperar los gastos y perjuicios sufridos por Preventiva como consecuencia del siniestro acaecido el 21 de junio de 1989..». Tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimaba de aplicación, los cuales se han de dar aquí por reproducidos en gracia a la economía procesal, terminaba solicitando que se dictase «.. sentencia que verse sobre los siguientes extremos: 1. La existencia de responsabilidad civil profesional del demandado D. Jorge. 2. La obligación de pago de los daños y perjuicios causados a mi representada por el demandado D. Jorge, por importe de cuatrocientos ochenta mil cuatrocientos ochenta y nueve euros con veintidós céntimos (480.489,21 euros). 3. La condena al demandado al pago de las costas de este juicio».

(2) Junto a escrito con entrada en el Registro General en fecha 22 de diciembre de 2005 la representación procesal de la entidad actora acompañaba modelo de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil.

(3) Turnado el conocimiento de la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de los de Madrid, no fue hasta el 16 de febrero de 2006 en que por la Secretario Judicial se dio cuenta de la presentación de los antecitados escritos, y por Auto de la misma fecha se acordó la admisión a trámite de la misma y la comunicación de las copias presentadas a la parte demandada con emplazamiento para que, de convenirle, pudiera comparecer y contestar en tiempo y forma legales.

(4) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 3 de abril de 2006 compareció en las actuaciones la representación procesal del demandado D. Jorge y evacuó trámite de contestación a la demanda oponiéndose a su acogimiento. Tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimaba de aplicación, los cuales se han de dar aquí por reproducidos en gracia a la economía procesal, terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que «.. acuerde desestimar íntegramente esa demanda, con imposición de costas a la parte actora».

(5) Por proveído de 7 de abril de 2006 se acordó convocar a las partes a la celebración de la audiencia previa para el día 18 de mayo inmediato siguiente, en el que se celebró con asistencia de ambas partes y el resultado que en autos obra y se expresa.

(6) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 16 de mayo de 2006, la representación procesal de la entidad mercantil «Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» evacuó alegaciones en relación con determinados documentos presentados por la parte demandada aduciendo ser «.. privada de personas que no son parte en este procedimiento..», e interesaba copia testimoniada de la totalidad de documentos presentados por el demandado. Dicho escrito figura unido a los autos con posterioridad al acta extendida en el acto de la audiencia previa.

(7) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 17 de mayo de 2006, la representación procesal de la entidad mercantil «Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» evacuaba alegaciones complementarias y aportaba documentos. Dicho escrito figura unido a los autos con posterioridad al acta extendida en el acto de la audiencia previa.

(8) Por diligencia de constancia de fecha 24 de mayo de 2006 se acordó pasar los autos a S.S.^a para resolver acerca de los escritos presentados. Y no fue hasta el 7 de junio inmediato siguiente en que por proveído se acordó comunicar los mismos y los documentos presentados a la respectiva parte contraria de conformidad con lo prevenido en el art. 287 LEC EDL 2000/77463, por plazo de quinto día.

(9) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 26 de junio de 2006 la representación procesal del demandado D. Jorge evacuó alegaciones en relación con las manifestaciones efectuadas de contrario y de la impugnación por la parte actora de los documentos presentados con el escrito de contestación.

(10) Asimismo, mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 26 de junio de 2006 la representación procesal del demandado D. Jorge interponía recurso de reposición frente al proveído de 7 de junio inmediato anterior en la que se acordaba unir los documentos presentados por la parte actora e intreresaba la revocación de la misma y que se acordase la inadmisión del escrito y documentos presentados de contrario.

(11) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 1 de septiembre de 2006, la representación procesal de la entidad mercantil «Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» solicitaba del Juzgado «a quo» la expedición de testimonio de particulares comprensivo de los escritos de demanda y contestación así como de los documentos presentados junto a este último.

(12) Por proveído de 19 de septiembre de 2006 se acordó diferir al acto del juicio la resolución acerca de la prueba documental calificada de ilícita; tener por interpuesto el recurso de reposición intentado y darle curso; y requerir a la parte solicitante del testimonio la comparecencia en el Juzgado para la designación de particulares. Comparecencia que se verificó en fecha 27 de septiembre inmediato siguiente.

(13) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 28 de septiembre de 2006, la representación procesal de la entidad mercantil «Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» evacuó impugnación del recurso de reposición interpuesto de contrario interesando su desestimación.

(14) En fecha 3 de octubre de 2006 se celebró el acto del juicio con asistencia de ambas partes. Practicadas las pruebas propuestas y admitidas como pertinentes que pudieron tener lugar con el resultado que en autos obra y se expresa, quedaron los autos conclusos para sentencia.

(15) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 29 de noviembre de 2006, la representación procesal de la entidad mercantil «Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» solicitaba del Juzgado «a quo» que se facultase a la parte actora para la interposición de querrela frente al demandado por «injurias y calumnias vertidas en juicio». Por proveído de 5 de febrero de 2007 se acordó otorgar la licencia interesada.

(16) En fecha 23 de febrero de 2007 la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de los de Madrid dictó sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda interpuesta.

(17) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 13 de marzo de 2007, la representación procesal de la entidad mercantil «Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» intreresó del Juzgado «a quo» que tuviera por preparado recurso de apelación frente a la sentencia recaída.

(18) Por proveído de 26 de marzo inmediato siguiente se acordó tener por preparado el recurso de apelación intentado y emplazar a la recurrente para su interposición en tiempo y forma legales.

(19) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 3 de mayo de 2007, la representación procesal de la entidad mercantil «Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» interpuso el recurso de apelación anunciado fundándolo en las siguientes «.. ALEGACIONES

PRIMERA.- La sentencia recurrida desestima la demanda de responsabilidad civil profesional que en su momento presentó esta parte contra el Letrado Jorge , en reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios por incumplimiento de sus obligaciones (responsabilidad profesional) para con mi mandante y derivada de los perjuicios sufridos por Preventiva por la falta de ejercicio de las acciones legales pertinentes contra D. Antonio y D. Leonardo y las aseguradoras Cresa y Generali para recuperar los gastos y perjuicios sufridos por Preventiva como consecuencia del siniestro acaecido el 21 de julio de 1989, por los motivos y las circunstancias reseñadas en el escrito de demanda, que fundamentalmente se basaban en:

-La omisión de la diligencia mínima exigible en el ejercicio de las acciones civiles encomendadas por mi mandante a D. Jorge para resarcirse de los perjuicios patrimoniales, morales y de imagen que le había causado el siniestro padecido en sus oficinas de Barcelona en 1989.

-La ocultación de dicha inactividad informando verbalmente y emitiendo informes que no se ajustaban a la realidad por parte del demandado, de modo que engañaba a mi patrocinada sobre la real situación y la falta absoluta de ejercicio de las acciones legales pertinentes que le habían sido encomendadas al demandado.

-A consecuencia de la mencionada negligencia, se ha producido para mi mandante la imposibilidad de resarcirse de los daños y perjuicios sufridos debido al no ejercicio en tiempo y forma de las acciones civiles pertinentes de reclamación frente a los responsables, habiendo prescrito la acción contra las aseguradoras y no habiendo posibilidades de recobro respecto de los profesionales.

Frente a esta pretensión, el demandado se opuso aduciendo que no interpuso acción alguna por ser el Arquitecto Sr. Antonio "amigo personal" del "accionista mayoritario" de mi mandante, recibiendo instrucciones de limitar su actuación legal a interrumpir sistemáticamente la prescripción; y que las acciones civiles que pudiesen corresponder a mi mandante contra Arquitecto y Aparejador con sus Compañías Aseguradoras no han prescrito.

La sentencia que recurrimos declara la desestimación de la demanda y la absolución al demandado de los pedimentos de la demanda, y la expresa imposición a mi mandante del pago de las costas de este procedimiento. En su fundamento de derecho tercero establece que no ha prescrito ninguna acción, a pesar de que declara probado que la última interrupción de la acción civil es del año 2000, y que subsiste la acción contra el Arquitecto y el constructor, como también frente a los aseguradores de su responsabilidad "al ser el plazo de la acción directa el establecido para el ejercicio de la acción del perjudicado frente al asegurado", plazo que considera es de quince años. En el fundamento de derecho cuarto establece que no hay pérdida de oportunidad por cuanto todos los derechos a reclamar frente al arquitecto, constructor y aseguradora "permanecen intactos" y finaliza afirmando que "Declarándose acreditado por las manifestaciones efectuadas en el acto del juicio que la conducta del demandado no ha impedido en modo alguno el ejercicio de ninguna acción."

SEGUNDO.- PRONUNCIAMIENTOS RECURRIDOS

Este recurso se extiende a todos los pronunciamientos contenidos en la sentencia que se recurre: la desestimación de la demanda y la absolución al demandado de los pedimentos de la demanda, y la expresa imposición a mi mandante del pago de las costas de este procedimiento.

TERCERO.- MOTIVACIÓN DEL RECURSO.

1.- APELACIÓN POR INFRACCIÓN DE NORMAS Y GARANTIAS PROCESALES: NULIDAD POR ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA e INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Esta parte debe denunciar la infracción de los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 en relación con los artículos 24 y 120,3 de la Constitución EDL 1978/3879 en relación con el denominado "vicio de incongruencia" al no resolver la sentencia sobre la ilicitud de algunas pruebas aportados por el demandado, y sobre la petición de responsabilidad civil profesional del demandado por el incumplimiento del deber de información y las mentiras vertidas por el demandado sobre la situación del procedimiento.

Del mismo modo esta parte debe denunciar la infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 en relación con el artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 y el 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, en relación con la admisión de pruebas cuya ilicitud fue solicitada por esta parte, admisión de dichas pruebas que fue protestada oportunamente como consta en el acto del juicio oral.

En la contestación a la demanda, el demandado incorporó muy numerosa documentación privada de mi mandante y de otras personas no partes de este procedimiento.

Así, en el escrito de contestación del demandado se ha vertido un denominado "Hecho Previo" que titula "Las verdaderas motivaciones de esta demanda y la mala fe procesal de la actora", en el que no sólo se vierten expresiones realmente contrarias a la verdad e injuriosas hacia personas que no son parte en este procedimiento, sino que se aportan documentos que son privados y que en nada tienen que ver con el objeto del presente procedimiento y con las partes del mismo:

-el denominado documento número cuatro de la contestación, que es definido en el escrito de contestación como "actas de esas reuniones privadas" y en que se refiere a "reuniones privadas entre los cuatro hermanos" Rosario Hugo Blas (página 2 de la contestación).

-el denominado documento número cinco de la contestación, que es definido por el demandado como "documentación notarial y judicial acreditativo de la fuerte conflictividad familiar existente" (página 3 de la contestación).

-el denominado documento número seis de la contestación, que es definido por el demandado como "borrador de acuerdo" que "firman todos los miembros de la familia" y que dice es "exponente ... de la absoluta confianza que la familia profesaba ..." al demandado (página 3 de la contestación).

-el denominado documento número siete de la contestación, que es definido por el demandado como "informe emitido por mi representado a solicitud de D. Hugo ". Dicha aportación de documentos en los que se trata de involucrar a D. Hugo, como este supuesto informe, es especialmente deleznable para todos los que tenemos el honor de trabajar para la Compañía dada la impecable trayectoria personal y profesional de D. Hugo, ahora aquejado de una grave enfermedad y en una muy avanzada edad (página 4 de la contestación).

-el denominado documento número ocho de la contestación, que es definido por el demandado como "distintas misivas enviadas ... a D. Hugo " (página 5 de la contestación).

-el denominado documento número nueve de la contestación, que es definido por el demandado como "el borrador de carta" que D. Hugo "posteriormente fue enviado a sus cuatro hijos" (página 5 de la contestación).

-el denominado documento número doce de la contestación, que es definido por el demandado como "la demanda" que presenta un Abogado -Luis David Merchán Yuste- por cuenta de la Compañía, procedimiento en el que el demandado no es parte (página 6 de la contestación).

-el denominado documento número trece de la contestación, que es definido por el demandado como otro "borrador de carta" que posteriormente D. Hugo enviaría a sus hijos (página 7 de la contestación).

Fue protestada su inclusión en el procedimiento al amparo de lo previsto en el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 en escrito presentado con anterioridad a la Audiencia Previa el 10 de mayo de 2006 y reproducida su protesta en la Audiencia Previa y en el acto del juicio.

En el propio acto del juicio, el demandado Jorge reconoció que nadie le ha autorizado ni consentido ni conocido esa aportación de documentación privada (copia de la reproducción videográfica del juicio de modo reiterado en la declaración del demandado, aproximadamente en trece minutos de grabación -minutos 11:30 a 24- se reproducen diferentes preguntas y contestaciones en relación con dicha documentación, reconociendo el demandado que nadie ha consentido ni conocido la revelación de la documentación, y que fue documentación entregada por él a su Letrado).

Además de esta documentación privada, se aporta por el demandado otra documentación de mi mandante absolutamente ajena a este pleito.

La introducción de esta documentación es ilícita y produce indefensión a mi patrocinado que no puede articular una defensa ante este tipo de hechos que vulnera diferentes derechos constitucionales (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) vulnerándose las reglas de la buena fe en el sentido previsto en el artículo 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754.

Solicitamos que se declare la nulidad de la sentencia apelada al no realizar pronunciamiento alguno sobre la ilicitud de dicha prueba, debiendo retrotraerse las actuaciones a dicho momento procesal en que no se resuelve sobre la citada documentación aportada a este procedimiento, con -dicho sea con el debido respeto- menoscabo del honor, la dignidad y la intimidad y la propia imagen de mi patrocinado

de personas ajenas a este procedimiento. Entendemos vulnerados por tanto los artículos 15 y 18,1 de la Constitución EDL 1978/3879 además de todos los mencionados (Convenio Europeo de Derechos Humanos, Código Penal EDL 1995/16398 ,...) al formular protesta en el acto de la vista, y de conformidad con el artículo 225 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , en relación con el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , por lo que solicitamos que se declare la nulidad de todo lo actuado desde ese momento de la vista del juicio.

De otro lado, la falta de resolución en la sentencia acerca de esta cuestión, a pesar de la reiteración en la denuncia de esta ilícitud en la aportación de esta documentación, dando por supuesta la validez de todas las pruebas incorporadas al procedimiento, quebrantando así el deber de exhaustividad y congruencia que impone el artículo 218 de la Ley Procesal Civil EDL 2000/77463 .

Del mismo modo, la sentencia recurrida incurre de nuevo -dicho sea con todo respeto- en incongruencia al no resolver sobre otras pretensiones de la demanda de esta parte por lo que no ha decidido sobre todos los puntos litigiosos del debate.

Así en la demanda se reclamaba entre los motivos de responsabilidad civil profesional del demandado el incumplimiento de un deber básico de todo Letrado como es la información al cliente, no sólo la pérdida indebida de oportunidades procesales.

En los fundamentos de derecho de la demanda se dice literalmente - dejando acotados a efectos de brevedad la totalidad de la demandacomoo alguna de las bases de la reclamación:

"El deber de fidelidad del Letrado a su cliente es de construcción jurisprudencial, y a él alude la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998 (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O "Callaghan Muñoz), según la cual dicho deber engloba otros dos que son los siguientes:

- 1.- Custodia de documentos.
- 2.- Información al cliente.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo 1998 y de 14 de mayo 1999, y, en las que el Tribunal Supremo condena por incumplimiento del deber de información. Es cierto que la obligación de información es una obligación, impuesta por exigencia de la buena fe en su función normativa, ex artículo 1258 CC EDL 1889/1 , o, si se quiere, demandada por la Ley General de Consumidores y Usuarios, marco de referencia a la obligación de información en los contratos suscritos entre profesional y consumidor y usuario; pero es, también, una obligación de resultado, a diferencia de la obligación de realizar una determinada labor de asesoramiento o defensa que per se es una obligación de medios. Este dato característico de la obligación de información como una obligación de resultados, facilita la apreciación de cumplimiento o no de la misma a efectos de establecer la obligación indemnizatoria en caso de incumplimiento. Lo realmente novedoso (para la prestación de servicios del abogado, no así para otras profesiones, como la médica, en las que la obligación de información es una necesidad elevada a la categoría de derecho de la personalidad) de las sentencias a las que nos referimos fue, en su momento, el reconocimiento de una obligación de información como consecuencia de la relación contractual que le une con su cliente, sin que existiera una apoyatura legal y expresa que estableciera o regulara esta obligación del letrado. Así, una vez que el juzgador considera que la información es una obligación que el abogado asume como consecuencia de la relación contractual que le une a su cliente, comprobar su cumplimiento o no, es tarea fácil para el órgano judicial: basta apreciar la existencia o no de información, o, en su caso, la suficiencia o no de ésta.

(..)

Vuelve a aparecer la noción de daño moral ligado a la privación del ejercicio de acciones procesales como consecuencia de la negligencia del abogado que lo representa y defiende, en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1999; aunque esta vez el daño moral tiene su origen el incumplimiento de una obligación de resultado (la obligación de información) que el abogado asume como consecuencia del contrato que le une con su cliente.

(...)" y se citan la normativa de protección de los consumidores y los artículos del Estatuto de la Abogacía, y otras Sentencias del Tribunal Supremo como las de 8 de abril y 12 de diciembre de 2003, entre otras.

En el presente caso, ha quedado absolutamente probado el incumplimiento de la citada obligación de información por el demandado; es más, ha quedado probado que el demandado ha engañado de manera reiterada a mi mandante. Todo ello queda acreditado por la muy abundante documentación acompañada a los autos y cuya veracidad no ha sido impugnada. Así:

En la demanda,

-Documento número dos copia del Acta del Consejo de Administración de 13 de diciembre de 2004 -en dicha acta quedan reflejadas las manifestaciones del demandado, claramente contrarias a la realidad, donde D. Jorge , siendo uno de los Consejeros de mi mandante, dio cuenta, por medio de informes escritos, al Consejo de Administración en fecha 13 de diciembre de 2004 de la situación y antecedentes de esta supuesta reclamación-.

-Documento número tres informes enviados por el demandado junto con la certificación emitida por el Secretario del Consejo de Administración acreditando que dichos informes fueron entregados por el demandado y que constan incorporados al acta como documentos anejos. En estos informes, emitidos por D. Jorge , se afirma la existencia de acciones legales en vía civil desde el año 1998 contra los responsables de los daños y perjuicios causados a Preventiva.

En el escrito de alegaciones complementarias de 11 de mayo de 2006, presentado el 17 de mayo de 2006:

-Documento número quince de la demanda -primero de este escrito de alegaciones-, Certificación del Secretario del Consejo de Administración del Acta del Consejo de la Compañía en su reunión del día 10 de mayo de 2006 junto con las otras materias objeto de deliberación del mismo. En el citado Consejo, en relación con la contestación, se han hecho manifestaciones de diversas personas conocedoras de la real actitud y comportamiento del demandado. Absolutamente todos los miembros del Consejo de Administración

habían sido informados por el demandado de que ya había iniciado hacía años acciones legales contra el arquitecto y el constructor, los señores Antonio y Leonardo y sus aseguradoras, lo cual se reveló absolutamente falso.

-Documento número dieciséis de la demanda -segundo de este escrito de alegaciones-. En el escrito de contestación del demandado se ha afirmado que la demanda de reclamación que se le encomendó fue entregada al Procurador de Barcelona D. Jordi Fontquerni Bas. Examinados todos los poderes otorgados por la Compañía a través del demandado, se aprecia que el primer poder conferido a dicho Procurador fue en Escritura de poder otorgado el día 9 de diciembre de 2004 ante el Notario D. Antonio Huerta Trolez con el número 2809 del Protocolo del Notario de Madrid D. Francisco Javier Cedrón López Guerrero.

Si toda esta prueba documental no es suficientemente expresiva del hecho de la mentira reiterada del demandado al informar sobre este asunto a su cliente, que fue ratificada en el acto de la vista por los testigos que participaron en dicho Consejo, es el propio demandado quien en el acto del juicio reconoció haber mentido a la Compañía - minuto 29 de la copia de la reproducción videográfica-.

2.- ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Se manifiesta en el fundamento de derecho cuarto de la demanda, en su segundo inciso: "Declarándose acreditado por las manifestaciones efectuadas en el acto del juicio, que la conducta del demandado no ha impedido en modo alguno el ejercicio de ninguna acción".

La sentencia recurrida no se digna detallar qué manifestaciones le llevan a considerar acreditado dicho extremo.

En este punto, debemos reiterar lo indicado en el punto anterior en relación a la prueba documental y testifical acreditativa de cómo el demandado no sólo engañó a su Cliente -mi mandante- durante años por escrito y de palabra sobre la supuesta interposición de acciones civiles de reclamación sino los muy numerosos obstáculos que presentó antes de entregar la documentación de este procedimiento.

Así se pudo apreciar de las declaraciones testificales de los testigos D. Juan Enrique y D. Gabriel , que expresaron las dificultades en obtener la documentación de este expediente del despacho del demandado y las numerosas veces que el demandado faltó a la verdad en la información que entregaba a su cliente en relación con este asunto.

En cuanto a la prueba documental de la falsa información dada por el demandado a su cliente -mi mandante- es abrumadora y ha sido recogida en el punto anterior: los documentos números dos, tres, quince y dieciséis de la demanda, todos los cuales ha sido admitida su veracidad por la parte demandada y han sido ratificados en el acto del juicio.

Estamos por tanto ante un supuesto en que el letrado -el demandado Jorge - ha mentido a su cliente -mi mandante- en relación al supuesto inicio de reclamación civil frente a los responsables de un siniestro que tan graves perjuicios patrimoniales y de imagen ha causado a mi mandante, y que el demandado ha conocido desde el principio.

En la propia declaración del demandado en el acto del juicio reconoce que este expediente lo conoce desde el principio - julio de 1989-, que es un problema grave por lo que el Presidente de la Compañía le llama, y que desde ese momento se hizo cargo del mismo (minuto 2 segundo 53 y siguientes de la reproducción videográfica del juicio), que el siniestro tuvo un alto coste económico para mi mandante ("ochenta millones" reconoce el demandado en su declaración -minuto cinco segundo ocho-).

Además Además el demandado reconoció en el acto del juicio que también defendió en el procedimiento administrativo y contencioso-administrativo junto a mi mandante al constructor Pablo y que incluso utilizó su despacho profesional en la calle Alameda de Madrid como domicilio para notificaciones del propio señor Pablo (minuto seis de la copia de la reproducción videográfica). Dicha declaración en el acto del juicio contradice la manifestación contraria a la realidad vertida en la página 11 del escrito de contestación donde se afirma que fue la supuesta amistad del exConsejero Delegado de la Compañía con el Arquitecto Antonio la que impidió el inicio de "acciones judiciales" contra él, y por supuesto las propias manifestaciones del demandado contenidas en los documentos números dos y tres aportados con la demanda donde ninguna manifestación de este tipo se realiza.

El demandado manifestó de modo sorpresivo en el acto del juicio que esa defensa la realizó "por orden de D. Hugo ", bien a sabiendas de que estamos ante el fundador de la Compañía, de muy elevada edad (94 años) y aquejado de una muy grave enfermedad. Debemos decir que ha hecho uso de su derecho de no decir la verdad en cuanto demandado, y de volver a mentir sobre la realidad de su actuación en este procedimiento y mentir de la manera más ignominiosa utilizando a quien sabe no está en condiciones físicas de declarar.

Resulta, por tanto, absolutamente equivocada la manifestación de la sentencia de que la conducta del demandado no impidió el ejercicio de ninguna acción, ya que la última interrupción de la prescripción de la acción civil es en el año 2000 y todavía en diciembre de 2004 el demandado continuaba engañando a su cliente -mi mandante- sobre la supuesta existencia de una reclamación civil en marcha, y como aún más tarde dificultó la entrega del expediente a mi mandante de modo que tuvieron que desplazarse el Director de la Asesoría Jurídica, el Secretario del Consejo y el Director General de la Compañía al despacho del demandado para retirar este expediente.

Tampoco hace ninguna consideración la sentencia sobre si le parece correcto no interponer la demanda sino simplemente ir o hacer que va interrumpiendo los plazos durante varios años, hasta dejar de hacerlo. ¿No es obligación de un letrado interponer las acciones civiles encomendadas sin un retraso de años?. En esta actuación subyace al menos un retardo culpable, una mora en el cumplimiento de las obligaciones, prevista en el artículo 1101 Código Civil EDL 1889/1 .

También yerra la sentencia que recurrimos al considerar probado en el fundamento de derecho tercero párrafo tercero que el demandado interrumpió la prescripción de las acciones civiles hasta el año 2000 "dada la fecha última de interrupción de 2000", lo que dice deducir del documento diez de la demanda donde no hay un solo escrito del año 2000. Es más en este documento sólo hay cartas de interrupción del año 1994. No constan en todos los autos ningún documento que fehacientemente haya interrumpido la prescripción en el año 2.000, salvo error u omisión de esta parte sólo hay una carta que se dice enviado a comienzos de 2000 y sin acuses de recibo ninguno -y ello en el documento diecisiete de la contestación-.

Con carácter general debemos decir que de la prueba aportada con los escritos de este procedimiento y de la testifical practicada en el acto del juicio se puede señalar que ha sido valorada erróneamente por la sentencia que recurrimos -dicho sea con todo respeto-,

pues toda esta prueba acredita la omisión de la diligencia mínima exigible y la falsedad en la información sobre este asunto daba el demandado a mi patrocinada.

3.- ERROR EN EL DERECHO y EN LA APRECIACIÓN DE LOS HECHOS: PERDIDA ABSOLUTA DE LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE A LAS ASEGURADORAS DEL ARQUITECTO Y CONSTRUCTOR, PERDIDA ABSOLUTA DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES POR DERECHO DE HONOR E IMAGEN, y PERJUICIO Y PERDIDA DE LA ACCIÓN POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL FRENTE AL ARQUITECTO Y CONSTRUCTOR, INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN DEL LETRADO.

Afirma rotundamente la sentencia de instancia que recurrimos que Preventiva -mi mandante- no ha perdido la posibilidad de ejercitar las acciones contra el arquitecto y el constructor, así como frente a las aseguradoras respectivas (por el seguro de responsabilidad civil de estos últimos), para reclamar los daños derivados del siniestro producido en sus oficinas de Barcelona en julio del año 1989.

"Así pues, Preventiva no ha perdido la "oportunidad" de proceder contra los profesionales (...) como también frente a los aseguradores de la responsabilidad civil del arquitecto y constructor al ser el plazo de la acción directa el establecido para el ejercicio de la acción del perjudicado frente al asegurado." (fundamento de derecho tercero párrafo penúltimo).

"La demanda, así, debe ser desestimada, ya que para que exista una responsabilidad civil es preciso un daño, y este se causa, en el ámbito que estamos hablando, mediante la pérdida de oportunidad, oportunidad que no se pierde en autos, por cuanto el derecho a reclamar tanto al arquitecto como al constructor y aseguradora permanece intacto" (fundamento de derecho cuarto párrafo primero).

Sin embargo y como mejor conoce la Sala y esta parte espera se pruebe a lo largo de este escrito de apelación la sentencia recurrida, dicho sea con todos los respetos, se equivoca de principio a fin, tanto en la valoración de los hechos como en la interpretación de las normas que toma en consideración, para llegar así a una conclusión tan lesiva de los intereses de Preventiva.

Vamos a examinar cada uno de los motivos esgrimidos como motivos de este punto del recurso.

3.1.- En efecto, y en primer lugar, lo cierto es que Preventiva ha perdido total e irremediamente las dos vías de que disponía para reclamar judicialmente los daños ocasionados en sus oficinas de Barcelona por el siniestro de julio de 1989:

1. La acción por responsabilidad contractual frente al arquitecto y/o el constructor, respecto de la cual Preventiva ha perdido de facto cualquier posibilidad de conseguir una sentencia favorable contra el arquitecto y el constructor, tras acreditarse su insolvencia y transcurridos más de 18 años desde que se produjo el siniestro (pérdida de facto y "corrupción" de oportunidad procesal)

2. La acción directa frente a las aseguradoras que prevé el artículo 76 de la ley del Contrato de Seguro (LCS EDL 1980/4219), por haber prescrito el plazo de prescripción de la acción (pérdida absoluta y objetiva de oportunidad procesal);

Y la pérdida de estas dos vías procesales no tiene otra causa que la inexplicable inacción y negligencia de la persona que estaba a cargo de este asunto legal desde el principio -julio de 1989-, haciendo abuso manifiesto en este asunto de la confianza depositada en él a lo largo de los años por la Compañía y que ha mentido de manera reiterada a la misma sobre su inacción en este procedimiento hasta el descubrimiento de dichas mentiras en diciembre de 2004.

Nos encontramos, por tanto, ante un claro caso de pérdida objetiva de oportunidad procesal por la inacción del profesional que estaba a cargo del asunto, pura y simplemente por haber dejado transcurrir el plazo para presentar una demanda (frente a las aseguradoras y para reclamar las acciones de protección frente a los perjuicios causados al honor y a la imagen de la Compañía y los consiguientes daños morales) y por haber dejado corromperse la acción hasta hacerla ineficaz (frente al arquitecto y al constructor).

La pérdida de oportunidad procesal derivada de la negligencia del abogado desencadena su responsabilidad como profesional del derecho, siendo motivo válido y suficiente para exigir daños y perjuicios por el cliente perjudicado. Debemos reiterarnos en el contenido de la demanda sobre la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad profesional del abogado como consecuencia de la pérdida de oportunidad procesal y por incumplimiento del deber de información. Dicha doctrina se resume en la sentencia de instancia y, sin embargo, ésta se muestra incapaz de aplicarla al caso enjuiciado, dicho sea con el debido respeto.

3.1.1. LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE A LAS ASEGURADORAS: PÉRDIDA ABSOLUTA Y OBJETIVA DE OPORTUNIDAD PROCESAL

En orden a dilucidar la (única) interpretación válida del plazo de prescripción de la acción directa del perjudicado -mi mandante- frente a las aseguradoras -del arquitecto y constructor- regulada en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , resulta necesario detenerse en las tres cuestiones que se enuncian a continuación, tras las cuales quedará absolutamente acreditado el error palmario en que incurre la sentencia de instancia al suscribir y hacer suya la tesis defendida por el demandado en relación con este punto:

1.- La acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219 : consideraciones previas;

2.- La doctrina del Tribunal Supremo (y Tribunales inferiores) sobre el plazo de prescripción del art. 76 LCS EDL 1980/4219

3.- La "manipulación" de la doctrina jurisprudencial sobre el art. 76 LCS EDL 1980/4219 en la contestación a la demanda.

3.1.1.1.-La acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219 : consideraciones previas

El punto de partida de la presente alegación lo constituye el hecho de que la sentencia de instancia haya suscrito y hecho suya la "increíble" tesis defendida por el demandado en el sentido de que la prescripción de la acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219 depende de la naturaleza de la relación contractual entre el perjudicado y el asegurado (15 AÑOS en el primer caso -el plazo general de prescripción de las acciones personales que recoge el art. 1964 del Código Civil EDL 1889/1 - y 1 AÑO en el segundo por aplicación de lo dispuesto en los Arts. 1902 y 1968.2.º del Código Civil EDL 1889/1).

De entrada, resulta necesario aclarar que esta tesis no sólo es manifiestamente errónea, sino que también está absolutamente desenfocada, pues la naturaleza de la relación entre el perjudicado y el asegurado (ya sea contractual o extracontractual) no es relevante a

ningún efecto para determinar el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora, sino, precisamente, la que media entre el perjudicado y la aseguradora.

Sobre este punto la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es contundente y firme: la prescripción de la acción del art. 76 LCS EDL 1980/4219 viene determinada por la naturaleza de la relación entre perjudicado y asegurador, y ésta es de naturaleza extracontractual, por lo que, en consecuencia, su plazo de prescripción es de 1 AÑO, al regirse por el art. 1968.2 del Código Civil EDL 1889/1 (plazo de prescripción de la responsabilidad civil derivada del art. 1902 del Código Civil EDL 1889/1). Asimismo lo han venido entendido los demás tribunales y juzgados -salvo en la sentencia recurrida- al venir aplicando de forma uniforme y regular esta doctrina hasta la actualidad.

Lo anterior resulta tan diáfano y evidente, como se comprobará a continuación, no sólo de las sentencias que ya se citan en la demanda y en los informes acompañados a ésta de la muy prestigiosa Consultora y Despacho de Abogados Landwell, sino simplemente de las que, entre éstas, la propia contestación de la demanda enarbolaba en defensa de su "singular" tesis.

Lamentablemente la Sentencia de instancia que recurrimos, como veremos a continuación y dicho sea con todo respeto y en términos de defensa, demuestra que no ha analizado ninguna de las sentencias que, sobre este particular, el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219, se mencionaban en la demanda o, incluso, en la propia contestación a la demanda, y opta por dar la razón a la demandada sin base o argumentación alguna.

En este punto merece la pena destacar que el motivo por el que el Tribunal Supremo tuvo que entrar a considerar cuál era el plazo de prescripción del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 fue para rechazar sistemáticamente la extensión de la prescripción pretendida por el recurrente en casación en cada caso de 1 a 2 años, por aplicación del plazo de prescripción del art. 23 LCS EDL 1980/4219 (2 AÑOS) que rige para las acciones -ex contrato de seguro- entre el asegurador y el asegurado, a la acción directa entre el perjudicado y la aseguradora del art. 76. Nunca nadie se imaginó que el plazo podría ser de quince años como las acciones personales hasta la lectura de la contestación a la demanda y, lamentablemente, a la sentencia recurrida.

Éste es el único y limitado alcance interpretativo que se ha tomado en cuenta hasta la fecha por el Tribunal Supremo (y de los demás tribunales), como tendremos ocasión de comprobar en detalle en el apartado siguiente.

El estado doctrinal de esta cuestión en sede jurisprudencial ilustra perfectamente el "disparate" que defiende el demandado, y que, lamentablemente, ha amparado el Juzgador de instancia, al alegar en este caso que es de aplicación un plazo de ¡ 15 AÑOS! por mor de la relación contractual entre Preventiva y el arquitecto/constructor. Es decir, en su afán por sostener que la acción frente a las aseguradoras del arquitecto y el constructor no está prescrita, el demandado otorga más derechos a un tercero (el perjudicado) que al propio asegurado, pues el primero se beneficiaría en esta hipótesis del plazo general de ejercicio de las acciones personales (15 AÑOS) para dirigirse frente a la aseguradora del segundo, mientras que éste -el asegurado- está limitado por el art. 23 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219, que establece un plazo de prescripción (abreviado) de 2 AÑOS para las acciones derivadas del contrato de seguro de daños.

La doctrina jurisprudencial pone de manifiesto, por tanto, el carácter "excepcional" que tiene esta acción, mediante la que se posibilita al perjudicado para, única y exclusivamente, dirigirse frente a un tercero con el que a priori no tiene relación alguna (la aseguradora del causante del daño) y cuya fuente, por tanto, es única y exclusivamente legal (esto es, el propio art. 76 LCS EDL 1980/4219), sin que ello le de derecho a subrogarse en el resto de derechos del asegurado (el causante del daño) frente a su aseguradora.

Como explica la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998 (la sentencia de referencia sobre el plazo de prescripción de la acción directa) el fundamento y antecedentes de la acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219 -novedad introducida en nuestro derecho por la Ley de 17 de octubre de 1980 del Contrato del Seguro- se debían a una problemática de carácter "sociológico" muy concreta que el legislador quiso atajar y hacer frente:

"FUNDAMENTOS DE DERECHO (...) SEGUNDO.- Y es que la Sala que juzga no ignora en un sondeo hasta sociológico del precedente de citado artículo 76 LSP, como otro argumento en pos de la tesis sostenida, el antiguo camino o calvario que tenían que soportar las víctimas o perjudicados por accidentes de tráfico cuando el autor estaba asegurado de responsabilidad civil y las aseguradoras o no respondían en plenitud o dilataban su afectación, o, incluso, existían dificultades para conocer la realidad del seguro; fruto de un clamor ante tanta inercia, fue, sin duda, la posterior incorporación del supuesto de hecho determinante de la sanción contenida en este artículo 76 de la LSP, al conceder al perjudicado o tercero esta denominada acción directa frente a la aseguradora, con lo que se le posibilita el pronto resarcimiento, en su caso, de sus perjuicios; a ello además coadyuva el deber del asegurado de informar o manifestar la existencia del seguro de su último párrafo; mas, no se olvide, que eso y nada más supuso semejante conquista, en la idea, de que por esa privilegiada acción no venía el tercero a asumir con todos sus efectos o alcance, la posición del asegurado, en el tratamiento de esta normativa especial, sino que, se repite, su referencia o presencia a manera de subrogado habría de circunscribirse a los estrictos términos de aquella norma, sin por ello, ser posible cualquier otra extensión o asimilación en el régimen o prescripciones que esta legislación del seguro privado contempla o proyecta exclusivamente, en la relación: «inter partes» asegurado-aseguradora (...)"

Finalmente y para tomar consciencia, aún más si cabe, de lo absurdo y peligroso de la tesis del demandado, conviene subrayar no sólo el carácter "excepcional" de la acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219, sino considerar asimismo la propia relación entre aseguradora y asegurado.

En efecto, por su propia naturaleza, nos encontramos en un ámbito de la actividad económica -el ejercicio de la actividad aseguradora- sometido a grandes restricciones y controles continuos por parte del Estado, a través de organismos específicos (el más relevante la Dirección General de Seguros, dependiente del Ministerio de Economía).

Parte de las restricciones consustanciales a la actividad aseguradora lo constituye el hecho de que la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes (asegurador y asegurado) esté limitada y sustituida por el legislador (Ley del Contrato del Seguro). Entre dichas limitaciones se encuentra, por supuesto, el plazo de prescripción abreviado de 2 AÑOS para el ejercicio de las acciones ex contrato (de

seguro de daños) por parte del asegurado frente a la aseguradora, el cual se aparta radicalmente del plazo general de 15 años para el ejercicio de las acciones personales que se recoge en el art. 1964 del Código Civil EDL 1889/1 . El fundamento para el plazo abreviado del art. 23 LCS EDL 1980/4219 es de orden público: la actividad aseguradora, para poder ser viable y desarrollarse con normalidad, debe disponer de unos plazos de referencia razonables, que le permitan ir dotando y liberando provisiones de sus balances dentro de unos límites financieros soportables.

Huelga decir que la tesis del demandado, supeditando el plazo de prescripción de las reclamaciones ex art. 76 LCS EDL 1980/4219 de los terceros perjudicados frente a las aseguradoras al correspondiente de la previa relación -contractual o extracontractual- entre el perjudicado y el asegurado, que podría llegar hasta 15 AÑOS (o más, si se diera el caso de interrupción del plazo de prescripción, con o sin conocimiento de la aseguradora), conllevaría obviamente la quiebra total y absoluta de la actividad aseguradora tal y como la conocemos actualmente en España, en Europa y en el mundo.

3.1.1.2.-La doctrina del Tribunal Supremo (y de otros tribunales) sobre el plazo de prescripción del art. 76 LCS EDL 1980/4219

El criterio del Tribunal Supremo, y su aplicación por las Audiencias Provinciales, en relación con la interpretación de la prescripción de la acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219 , fue fijado en sus Sentencias de 19 de septiembre de 1998 y 30 de noviembre de 2000, tan pronto como tuvo ocasión de pronunciarse por primera vez sobre este tema, pues no olvidemos que la acción directa del perjudicado contra la aseguradora constituyó una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, al ser introducida por el citado art. 76 de la Ley de 17 octubre 1980, del Contrato del Seguro.

El criterio fijado por el Tribunal en dichas sentencia es tan claro y firme, que no admite lugar a dudas ni ha necesitado pronunciarse nuevamente sobre esta cuestión. Posteriormente, como veremos, ha venido aplicándose de forma regular por las audiencias provinciales. El mismo se resume en que la acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219 está sometida a la prescripción de 1 AÑO recogida en el art. 1968.2 del Código Civil EDL 1889/1 para exigir la responsabilidad civil que se deriva del art. 1902 del mismo Código , debido a la naturaleza extracontractual de la relación entre perjudicado y asegurador.

Así:

-Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998 :

"FUNDAMENTOS DE DERECHO (...) PRIMERO (...) el motivo merece una respuesta estimatoria en el sentido de que, ha de compartirse su tesis, ya que en virtud a que, la reclamación que se plantea, es entre el dueño de la nave, y la aseguradora de la misma, cuyo contrato de seguro lo hizo con el actual subarrendatario, también codemandado, es claro que no existe, una relación contractual directa entre ambas partes, ya que la acción ejercitada, se apoya en lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Seguro Privado, esto es, la llamada acción directa, que puede todo perjudicado establecer con respecto al asegurador, mas se subraya que, tras admitirse esa posibilidad por la Ley del Contrato del Seguro, ninguna otra de las normas, salvo expresa aplicación, pueden, incluirse proyectables en la figura de ese perjudicado tercero, sobre todo, cuando las mismas, están hasta «nominatim» referidas a las relaciones del asegurado y el asegurador, y de consiguiente, como dice el motivo, el plazo de prescripción del artículo 23, de citada Ley, en caso alguno, puede aplicarse a la reclamación postulada, ya que -se repite-, no se trata lo ejercitado de una acción del asegurado contra el asegurador, sino del perjudicado contra el seguro, y entonces como la reclamación se plantea por los cauces de la responsabilidad extracontractual, ex artículos 1902 y ss., es evidente que, se ha producido la prescripción, habida cuenta las circunstancias que se indican en el motivo y que quedan constatadas en autos. (...)"

Más adelante volveremos sobre esta sentencia, pues su transcripción sesgada en la contestación a la demanda es la que le sirve al demandado para sostener su tesis del plazo de prescripción de los 15 AÑOS en virtud de la naturaleza de la relación contractual entre el perjudicado y el asegurado, y todo ello a pesar de que la sentencia no dice lo que pretende el demandado sino todo lo contrario.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2000 :

"FUNDAMENTOS DE DERECHO (...) CUARTO.- El motivo primero, acogido a la vía procesal del núm. 4º del art. 1692 LECiv EDL 2000/77463 estima infringidos los artículos 23 y 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro EDL 1980/4219, e inadecuado aplicar el art. 1968.2º del Código Civil EDL 1889/1 . Hay que atender al plazo de dos años que señala el art. 76 de esta normativa, añadiendo que la causa de pedir se apoya en el contrato de seguro y no deriva del art. 1902 del Código Civil EDL 1889/1 . Asimismo, que el art. 23 de la Ley de 1980 establece una acción directa y que el art. 76 de la misma no fija plazo, a diferencia del seguro obligatorio, por lo que debe seguirse la solución más favorable a los intereses del perjudicado. El motivo no puede ser acogido. Con acierto ha recogido la sentencia «a quo», que el art. 23 de la Ley citada del Contrato de Seguro constituye una norma referida tan sólo a las relaciones internas entre el tomador o asegurado y el asegurador, porque el derecho del tercero perjudicado frente a la aseguradora no nace del contrato de seguro, sino del hecho determinante de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado. Las recurrentes no puede decirse que estén ligadas con una responsabilidad «ex contractu» con la entidad aseguradora Allianz, porque no han intervenido en contrato alguno, sino que se trata de una responsabilidad aquiliana cuyo plazo prescriptivo es de un año (...) -la negrita es nuestra-

Al no poderse aplicar el plazo de prescripción del art. 23 de la Ley 50/1980 EDL 1980/4219 , a una relación extracontractual entre los perjudicados y las aseguradoras y ejercitarse una acción derivada del art. 1902 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1 el plazo de prescripción es el de un año recogido en el art. 1968.2 del mismo texto legal en la forma y circunstancia señaladas en el art. 1969 (...)."

Posteriormente, la doctrina anterior del Supremo ha venido aplicándose hasta la fecha con regularidad por las Audiencias Provinciales, hasta el punto de asumirse con tal habitualidad y naturalidad que, en las últimas sentencias recaídas sobre el particular (AP Málaga 13 de mayo de 2008 y AP Cuenca 12 de febrero de 2004 , a continuación) no se considera siquiera necesario citar las sentencias del Tribunal Supremo de las que emana esta doctrina.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 274/ 1999 (Sección 6a), de 3 junio

"FUNDAMENTOS DE DERECHO. SEGUNDO.- (...) La Sala no puede aceptar el criterio de la Sentencia, pues el seguro de responsabilidad civil, como modalidad del de daños viene regulado en la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 en la sección octava del Título 11 de la misma, precisamente bajo la rúbrica «Seguros contra daños», por lo que le es de aplicación el art. 23 y por tanto el plazo prescriptivo en él establecido.

Cuestión distinta es la determinación del plazo de prescripción aplicable a la acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219, deducida en el proceso junto con la correspondiente al art. 1902 del Código Civil EDL 1889/1, cuyo plazo prescriptivo de un año está establecido en el art. 1968.2º del mismo Código.

Técnicamente, la relación entre el perjudicado y el asegurador no puede ser de naturaleza contractual, por razón de que en el contrato aquel no tuvo parte. Su naturaleza es legal; mediante el art. 76 LCS EDL 1980/4219 se concede al perjudicado legitimación precisamente porque no la tiene según el contrato.-la negrita es nuestra

Por tanto, la regulación del contrato, incluido el art. 23, no puede exceder del ámbito de las partes contratantes, asegurador y asegurado, en el que tiene su sentido y aplicación el régimen imperativo proclamado por el art. 2; régimen que sólo puede nacer con la voluntad de las partes al perfeccionar el contrato, y a salvo de que la voluntad contractual estipule cláusulas más beneficiosas para el asegurado, como establece este mismo precepto.

En consecuencia, siendo la relación jurídica sustantiva de naturaleza extracontractual, la acción para hacerla efectiva viene regida por el plazo prescriptivo anual del art.1968.2º del Código Civil EDL 1889/1, aunque se dirija contra la compañía aseguradora mediante la legitimación que el art.76 LCS EDL 1980/4219 concede al perjudicado."-la negrita es nuestra- (...)

Al igual que con la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998 más adelante volveremos sobre esta sentencia, pues es la

sentencia "estrella" que la contestación de la demanda escoge para "sostener" su tesis de los 15 AÑOS de plazo de prescripción.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 248/ 1999 (Sección 2a), de 17 julio)

"FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Los términos en que viene planteado el recurso obligan a analizar, en primer lugar, la procedencia de la aplicación a este caso del artículo 1968 del CC EDL 1889/1, es claro que en los hechos objeto de debate no existe, una relación contractual directa entre las partes litigantes, ya que la acción ejercitada, se apoya en lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Seguro Privado, esto es, la llamada acción directa, por consiguiente, el plazo de prescripción del artículo 23, de la citada Ley, en caso alguno, puede aplicarse a la reclamación postulada, ya que, no se trata lo ejercitado de una acción del asegurado contra el asegurador, sino del perjudicado contra el seguro, habiéndose planteado la reclamación por los cauces de la responsabilidad extracontractual, «ex» artículos 1902 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1 ..

SEGUNDO.- (...) Abundando en lo expuesto conviene destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 19-9-1998 (...) Todo ello, supone que, «ejercitándose por tanto una pretensión indemnizadora en base a lo dispuesto en los artículos 1902 y ss. del CC EDL 1889/1, sería de aplicación el plazo preceptivo previsto en el artículo 1968 del mismo Cuerpo Legal, plazo que debe operar en cuanto a su cómputo» -la negrita es nuestra-; a tenor de lo dispuesto en el artículo 1969; desde el día en que pudo ejercitarse la acción."

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4a), de 26 mayo 2000

"FUNDAMENTOS DE DERECHO (...) SEGUNDO.- (...) En el caso presente, ha de examinarse con carácter previo cual es el plazo de prescripción, si el de un año, alegado por el recurrente, previsto para la acción para exigir responsabilidad por obligación derivada por culpa o negligencia o el de dos años previsto por el art. 23 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219, aplicado por la resolución combatida. Este precepto establece tal plazo para las acciones derivadas del contrato de seguro, cuando se trata de seguro de daños, mas su ámbito de aplicación se limita a las acciones que derivan del contrato de seguro, excluyéndose, por tanto de los plazos en él previstos los supuestos de acciones o derechos que no procedan directamente del contrato de seguro, hallándose en tales supuestos el derecho del tercero perjudicado contra el asegurador en el caso del seguro de responsabilidad civil, puesto que no nace del contrato de seguro, sino del hecho que ha generado la obligación de indemnizar a cargo del asegurado; la Ley reconoce ese derecho propio al tercero para poder reclamar al asegurador el cumplimiento de la obligación de indemnizar, art. 76, y aun cuando se guiso incluir el la Ley una enmienda con el fin de incluir en el precepto la acción directa la misma fue rechazada; y así lo ha entendido también el T. Supremo, entre otras la reciente sentencia, invocada por el recurrente de 19 de septiembre de 1998, en la que se afirmaba " es claro que no existe, una relación contractual directa entre ambas partes, ya que la acción ejercitada, se apoya en lo dispuesto en el art. 76 de la Ley de Seguro Privado, esto es, la llamada acción directa, que puede todo perjudicado establecer con respecto al asegurador; mas se subraya que, tras admitirse esa posibilidad por la Ley del Contrato del Seguro, ninguna otra de las normas, salvo expresa aplicación, pueden, incluirse proyectables en la figura de ese perjudicado tercero, sobre todo, cuando las mismas, están hasta "nominatim" referidas a las relaciones del asegurado y el asegurador, y de consiguiente, como dice el motivo, el plazo de prescripción del art. 23, de citada Ley, en caso alguno, puede aplicarse a la reclamación postulada, ya que -se repite-, no se trata lo ejercitado de una acción del asegurado contra el asegurador, sino del perjudicado contra el seguro, y entonces como la reclamación se plantea por los cauces de la responsabilidad; extracontractual, ex arts. 1902 y SS., es evidente que, se ha producido la prescripción, habida cuenta las circunstancias que se indican en el Motivo y que quedan constatadas en autos. -la negrita es nuestra-.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 febrero de 2002 (114061)

"FUNDAMENTOS DE DERECHO (...) SEGUNDO.- Comenzando por enjuiciar el recurso de la entidad demandada, por puras razones de método, ya que su acogimiento haría inviable el del actor, reitera la citada en primer lugar la excepción de prescripción insistiendo en que el plazo aplicable a la acción ejercitada es el de un año y no el del art. 23 de la L.C.Seguro aplicado en la recurrida.

Ello es así, dado que la mas moderna doctrina jurisprudencia, superando criterio contrario precedente, así lo ha venido declarando, con fundamento en que el art. 23 citado tan solo es aplicable a las relaciones internas entre tomador o asegurado y el asegurador, ya que el derecho del tercero perjudicado frente a aquella no nace del contrato de seguro sino del hecho determinante de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado, de ahí la naturaleza extracontractual de la acción directa del art. 76 de la LCS EDL 1980/4219 y, por ello, que le sea aplicable el plazo de prescripción de un año del art.1969 del CCivil EDL 1889/1 , (cf por todas sentencia del Alto Tribunal de 30 de noviembre de 2000 con amplia cita de precedentes)." -la negrita es nuestra

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 264/2003 (Sección 5a), de 13 mayo

"FUNDAMENTOS DE DERECHO (...) SEGUNDO.- (...) En cuanto a la solicitud que se hace, de considerar, que con respecto a la Cía de Seguros La Estrella, regía el plazo prescriptivo de dos años previsto en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguros EDL 1980/4219 , tampoco puede ser estimado, ya que el mismo rige cuando la acción nace del contrato de seguro, circunstancia que no se da en el presente caso, al no existir contrato alguno entre los actores y la aseguradora La Estrella."

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca núm. 28/2004 (Sección la), de 12 febrero

"FUNDAMENTOS DE DERECHO (...)TERCERO.- (...) En este caso no rige el plazo de prescripción de dos años a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 con respecto a las acciones derivadas del contrato de seguro, sino el de un año consignado en el artículo 1968.2º del Código Civil EDL 1889/1 (...)"

No merece la pena seguir cansando a la Sala de apelación con más sentencias pues, como conoce mejor la Sala que este letrado, el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 19 de septiembre de 1998 y 30 de noviembre de 2000 es claro y firme y ha venido aplicándose desde entonces con regularidad y uniformidad por los tribunales inferiores, que nuevamente reiteramos: la acción directa del art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro EDL 1980/4219 está sometida a la prescripción de 1 AÑO recogida en el art. 1968.2 del Código Civil EDL 1889/1 para exigir la responsabilidad civil que se deriva del art. 1902 del mismo Código, debido a la naturaleza extracontractual de la relación entre perjudicado y asegurador.

3.1.1.3.-La "manipulación" de la doctrina jurisprudencial sobre el art. 76 LCS EDL 1980/4219 en la contestación a la demanda

Ha quedado ya acreditado sin lugar a dudas cuál es el plazo de prescripción que debe regir para el ejercicio de la acción directa por el perjudicado contra la aseguradora ex art. 76 LCS EDL 1980/4219 .

A pesar de lo anterior el demandado, tanto en la contestación a la demanda como en el acto del juicio, ha manifestado reiteradamente que la jurisprudencia sobre el art. 76 LCS EDL 1980/4219 defiende su tesis en el sentido de que, cuando la relación entre el perjudicado y el asegurado revista la naturaleza de contractual, el plazo de prescripción de la acción directa del perjudicado frente a la aseguradora (art. 76 LCS EDL 1980/4219) es de 15 AÑOS. -vease la página 18 de la contestación

Y ello se ilustra en la contestación a la demanda con una, dicho sea con todo el respeto pero también con toda firmeza, "burda" manipulación de las sentencias invocadas que esta parte no puede dejar de denunciar, pues incluso repugna, a su manera de entender, el ejercicio del derecho de defensa.

En cualquier caso, lo grave no es tanto el desesperado ejercicio del derecho de defensa -que se comprende pero no se comparte cuando se llega al grado de manipulación como en este caso- sino el hecho de que el Juzgador de instancia haya hecho suyo, de manera tan acrítica, tamaño despropósito -dicho sea con todo respeto y en términos de defensa-.

En efecto, es difícil encontrar un supuesto en que una interpretación tan "temeraria" de una norma como la que pretende la defensa del demandante (el artículo 76 LCS EDL 1980/4219), junto a una manipulación tan "grosera" de la jurisprudencia relativa a la misma haya encontrado tal "eco" en el Juzgador de instancia, hasta el punto de llegar éste a asumir todos los argumentos de defensa del demandado, sin hacer, dicho sea nuevamente con todos los respetos, un mínimo esfuerzo de reflexión, análisis o contraste.

Y todo ello a pesar de las múltiples advertencias de esta parte a dicho juzgador: Primero, aportando los informes con la demanda y haciendo llamar al acto del juicio al Socio y al Abogado firmante del despacho de Abogados Landwell para que ratificaran su informe de fecha 11 de abril de 2005 en relación con el plazo de prescripción del art. 76 LCS EDL 1980/4219 y manifestaran su opinión en relación con las múltiples imputaciones de la contestación a la demanda de que el informe aportado con la demanda contenía una interpretación "única y exclusiva" -contestación a la demanda, página 18, primer párrafo- sobre esta cuestión; Posteriormente, en sede de conclusiones del acto del juicio, poniendo de manifiesto la evidente manipulación de las sentencias invocadas de contrario para justificar la prescripción de 15 AÑOS en este supuesto; En cualquier caso, todo ello fue inútil, pues el Juzgador de instancia se negó de plano a permitir que dichas personas dieran su opinión sobre este tema (y por descontado, los abogados del demandado rehusaron hacer cualquier pregunta sobre el particular) o a tener en cuenta en su sentencia cualquier argumento que no estuviera contenido en la contestación a la demanda.

Así es de ver que, sobre este punto, la contestación a la demanda empieza diciendo, nada más y nada menos, que "la totalidad de nuestra más significada y autorizada doctrina científica"- contestación a la demanda, página 18, párrafo segundo- comparte la tesis del demandado, para pasar a continuación a repasar una serie de autores que supuestamente apoyarían esta tesis, con una "contundencia" que no se aprecia por ninguna parte, aparte de su escaso valor a los efectos que nos ocupan, y finaliza citando dos sentencias - Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de junio de 1999 y Sentencia del Tribunal Supremo de 19/09/1998 , ya citadas en la propia demanda- que constituirían la prueba irrefutable de su tesis ("no menos clara ha sido nuestra jurisprudencia en las no muy numerosas ocasiones en las que ha tenido que afrontar tal cuestión").-contestación a la demanda, página 19, quinto párrafo-. Como hemos visto, precisamente no es la verdad la gula tampoco del escrito de contestación que parece imbuirse del mismo criterio en la información de su patrocinado - abogado- a mi mandante -el cliente del demandado-, dicho sea con el debido respeto.

De entrada, ya es sospechoso que para defender un argumento jurídico se esgrima primero la supuesta doctrina científica que lo apoya y, subsidiariamente, se haga referencia a la jurisprudencia a favor (pues obviamente, tendría que ser al revés). En cualquier caso y al margen de no haber venido precedida, sin duda, de una reflexión de sus consecuencias en el sector asegurador, como ya se ha expuesto anteriormente, no dejan de ser, como corresponde a la doctrina, opiniones de lege ferenda que no hacen sino reflejar lo que, según el autor en cada caso, debería ser un mecanismo de protección extraordinario del asegurado. También debe mencionarse que las opiniones citadas están claramente desfasadas pues ni siquiera hacen referencia, aunque sólo fuera para criticarla, a la doctrina jurisprudencial sobre este punto (fuente de derecho en el caso del Tribunal Supremo, como bien conoce la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos).

Respecto de las sentencias citadas y "extractadas" -no quisiera utilizar la palabra "manipuladas"- que en la contestación a la demanda el demandado deduce su "particular tesis" mediante un argumento falaz, pues estas mismas sentencias son las que se citaban en la demanda y se han transcrito en el apartado anterior para probar justamente lo contrario (el plazo de prescripción es de 1 AÑO para el ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219).

Así, aunque el demandado no puede ofrecer ninguna sentencia que contemple un supuesto de acción directa en el que el perjudicado hubiera estado ligado por medio de una relación contractual con el asegurado (supuesto prototípico según éste de aplicación del plazo de prescripción de 15 AÑOS), pone como prueba de su tesis las dos sentencias citadas, argumentando que si en ambos casos se concluyó por el órgano enjuiciador que el plazo de prescripción era de 1 AÑO fue debido a que la "relación jurídica sustantiva" -contestación a la demanda, página 19- entre el perjudicado y el asegurado era de naturaleza extracontractual ("Si en tales sentencias se concluye sobre la aplicación del término prescriptivo de un año no es por otra razón que porque la relación jurídica sustantiva entre perjudicado y el asegurado era de naturaleza extracontractual"-contestación a la demanda página 20-).

Por supuesto, las sentencias citadas por la contestación a la demanda no dicen ni concluyen lo que ésta afirma, sino todo lo contrario. Es evidente que la "relación jurídica sustantiva" a la que hacen referencia no es la que media entre el perjudicado y el asegurado (que en ningún caso se valora ni se tiene en cuenta para determinar el plazo de prescripción de la acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219) sino la existente entre el perjudicado y la aseguradora.

Aunque ya se citan y transcriben cabalmente ambas sentencias en el apartado anterior, no está de más comprobar in situ la "manipulación" realizada en el escrito de contestación a la demanda, mediante el contraste del extracto escogido por la contestación a la demanda y la transcripción del conjunto en el que se inscribe el texto extractado (en este segundo caso, marcado el texto extractado con negrita).

* Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 febrero de 2002 (114061)

- Extracto de la Contestación a la Demanda

(...) siendo la relación jurídica sustantiva de naturaleza extracontractual, la acción para hacerla efectiva viene regida por el plazo prescriptivo anual del art. 1968.2º del Código Civil EDL 1889/1 , aunque se dirija contra la compañía aseguradora mediante la legitimación que el art. 76 LCS EDL 1980/4219 concede al perjudicado."

- Inserción del extracto en el conjunto de la sentencia

"FUNDAMENTOS DE DERECHO. SEGUNDO.- (...) La Sala no puede aceptar el criterio de la Sentencia, pues el seguro de responsabilidad civil, como modalidad del de daños viene regulado en la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 en la sección octava del Título II de la misma, precisamente bajo la rúbrica «Seguros contra daños», por lo que le es de aplicación el art. 23 y por tanto el plazo prescriptivo en él establecido.

Cuestión distinta es la determinación del plazo de prescripción aplicable a la acción directa del art. 76 LCS EDL 1980/4219 , deducida en el proceso junto con la correspondiente al art. 1902 del Código Civil EDL 1889/1 , cuyo plazo prescriptivo de un año está establecido en el art. 1968.2º del mismo Código.

Técnicamente, la relación entre el perjudicado y el asegurador no puede ser de naturaleza contractual, por razón de que en el contrato aquél no tuvo parte. Su naturaleza es legal; mediante el art. 76 LCS EDL 1980/4219 se concede al perjudicado legitimación precisamente porque no la tiene según el contrato.

Por tanto, la regulación del contrato, incluido el art. 23, no puede exceder del ámbito de las partes contratantes, asegurador y asegurado, en el que tiene su sentido y aplicación el régimen imperativo proclamado por el art. 2; régimen que sólo puede nacer con la voluntad de las partes al perfeccionar el contrato, y a salvo de que la voluntad contractual estipule cláusulas más beneficiosas para el asegurado, como establece este mismo precepto.

En consecuencia, siendo la relación jurídica sustantiva de naturaleza extracontractual, la acción para hacerla efectiva viene regida por el plazo prescriptivo anual del art.1968.2º del Código Civil EDL 1889/1 , aunque se dirija contra la compañía aseguradora mediante la legitimación que el art.76 LCS EDL 1980/4219 concede al perjudicado."

* Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998 :

- Extracto de la Contestación a la Demanda

(...)el plazo de prescripción del artículo 23, de citada Ley, en caso alguno, puede aplicarse a la reclamación postulada, ya que -se repite-, no se trata lo ejercitado de una acción del asegurado contra el asegurador, sino del perjudicado contra el seguro, y entonces como la reclamación se plantea por los cauces de la responsabilidad extracontractual, ex artículos 1902 y ss., es evidente que, se ha producido la prescripción (...)«Ejercitándose por tanto una pretensión indemnizadora en base a lo dispuesto en los artículos 1902 y ss. del CC EDL 1889/1 , sería de aplicación el plazo preceptivo previsto en el artículo 1968 del mismo Cuerpo Legal (...)".

- Inserción del extracto en el conjunto de la sentencia

"FUNDAMENTOS DE DERECHO (...) PRIMERO (...) el motivo merece una respuesta estimatoria en el sentido de que, ha de compartirse su tesis, ya que en virtud a que, la reclamación que se plantea, es entre el dueño de la nave, y la aseguradora de la misma, cuyo contrato de seguro lo hizo con el actual subarrendatario, también codemandado, es claro que no existe, una relación contractual directa entre ambas partes, ya que la acción ejercitada, se apoya en lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Seguro Privado, esto es, la llamada acción directa, que puede todo perjudicado establecer con respecto al asegurador; mas se subraya que, tras admitirse esa posibilidad por la Ley del Contrato del Seguro, ninguna otra de las normas, salvo expresa aplicación, pueden, incluirse proyectables en la figura de ese perjudicado tercero, sobre todo, cuando las mismas, están hasta «nominatim» referidas a las relaciones del asegurado y el asegurador, y de consiguiente, como dice el motivo, el plazo de prescripción del artículo 23, de citada Ley, en caso alguno, puede aplicarse a la reclamación postulada, ya que -se repite-, no se trata lo ejercitado de una acción del asegurado contra el asegurador, sino del perjudicado contra el seguro, y entonces como la reclamación se plantea por los cauces de la responsabilidad extracontractual, ex artículos 1902 y ss., es evidente que, se ha producido la prescripción, habida cuenta las circunstancias que se indican en el motivo y que quedan constatadas en autos.

SEGUNDO.- Y es que la Sala que juzga no ignora en un sondeo hasta sociológico del precedente de citado artículo 76 LSP , como otro argumento en pos de la tesis sostenida, el antiguo camino o calvario que tenían que soportar las víctimas o perjudicados por accidentes de tráfico cuando el autor estaba asegurado de responsabilidad civil y las aseguradoras o no respondían en plenitud o dilataban su afectación, o, incluso, existían dificultades para conocer la realidad del seguro; fruto de un clamor ante tanta inercia, fue, sin duda, la posterior incorporación del supuesto de hecho determinante de la sanción contenida en este artículo 76 de la LSP , al conceder al perjudicado o tercero esta denominada acción directa frente a la aseguradora, con lo que se le posibilita el pronto resarcimiento, en su caso, de sus perjuicios; a ello además coadyuva el deber del asegurado de informar o manifestar la de la existencia del seguro de su último párrafo; mas, no se olvide, que eso y nada más supuso semejante conquista, en la idea, de que por esa privilegiada acción no venía el tercero a asumir con todos sus efectos o alcance, la posición del asegurado, en el tratamiento de esta normativa especial, sino que, se repite, su referencia o presencia a manera de subrogado habría de circunscribirse a los estrictos términos de aquella norma, sin por ello, ser posible cualquier otra extensión o asimilación en el régimen o prescripciones que esta legislación del seguro privado contempla o proyecta exclusivamente, en la relación: «inter partes» asegurado-aseguradora, sin, por otro lado, de la literalidad hermenéutica del primer párrafo del repetido artículo 23: «las acciones que se derivan del contrato de seguro...» quepa obtener esta acción directa del 76, porque, es hasta meridiano afirmar que si no fuese por este anclaje «ope legis» de la misma, jamás podría sostenerse que su soporte técnico emane del objeto natural de la relación o negocio del seguro; todo ello, supone que, sin necesidad de examinar el segundo motivo, la Sala actuando a tenor del artículo 1715.1.3 LECiv EDL 2000/77463 , confirma el recto razonamiento del F. 6.º de la primera sentencia al decir «Ejercitándose por tanto una pretensión indemnizadora en base a lo dispuesto en los artículos 1902 y ss. del CC EDL 1889/1 , sería de aplicación el plazo preceptivo previsto en el artículo 1968 del mismo Cuerpo Legal, plazo que debe operar en cuanto a su cómputo; a tenor de lo dispuesto en el artículo 1969; desde el día en que pudo ejercitarse la acción. (...)"

La lectura de ambos textos -en su versión extractada y en el conjunto de la sentencia- no puede ser más ilustrativa respecto del "montaje" urdido en el escrito de contestación a la demanda y, en consecuencia, del error sufrido por el Juzgador de instancia en la Sentencia ahora impugnada.

En resumen, no cabe duda alguna de la prescripción de toda acción que mi mandante pudiese tener contra las aseguradoras del Arquitecto y el constructor, única vía que permitiría el resarcimiento de mi mandante por los cuantiosos daños y perjuicios sufridos, debido al incumplimiento de sus obligaciones por el demandado, y la pérdida absoluta y objetiva por mi mandante de una oportunidad procesal.

A esta evidente prescripción de acciones precede el retardo o morosidad en ejercitarlas como nos extenderemos más adelante.

3.1.2. LA ACCIÓN POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL FRENTE AL ARQUITECTO Y/O EL CONSTRUCTOR: PÉRDIDA DE FACTO Y PERJUICIO DE LA OPORTUNIDAD PROCESAL

La acción por responsabilidad contractual frente al arquitecto y/ o el constructor, respecto de la cual Preventiva ha perdido de facto cualquier posibilidad de conseguir una sentencia favorable contra el arquitecto y el constructor, tras acreditarse su insolvencia y transcurridos más de 18 años desde que se produjo el siniestro (pérdida de facto y "corrupción" o "perjuicio" de oportunidad procesal).

En el procedimiento se ha evidenciado la absoluta insolvencia e incluso la imposibilidad de localizar al Arquitecto y al constructor.

Acompañamos a la demanda como documentos números ocho y nueve Consulta de Localización de Titularidades de D. Antonio y de D. Pablo , de los que se deduce la falta absoluta de titularidades de inmuebles de estos señores.

Y en cuanto a la imposible localización de los demandados, valga como prueba como en el documento número diez se presenta copia de la retirada de diferentes expedientes del despacho del demandado el 1 de diciembre de 2004 para su fotocopia en las oficinas de mi patrocinada ante las dudas sobre su tramitación -entre ellos el objeto de esta reclamación 885/89 Antonio - y en el que se entregó a mi patrocinada una copia de la demanda que se decía presentada y que aparecía con firma del demandado el 27 de febrero de 2002, y cartas de reclamación firmadas por el demandado de fecha 28 de febrero de 1994 a Antonio y su aseguradora Cresa, y a Leonardo y su aseguradora Generali, en las que el demandado comunica el encargo profesional hecho por mi patrocinada para ejercitar las acciones de reclamación correspondientes. Pues bien, en dicha demanda se hace figurar como domicilio de Leonardo " DIRECCION000 , NUM000 de Oviedo". Pues bien, en la propia demanda como documento número tres se presentan sendos informes enviados por el demandado junto con la certificación emitida por el Secretario del Consejo de Administración acreditando que dichos informes fueron entregados por el demandado y que constan incorporados al acta como documentos anejos. En estos informes, emitidos por D. Jorge , se afirma -de modo absolutamente falsario- la existencia de acciones legales en vía civil desde el año 1998 contra los responsables de los daños

y perjuicios causados a Preventiva, y dice el demandado en el documento 1 anejo a éste que "una vez puesta en marcha de nuevo la demanda (sic) hemos tenido dificultades en las citaciones de los demandados".

La realidad es que ni el arquitecto ni el constructor están localizables en las direcciones señaladas en la demanda, y que el demandado -durante los más de quince años que tuvo en su poder el expediente- no realizó ninguna investigación patrimonial de los bienes del Arquitecto y Constructor -éste último también cliente suyo- ni encargó pericial alguna para determinar sus responsabilidades. Ahora más de quince años después encargar una pericial parece que no podría determinar los hechos acaecidos en 1989 y no tendría ningún valor.

Destaca como especialmente revelador de la nula actividad y diligencia del demandado en su encargo de reclamar estas responsabilidades civiles frente a los responsables del grave perjuicio a mi mandante que en su escrito de contestación a la demanda no adjunta más documentación que la contenida en su documento número diecisiete y en la que se ve la nula investigación del patrimonio de los eventuales demandados y la no constancia de comunicación alguna en estas direcciones desde el año 2000.

Resulta igualmente evidente que en este caso hay una evidente mora en el cumplimiento de las obligaciones, un retardo culpable en su obligación de interponer acciones civiles de reclamación. ¿Cómo puede ser que se interrumpa la prescripción de las acciones civiles en 1994 y no se ha interpuesto demanda en diciembre de 2004 además mintiendo al cliente y diciendo que ya se había hecho?. Un retraso de más de diez años en iniciar acciones legales (suponiendo que existiera prejudicialidad penal, algo que duda el informe de Landwell que se aporta con la demanda) o de quince (de no existir esa prejudicialidad penal), añadido a la mentira al cliente no es sino un grave incumplimiento de las obligaciones por mora o retardo o negligencia grave. El artículo 1101 Código Civil EDL 1889/1 ya establece la pertinencia de sancionar este retraso o mora en el cumplimiento de las obligaciones, algo que va insito además en la buena fe y el uso en el cumplimiento de las obligaciones (artículo 1258 del Código Civil EDL 1889/1).

Si la diligencia exigible al letrado es la del buen padre de familia, ¿Cómo calificar a quién nada hace en diez o quince años, y además miente sobre su obligación?.

3.2. En segundo lugar, se ha producido la prescripción de la acción por daño al honor y a la imagen de mi mandante.

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1 / 1982, de Protección del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar , y a la propia imagen, establece en su número cinco que "las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pueda ejercitarlas".

Resulta evidente que la reclamación civil de mi mandante podía comprender no sólo la de resarcimiento económico -con ser ésta muy cuantiosa y alcanzar la cantidad de 480.437,29 euros, los "ochenta millones" de pesetas que reconoció el demandado en el acto del juicio sino unos gravísimos daños de índole moral y de imagen.

Estos gravísimos daños de honor e imagen de mi mandante -una Compañía de seguros que se dedica al ramo del seguro de daños y entre cuyos clientes hay muchos propietarios y Comunidad de Propietarios son recogidos en el propio borrador de demanda que el demandado entregó en diciembre de 2004 (dentro del documento número diez de la demanda) y siempre han sido motivo de preocupación para la Compañía que se vio arrastrada a una gran publicidad negativa por el siniestro sufrido en sus oficinas de Barcelona -véase el documento número uno de la demanda, consistente en reportaje de prensa- y que siempre buscó una indemnidad no sólo patrimonial sino de imagen -en la primera reclamación extrajudicial así se indica (documento once de la demanda, burofax de 4 de mayo de 2005).

Como mejor conoce la Sala a la que nos dirigimos, la noción de protección del honor y a la imagen es ampliamente reconocida a las personas jurídicas o sociedades por la jurisprudencia. Por lo que respecta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos no existe una definición de honor en su jurisprudencia, hecho que no nos ha de extrañar pues el Tribunal de Estrasburgo no se ha preocupado especialmente de dar definiciones de los diferentes valores, derechos o límites recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no hablan propiamente de honor sino de reputación ajena con lo que parece primar la dimensión objetiva o externa de sentimiento, consideración o estima que los demás tienen de una persona. De esta manera, en la reputación comercial y profesional, en varias ocasiones amparada por el TEDH, prima esta dimensión objetiva en la medida que lo trascendente es la opinión que tenga el público del profesional o de la empresa (Vide, por todas, SsTEDH, *Jacobowki* de 23 de junio de 1994, *Hertel* de 25 de agosto de 1998, *Bergens Tidende* y otros de 2 de mayo de 2000). En la STEDH *Maekt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann* de 20 de noviembre de 1989 deja claro que una empresa depende en gran medida del prestigio o confianza que suscita entre sus clientes:

«En una economía de mercado, una empresa que pretenda abrirse camino se expone inevitablemente a que sus competidores vigilen muy de cerca sus prácticas. Su estrategia comercial y el cumplimiento de sus compromisos pueden suscitar críticas de los consumidores y de la prensa especializada» (Párf. 35).

«La divulgación prematura del incidente tendría necesariamente repercusiones desfavorables en las actividades del Club, por cuanto facilitaría a los detallistas especializados un argumento eficaz contra él ante su clientela» (Párf. 36).

Por otra parte, como mejor conoce la Sala, el honor y la imagen va más allá de lo estrictamente personal y se extiende a otros ámbitos. Así puede hablarse de un honor personal, político, profesional, comercial, etc.».

En cuanto a la reputación comercial nos encontramos con la STEDH *Maekt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann* de 20 de noviembre de 1989, que abordó la cuestión del prestigio comercial de una empresa objeto de unos reportajes en los que se vertían una serie de observaciones y juicios de valor sobre la calidad de los productos de la misma a partir de un incidente aislado que no se presentaba como tal. El TEDH concluyó que en una economía de mercado dicha información repercutía negativamente sobre el prestigio comercial de dicha empresa.

Es pues evidente que también las empresas tienen un honor y una imagen que debe respetarse, y que cuando una acción antijurídica de diferentes personas menoscaba ese honor y esa imagen, tienen derecho a ejercitar las correspondientes acciones legales para resarcirse no sólo del perjuicio económico evaluable sino de la lesión a su honor, imagen o prestigio comercial.

En el caso concreto de estos autos, ¿alguien piensa que puede prosperar esta acción de reclamación por los perjuicios al honor, la imagen y el prestigio comercial de mi mandante si se inician las acciones dieciséis años después de ocurridos los hechos motivo de reclamación? ¿Alguien puede dudar de la pérdida absoluta de oportunidad para reclamar por estos perjuicios al honor, la imagen y el prestigio comercial de mi mandante? ¿Alguien duda que no hay lesión mayor a la imagen frente a clientes presentes o futuros de una Compañía de Seguros que sus únicas oficinas de 600 metros cuadrados en una calle céntrica de Barcelona sufran un siniestro como el que padeció mi mandante?

3.3. En último lugar, en cuanto al incumplimiento del deber de información del letrado a su cliente y frente a lo manifestado en la sentencia, como mejor conoce la Sala, al igual que ocurrió, en su día, con la responsabilidad profesional de los médicos, estamos siendo testigos de una evolución en nuestra jurisprudencia, consistente en abordar la responsabilidad de los abogados, desde una nueva perspectiva, con un resultado que se está cristalizando en fallos cuyo contenido no es otro que el de condenar al abono de una serie de cantidades al apreciar negligencia en su actuación profesional. Estamos en la Jurisprudencia en un proceso de equiparación, a efectos de responsabilidad, del profesional liberal (y en este caso el abogado) de cualquier otro profesional que concurre al mercado ofreciendo sus servicios. Y ello, desde el espíritu de una serie de normativas generales nacionales o comunitarias, cuya finalidad es la protección del consumidor o usuario.

Como mejor conoce la Sala, el cambio ya tiene años y se inició con las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo 1998 y de 14 de mayo 1999, y, en las que el Tribunal Supremo condena por incumplimiento del deber de información a abogados, como ya había hecho con médicos en la Sentencia de 28 de abril de 1994.

La obligación de información está impuesta por exigencia de la buena fe en su función normativa, ex artículo 1258 CC EDL 1889/1, o, si se quiere, demandada por la Ley General de Consumidores y Usuarios, marco de referencia a la obligación de información en los contratos suscritos entre profesional y consumidor y usuario; pero es, también, una obligación de resultados, a diferencia de la obligación de realizar una determinada labor de asesoramiento o defensa que per se es una obligación de medios. Este dato característico de la obligación de información como una obligación de resultados, facilita la apreciación de cumplimiento o no de la misma a efectos de establecer la obligación indemnizatoria en caso de incumplimiento. Lo realmente novedoso (para la prestación de servicios del abogado, no así para otras profesiones, como la médica, en las que la obligación de información es una necesidad elevada a la categoría de derecho de la personalidad) de las sentencias a las que nos referimos fue, en su momento, el reconocimiento de una obligación de información como consecuencia de la relación contractual que le une con su cliente, sin que existiera una apoyatura legal y expresa que estableciera o regulara esta obligación del letrado. Así, una vez que el juzgador considera que la información es una obligación que el abogado asume como consecuencia de la relación contractual que le une a su cliente, comprobar su cumplimiento o no, es tarea fácil para el órgano judicial: basta apreciar la existencia o no de información, o, en su caso, la suficiencia o no de ésta.

Sin embargo, y tal y como preveíamos, la jurisprudencia, fiel a las exigencias de la sociedad y haciéndose eco de los cambios experimentados en ella, continúa su camino de equiparación de la responsabilidad del abogado al de cualquier profesional con pronunciamientos cada vez más claros y amplios, y que han llegado al momento de imponer al abogado la obligación de indemnizar a su cliente en concepto de "daño moral" por su negligencia profesional -la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2003 ya citada en la demanda.

En el presente caso se da la situación excepcional de la constancia documental de la falsa información y mentira del letrado demandado a su cliente -mi mandante-. Así se deduce de los documentos dos, tres, quince y dieciséis de la demanda y primero y segundo del escrito de alegaciones complementarias de esta parte de 11 de mayo de 2006.

Dicha documentación no sólo no ha sido impugnada sino que ha sido ratificada por los diversos testigos que declararon en el acto del juicio - señaladamente D. Juan Enrique y D. Gabriel -, incluso el propio demandado reconoció haber mentido en diciembre de 2004 a su cliente -mi mandante-.

La sentencia que recurrimos obvia toda referencia a estos hechos y al derecho que invocamos, todo ello de manera muy difícilmente comprensible -dicho sea con el debido respeto-.

La lectura de los informes del letrado demandado a su cliente, acompañados al documento número tres de la demanda, revelan la profunda inventiva del demandado cuando habla de una "demanda civil en el año 98", de que ha empezado su "tramitación a comienzos del año 2001", que "tres veces la citación fue negativa" a Pablo, que "por fin se le logro citar después de cuatro exhortos", que "después, hemos tenido también mucho retraso con la realización de pruebas, pues todas han tenido que celebrarse por exhorto" y que "estamos pendiente de que se una el exhorto enviado a Oviedo para la confesión judicial de Pablo".

La realidad es que el demandado ni siquiera presentó una demanda en diciembre de 2004 -quince años y medio después de ocurridos los hechos- y que dejó de interrumpir los plazos de prescripción en 1998 ya que en el documento número diecisiete de la contestación sólo hay acuses de recibo del año 1998, y desde luego en el documento diez de la demanda no hay un solo documento del año 2000, como erróneamente señala la sentencia de instancia en el fundamento de derecho tercero párrafo tercero. En el informe jurídico -documento siete de la demandasólo se habla de cartas, telegramas o burofaxes a partir de 1994 y hasta el año 2000, no señalando que se envía y que eficacia interruptiva tiene.

Además, como resultó del acto del juicio, el demandado se comportó de manera poco diligente en la entrega de este expediente a mi mandante, lo que obligó a desplazarse a tres personas a su despacho, como declararon los testigos D. Juan Enrique y D. Gabriel.

4.- IMPOSICIÓN DE COSTAS.

En la sentencia de instancia se condena a las costas del procedimiento a esta parte, en base al "principio de vencimiento objetivo" y el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

En todo caso, no es procedente la imposición de costas dado que, como hemos pedido a lo largo de este escrito, nuestra demanda debe ser estimada.

En todo caso, si la juzgadora de instancia hubiese estudiado el derecho aplicable a este caso -dicho sea con el debido respeto- hubiera apreciado las razones de hecho y de derecho que asisten a esta parte, y en el más desfavorable de los casos hubiese apreciado -como mínimos dudas de hecho y de derecho, y a la vista de la jurisprudencia invocada por esta parte podría haber declarado su corrección y al menos considerar jurídicamente dudoso el caso.

Lamentablemente la juzgadora de instancia optó por incrementar el perjuicio de mi mandante, que en lo económicamente valuable asciende a 480.489,21 euros-equivalente a 79.938.030 pesetas de 1989-, además de los daños a su imagen premiando al letrado que mintió a su cliente de modo reiterado y le impidió resarcirse de tan cuantiosas pérdidas.

Esta parte solicita -máxime dado el comportamiento procesal del demandado y su representación letrada- la expresa imposición de costas al demandado.

Con carácter general, creemos que de la reproducción videográfica del acta del juicio puede deducirse la procedencia de este recurso y la no adecuación de la sentencia recurrida a los hechos y derecho aplicable a este procedimiento.

CUARTO.- Esta parte debe reiterarse en el importe de la indemnización solicitada por los daños y perjuicios causados a mi representada por el demandado D. Jorge por importe de CUATROCIENTOS OCHENTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE EUROS CON VEINTIUN CÉNTIMOS (480.489,21 euros). Estamos hablando de cantidades ya perdidas por mi mandante en 1989 sobre las que no se ha aplicado actualización alguna.

Conoce mejor la Sala la influencia de la inflación y el incremento de precios, de modo que 480.489, 21 euros en 2007 no es ni mucho menos como se puede compensar el pago de 80 millones de pesetas en 1989 y 1990.

QUINTO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 460.1 en relación con el 270.1.2.º de la LEC EDL 2000/77463 , se aporta, a efectos probatorios, y como documento número uno, el Certificado del Secretario del Consejo de Administración de mi mandante de fecha 27 de abril de 2007 que acordó el inicio de acciones legales por las manifestaciones del demandado D. Jorge en este procedimiento, y como documento número dos el escrito de conciliación previo a la interposición de querrela por injurias o calumnias graves y el resultado de su acta. Con dicha documentación se establece de nuevo sin ningún género de dudas, que las afirmaciones del demandado no reflejan la realidad y que además han causado enorme malestar en mi mandante que se encuentra de nuevo perjudicado en su imagen y honor. Como documento número tres aportamos un certificado médico del Fundador de la Compañía, D. Hugo , revelador de su difícil situación médica, y cuyo nombre fue esgrimido por el demandado en la vista del juicio como justificación de su inapropiada conducta contrariando la realidad y amparándose en el estado de salud que padece...».

Y terminaba solicitando que se tuviera «.. por interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada en esta instancia el día 23 de febrero de 2007 en todos sus pronunciamientos, y se tenga por presentado los documentos que se aportan con el número 1, 2 y 3 al amparo del artículo 460,1 de la LEC EDL 2000/77463 y se dé traslado a la Sala correspondiente de la Audiencia Provincial de Madrid para que declare la procedencia de ambos medios de prueba, y una vez recibido a prueba el recurso y practicada, y tras los demás trámites que sean de rigor, dicte Sentencia en la que se revoque la dictada en Primera Instancia, y se estime en su totalidad lo solicitado en nuestro escrito inicial de demanda».

(20) Mediante «primer otrosi digo» del escrito de interposición del recurso, la parte apelante interesaba que «..se libre la correspondiente citación para la práctica de la prueba testifical..» sin solicitar explícitamente la práctica de la mencionada prueba en esta segunda instancia, ni alegar en cuál de los casos del art. 460 LEC EDL 2000/77463 se ampara la petición ni designar la persona de la cual solicitaba el interrogatorio.

(21) Mediante «segundo otrosi digo» del escrito de interposición del recurso de apelación, la parte apelante interesaba que, con independencia del recibimiento a prueba, se acordase la celebración de vista en el recurso.

(22) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 30 de mayo de 2007, la representación procesal de D. Jorge evacuó oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario y a la solicitud de pruebas en esta alzada.

(23) Por Auto de esta Sección de fecha 9 de enero de 2008 se acordó no haber lugar a la práctica de pruebas en esta segunda instancia ni a la celebración de vista.

TERCERO.- I. Preliminar

A) En la demanda interpuesta por la representación procesal de la entidad mercantil «Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» se ejercita acción de responsabilidad civil frente a D. Jorge , Abogado en ejercicio, con fundamento, en apretada síntesis, en que luego de haberse encomendado a dicho Letrado el ejercicio de acciones civiles de responsabilidad frente al Arquitecto D. Antonio y al constructor D. Leonardo las entidades aseguradoras de estos últimos profesionales, «Cresa» y «Assicurazioni Generali» como consecuencia de un siniestro acaecido en las oficinas que la entidad actora tenía en Barcelona en fecha 21 de julio de 1989 y del que se afirma derivaron cuantiosos daños y perjuicios a la entidad (incluidos-se dice- los atinentes «.. a la buena imagen de la Compañía..»), incurrió en falta de diligencia al no promover el ejercicio de la acción de responsabilidad que se le había encomendado; «.. la ocultación de dicha inactividad informando verbalmente y emitiendo informes que no se ajustaban a la realidad (..) de modo que engañaba a mi patrocinada..», y concluía que como «.. consecuencia de la mencionada negligencia, se ha producido para mi mandante la imposibilidad de resarcirse de los daños y perjuicios sufridos debido al no ejercicio e tiempo y forma de las acciones civiles pertinentes de reclamación

frente a los responsables, habiendo prescrito la acción contra las aseguradoras y no habiendo posibilidades de recobro respecto de los profesionales».

Frente a dicha pretensión, el demandado D. Jorge afirma que la demandante se conduce con mala fe y abuso de derecho, con motivaciones espurias; que fue decisión de la demandante no ejercitar acciones frente al Arquitecto y al Constructor con la intención de alcanzar una solución extrajudicial y que una vez conocida la falta de presentación de la demanda no ha hecho nada por activar el procedimiento civil. Sostenía que «las acciones civiles que pudieren corresponder tanto con el arquitecto y constructor como contra las compañías aseguradoras no han prescrito...», y la ausencia de daños y, subsidiariamente, su incorrecta valoración.

B) Desestimada la demanda en el primer grado jurisdiccional, la representación procesal de la entidad actora interpone recurso de apelación frente a la misma con fundamento, en síntesis, en cuatro motivos: 1. «Infracción de normas y garantías procesales: nulidad por Admisión de prueba ilícita e incongruencia de la sentencia recurrida»; 2. «Error en la apreciación de la prueba»; 3. «Error en el Derecho y en la apreciación de los hechos: pérdida absoluta de la acción directa frente a las aseguradoras del arquitecto y constructor, pérdida absoluta del ejercicio de las acciones por derecho de honor e imagen y perjuicio y pérdida de la acción por responsabilidad contractual frente al arquitecto y constructor, incumplimiento de la obligación de información del letrado», el cual se subdivide a su vez, en varios submotivos; y, 4. «Imposición de costas».

CUARTO.- II. La causa de pedir

A) Indicación general

A propósito de la «vexata questio» de la «causa de pedir», sobre la que se cierne una centenaria polémica científica entre los partidarios de la teoría de la sustanciación y los partidarios de la teoría de la individualización, dos formas de expresión en la demanda de la «causa petendi» o fundamento de la acción. La doctrina mayoritaria considera que la causa de pedir está integrada por dos elementos: el elemento fáctico (o conjunto de hechos) y el elemento jurídico o normativo: el título o razón de pedir; la subsunción de los hechos en una norma jurídica que le otorgue la eficacia que el actor pretende, es decir, la relación de esos hechos con una determinada norma jurídica. Otro sector doctrinal, por el contrario, no se manifiesta resueltamente partidario de este doble elemento constitutivo e identificados de la causa de pedir, sino que reduce la «causa petendi» a la fundamentación fáctica: el conjunto de hechos, las circunstancias concretas o el relato histórico, sobre los que el actor basa su petición, Y, consecuentemente, afirma que los posibles puntos de vista jurídicos del estado de hecho presentado por el actor son cuestiones que compete al Juez («da mihi "factum" et dabo tibi ius»).

Los distintos ordenamientos jurídicos, por su parte, no ofrecen base bastante para configurar y delimitar el concepto «causa petendi»; y la Jurisprudencia tampoco se pronuncia claramente. Lo que sí es cierto es que con base en estos dos puntos de vista apuntados anteriormente, la doctrina científica, en una inacabable polémica que dura ya un centenar de años, ha venido adscribiéndose a una de estas teorías: la de la individualización según la cual la causa de pedir está compuesta por dos elementos: los hechos y su calificación jurídica, si bien la alegación de los hechos es posible pero no necesaria, pues lo definitivo es la relación jurídica controvertida) y la de la sustanciación, para la que resulta bastante la alegación de los hechos; para llegar, en la mayoría de los casos, a una postura de síntesis que, se dice, ni todos y sólo los hechos son relevantes para la identificación de la causa de pedir, sino sólo los esenciales, los verdaderamente delimitadores del objeto; ni sólo la relación jurídica controvertida funda en todo caso la causa de pedir, sino que la relación jurídica debe ser delimitada por los hechos que la individualizan. En cualquier caso, aun subsiste un punto de fricción "de gran importancia práctica" entre ambas teorías, en el sentido de que los partidarios de la teoría de la individualización opinan que se modifica la demanda si se cambia el punto de vista jurídico; y del mismo modo, si se cambia el punto de vista jurídico, ni se puede producir la excepción de litispendencia, ni la cosa juzgada. Por el contrario, para los mantenedores de la teoría de la sustanciación no hay «mutatio libelli» si permaneciendo idénticos los hechos, se varía el punto de vista jurídico; y de la misma manera, existirá litispendencia y cosa juzgada si en un segundo proceso, inalterados los hechos, se cambia el punto de vista jurídico.

QUINTO.- La Jurisprudencia española no puede considerarse especialmente esclarecedora. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la congruencia y más en concreto sobre la prohibición de resolver los Tribunales sobre causa de pedir distinta de la alegada. La materia relativa a la exigencia de la congruencia como requisito interno de la sentencia ha sido objeto de tratamiento constitucional en aquellas especiales ocasiones en que puede determinar una violación del art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879 (S.T.C. de 5 de mayo de 1982). Pues este «vicio de la sentencia no se transforma necesariamente por sí solo en vulneración de los derechos de carácter fundamental que reconoce el art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879», sino que «la incongruencia de una sentencia sólo entra en conexión de los derechos reconocidos por el art. 24 cuando pueda encontrarse en el asunto, además de incongruencia de la sentencia la situación de indefensión que el art. 24,1 de la Constitución EDL 1978/3879 prohíbe, por entrañar la decisión, un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en el proceso respecto de las cuales, en consecuencia, no haya existido la necesaria contradicción» (S.T.C. de 12 de junio de 1986 y 23 de mayo de 1990). Por lo tanto, y como primera premisa o cuestión previa, «la incongruencia, para tener relevancia constitucional, tiene que entrañar una vulneración del principio de contradicción y por ende el derecho a la defensa» (SS.T.C. de 14 de enero de 1987; 1 de febrero de 1985 y 8 de octubre de 1985). Y entiende el Tribunal Constitucional que entraña «una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de defensa... cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal... pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, y sólo en esos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae. Puede por esto ocurrir que al alterarse en la sentencia los términos del litigio la condena se produzca sin que se le haya dado a las partes la oportunidad de defenderse sobre los nueras términos en que el Tribunal coloca el asunto» (SS.T.C. de 5 de mayo de 1982; 7 de marzo de 1985; 6 de marzo de 1989; 22 de julio de 1987; 29 de octubre de 1987; 10 de noviembre de 1987; 1 de diciembre de 1987; 21 de diciembre de 1987).

El «punctum saliens» reside, pues, en averiguar en qué casos se produce esa «completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal» de tal modo que «al alterarse en la sentencia los términos del litigio» se viole "por vía de la incongruencia

de la sentencia así pronunciada" el derecho de defensa y el principio de contradicción, impidiendo el efectivo derecho a la tutela jurídica reconocido en el art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879 .

En definitiva se trata, una vez más, de averiguar cuándo se varía la causa de pedir; y por consiguiente, se trata, de nuevo, de configurar la esencia de la «causa petendi», punto de arranque imprescindible para observar si una determinada sentencia contiene o no el vicio de incongruencia por alterar o no la causa de pedir invocada por el litigante.

Verdaderamente, el Tribunal Constitucional, celoso guardián de la protección de los derechos fundamentales de la persona "y, entre ellos, el derecho a la tutela efectiva por parte de los Tribunales", ha cuidado más de las situaciones particulares planteadas en el recurso de amparo detectando si en cada caso concreto se produjo o no indefensión, que de elaborar una construcción dogmática sobre las diversas instituciones jurídicas en juego, que, por otra parte, no es su directo cometido. Lo cierto es que cada vez que se ha pronunciado sobre la delimitación de la «causa petendi» y las circunstancias en que ésta varía produciendo el vicio de incongruencia de la sentencia, no ha dado una respuesta plenamente satisfactoria. Como puntos de interés, ha precisado los siguientes: a) «Que la acción no es sólo el resultado que el litigante pretende obtener "lo que pide al Tribunal" sino también el fundamento jurídico en virtud del cual pide o causa petendi» (S.T.C. de 5 de mayo de 1982); b) Que el Juez «no puede... modificar la causa de pedir y a través de ella llevar a cabo una alteración de la acción ejercitada» (S.T.C. de 5 de mayo de 1982). Pues, «se cambia la acción ejercitada por el Tribunal... cuando se altera el fundamento jurídico que la nutre y que es la razón porque se pide o causa petendi» (S.T.C. de 18 de diciembre de 1985); c) Que «los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse a los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo *iura novit curia* les autoriza para ello» (S.T.C. de 5 de mayo de 1982); y «por no afectar a la congruencia (*sic.* pueden los Jueces y Tribunales)... utilizar el principio tradicional del cambio de punto de vista jurídico... expresado en el axioma *iura novit curia* y narra mihi "factum", dabo tibi ius, que permiten a aquellos, al motivar sus sentencias, no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes, pudiendo apoyarse en razones de carácter jurídico distintas... sin que en ningún supuesto pueda admitirse que aplicando el principio de referencia el órgano judicial pueda cambiar la acción ejercitada» (SS.T.C. de 18 de diciembre de 1985 y 23 de mayo de 1990). Que no se da tal alteración cuando «la diferencia es de argumentación jurídica, pero no de fundamento o causa» (S.T.C. de 5 de mayo de 1982); d) Que «en definitiva, cabe admitir el empleo por los Jueces y Magistrados de distinta argumentación jurídica que la utilizada por las partes para resolver sobre las pretensiones o excepciones ejercitadas en el proceso, pero en absoluto variar el fundamento jurídico en virtud del cual se pide, o sea, la causa petendi» (S.T.C. de 18 de diciembre de 1985); e) Que no existe incongruencia como pretendía el recurrente en amparo, en S.T.C. de 12 de junio de 1986, «cuando la sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir *ex officio*, como ocurre con las materias relativas a los presupuestos procesales» .

Como fácilmente puede observarse, el Tribunal Constitucional ha dejado absolutamente claro que una cosa es el axioma «*iura novit curia*» y otra distinta la posibilidad de alterar la causa de pedir, variando así la acción ejercitada. Pero al hacer referencia concreta a la causa de pedir, emplea términos que no resuelven el problema "esto es, qué es lo que puede variar el Tribunal sin cometer incongruencia y qué es lo que no puede variar por constituir «el fundamento jurídico que la nutre y que es la razón porque se pide o "causa petendi"» ". Por una parte, dice que lo que no se puede alterar es el «fundamento jurídico» (aunque tampoco lo expresa así de forma unívoca, pues en la S.T.C. de 5 de mayo de 1982 dice que los tribunales no tienen necesidad... de ajustarse... a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla... «*iura novit curia*» les autoriza para ello. Así, también, las SS. de 23 de julio de 1987 y 23 de mayo de 1990); y, por otra, argumenta que en atención a la máxima «*iura novit curia*», no queda el Tribunal vinculado por las «alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes»; o por los «argumentos jurídicos»; pudiendo apoyarse en «razones de carácter jurídico distintos»; o «argumentación jurídica» distinta; o «punto de vista jurídico» distinto. La verdad es que, con tales expresiones, no queda nada claro qué es lo que no puede variar el Juzgador por implicar cambio de acción y qué es lo que no le vincula en atención al aforismo «*iura novit curia*» .

SEXTO.- Por lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta controvertida cuestión, es necesario subrayar que las declaraciones jurisprudenciales referidas a la delimitación de la causa de pedir se pueden agrupar en tres direcciones: a) considerar categóricamente que son los hechos únicamente los que delimitan e individualizan la pretensión que se actúa; b) considerar decididamente que la causa de pedir está configurada por los hechos y por el fundamento jurídico; c) adoptar una postura vacilante y manifestar que desde luego son los hechos los delimitadores de la causa de pedir y que el principio «*iura novit curia*» autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen pertinentes así como a modificar el fundamento jurídico en que se basan las partes, pero ello con la limitación de concordar sus decisiones con las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes.

Con todo, si que se pueden precisar dos puntos en los que la Jurisprudencia es constante: Que, en todo caso, los hechos (el relato histórico, el trozo de vida que se somete a juicio) con relevancia jurídica configuran siempre la causa de pedir. Y que, en todo caso, y por los conocidos brocardos «*iura novit curia*» y «da mihi "factum" et dabo tibi ius», la concreta norma aplicable es de posible elección judicial.

Como punto de partida, siempre que el Tribunal Supremo ha querido definir en qué consiste la causa de pedir ha aludido a que «causa de pedir equivale fundamento o razón de pedir» (SS. de 4 de abril de 1952, 7 de noviembre de 1980; 9 de mayo de 1980; 25 de junio de 1982; 31 de mayo de 1985, entre otras).

Lo que no ha precisado el Tribunal Supremo es en qué consiste ese «fundamento o razón de pedir» "como tampoco lo hace el Tribunal Constitucional", con lo que subsiste la misma duda, si bien con cambio de denominación. B) La causa de pedir la integran los hechos. Un nutridísimo grupo de sentencias se deciden abiertamente por considerar la causa de pedir "entendida como fundamento o razón de pedir" constituida únicamente por los hechos alegados, es decir, «el acaecimiento histórico, la relación de hechos que, al propio tiempo que la delimitan, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa» (SS.T.S. de 27 de mayo de 1983, 20 de diciembre de

1983, 31 de mayo de 1985 y 14 de abril de 1986), pues son los hechos «los que constituyen la causa de pedir» (SS. de 27 de febrero de 1971; 12 de junio de 1985, entre otras muchas); y «siempre que se salven los hechos constitutivos de la causa petendi no se incurre en incongruencia» (S. de 8 de mayo de 1990), «porque la acción se individualiza por el hecho "sentencias de esta Sala de 26 de octubre y 1 de diciembre de 1955" y, en consecuencia, sólo es posible la incongruencia por alteración de la causa petendi y no por el cambio de punto de vista jurídico» (S. de 26 de enero de 1982).

Por lo tanto, la congruencia se consigue «ajustando el fallo a las pretensiones de las partes, pero no de modo literal, sino sustancial y razonablemente, de tal modo que sobre la base de un respeto absoluto a los hechos, pueda el Juzgador, sin embargo, pronunciarse sobre la esencia y circunstancia..., del tema... incluso mediante la elección de la norma adecuada... y la aplicación de la misma a dichos presupuestos y consecuencias implícitos en la causa petendi»; pues «si la regla iura novit curia autoriza al Tribunal para calificar de manera distinta el conflicto suscitado, tal libertad valorativa ha de partir de la estricta acomodación a los hechos alegados y a las cuestiones debatidas» (S. de 8 de julio de 1983). Por todo ello, no existe incongruencia "dice la S. de 3 de noviembre de 1980: «cuando el Tribunal da al contrato litigioso una configuración diferente, fundándose en los hechos presentados por las partes... pudiendo el Juzgador resolver por otras razones de las alegadas, con libre actuación en la esfera del derecho... que le permite aplicar la norma jurídico procedente basando sus resoluciones en fundamentos distintos». Que la incongruencia «no se produce por el cambio de punto de vista jurídico del Tribunal de Instancia respecto del mantenido por los interesados, siempre que se observe por aquél el absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes» (S. de 9 de febrero de 1981 y 13 de diciembre de 1985), ni «falta a la congruencia la sentencia que sin apartarse de los hechos alegados por las partes, matiza, con apreciaciones jurídicas, la esencia y consecuencia de los mismos... por ser función que al Juzgador corresponde» (S. de 17 de febrero de 1981), y «con independencia de las apreciaciones jurídicas que para ello haya hecho el Juzgador para llegar a la solución que acoge, como consecuencia de los hechos aducidos y acreditados, dado que el principio iura novit curia posibilita la aplicación a la situación fáctica probada la norma jurídica adecuada» (S. de 14 de mayo de 1981), «quedando, por tanto, en principio fuera de una eventual objeción de incongruencia tanto los razonamientos aducidos por los contendientes para apoyar sus pretensiones, como los del Tribunal sentenciador para fundar su decisión» (S. de 15 de febrero de 1982), y será congruente la sentencia «siempre que se guarde acatamiento a los aspectos fácticos planteados por las partes y respeto a lo solicitado, siendo inoperante para generar incongruencia la circunstancia de que la solución, derivada de tales aspectos fácticos, provenga de consideraciones jurídicas diferentes de las alegadas por las partes, que no alteran la causa petendi, o razón de pedir» (S. de 31 de mayo de 1985); porque «ya desde la lejana S. de 10 de junio de 1941 se señaló que asisten siempre al Juzgador, en nuestro ordenamiento procesal, plenísimos poderes para aplicar a los hechos aportados por las partes las normas que estime adecuadas; la aplicación del derecho incumbe al Tribunal, aun sin alegación de la parte» (S. de 30 de julio de 1991); ya que, como expresa la S. de 30 de abril de 1991, «para apreciar la misma (sic. la incongruencia) es necesario, entre otros supuestos, que se dé una evidenciada discrepancia o divergencia, entre la solicitud de la parte actora, contenida en el suplico de la demanda, creadora del pleito y la respuesta judicial, plasmada en la parte dispositiva de la resolución, es decir que concurra disensión entre lo pedido y lo concedido y por ello se produzca la no precisa adecuación con la «causa petendi» de la demanda, esencia principal de la pretensión, no procediendo así con respecto a la fundamentación jurídica ya que el principio de derecho «iura novit curia», autoriza a los Tribunales a aplicar, en la construcción jurídica de sus resoluciones, los preceptos del Ordenamiento vigente, que estimen adecuados, para la resolución de las controversias procesales» .

SÉPTIMO.- Así, el Tribunal Supremo ha manifestado claramente que lo que configura la causa de pedir son los hechos aportados al proceso, y que «siempre que se salven los hechos constitutivos de la «causa petendi» no incurrirá en incongruencia el Juez que aplique a los mismos la norma adecuada», pues no se da incongruencia el Juez cuando el Juez resuelve con una «apreciación jurídica distinta de los hechos conducente, dentro del ámbito de los mismos, a una conclusión más ajustada en Derecho» (S. de 25 de noviembre de 1981), «ya que es doctrina constante de esta Sala que la incongruencia... no puede ser acogida, cuando existe la más perfecta adecuación entre las pretensiones consignadas en la súplica del escrito inicial del pleito y la parte dispositiva del acuerdo judicial que le puso fin... sin que la alteración de algún concepto... ni el cambio de punto de vista jurídico del Tribunal de Instancia respecto del mantenido por los interesados, siempre que se observe el debido respeto a los hechos alegados..., son determinantes de incongruencia... por lo que no se produce incongruencia cuando la sentencia se separa de las cuestiones de iure que las partes someten a su decisión (S. de 3 de noviembre de 1981). En efecto, «cual expresa la sentencia de 13 de octubre de 1986, la base de hecho y el suplico, y no la fundamentación jurídica, es lo que determina la congruencia de la resolución judicial, conforme al principio jurídico de la teoría de la sustanciación de la demanda y de la libre búsqueda y aplicación de la corría por los Tribunales, extremos en los que insiste la de 9 de octubre de 1987, al señalar que el fundamento de tal teoría es hallar la sustancia del hecho controvertido, para posteriormente aplicar el Tribunal el derecho que entiende le corresponde, sin sujeción al que las partes invoquen...; y es que, en definitiva, el principio de congruencia, prohibitivo de toda resolución extra petita, lo único que impone es una radical adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos en que las fundamentan, pero ni condena el da mihi "factum", dabo tibi ius, ni puede prescindir del iura novit curia, según jurisprudencia tan reiterada y constante que resulta de odiosa cita, aunque pueden servir de ejemplo, por todas, las Sentencias de 10 de mayo y 17 de junio de 1986» (S. de 3 de febrero de 1989, 11 de abril de 1990 y 18 de junio de 1990). Pues no incurre en incongruencia la sentencia que «respeto y acata los hechos probados... cuando aplica el derecho que estima corresponder a dichos hechos en función perfectamente lícita "iura novit curia" y procesalmente ortodoxa puesto que está en las que son facultades jurisdiccionales» (S. de 26 de diciembre de 1989).

Parece que se concede una amplitud desmedida al contenido y alcance del brocardo «iura novit curia», ya que entiende que los fundamentos de derecho, que no vinculan al Juzgador en virtud del brocardo aludido, se refieren tanto a la «calificación de la relación jurídica sometida a examen», como al «precepto de derecho aplicable al caso controvertido» (S. de 31 de mayo de 1985). Y, por otro, acaso pueda no resultar plenamente exacta la unívoca y reiteradísima opinión jurisprudencial según la cual la incongruencia «hay que investigarla entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, pues el suplico de la demanda es el único elemento procesal a que hay que atenerse para juzgar la congruencia del fallo (SS. de 8 de febrero de 1941 y 25 de junio de 1945) no puede apreciarse

incongruencia cuando existe coincidencia absoluta entre el fallo y la súplica de la demanda» (S. de 24 de marzo de 1981 . En este mismo sentido, entre otras muchas, las SS. de 10 de noviembre de 1988 y 16 de abril de 1990 . Y la reciente S. de 9 de julio de 1991, reiterando que «el defecto de incongruencia se produce solamente cuando el fallo de la correspondiente sentencia no se acomoda a los terminos de la súplica de la demanda y no con relación a las bases fundamentadoras expuestas en los razonamientos jurídicos», declara que no se da en este caso la incongruencia denunciada, que pudiera dar lugar a la casación de la sentencia, «... aunque haya de reconocerse que en ésta se razonó sobre una base procesalmente inadecuada y obteniendo una conclusión muy discutible» .

Obsérvese que si la congruencia se refiriese tan sólo a la adecuación del suplico de la demanda con la parte dispositiva o fallo de la sentencia, como dice sin quiebra el T.S., pocas ocasiones habría de denunciar un vicio de tal índole, el Juez podría "concediendo en su fallo lo solicitado por el actor en el suplico de su demanda" variar la acción con suma facilidad; y las partes podrían quedar inmersas en la más absoluta indefensión. En verdad, el T.S. no ha sido insensible a esta apreciación, y en una reciente Sentencia de 28 de abril de 1990 después de abundar en esta repetida idea de que por sentencia a efectos de este motivo de casación (el enunciado al amparo del art. 1692.3) debe entenderse el fallo o parte dispositiva y no los considerandos», advierte que éstos pueden servir de apoyo a un motivo por incongruencia «cuando son tan absolutamente contrarios al fallo, que le hace inexplicable, en razón a que se está justificando una conclusión contraria o distintas. Pienso que el Juez debe, desde luego, resolver concediendo lo pedido por las partes, pero conectando en todo caso lo pedido con la causa de pedir. Que la causa de pedir se entienda integrada sólo con los hechos o con éstos y su fundamentación jurídica, es otro problema; pero interesa resaltar la simplicidad que supone referir la congruencia de la sentencia a la acomodación exacta entre lo que el actor solicita en el suplico de su demanda y lo que el Juez resuelve en la parte dispositiva de su sentencia.

A su vez, el T.S. utiliza expresiones genéricas tales como «siempre que se mantengan la situación de hecho y la causa petendi» (S. de 30 de junio de 1983), como si la «situación de hecho» fuera algo diverso de la causa de pedir. C) La causa de pedir se ve integrada, además, por la fundamentación Jurídica. Otro grupo de sentencias, cuantitativamente inferior al anteriormente examinado, han interpretado de modo diverso el brocardo «jura novit curia» y han considerado que «la potestad de los Jueces y Tribunales para aplicar la norma adecuada (iura novit curia, daba tibi ius)... tiene como limite infranqueable el respeto a la causa petendi, es decir, al hecho debatido y a la norma que éste naturalmente postule o requiera... pues sería una extralimitación que impediría el normal uso de la defensa jurídica causando indefensión,... al no poderse contrarrestar con aportaciones de hecho distintas o contraria o con fundamentos jurídicos excepcionantes» (S. de 1 de abril de 1982 y 15 de octubre de 1984). Por lo tanto, se inclinan por considerar la causa de pedir integrada tanto por «el hecho debatido» como por «la norma que éste naturalmente postule o requiera», de tal modo que para que se dé congruencia de la sentencia es necesario que «los términos del fallo en conexión con los antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos expuestos por las partes, guarden acatamiento a la sustancia de lo solicitado» (S. de 20 de mayo de 1982). Y en este mismo sentido, la S. de 21 de marzo de 1970 ha expuesto una completa doctrina respecto del alcance de la máxima que venimos comentando. Así, dice el T.S. en esta ocasión, «si bien es cierto que según constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, los Tribunales gozan en nuestro Ordenamiento positivo de la facultad de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aun cuando no la hubiesen invocado los litigantes, no lo es menos que tal derecho, reconocido por los apotegmas «Jura novit curia» y «Da mihi "factum" et ego tibi daba ius», no puede ser interpretado en un sentido tan amplio que autorice a sus titulares a rebasar los limites que en materia civil establece el art. 359 de la Ley de Trámites, cuando, al acoger el principio de la congruencia, subordinan la actuación de dichos Organismos a la iniciativa privada de los interesados, de cuya voluntad, y salvo lo dispuesto para casos concretos... depende no sólo la impulsión del proceso, sino también la determinación de los problemas que en el mismo deben decidirse,... de lo que se infiere la necesidad de que entre la parte dispositiva de una resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los contendientes durante la fase expositiva del pleito, exista la máxima concordancia y correlación tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico procesal, como en lo que atañe a la acción que se hubiere ejercitado "sentencia de 24 de mayo de 1954 (R. 1325)" sin que sea lícito al Juzgador modificarla, ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas "ss. de 6 de julio de 1952 (R. 1553) y 23 de enero de 1960 (R. 114)", porque de lo contrario se contravendría la doctrina establecida por los principios generales de Derecho «Quod non est in actis, non est in mundo» y «sententia deber esse conformis libello», y podrían quedar uno o varios de los litigantes sin la posibilidad de rebatir esos problemas con la indefensión que ello llevaría consigo (ss. de 10 de junio de 1951 y 25 de octubre de 1952)» . Con parecido aunque más parco razonamiento, la S. de 1 de junio de 1991 aprecia incongruencia de la sentencia de instancia considerando que «la doctrina de la sustanciación, que sigue esta Sala, permite que extraída la esencia de los hechos se apliquen los principios «da mihi "factum", daba tibi tus» y «iura novit curia», pero con el límite impuesto por la congruencia, de que no se altere la acción ejercitada, pues su cambio conculcaría el principio de contradicción, cosa que ha realizado la Audiencia al estimar, en contra de lo expresado por los demandantes, que se ejercitó una acción común para invalidar un acto lesivo al derecho de propiedad, no sujeta al plazo de caducidad de 30 días del art. 16.4.2 de la L.P.H .» . Para este grupo de sentencias, pues, existe congruencia siempre que «los términos del fallo en conexión con los antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos expuestos por las partes, guarde acatamiento a la sustancia de lo solicitado» (S. de 20 de mayo de 1982). «Y por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportarla, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio critico de la manera le entienda más ajustada» (S. de 28 de marzo de 1989 y 30 de octubre de 1990). Por lo tanto, «se incurre en incongruencia... cuando... se resuelve de diferente modo a como se solicitó y en base de razón o causa de pedir que no es la que se utilizó al quedar válidamente constituida la relación jurídico-procesal, acogiendo la súplica de la demanda por causa jurídica esencialmente diversa a la que fue alegado y introvertida en la litis» (S. de 29 de abril de 1977). Pues «el principio de incongruencia recogido en el art. 359 de la Ley procesal obliga a los Tribunales a acomodar sus decisiones con las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes sometan a su conocimiento, sin alterar la causa de pedir esgrimida en el proceso ni transformar el problema controvertido en otro distinto, porque, en caso contrario, quedaría alguno o ambos de los contendientes sin la posibilidad de rebatir los argumentos de su adversario ni de practicar prueba acerca de los mismos con la consiguiente indefensión que ello les acarrearía» (S. de 25 de abril 1966). Por ello, se varía el contenido del litigio «pese a las facultades que la Doctrina jurisprudencial le atribuye por imperio de la máxima iura novit curia» ...

cuando no se alegó la simulación relativa y pretende aducirse en vía de recurso (sentencia de 28 de febrero de 1963); o cuando negada la resistencia de un mandato, se plantea luego el tema de su gratuidad (sentencia de 8 de febrero de 1966)», pues en estos casos se produce «la variación de la relación jurídico procesal» (S. de 10 de octubre de 1984) y «una cosa es pedir una atribución de dominio con base en entender se dan las circunstancias que lo determinan, una situación posesoria amparada por una concreta norma legal... y otra el solicitar aquella atribución de dominio con base en la simple acción del tiempo, por vía de la prescripción adquisitiva, y por tanto con independencia de referida norma sancionadora» (S. de 17 de febrero de 1984), por lo que no se da identidad de causa de pedir (y por tanto no procede la apreciación de la cosa juzgada) cuando en un supuesto «se establecía como causa (de la pretensión de devolución de una suma de dinero) una relación jurídica concreta de depósito» y en el otro «esa causa viene fundamentada en una situación de enriquecimiento injusto» (S. de 25 de junio de 1982). Ni existe dicha identidad cuando formulándose demanda sobre nulidad de donación, en un caso se invocó quebrantamiento de las limitaciones que sobre los bienes donables establecen los artículos 634 y 636 del Código civil EDL 1889/1 («preceptos éstos que son los que únicamente figuraban en los fundamentos de derecho como determinantes de la nulidad solicitada y los que como únicos se adoptan como base del fallo»), y en el otro caso «se invoca como fundamento de la nulidad pedida... la no concurrencia de los requisitos establecidos por los arts. 630 y 633 y concordantes del mismo Código civil EDL 1889/1» (que se refieren a la exigencia de aceptación de la donación) "S. de 8 de febrero de 1984". Verdaderamente, en estos casos mencionados, permaneciendo idéntico el supuesto de hecho, se varió el fundamento jurídico (el punto de vista jurídico); y el T.S. entendió con acierto que hubo variación de la acción ejercitada por alterarse el elemento jurídico de la «causa petendi».

Esta ha sido la idea recogida en la reciente Sentencia de 26 de septiembre de 1989, donde el T.S. rotundamente manifiesta que si ciertamente, (sic. el Tribunal) no está obligado por la concreta norma jurídica alegada por la parte, por fuerza del iura novit curia, sí lo está por la singular causa por la que la norma es alegada, en virtud de la conformidad que, por mandato del art. 359 de la Ley de enjuiciamiento civil EDL 2000/77463, debe existir entre la sentencia y la pretensión que constituye el objeto del proceso, según el principio consagrado por la más autorizada doctrina científica y de constante jurisprudencia... y la alteración de la causa de pedir, coloca a la parte a quien el pronunciamiento judicial perjudica en la situación de indefensión que el art. 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 ... proscribe».

Y esta misma idea se desprende con claridad de la S. de 19 de julio de 1989, en la que el T.S. apreció incongruencia de la resolución de la Audiencia Territorial por haber resuelto la nulidad del auto de declaración de herederos solicitado por el actor, pero no "por no ser la jurisdicción española la competente para conocer el asunto" como solicitó el actor, sino por conceder tal nulidad al auto de declaración «en cuanto aplicó la legislación española, y la foral de navarra», debiendo aplicar la legislación norteamericana correspondiente. El T.S., en esta ocasión, declaró que la sentencia de instancia incurrió en incongruencia pues no es «lícito al juzgador modificar ni alterar la causa de pedir ni sustituir las cuestiones debatidas por otras»; y al haber sido alegada en el acto de la vista de la apelación esta circunstancia de no aplicación del Juez que dictó el auto de declaración de herederos cuya nulidad se solicita, de la legislación americana correspondiente, la Sala incurrió en la apreciación de una cuestión nueva prohibida por el principio general de derecho «pendente appellatione nihil innovetur». Y la S. de 13 de mayo de 1991 manifiesta del mismo modo que «escapa a las posibilidades que confiere el principio «iura novit curia» la actuación del Tribunal de instancia, y casó la sentencia apreciando vicio de incongruencia, ya que las variaciones permitidas al Tribunal deben actuar solamente dentro de los límites establecidos por las pretensiones deducidas en juicio, pues de lo contrario «afectaría... a las garantías de defensa exigidas por el art. 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879».

También apreció vicio de incongruencia y casó la sentencia de instancia el T.S. en S. de 16 de octubre de 1989, considerando que «los principios de audiencia y contradicción obligan al Juzgador a no modificar o alterar la causa de pedir ni a sustituir las cuestiones debatidas pues en tales supuestos se vulneran los principios procesales «quod non est in actis non est in mundo» y «sententia debet esse conformis libello». Se impone en el orden procesal la armonía entre los pronunciamientos de la sentencia y la pretensión de las partes, se ha de dar o negar todo o parte de lo pedido, pero no conceder algo distinto ni con fundamento en hechos no alegados o en argumentos jurídicos que rebasando el iura novit curia causen indefensión», y en este mismo sentido de repulsa a la indefensión, la S. de 15 de febrero de 1991 casó la sentencia de instancia por alteración de la causa de pedir «al entrar a examinar una acción publiciana... que no fue ejercitada por las actoras», considerando que «la sustitución de las cuestiones o temas objeto de debate por otras distintas... tiene tal alcance que con ello se coloca a la parte a quien el pronunciamiento judicial perjudica en patente situación de indefensión proscribida por el art. 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 ... al privarle de la posibilidad de rebatir lo que en su momento no fue objeto de alegación e infringe el principio de contradicción informador de nuestro ordenamiento procesal». La complejidad del tema es patente; y así lo ha observado también el T.S. al precisar que «aunque no es problema resuelto con unanimidad de criterio en la doctrina científica el relativo a cuando existe alteración de la causa de pedir; sin exponer ahora las posibles distancias entre sí y limitándonos al criterio que preside como predominante nuestra práctica judicial, puede concretarse que para que dicha alteración de la causa petendi se produzca no es necesario siempre un hecho distinto como base de la demanda, sino que es suficiente que aun basándose la segunda acción en el mismo hecho que la anterior... el motivo legal en que la acción se funde sea distinto (S. de 10 de febrero de 1984).

Abundando en ello, la S. de 5 de octubre de 1985 ha expuesto con precisión esta idea apuntada y ha resuelto en cierto modo el problema de la mejor manera posible. Se trataba, en este caso, del ejercicio de una pretensión de enriquecimiento injusto y su posible variación "permaneciendo idénticos los hechos" por otra pretensión de indemnización de daños y perjuicios por culpa o negligencia extracontractual basada en el art. 1902 del Código civil EDL 1889/1. En definitiva, se trataba de un cambio de fundamentación jurídica. El T.S. establece, en este caso, la siguiente interesante doctrina: «que, en términos generales, toda demanda se funda en un relato de hechos constitutivos del derecho cuya realización se pretende, caracterizándose por lo tanto mediante aquellos, la parte, trozo o porción, de las ocurrencias de la vida, y la petición de fondo, elementos que constituyen su esencia con cierta abstracción de la calificación jurídica que merezcan, perteneciendo dichos elementos de hecho y el pretensional íntegramente a las partes, mientras que el juzgador puede, con gran autonomía, aplicar la norma que libremente escoja según el principio iura novit curia y haya sido o no invocada por

los litigantes; pero, con todo, ha de cuidarse también de que aquello que se ofrece como cambio de punto de vista jurídico no afecte al fundamento de la pretensión por consistir en cambio o alteración del particular aspecto bajo el que se hayan dejado invocadas las ocurrencias en que aquel fundamento consiste, mutación que no sería procesalmente lícita porque conllevaría cambio de la pretensión y arrastrarla la indefensión de la parte adversa». Y en el mismo sentido la S. de 9 de mayo de 1980, para apreciar si existe identidad de causa entre dos acciones a efectos de apreciar o no cosa juzgada, manifiesta: «la causa de pedir es un título en el que se funda un derecho y del que pueden derivarse distintas acciones, que si ejercitada alguna se declara inadecuada con base en fundamentos jurídicos encaminados a este fallo y sin desconocer que le asiste un motivo para el reconocimiento de ese derecho, aquella sentencia no puede impedir el posterior ejercicio de la acción adecuada que lo garantice».

OCTAVO.- Por último, un nutrido grupo de resoluciones del T.S. adopta una postura ecléctica y para determinar cuándo existe incongruencia, afirma que ésta se produce siempre que la sentencia no guarda adecuación con los hechos alegados y las pretensiones formuladas (SS. de 5 de diciembre de 1983 y 9 de diciembre de 1981); o refiere la congruencia a la adecuación con las pretensiones de las partes y los hechos en que se basan (SS. de 7 de diciembre de 1982; 9 de abril de 1981; 24 de julio de 1989); o bien la adecuación con la demanda y las pretensiones deducidas en el pleito (S. de 9 de marzo de 1981); «haciendo referencia la congruencia a la necesidad de que, entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los contendientes exista la máxima concordancia y relación, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivo y objetivo de la relación jurídico-procesal como en lo que atañe a la acción ejercitada, su exigencia no alcanza a los razonamientos alegados por las partes o el Tribunal, ya que el principio iura novit curia exige únicamente no alterar las pretensiones sustanciales formuladas por las partes, pero no a la total sumisión del fallo a aquéllas, como consecuencia del principio «da mihi "factum", ego dabo tibi ius», y esa alteración no se produce en el presente caso, dado que la Sala sentenciadora de instancia guarda pleno acomodo a los aspectos fácticos planteados en la litis de que se trata (S. de 27 de abril de 1989). Ciertamente las voces hechos y pretensiones, hechos y peticiones, demanda y pretensiones no dan una idea exacta del elemento objetivo de la acción que se ejercita "esto es, de la «res in iudicio deducta» u objeto del proceso" y su precisa delimitación "a efectos de congruencia, de «mutatio libelli», de cosa juzgada, etc.". Si por «peticiones» o «pretensiones» el Tribunal Supremo quiere dar a entender «lo que se pide», esto es, el «petitum», está claro que en este grupo de resoluciones la causa de pedir la formarían sólo los hechos. Si por «pretensiones» se entiende propiamente la concreta tutela jurídica que se solicita, esto es, la acción que se afirma en el proceso, la expresión «hechos y pretensiones» envuelve una tautología. Aparte de ello, en estas sentencias tampoco se esclarece el alcance del brocardo «iura novit curia», pues tras emplear esta expresión, apostilla que se debe guardar «el debido acatamiento al componente jurídico de la acción», si bien «le está permitido al sentenciador establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada» (S. de 9 de abril de 1985), «incluso aplicando normas no invocadas por los litigantes, conforme a la máxima que consagra la libertad en las motivaciones jurídicas («iura novit curia»), siempre que el cambio de fundamentación no signifique que la pretensión ha sido alterada, o lo que es lo mismo que dé acogida a una acción no invocada, se modifique la causa de pedir o se sustituyan las cuestiones debatidas por otras» (SS. de 7 de diciembre de 1982, 28 de enero de 1983, y 26 de diciembre de 1989); y «sin que pueda deducirse la incongruencia de los fundamentos jurídicos de la sentencia y mucho menos de la discordancia entre éstos y los estimados aplicables por los litigantes, ya que la facultad de los Tribunales de indagar y aplicar la norma que estimen al caso, no tiene otro límite, con base en la incongruencia, que la de no poder dar acogida a una acción no invocada, alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras, según reiterada doctrina de este Tribunal» (S. de 9 de diciembre de 1981). Y en otras resoluciones, tras aducir las expresiones expuestas, el Tribunal Supremo, apelando al «principio de libertad en la fundamentación jurídica» a que está autorizado el órgano jurisdiccional, agrega: «siempre que el cambio de norma no signifique alteración en la pretensión ni en la base fáctica del proceso» (S. de 26 de noviembre de 1982); pues no produce el vicio de incongruencia el hecho de que la sentencia «se separe de las cuestiones de iure que los litigantes han sometido a su decisión» ya que la congruencia «debe entenderse en relación con la demanda y pretensiones deducidas en el pleito... y no con las citas legales alegadas por las partes» (S. de 9 de marzo de 1981). Análogamente, para la S. de 24 de julio de 1990: «el principio iura novit curia autoriza al órgano jurisdiccional el aplicar en supuesto de controversia judicial las normas jurídicas que estime procedentes, así como modificar el fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes, con la simple exigencia de concordar la decisión con las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes sometan a conocimiento sin alterar la causa de pedir esgrimida en el proceso... de tal manera que... los Jueces y Tribunales... gozan de la facultad de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido aunque no la hubiesen invocado las partes, teniendo en cuenta para ello únicamente el subordinar esa actuación a la iniciativa privada, pero no a la designación de norma por las partes, o a su alegación errónea, y por tanto sin repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa si el hecho fijado encaja en la norma que el Juzgador estime correcta, a menos de una equivocación evidente, puesto que la acción se individualiza por el hecho, y en consecuencia sólo es posible la incongruencia por la alteración de los hechos y de la causa petendi y no por el cambio de punto de vista jurídico».

NOVENO.- Del examen realizado de la jurisprudencia no se pueden extraer grandes conclusiones conceptuales. La única intuición que acaso sugiere es que el Tribunal Supremo, una vez más, tiende a cumplir el «ius litigatoris» por encima del «ius constitutionis». Con base en los pretendidos principios de conservación de los actos procesales, de eficacia del proceso y de la resolución de instancia frente a la que no procede la casación «cuando la sentencia que hubiere de dictarse en lugar de la casada haya de contener idéntico fallo, aunque fuera por distintos razonamientos» (SS. de 30 de septiembre de 1976 y 26 de enero de 1982), el Tribunal Supremo pretende primar la justicia intrínseca del caso concreto sobre la pureza del procedimiento y su adecuación a la ley, olvidando a veces que la mayor garantía de justicia reside precisamente en la seguridad jurídica que proporciona al justiciable una acomodación racional a los principios y mandatos legales que informan el propio proceso. La consecuencia, frecuentemente, es la inalcanzabilidad de los postulados de justicia y, desde luego, la imposibilidad de extraer una dogmática clara sobre instituciones como la que nos ocupa. Cuando el recurrente en casación alega incongruencia por cambio de fundamentación jurídica, atendiendo a ese «ius litigatoris», a esos principios aludidos y a la justicia del caso concreto, suele desestimar el motivo de casación a no ser que la falta de congruencia sea absolutamente patente. Sin embargo, cuando el cambio de fundamentación jurídica "y, por tanto, de uno de los elementos de la causa de pedir" se alega como base

de oposición a una excepción de cosa juzgada el propio Tribunal, con el fin de no abortar derechos del justiciable, declara con mayor agilidad que por haber variado en ese segundo proceso la «causa petendi» (por cambio de punto de vista jurídico) no procede acoger dicha excepción de cosa juzgada. Del mismo modo, cuando el Tribunal Supremo asienta una doctrina general sobre la litispendencia (institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada) alude a los «fundamentos de la pretensión, entendiendo por tales los hechos y su calificación jurídica» (SS. de 22 de junio de 1987 y 24 de enero de 1978, entre otras).

Lo que sea la «causa petendi» sigue quedando al arbitrio del intérprete. Y es un problema grave por cuanto de la correcta delimitación de la acción va a depender un cúmulo de circunstancias procesales de la mayor envergadura. Sólo es posible concluir que los hechos alegados delimitan siempre la causa de pedir y que la concreta y específica norma aplicable no se considera integrante de tal elemento de la acción, de acuerdo con la máxima «iura novit curia». Pero esta conclusión no es satisfactoria. Y no lo es por defecto, por carencia, porque no resuelve multitud de problemas que como se observa por la abundante jurisprudencia existente al respecto se plantean constantemente al justiciable. Es claro que en el caso, por ejemplo, de que el actor solicite en juicio un determinada cantidad de dinero que el demandado le adeuda como consecuencia del incumplimiento de un contrato de préstamo (alegando y probando en el proceso todas las circunstancias fácticas que dieron lugar a ese contrato y sus consecuencias) y apoye su pretensión de tutela en el art. 1760 del Código civil EDL 1889/1 (por error) en vez del correspondiente art. 1740 del mismo cuerpo legal, es claro que en este caso concreto el órgano jurisdiccional no se verá vinculado por la concreta y errónea cita legal. Permaneciendo los hechos y el fundamento jurídico de la demanda, el Juez resuelve con base en la existencia de un contrato de préstamo simple (no de permuta, ni de compraventa, etc.), si bien variando la cita legal, porque se lo permite el principio «iura novit curia». Pero completamente distinto es el supuesto de que con los mismos hechos e idéntico fundamento jurídico expuesto por el actor (el aludido contrato de préstamo) el Juez aprecie que lo que se incumplió fue un contrato de compraventa y condene al demandado a devolver la suma reclamada en concepto de precio. En este caso, el demandado que tuvo oportunidad de defenderse de la acción contra él ejercitada, no tuvo tal oportunidad de defensa frente a la acción que el Juez otorgó; con lo que el cambio de fundamentación jurídica indudablemente integró la causa de pedir y, por tanto, se produjo incongruencia de la sentencia. No es ya un mero cambio de norma aplicable; es un cambio de norma y de toda una serie de consecuencias Jurídicas no previstas por las partes. Las máximas «iura novit curia» y «da mihi "factum", dabo tibi ius» no pueden aquí ser entendidas como facultad del Juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes.

Las repetidas máximas deben ser interpretadas en sus concretos límites: enmarcadas en los fundamentales principios que informan todo proceso (y, en este sentido, el principio de defensa y su consecuente de contradicción deben ser inexcusablemente inspiradores de toda actividad procesal), y más en concreto en los principios técnicos informadores del proceso civil donde, como es sabido, el dispositivo es un principio ampliamente dominante. Como se ha dicho por algún autor, «por las características propias de los derechos subjetivos... el reconocimiento y respeto de éstos en el ámbito del proceso exigen una adaptación a esas características, de las cuales la fundamental es su disponibilidad por el titular, tanto en lo atinente a la voluntad de hacerlos valer como en lo tocante a la medida o amplitud de su ejercicio». La máxima «iura novit curia», sostienen otros, «no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables; significa tan sólo que es innecesario probar el Derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad». No es ésta, sin embargo, la interpretación (amplísima) que el Tribunal Supremo ha venido concediendo a esta máxima. Otro sector llega más lejos a la hora de delimitar ese poder de disposición de las partes sobre el material de decisión judicial: parte de la base de que el material normativo, en virtud de las máximas aludidas, escapa al principio dispositivo, pues «el principio dispositivo que prescribe la inactividad del Juez se aplica solamente al material de hecho»; e incluso con referencia a ese material de hecho (que, como se ha visto anteriormente, ni la Jurisprudencia ni la Doctrina estiman sustraerse a tal principio), se plantea el alcance de la función judicial respecto de él. Que son los Jueces y Tribunales los que deben conocer el Derecho y aplicarlo, es propiamente la esencia de la función jurisdiccional; que tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso, lo impone el Título Preliminar del Código civil EDL 1889/1 (art. 1.7), e, incluso, aparece sancionada la «denegación de justicia» como delito por el Código penal EDL 1995/16398; que en ese deber inexcusable de aplicar el derecho deben respetar los esenciales principios del proceso "y, entre ellos, el dispositivo" me parece indudable; que la indefensión de cualquiera de las partes está proscrita, es un mandato procesal y constitucional, que el cambio de punto de vista jurídico o de los fundamentos de derecho de la pretensión puede provocar una imposibilidad de defensa para el litigante afectado, es una consecuencia digna de tenerse en cuenta a la hora de enarbolar la bandera de la libre apreciación del derecho por el Juez bajo la protección de la máxima «iura novit curia». El límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio. Significativo apoyo a esta postura (si es que se quisieran redargüir justificaciones tales como la economía procesal, la eficacia de los actos procesales, la no conveniencia de aferrarse a pretendidos rigorismos formales, etc.) la expresa declaración contenida en el Título Preliminar del Código Civil EDL 1889/1 (art. 3.2.) facultando a los Jueces a aplicar el derecho basado en la equidad sólo cuando de manera expresa la Ley lo permita. Mayores facultades del Juez en el proceso civil, sí; pero también respeto absoluto a los principios informadores del propio proceso, para no incurrir en el «riesgo de excesos y desviaciones de poder».

DÉCIMO.- La dificultad reside en que es éste uno de los temas más espinosos del Derecho Procesal, origen de inacabadas disputas entre quienes dedican sus esfuerzos a esta disciplina jurídica. El término acción, tan usado por nuestras Leyes, en su significado técnico procesal, ha sido siempre el término jurídico de utilización más genérica para designar cualquier actividad encaminada a obtener la tutela efectiva de los derechos privados y por eso el más dado a equívocos e interpretaciones parciales.

Simplificando en extremo, la mayor parte de las posiciones doctrinales en torno a la acción como término que compendia los derechos de los ciudadanos frente a la Administración de Justicia, suelen reducirse a dos: la llamada concepción abstracta de la acción (abstrakter Klagerecht) y la que entiende la acción como un derecho de contenido concreto (Rechtsschutzanspruch), las cuales, además, no son concepciones opuestas, sino complementarias.

La teoría abstracta de la acción pretende explicar el por qué de la iniciación del proceso y averiguar si existe un derecho a que éste (el proceso) acabe con sentencia sobre el fondo. Como se ha visto, la existencia en nuestro Ordenamiento de un derecho a la sentencia de fondo con las características antes enunciadas resulta incuestionable. No sólo porque así se deduzca del art. 24.1 CE EDL 1978/3879 y de la doctrina del Tribunal Constitucional, sino también porque en toda la regulación de la LEC EDL 2000/77463 late la obligación de los Jueces de proveer en uno u otro sentido cuando las peticiones han sido realizadas en forma. Con carácter general, el art. 1.7 CC EDL 1889/1 impone a los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver en todos los asuntos de que conozcan. Para reforzar esta obligación el CP sanciona al Juez que incurra en denegación de justicia o en retardo malicioso (357 CP EDL 1995/16398). Que se pretenda poner énfasis en que se trata de una obligación de determinados órganos del Estado más que de un derecho de los particulares carece, a estos efectos, de relevancia. Lo importante es que la obligación de los Jueces surge, en concreto, previa petición del justiciable; lo que supone que éste tiene un derecho subjetivo público a exigir una determinada conducta de los Jueces. Existe, pues, un derecho al proceso (o un derecho a la sentencia de fondo) condicionado sólo a la concurrencia de los llamados presupuestos procesales.

Según una de las últimas formulaciones de esta teoría abstracta la acción sería un derecho de las partes frente al órgano jurisdiccional a que se admita la demanda, se les emplaze, se practique la prueba propuesta y, seguido el juicio por sus trámites, se dicte una sentencia sobre el fondo. Sin embargo, el núcleo fundamental de las disputas en torno al concepto de acción es otro. Supuesto el derecho de libre acceso a los Tribunales (que nadie niega), y reconocida la realidad de un derecho a la sentencia de fondo (que tampoco niega nadie), cabe preguntar si existe, sumado a los anteriores, un derecho a que la tutela jurídica sea efectivamente concedida, y si existe un derecho del actor a que los Jueces le den la razón (porque la tiene) y a que actúen en consecuencia. Este es el problema a cuya resolución se dirigieron los esfuerzos de la mayor parte de los procesalistas desde antiguo. Explicar el porqué de la iniciación del proceso y del derecho a la sentencia de fondo con ser tema importante no hubiera precisado de los esfuerzos y sutilezas que han sido necesarios para aislar el concepto de acción. Porque, en última instancia, la verdadera discrepancia entre los diferentes autores no radica tanto en declararse partidario de la acción en sentido concreto o de la acción en sentido abstracto, como en aceptar la realidad de un derecho a la tutela jurisdiccional (Rechtsschutzanspruch) o en rechazar su existencia.

A nuestro entender, existen junto a otras repetidamente puestas de relieve por la doctrina científica dos importantes objeciones que dejan al descubierto la insuficiencia de la concepción abstracta de la acción y avocan el reconocimiento de un verdadero derecho subjetivo a obtener la tutela jurídica solicitada. En primer lugar, resulta difícil aceptar la idea de que toda la protección que el Ordenamiento jurídico puede otorgar a quien ha sido lesionado en la esfera de sus derechos subjetivos privados se reconduzca a concederle la facultad (o, si se quiere, el derecho) de exigir que los Tribunales realicen todas las actuaciones hasta llegar a la sentencia de fondo. Si esto fuera realmente así, se estaría afirmando que la tutela se otorga tanto con una sentencia absolutoria como con una condenatoria (siempre, claro está, que ambas fueran de fondo), lo que equivaldría a reconocer, implícitamente, que el primitivo deber jurídico incumplido ha sido sustituido por el deber de someterse a la decisión del Juez exteriorizada en forma de sentencia. Y no existe aquí término medio: o se admite que el acreedor tiene derecho a que se le de la razón y a que se actúe en consecuencia, o es preciso admitir que su derecho ha sido sustituido en su contenido real por el simple derecho a obtener una sentencia. De seguirse este planteamiento quedaría sin ninguna explicación la actividad ejecutiva y se retrocedería más de veinte siglos en la concepción del Derecho Procesal. La teoría abstracta de la acción, llevada a sus últimas consecuencias, entronca directamente con la llamada «novación necesaria», que se produciría en el Proceso Romano Clásico por obra de la «litis contestatio».

Pero existe aún otro grave inconveniente frente a la concepción de la acción como un simple derecho a la sentencia sobre el fondo, que podría formularse de este modo: si la acción se circunscribe al derecho a obtener una sentencia de fondo, forzosamente debe entenderse agotado este derecho en el momento en que el Juez de Primera Instancia dicte una sentencia de tal naturaleza, lo que dejaría sin explicar, entonces, la segunda instancia y los eventuales recursos extraordinarios. Es cierto que el derecho al proceso puede comprender también la obligación de dictar sentencia sobre el fondo en segunda instancia e, incluso, de que sean resueltos los recursos extraordinarios. Pero, ¿Qué derecho considera el actor infringido es decir, no tutelado al acudir a la segunda instancia o a los recursos extraordinarios, precisamente en demanda de tutela jurídica?. Parece claro que si el actor cuya demanda ha sido desestimada, recurre, lo hace porque entiende que no se le ha concedido «algo» a lo que él cree y afirma tener derecho, es decir: porque cree no haber obtenido la protección jurídica que entendía le hubiera debido ser otorgada. Ese «algo» no puede ser su derecho subjetivo material, puesto que éste lo tiene exclusivamente frente al deudor (demandado) y no es ciertamente el demandado quien le ha denegado la tutela jurídica. De ahí que resulte forzoso admitir que si no se reconoce la existencia de «algo más» que el simple derecho al proceso es decir, a la sentencia de fondo quedan sin explicación satisfactoria el por qué de la segunda instancia, de los recursos extraordinarios y de la propia ejecución forzosa. Les asiste, pues, razón a los partidarios de la concepción abstracta cuando afirman la existencia de un derecho al proceso, pero deja de asistirles cuando circunscriben el contenido de la acción al simple derecho a obtener una sentencia de fondo: fundamentalmente porque con ello queda en la sombra el importante tema de los derechos que el actor tiene frente al demandado y se rehuye el espinoso tema de las relaciones entre Derecho material y Derecho Procesal.

Los partidarios de la concepción concreta de la acción suelen definirla como un derecho subjetivo público (se tiene frente al Estado) de naturaleza procesal a obtener una tutela jurídica efectiva y de contenido determinado. La «tutela» depende de la acción que se ejercite, pues es carga del actor identificar con toda precisión cuál es el tipo de tutela que solicita y afirmar a limine que tiene derecho a ella (art. 524 LEC de 1881 EDL 1881/1 ; art. 399 LEC 1/2000 EDL 2000/77463). Así entendida, la acción es: a) un derecho a obtener una determinada tutela jurídica (no a pedirla); b) un derecho que el actor posee o del que carece con anterioridad al proceso, pero cuya existencia afirma; y, c) es un derecho que, de existir realmente (y averiguarlo es el objeto y fin del proceso de declaración), los Jueces están obligados a satisfacer.

La función del proceso declarativo reside, precisamente, en averiguar si el actor tiene derecho a esa tutela en concreto y no a cualquier otra. Aunque la acción sea en abstracto y como concepto jurídico el derecho a obtener la tutela jurídica efectiva, en concreto la acción

(si realmente se tiene) es el derecho a obtener la tutela jurídica solicitada en el suplico de la demanda. Esto no quiere decir, empero, que el actor tenga la carga de designar por su nombre la acción que ejercita (reivindicatoria, redhibitoria, etc.). En nuestro Derecho, la acción ni es un medio genérico de pedir justicia, ni es típica, en el sentido que se daba a la «tipicidad» en el Derecho Romano Clásico.

El Juez puede denegar esa tutela si piensa que el actor no tiene derecho a ella, pero en ningún caso puede otorgar una tutela jurídica distinta (359 LEC de 1881 EDL 1881/1 ; art. 218 LEC 1/2000 EDL 2000/77463). Innecesario resulta recordar que la concreta acción afirmada se identifica por el «petitum» atendiendo a la «causa petendi» . Como se ha visto, El Tribunal Supremo, siguiendo al Tribunal Constitucional, entiende también que el derecho a la tutela efectiva se obtiene y queda satisfecho cuando los Tribunales deniegan razonadamente las pretensiones de una de las partes litigantes «..y hace superflua la cita del art. 24.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , referido a una tutela efectiva de intereses legítimos, que obtiene cumplida satisfacción, cuando los Jueces y Tribunales deniegan razonadamente las pretensiones de una de las partes litigantes...» (S.T.S. de 2 de octubre de 1990;); pues el derecho a la tutela sólo comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho y ".. sería absurdo decir que a la parte que no ha obtenido una resolución favorable a sus pretensiones se le haya negado la tutela efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879 ...» (S.T.S. de 27 de enero de 1990; ; «...de acuerdo con reiteradas resoluciones del Tribunal Constitucional y la doctrina de esta Sala, (...) el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones del actor que podrá ser de inadmisión cuando el Juez lo acuerde en aplicación de una causa razonada; tal tutela se materializa a través del oportuno proceso y de las normas que regulan su tramitación hasta llegar a la decisión del órgano jurisdiccional sobre lo que haya sido objeto de la controversia, decisión que en el procedimiento civil necesariamente ha de ser favorable para una de las partes litigantes y desfavorable para la otra, por lo que sería absurdo decir que a la parte que no ha obtenido una resolución favorable a sus pretensiones se le haya negado la tutela efectiva que consagra el art. 24 CE EDL 1978/3879 ...» (S.T.S. de Sin embargo, en muchas ocasiones el Tribunal Supremo, de modo consciente o inconsciente, no puede hurtarse a la ineludible necesidad de entender la expresión «derecho a la tutela» como derecho a una protección, real y efectiva de carácter material. Así, v. gr., entiende que la tutela efectiva del derecho al honor puede aparecer limitada por condicionamientos legales y culturales vide SS.T.S. de 16 de junio de 1990 y 22 de marzo de 1991 . En alguna ocasión reconoce paladinamente que el derecho a la tutela judicial e conducir a la obtención de una auténtica justicia satisfactoria: «...Y ciertamente que la tutela efectiva judicial conduce al predicado de garantizar al justiciable la dispensa de una auténtica justicia satisfactoria en sus demandas de reconocimiento de derechos discutidos o lesionados por la contraparte o los demás...» (S.T.S. de 3 de julio de 1990;). Conviene advertir que, en estos casos, la expresión «tutela efectiva», nada tiene que ver con el derecho a una resolución fundada en derecho, ni con el derecho a una sentencia de fondo. «Tutela efectiva» significa aquí tutela real y eficaz de quien ejercita una pretensión.

UNDÉCIMO.- La indeclinable exigencia de congruencia de las resoluciones judiciales con lo solicitado por las partes (art. 218 LEC 1/2000 EDL 2000/77463) en sus respectivos escritos expositivos-demanda y contestación- conduce a que la sentencia que hace uso del principio iura novit curia y corrige parcialmente la invocación de preceptos no adecuadamente alegados no altera la causa de pedir, ni produce indefensión porque no incurre en incongruencia. Lo que no autoriza este precepto es alterar la causa de pedir acogiendo una acción no ejercitada o una causa de pedir no oportunamente invocada.

La acción o derecho de obrar procesal con su contenido de pretensión de sentencia, definida por Celso como «nihil aliud est actio quam ius quod sibi de debeatur iudicio persequendi», ya se considere como «medio» de reclamar en juicio o como «derecho de pedir justicia», necesita, conforme a los arts. 399 y 437 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , la concurrencia de determinados requisitos, entre ellos la relación del «objeto de la acción ejercitada», los hechos que la fundamenten y la petición o petitum; ese objeto o cuestión litigiosa es fijada por las partes y determina el poder del Juez sobre el material del proceso, de tal modo que la resolución que se dicte por aquél ha de ser congruente con las pretensiones de las partes; el art. 218 LEC EDL 2000/77463 no precisa para su cumplimiento de una «necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere el órgano judicial por mor de los principios antes indicados. Ciertamente es que «en ningún caso» puede admitirse que aplicando esos principios a la cuestión controvertida «el órgano judicial pueda cambiar la acción ejercitada» (STC 18 de diciembre de 1985, que cita otra) o la causa petendi (STS 13 de febrero de 1991 y STC 5 de mayo de 1982) aplicando una norma que altere la acción originariamente postulada que puede producir consecuencias evidentemente dispares (STS 18 de junio de 1992).

DUODÉCIMO.- B) Examen particular

Sentado cuanto antecede, conviene subrayar que-a salvo error u omisión- el fundamento fáctico de la acción de responsabilidad ejercitada frente al Letrado demandado en la presente litis, se asienta en una doble base: a) de una parte, en la pretendida falta de ejercicio por dicho Letrado de una acción de responsabilidad frente al Arquitecto y al Constructor (y a sus respectivas entidades aseguradoras) para el reintegro de los daños y perjuicios que se afirman derivados de su conducta, pretendidamente causante del siniestro acaecido en las oficinas de la entidad actora en Barcelona el día 21 de julio de 1989, entre los que se afirman incluidos daños por «pérdida de imagen» de la entidad. Falta de ejercicio de la acción que, se dice, ha aparejado la prescripción de la misma; y b) y en el comportamiento pretendidamente mendaz del referido Letrado, por afirmar que la acción se había ejercitado cuando, en realidad, no se había interpuesto demanda alguna.

En la demanda se cuantifica la responsabilidad a cuya declaración y exacción se orienta en la suma de 480.489,21 euros, producto de la adición de tres partidas: 1. gastos de consolidación del edificio (26.624.585 pesetas); 2. Pagos a perjudicados (33.323.445,- pesetas); y, 3. «Daños morales y de imagen, además de lucro cesante y daño emergente por la pérdida de prestigio, publicidad negativa, imposibilidad de usar sus oficinas y medios de comunicación ordinarias de las oficinas en una ciudad tan importante como Barcelona...» (20.000.000,- pesetas).

Importe éste que coincide con el que el Letrado demandado incorporó a un borrador de demanda elaborado para su formulación frente a los expresados arquitecto (D. Antonio), constructor (D. Leonardo), y sus respectivas aseguradoras (Cresa y Generali), que no llegó a presentarse.

DÉCIMO TERCERO.- III. La incongruencia de la sentencia de primer grado

En el primero de los motivos del recurso de apelación que ante Nos pende, se afirma que la sentencia de primera instancia incurre en vicio de incongruencia por falta de pronunciamiento respecto de la que se califica como «prueba ilícita» practicada en dicho grado jurisdiccional .

Liminarmente, expondremos las líneas generales de estos dos institutos para, en tercer lugar, extraer las oportunas conclusiones respecto del extremo cuestionado.

DÉCIMO CUARTO.- A) Incongruencia

El art. 218 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , rector de la resolución recurrida, bajo la rúbrica «Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación» precisa que: «1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos» .

Así, la incongruencia puede revestir, según unánime sanción doctrinal y jurisprudencial, tres modalidades, denominadas cuantitativa, en sus dos subespecies de concesión de más «ne eat iudex ultra petita partium» o de menos «ne eat iudex citra petita partium» de lo pretendido por los litigantes; e incongruencia cualitativa «ne eat iudex extra petita partium» o concesión de algo distinto de lo que ambas partes hayan pedido, que algunos autores han calificado como incongruencia mixta.

DÉCIMO QUINTO.- De otra parte debe destacarse, con carácter general, que aun cuando el principio de congruencia, limita los poderes del organismo jurisdiccional-constreñido asimismo por los principios de controversia y dispositivo- y prohíbe, entre otras, toda resolución «extra aut non simile petita», esto es, que se pronuncie sobre extremos distintos o en términos diferentes de los suscitados o propuestos por las partes-v. gr., entre otras muchas, las SS.T.S., Sala Primera, de 10 de junio de 1941; 4 de abril de 1978; 6 de marzo, 20 de junio y 25 de noviembre de 1981; 8 de abril, 10 de mayo; 7, 9 y 17 de diciembre de 1982; 16 de febrero, 6 y 30 de junio, y 8 de julio de 1983; 15 de noviembre y 10 de diciembre de 1984; 9 de abril y 18 de noviembre de 1985; 21 de enero, 17 de marzo, 10 y 30 de mayo, 13 de junio y 17 de diciembre de 1986; 11 de mayo de 1987; 21 de noviembre de 1988; 3 de febrero, 11 de marzo, 5 de junio, 24 de julio y 11 de octubre de 1989; 12 de marzo y 28 de abril, 9 de octubre y 14 de noviembre de 1990; 3 de abril y 13 de mayo de 1991; 20 de enero y 15 de octubre de 1992; 29 de enero, 9 de febrero, 10 y 25 de marzo, 1 de julio y 13 de diciembre de 1993; 25 de abril de 1994; 20 de febrero, 18 de julio y 21 de diciembre de 1995; 20 de enero, 25 y 30 de marzo, 12 y 25 de julio, 11 de septiembre, 30 de octubre, 18 de noviembre, 5 y 21 de diciembre de 1996; 6 y 29 de mayo, 27 de junio, 18 de septiembre, 28 de octubre, 5 de noviembre, 2 y 31 de diciembre de 1997; 11 de febrero, 9, 10, 11, 12, 17 y 24 de marzo, 21 de abril, 13 de mayo, 3 y 23 de julio, 17 y 23 de septiembre y 27 de octubre de 1998-, no puede desconocerse, de una parte, que se impone únicamente una adecuación racional del fallo a las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas en la litis y al fundamento fáctico de las acciones ejercitadas, sin que se exija, empero, una rígida y literal concordancia entre lo suplicado en los correspondientes actos alegatorios y lo decidido en la parte dispositiva de las resoluciones judiciales-v. gr., entre otras, las SS.T.S., Sala Primera, de 17 de julio de 1933; 24 de octubre de 1941; 21 de marzo de 1942; 5 de julio de 1943; 10 de mayo y 17 de diciembre de 1956; 25 de marzo de 1957; 14 de febrero de 1964; 17 de noviembre de 1966; 20 de febrero de 1970; 16 de octubre de 1978; 3 de julio de 1979; 3 de marzo, 9, 12 y 20 de junio, 25 de noviembre, 18 y 21 de diciembre de 1981; 2 de abril, 10, 17, 20 y 26 de mayo, 7 de julio, 9 y 17 de diciembre de 1982; 28 de enero, 25 y 28 de febrero, 20 de abril, 16 de mayo, 6, 29 y 30 de junio, 24 de octubre, 21 de noviembre y 20 de diciembre de 1983; 21 de enero, 3 y 18 de febrero, 15 y 25 de octubre, 15 de noviembre, 17 y 26 de diciembre de 1984; 28 de enero, 9 de abril, 28 de mayo, 2 de julio, 29 de septiembre, 31 de octubre, 12 y 29 de noviembre y 9 de diciembre de 1985; 9 y 10 de mayo, 9, 13 y 27 de junio, 6 de octubre y 7 de noviembre de 1986; 16 y 31 de marzo, 11 de mayo, 17 de junio, 16 de julio, 5 de octubre, 16 y 27 de noviembre y 29 de diciembre de 1987; 21 de enero, 8 de marzo, 24 de abril, 10 y 21 de mayo, 10 y 17 de junio, 19 de septiembre, 8 de octubre y 21 de noviembre de 1988; 4 de enero, 1 de febrero, 27 de abril, 22 y 24 de julio, 11 de octubre y 21 de noviembre de 1989; 12 de marzo y 29 de octubre de 1990; 2, 25 y 28 de enero, 11 de febrero, 3 de abril, 3 y 25 de octubre y 26 de diciembre de 1991; 3 y 10 de enero, 3 de marzo, 8 y 26 de octubre, 4 y 15 de diciembre de 1992; 22 de enero, 24 de junio, 1 y 8 de julio y 19 de octubre de 1993; 15 de marzo, 11 de abril, 16 y 23 de junio de 1994; 4 de mayo, 15 de junio, 27 de noviembre y 15 de diciembre de 1995; 11 de marzo, 13 y 30 de mayo, 26 de junio, 1 de julio, 19 y 31 de octubre, 5, 16, 21 y 23 de diciembre de 1996; 7 y 10 de febrero; 17 de marzo, 7 de mayo, 30 de junio, 3, 26 y 29 de julio, 15 de septiembre, 6 de octubre, 5 y 8 de noviembre de 1997; 9 de febrero, 10, 17 y 21 de marzo, 21 de abril, 4 y 6 de mayo, 10, 17 y 23 de julio, 1, 10, 16 y 24 de octubre de 1998-.

DÉCIMO SEXTO.- Tampoco le es lícito al Juzgador sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, ya que de lo contrario se contraviene la doctrina establecida en los principios generales del derecho «quod non est in actis, non est in mundo» y «sententia debet

esse conformis libelo», pudiendo quedar uno o varios litigantes sin la posibilidad de rebatir esos problemas, con la indefensión que ello llevaría consigo y careciendo, en consecuencia, el órgano judicial de facultades para proceder a acoger pretensiones que las partes no han sometido adecuadamente y en el momento procesal oportuno a discusión y a la decisión del órgano jurisdiccional--SS.T.S., Sala Primera, de 6 de marzo de 1984, 9 de diciembre de 1985, 12 de diciembre de 1986, 23 de enero de 1987, 12 de mayo de 1987, 6 de marzo de 1990, 13 de mayo de 1991, entre otras--.

En parecidos términos se pronuncia el Tribunal Constitucional, así de la Sala Primera, SS. de 14 de enero de 1987, 29 de marzo de 1990, 32/1992, de 18 de marzo, y de la Sala Segunda, de 22 de julio de 1988 y 30 de septiembre de 1991. Precisa la S.T.S., Sala Primera, de 24 de diciembre de 1993 que: «la congruencia exigible a toda sentencia comporta inexcusablemente una adecuada correspondencia o correlación de su parte dispositiva o fallo no sólo con las peticiones oportunamente deducidas por las partes-«petitum»-, sino también con el soporte fáctico-«causa petendi»- de las mismas, sin que sea lícito al juzgador alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones objeto de debate por otras, pues de hacerlo, incurre en vicio de incongruencia».

No obstante se autoriza al Juzgador a señalar las naturales consecuencias derivadas de las cuestiones en disputa, así como las implícitas, de necesaria integración o que estén sustancialmente comprendidas en el objeto del debate-S.T.S., Sala Primera, de 28 de octubre de 1993-, sin que tenga necesariamente que ajustarse a extremos accesorios o complementarios que no alteren las pretensiones principales-S.T.S., Sala Primera, de 5 de febrero de 1990-. La S.T.S., Sala Primera, 779/1993, de 21 de julio, se cuidó de señalar que: «es doctrina constante y reiterada de esta Sala que no se puede apreciar incongruencia de la sentencia cuando concede menos de lo pedido, sin que se requiera que lo concedido hubiera sido solicitado». En el mismo sentido, vide SS.T.S., Sala Primera, 1006/1993, de 2 de noviembre, 1 de marzo de 1991, 1 de julio de 1985 y 21 de mayo de 1985.

DÉCIMO SÉPTIMO.- La incongruencia «ultra petita», también llamada positiva (STS, Sala de lo Civil, 20 de enero de 1983--; 21 de noviembre de 1983--;) o por exceso (SSTS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1982--; 26 de marzo de 1985--; 3 de diciembre de 1985--; entre otras), se circunscribe a otorgar más de lo solicitado (STS, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1941--; 25 de octubre de 1993--; 10 de junio de 1996--; 10 de septiembre de 1996--; 18 de noviembre de 1996--; 29 de mayo de 1997--; 18 de septiembre de 1997--; 28 de octubre de 1997--; 5 de noviembre de 1997--; 31 de diciembre de 1997--; 11 de febrero de 1998--; 10 de marzo de 1998- -; 11 de marzo de 1998--; 17 de marzo de 1998--; 24 de marzo de 1998--; 13 de mayo de 1998--; 23 de septiembre de 1998- -; 23 de septiembre de 1998--; 24 de noviembre de 1998--; 30 de noviembre de 1998--; 9 de febrero de 1999--; 15 de febrero de 1999--; 13 de abril de 1999--; 4 de mayo de 1999--; 18 de mayo de 1999--; 1 de junio de 1999--; 12 de abril de 2000--; 31 de octubre de 2002--; entre otras), desde un punto de vista cuantitativo.

En cambio, si la sentencia concede algo que no ha sido pedido, cosa distinta de la solicitada, o si se aparta de los términos en que la cuestión debatida haya sido planteada por los litigantes, alterando el elemento fáctico de la «causa petendi», nos encontramos con la denominada incongruencia «extra petita» (STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 1981--; 8 de julio de 1983 -; 10 de diciembre de 1984 -; 29 de enero de 1993 -; 16 de marzo de 1993 -; 13 de diciembre de 1993 -; 20 de febrero de 1995 -; 18 de julio de 1995 -; 29 de julio de 1995 -; 21 de diciembre de 1995 -; 30 de marzo de 1996 -; 10 de septiembre de 1996 -; 18 de noviembre de 1996 -; 5 de diciembre de 1996 -; 21 de diciembre de 1996 -; 29 de mayo de 1997 -; 27 de junio de 1997 -; 18 de septiembre de 1997--; 28 de octubre de 1997 -; 5 de noviembre de 1997--; 31 de diciembre de 1997--; 11 de febrero de 1998 -; 9 de marzo de 1998 -; 10 de marzo de 1998 -; 11 de marzo de 1998 -; 17 de marzo de 1998 -; 24 de marzo de 1998 -; 13 de mayo de 1998 -; 29 de julio de 1998 -; 23 de septiembre de 1998 -; 24 de noviembre de 1998 -; 30 de noviembre de 1998 -; 28 de enero de 1999 -; 9 de febrero de 1999 -; 15 de febrero de 1999 -; 13 de abril de 1999 -; 4 de mayo de 1999 -; 18 de mayo de 1999 -; 1 de junio de 1999 -; 12 de junio de 1999 -; 13 de julio de 1999 -; 12 de abril de 2000 -; 24 de julio de 2001--; 4 de febrero de 2003 -; entre otras).

Sin embargo, no han faltado resoluciones que han aunado bajo la calificación de incongruentes «extra petita partium» aquellas que superan los pedimentos de las partes (STS, Sala de lo Civil, de 21 de enero de 1986 -; 17 de marzo de 1986 - -; 10 de mayo de 1986 -; 30 de mayo de 1986 -; 9 de febrero de 1993 -); las que han calificado como incurasas en incongruencia «ultra petita» la concesión de cosa distinta y mayor que la pedida (STS, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 1990 -); o las que se refieren de modo indiferenciado a estas dos categorías (STS, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 1998--; entre otras).

DÉCIMO OCTAVO.- Asimismo conviene recordar que en ningún caso integra la noción de incongruencia en sentido estricto la ausencia de respuesta a cualesquiera alegaciones. En efecto, la ausencia de respuesta a una alegación ni constituye incongruencia ni vulnera el derecho a una resolución fundada sobre la cuestión planteada, como se desprende de la doctrina que nuestro Tribunal Constitucional ha sentado repetidamente.

Ha de haberse producido para ello, silencio y carencia de decisión sobre la pretensión o alguna de las pretensiones ejercitadas, aunque no necesariamente respecto de todos los argumentos de parte que las fundamentan, doctrina acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (recientemente, en las decisiones Ruiz Torija c. España y Hiro Balani c. España, de 9 de diciembre de 1994).

Por ello, para adoptar una decisión se debe comprobar en primer lugar si la cuestión fue realmente suscitada en el momento procesal oportuno y, fundamentalmente, si la ausencia de contestación por parte del órgano judicial ha generado indefensión. Al respecto, desde la STC 20/1982, ha venido el Tribunal Constitucional elaborando un cuerpo de doctrina acerca del vicio de incongruencia en las resoluciones judiciales y, en lo que se refiere a la incongruencia omisiva, en múltiples ocasiones ha reiterado que no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del art. 24.1 C.E EDL 1978/3879 . o, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 175/1990, 198/1990, 88/1992, 163/1992, 226/1992, 101/1993, 169/1994, 91/1995, 143/1995, etc.). Y se ha acentuado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SSTC

95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995, 131/1996, etc.). Respecto a las primeras, no sería necesaria para la satisfacción del derecho referido una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita- y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

A su vez, como señala la doctrina jurisprudencial -vide, S.S.T.S. de 21 de diciembre de 1980; 28 de febrero de 1981; 16 de mayo de 1983; 12 de julio de 1984; 9 de abril, 30 de septiembre, 10 y 14 de octubre y 9 de diciembre de 1.985; 14 de febrero, 30 de marzo y 25 y 27 de noviembre de 1987; 2 de marzo de 1988; 19 de julio de 1989 y 20 de octubre y 7 de noviembre de 1990, entre otras-, que la incongruencia «omisiva» consiste, esencialmente, en la falta de pronunciamiento respecto a alguno de los pedimentos formulados por los litigantes en las súplicas de sus respectivos escritos de alegaciones y, en definitiva, en la inexistencia de resolución acerca de los mismos, si bien, con criterio general se viene estableciendo que las absolutorias o desestimatorias, en principio -salvo que se haya apreciado una excepción no alegada; alterado la causa de pedir o tergiversado la pretensión o el objeto del debate- no pueden ser tachadas de incongruentes al entenderse que resuelven todas las cuestiones del pleito (SSTS, Sala Primera, de 17 de mayo de 1976 --; 17 de abril de 1979 --; 21 de mayo de 1979 --; 1 de marzo de 1981 --; 4 de marzo de 1981 --; 9 de marzo de 1981--; 4 de noviembre de 1981--; 8 de marzo de 1982 --; 24 de mayo de 1982 --; 26 de mayo de 1982 --; 7 de julio de 1982 --; 3 de noviembre de 1982 --; 25 de abril de 1983 --; 22 de junio de 1983 --; 12 de julio de 1983 --; 23 de diciembre de 1983 --; 1 de marzo de 1984 --; 12 de marzo de 1984 --; 12 de julio de 1984 --; 31 de diciembre de 1986 --; 6 de febrero de 1987 --; 26 de junio de 1987 --; 9 de mayo de 1988 --; 27 de abril de 1989 --; 8 de mayo de 1989 --; 20 de junio de 1989 --; 25 de mayo de 1990 --; 16 de julio de 1990 --; 15 de noviembre de 1990 --; 10 de diciembre de 1990 --; 4 de marzo de 1991--; 16 de mayo de 1991 --; 16 de julio de 1991 --; 11 de noviembre de 1991 --; 10 de enero de 1992 --; 15 de febrero de 1992--; 15 de julio de 1992--; 14 de diciembre de 1992 --; 4 de febrero de 1993 --; 11 de mayo de 1993 --; 23 de julio de 1993 --; 28 de septiembre de 1993 --; 25 de octubre de 1993 --; 11 de marzo de 1994 --; 8 de junio de 1994 --; 20 de junio de 1994 - -; 26 de julio de 1994 --; 28 de enero de 1995 --; 28 de febrero de 1995 --; 10 de mayo de 1995 --; 8 de junio de 1995 --; 26 de septiembre de 1995 --; 17 de octubre de 1995 --; 18 de enero de 1996 --; 3 de febrero de 1996 --; 16 de febrero de 1996 --; 26 de febrero de 1996 --; 20 de mayo de 1996 --; 22 de mayo de 1996 --; 20 de julio de 1996 --; 22 de julio de 1996 --; 2 de septiembre de 1996 --; 7 de octubre de 1996 --; 30 de octubre de 1996 --; 31 de octubre de 1996 --; 11 de noviembre de 1996 --; 23 de diciembre de 1996 --; 26 de diciembre de 1996 --; 31 de enero de 1997 --; 6 de febrero de 1997 --; 7 de febrero de 1997 --; 4 de marzo de 1997 - -; 10 de marzo de 1997 --; 25 de marzo de 1997 --; 8 de abril de 1997 --; 18 de abril de 1997 --; 13 de mayo de 1997 --; 12 de junio de 1997 --; 27 de junio de 1997 - -; 16 de julio de 1997 --; 18 de julio de 1997 --; 8 de octubre de 1997--; 14 de octubre de 1997 --; 21 de noviembre de 1997 --; 23 de diciembre de 1997 --; 30 de enero de 1998 --; 5 de febrero de 1998 --; 6 de febrero de 1998 --; 9 de febrero de 1998 --; 16 de febrero de 1998--; 19 de febrero de 1998--; 24 de febrero de 1998 --; 11 de marzo de 1998 --; 16 de marzo de 1998 --; 28 de marzo de 1998 --; 30 de marzo de 1998 --; 4 de julio de 1998 --; 6 de julio de 1998 --; 8 de julio de 1998 - -; 21 de julio de 1998 --; 3 de octubre de 1998--; 3 de noviembre de 1998 --; 25 de enero de 1999 --; 9 de febrero de 1999 --; 12 de marzo de 1999 --; 26 de marzo de 1999 --; 13 de abril de 1999 --; 3 de mayo de 1999 --; 7 de mayo de 1999 - -; 25 de mayo de 1999 --; 4 de junio de 1999 --; 5 de junio de 1999 --; 15 de junio de 1999 --; 30 de julio de 1999 --; 25 de septiembre de 1999 --; 27 de septiembre de 1999 --; 11 de octubre de 1999 --; 23 de octubre de 1999 --; 30 de octubre de 1999 --; 4 de noviembre de 1999 --; 30 de noviembre de 1999 --; 10 de diciembre de 1999 --; 28 de febrero de 2000 --; 21 de marzo de 2000 --; 10 de mayo de 2000 --; 23 de junio de 2000 --; 4 de diciembre de 2000 --; 20 de marzo de 2001- -; 2 de julio de 2002--; 23 de octubre de 2002 --; 19 de junio de 2003 --; entre otras), debiendo puntualizarse acerca de este tipo de incongruencia que no es preciso que en la sentencia se especifique con detalle las razones de un pronunciamiento denegatorio.

DÉCIMO NOVENO.- B) La oportuna denuncia de la incongruencia omisiva.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 459 LEC EDL 2000/77463 «En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello».

De la plural diversidad de peticiones y alegaciones que pueden formularse en el recurso de apelación, ya sea de forma autónoma o agregadas a las de índole material o de fondo, son las relativas a los quebrantamientos de forma en los cuales se afirme haberse incurrido en la primera instancia y las eventuales contravenciones de las normas rectoras del procedimiento.

Así, puede solicitarse: a) La revocación de las resoluciones dictadas respecto de los actos de dirección procesal con incidencia en el curso del litigio y en el sentido del pronunciamiento definitivo dictado; b) La revocación de las resoluciones que hayan puesto fin al procedimiento al ausencia de presupuestos procesales que el apelante estime concurrentes, o por no haberse corregido faltas susceptibles de subsanación; y, c) La declaración de nulidad de alguna resolución interlocutoria o del pronunciamiento definitivo, con retroacción de lo actuado al momento en que se cometió la falta.

Así, no se trata como regla de postular por primera vez ante el órgano «ad quem» la subsanación de las faltas que se hubieren cometido en la primera instancia, sino de reproducir en la segunda las reclamaciones efectuadas en aquélla y que fueran desestimadas.

Y no puede sostenerse tras la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 que siempre que la falta procesal afecte a la resolución definitiva del proceso, se carece de trámite idóneo anterior al propio escrito de preparación para poner de manifiesto la falta.

Nótese que si bien se suspendió la vigencia del art. 214 LEC EDL 2000/77463 -entre otros- no aconteció lo mismo con el 215LEC, que entró en vigor el 8 de enero de 2001, y de acuerdo con el apdo. 2 de este precepto: «.. 2. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha

solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla...».

La falta de reclamación expresa e inmediata cuando exista trámite para ello -ora en la forma indicada, ora mediante recurso de reposición o, en relación con determinadas actuaciones orales, la protesta o reserva-, impide que prospere la queja efectuada en la segunda instancia.

La reclamación debe, pues, «.. pedirse en el primer trámite procesal en que podía hacerse, inmediatamente después de cometida la infracción o de que se tuviese conocimiento de ella por los interesados, porque el necesario enlace de unas diligencias judiciales con otras requiere que se subsanen inmediatamente, careciendo de eficacia la tardía alegación de infracciones en el procedimiento si fueron consentidas en algún momento en que pudo recurrirse, pues en este punto es preciso constante oposición y protesta (SS. de 28 de septiembre de 1948; 28 de junio de 1952; 3 de octubre de 1963; 14 de mayo de 1968 y 3 de abril de 1987)..» (S.T.S., Sala Primera, de 7 de mayo de 1991; .

A su vez, la omisión de esta denuncia o de la petición de subsanación en la segunda instancia aparea la imposibilidad de interponer posteriormente el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469, apdo. 2). Aunque con referencia al recurso de casación, tiene declarado el Tribunal Supremo que: «..La claudicación del primero de los motivos de casación, articulado al amparo del núm. 3.º del artículo 1692, es consecuencia de la omisión por el actor, que denuncia infracción de una regla esencial del juicio que, a su entender le ha producido indefensión, de la oportuna protesta en todas las instancias, poniendo de manifiesto, en la segunda si fue desoído en la primera, la persistencia en el interés por el trámite eludido y la falta de atención por parte del órgano jurisdiccional, tal y como lo exige el mandato del artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , para que la falta pueda ser invocada en casación, tal y como viene siendo jurisprudencialmente entendida la normativa que vela por la observancia del procedimiento, estableciendo que, para acceder a casación, debe el interesado pedir la subsanación del defecto que acusa utilizando en tiempo, las facultades y recursos legales establecidos, tanto ante el Juzgado que cometió la falta como en la segunda instancia (sentencias de 10 de marzo de 1945 y 3 de octubre de 1946) y, entre ellas, la reclamación en el trámite de apelación que, para casos como el denunciado en este primer motivo en examen, prevé el artículo 859 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , cuyo olvido por el interesado, al par que la exigencia del citado 1693 de la propia Ley hacen inviable la casación en este punto... » (S.T.S., Sala Primera, de 18 de febrero de 1991; . Vide, asimismo, SS.T.S., Sala Primera, de 21 de junio de 1993 (; 19 de octubre de 1993 (; 27 de marzo de 1995 (; 29 de septiembre de 1995 (; 2 de junio de 1998 (; 6 de noviembre de 1998 (; 23 de diciembre de 1998 (, entre otras.

No es, en cambio, requisito sine qua non que la falta cometida haya producido efectiva indefensión, como se desprende del deber de alegar ésta «en su caso».

VIGÉSIMO.- B) La «prueba ilícita»: 1. Consistencia.

El carácter procesal del derecho a la prueba se encuentra delimitado, entre otros aspectos, por las reglas que para su proposición establece con carácter general -para cualquier prueba- o con carácter específico -para cada medio probatorio- la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Como recuerda con reiteración nuestro Tribunal Constitucional, estamos en presencia de un derecho de configuración legal, motivo por el cual el legislador puede regular su ejercicio como estime más oportuno. En este sentido véanse, v. gr., SSTC 88/2004, de 10 de mayo, (FJ 4.º); y 121/2004, de 12 de julio, (FJ 2.º).

Prueba ilícita es aquella en cuyo origen u obtención se ha vulnerado un derecho fundamental. Esta noción se colige, de un lado, del art. 11.1 LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial EDL 1985/8754 , que establece: «(..) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Este precepto introdujo por primera vez en nuestro sistema procesal una norma que formula, de manera expresa, la proscripción de la prueba ilícita, como consecuencia de la doctrina que, respecto de este particular había establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre. Y, de otro, el art. 287 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , en el que se previene: «Ilícitud de la prueba.- 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. 2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva».

Este es el criterio que mantiene tanto el Tribunal Constitucional, v. gr., STC 64/1986, de 24 de mayo, al advertir que «la tacha que puede oponerse a las pruebas según la doctrina antes dicha, es la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión..») cuanto el Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 386/2007, de 29 marzo , al señalar que «..La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos..».

VIGÉSIMO PRIMERO.- No pueden desconocerse, sin embargo, las incertidumbres que suscita el art. 283.3 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 según el cual «Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley». En apariencia, de este precepto podría extraerse acrítica y mecánicamente la conclusión de que se ha ampliado el alcance de la prueba ilícita, y que se entiende comprendida en esta noción cualquier medio de prueba obtenido o practicado con vulneración de cualquier precepto legal. Frente a quienes interpretan que la ley procesal se sirve de un concepto amplio de prueba ilícita, como toda actividad prohibida por la ley, incluso ordinaria, el art. 283 se circunscribe a establecer un criterio de admisión de medios de prueba, como se sigue de la propia rúbrica, relativa a la «impertinencia

o inutilidad de la actividad probatoria». El Juez sólo puede admitir aquellos medios de prueba que sean pertinentes y útiles, de acuerdo con los conceptos que de estas cualidades proporcionan los apdos. 1 y 2 del art. 283 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , y además que no esté prohibida por la ley (apdo. 3 del art. 283 LEC EDL 2000/77463).

Como se viene razonando, sólo están prohibidos aquellos medios obtenidos con vulneración de un derecho fundamental. En definitiva, el art. 283 circunscribe su alcance y eficacia a enunciar el principio de legalidad procesal en materia probatoria; es decir, el deber del Juez de observar y hacer observar el procedimiento probatorio legalmente previsto. En este sentido, como recuerdan, entre otras las SSTC núm. 168/2002, Sala Primera, de 30 septiembre , y 165/2001, de 16 de julio, FJ 2.º (RTC 2001, 165): «...a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio (RTC 1991, 168); 211/1991, de 11 de noviembre (RTC 1991, 211); 233/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992, 233); 351/1993, de 29 de noviembre (RTC 1993, 351); 131/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995, 131); 1/1996, de 15 de enero (RTC 1996, 1); 116/1997, de 23 de junio (RTC 1997, 116); 190/1997, de 10 de noviembre (RTC 1997, 190); 198/1997, de 24 de noviembre (RTC 1997, 198); 205/1998, de 26 de octubre (RTC 1998, 205); 232/1998, de 1 de diciembre (RTC 1998, 232) y 96/2000, de 10 de abril (RTC 2000, 96), F. 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el "thema decidendi" (STC 26/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 26), F. 2). b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre (RTC 1987, 149); 212/1990, de 20 de diciembre (RTC 1990, 212); 87/1992, de 8 de junio (RTC 1992, 87); 94/1992, de 11 de junio (RTC 1992, 94); 1/1996 (RTC 1996, 1); 190/1997 (RTC 1997, 190); 52/1998, de 3 de marzo (RTC 1998, 52) y 26/2000 (RTC 2000, 26), F. 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio (RTC 1989, 101); 233/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992, 233); 89/1995, de 6 de junio (RTC 1995, 89); 131/1995 (RTC 1995, 131); 164/1996, de 28 de octubre (RTC 1996, 164); 189/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996, 189); 89/1997, de 10 de noviembre (RTC 1997, 89); 190/1997 (RTC 1997, 190) y 96/2000 (RTC 2000, 96)).

Desde esta perspectiva, el art. 283.3 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 no establece un concepto amplio de prueba ilícita, equiparándola a la violación de cualquier norma legal, sino que sólo se limita a establecer una pauta de conducta destinada al juzgador en orden a evitar que puedan infringirse las normas de procedimiento, permitiendo la admisión de pruebas en contra de lo previsto en la LEC EDL 2000/77463 1/12000. Si el proceso se concibe -como parece abonado- como el medio para resolver jurisdiccionalmente los conflictos intersubjetivos, que se halla disciplinado jurídicamente por un conjunto de normas y principios, fácilmente se concluye que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. En esta línea, la doctrina procesalista subraya que «el proceso discurre desde su nacimiento hasta su terminación por cauces previamente fijados» por lo que cuando «se desvía de los moldes jurídicos marcados por el procedimiento y se desliza al margen de los mismos, los actos procesales son ineficaces».

A criterio de esta Sección, es ésta la noción de prueba ilícita acorde a nuestro marco constitucional. El derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello comporta limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales.

En este sentido, se ha destacado con acierto que el rango constitucional del derecho a la prueba permite, en principio, pronunciarse en favor de la admisibilidad de las pruebas aun cuando se hayan obtenido con vulneración de algún derecho o normas de carácter o rango inferior al constitucional. Esto es, los límites del derecho a la prueba, consagrado en la constitución, determinan que únicamente puedan reputarse ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se violen derechos fundamentales de rango equivalente o mayor que el derecho a la prueba.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Como quiera que los derechos fundamentales constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español, las pruebas obtenidas con (o mediante) su vulneración deben ser repelidas. De este modo, los medios de prueba obtenidos con vulneración de una norma que no tiene dicho rango constitucional, y que en sentido amplio podrían considerarse «ilegales», pueden ser admitidos y valorados en función de la configuración constitucional del derecho a la prueba como fundamental (art. 24.2 CE EDL 1978/3879). Cuando en la adquisición del material probatorio no se infrinja ningún derecho fundamental, el medio de que se trate podrá ser, en principio, libremente valorado por el juzgador al realizar la fundamentación fáctica de la sentencia, sin perjuicio de que la responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que haya podido incurrir la persona que realice la irregularidad de que se trate. El acto será, desde algún punto de vista, irregular, pero en absoluto ineficaz. El carácter de fundamental que la Constitución confiere al derecho a la prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar esta prueba supuesta, pretendida o constatación irregular. En este sentido, ya se pronunciaba la STC 114/1984 de 29 de noviembre (FJ 4): «...Estas últimas (las garantías -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos) acaso puedan ceder ante la primera (la necesaria procuración de la verdad en el proceso) cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento». O el ATS de 18 de junio de 1992, al establecer «Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad (de valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales), hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba "prohibida" (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales». De igual modo, vid. la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de julio de 1993 .

VIGÉSIMO TERCERO.- 2. Tratamiento procesal

1. A diferencia de lo que acontece con las pruebas prohibidas por vulneración de una norma de procedimiento (art. 283.3 LEC EDL 2000/77463), respecto de las «pruebas ilícitas» no se contempla la falta de admisión inicial. Del tenor del art. 287 LEC EDL 2000/77463 se desprende inequívocamente que la cuestión ha de ser suscitada necesariamente a instancia de parte: « Cuando alguna de las

partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales...». Y lo corrobora, de un lado, que el régimen de impugnación previsto para los casos de no admisión de una prueba, esto es, la reposición y posterior protesta -en el procedimiento ordinario- (art. 285.2 LEC EDL 2000/77463) o sólo la protesta -en el procedimiento verbal (art. 446 LEC EDL 2000/77463), imposibilita -de iure y de facto- la audiencia bilateral, la contradicción efectiva y la posibilidad de practicar algún medio de prueba orientado a acreditar dicha ilicitud, instrumentos elementales para constatar la vulneración de un derecho fundamental. De otro lado, no parece razonable que la Ley haya concebido conferir un doble mecanismo de protección judicial -uno más restringido y otro más amplio- frente a una prueba ilícita en función del momento - inicial o sobrevenido- en que ésta sea advertida. Además la imposibilidad de inadmisión ab initio de las pruebas ilícitamente obtenidas deriva, al menos, de las tres circunstancias siguientes: a) en primer término, que esta circunstancia puede no ser conocida por el órgano jurisdiccional al tiempo de su introducción en el proceso; b) con independencia del conocimiento que de este extremo pueda tener el órgano jurisdiccional, la Ley no siempre habilita un específico trámite de inadmisión de ciertos medios de prueba (v. gr., respecto de los documentos acompañados a los actos alegatorios iniciales del proceso); y, c) el art. 287 LEC EDL 2000/77463 disciplina el momento y el modo en que se ha alegar esta circunstancia, así como determina el procedimiento que ha de observarse para determinar si el medio concernido se encuentra o no incurso en la prohibición establecida en el artículo 11.1 LOPJ EDL 1985/8754 . Y si el Juez, sin instancia de parte albergase alguna incertidumbre acerca de si alguna prueba puede tener o no esta calidad, debe promover de oficio la cuestión oportuna, formal y tempestivamente.

2. A su vez, no puede ignorarse que, como sostiene la mejor doctrina, de la dicción del propio art. 287 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 se sigue que la aptitud subjetiva para cuestionar la pretendida «ilicitud» de un medio de prueba se circunscribe a quien viéndose afectado por la pretendida obtención ilegítima del medio de prueba de que se trate sea «parte» en el proceso. Así, no tienen ni pueden tener intervención en el incidente terceros no litigantes que pudieran haber visto vulnerados sus derechos fundamentales por la prueba ilícita. Estos últimos podrán impetrar del órgano jurisdiccional la tutela de sus derechos instando el planteamiento ex officio iudicis de la cuestión de la ilicitud.

3. Sin perjuicio de que deba efectuarse la correspondiente alegación «de inmediato», esto es, en cuanto sea conocida (mediante su aportación o proposición) la prueba de que se trate, el examen de la cuestión se difiere, necesariamente, «.. al comienzo de la vista, antes de que de comienzo la práctica de la prueba...». Luego de oír a las partes y, en su caso, de la práctica de las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto «sobre el concreto extremo de la referida ilicitud», se establece que el artículo «.. se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista...». La resolución habrá de revestir las solemnidades de «auto» es decir, de una resolución obligatoriamente motivada (art. 208.2) a pronunciar oralmente y consignándose en el acta el signo o sentido de la decisión y sucintamente su fundamentación (art. 210 LEC EDL 2000/77463).

4. Frente a la decisión que recaiga acerca de la ilicitud planteada sólo cabrá recurso de reposición (art. 287.2), norma ésta que únicamente es de aplicación en el seno de los procedimientos ordinarios, no de los verbales. En estos últimos, no obstante la remisión genérica en materia de prueba a las disposiciones comunes (art. 445 LEC EDL 2000/77463), se establece un régimen particular en virtud del cual «.. las partes podrán formular protesta...» (art. 446 LEC EDL 2000/77463). En el primer caso, frente a la resolución que recaiga en el recurso de reposición no cabe interponer ningún recurso. Únicamente cabe reproducir la cuestión en el recurso de apelación que eventualmente se pueda interponer frente a la sentencia definitiva.

VIGÉSIMO CUARTO.- En el caso que se examina, se sustanció el incidente de méritos y la juzgadora de primer grado no declaró ilegales las pruebas denunciadas como ilícitas (min. 02.40.06 del soporte audiovideográfico). La parte actora formuló recurso de reposición (min. 02.41.25) y tras la oposición de la parte demandada (min. 02.43.07), fue desestimado (min. 02.44.10), formulándose protesta por la parte actora.

Así, pues, resuelto el incidente en el modo legalmente previsto, la sentencia definitiva ni tenía ni debía contener pronunciamiento alguno sobre la cuestión; y la falta de un pronunciamiento innecesario, expletivo o supervacáneo nunca puede constituir incongruencia a la luz de lo dispuesto en el art. 218 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 .

VIGÉSIMO QUINTO.- C) Conclusiones

Sentado cuanto antecede, quedan evidenciadas las dos razones por las cuales se impone el perecimiento del primer motivo del recurso de apelación interpuesto.

Así, de un lado, mal puede reprocharse a la sentencia de primer grado incongruencia «omisiva» respecto de un extremo que no requiere, por imperativo legal, de pronunciamiento alguno en dicha resolución; y, de otro, porque aun en el hipotético caso de que por Ley hubiera debido ser resuelto en la sentencia -lo que se contempla únicamente a efectos dialécticos-, la parte omitió el preceptivo trámite previo de interesar ante el Juzgado «a quo» la integración o complemento a través de la vía otorgada por el art. 215 LEC EDL 2000/77463 . Circunstancia ésta que es predicable de las otras omisiones que en el recurso se imputan a la sentencia de primer grado y a las que, desde otra perspectiva distinta, aludiremos más adelante.

VIGÉSIMO SEXTO.- En todo caso, conviene dejar establecidas dos premisas:

1. Para el caso de que, no obstante los términos explícitos en que se ha planteado el recurso de apelación, deba entenderse tácita o implícitamente reproducida en esta alzada la cuestión atinente a la pretendida ilicitud de parte de las pruebas documentales presentadas junto con el escrito de contestación, esta Sala coincide con la Juzgadora «a quo» en la licitud de los expresados documentos, toda vez que: a) de los que se presentaron conjuntamente con el núm. 4, los dos primeros son actas de sendas reuniones celebradas en fechas 13 de junio y 5 de julio de 2001, en las que el propio demandado se hallaba presente e incluso aparece la firma o rúbrica propias al pie de los mismos (ff. 365 y 366); el cuarto (f. 368) es un documento manuscrito por el propio demandado; y el tercero es una comunicación cuyo borrador le fue expresamente encomendado elaborar por el que fuera Presidente y Fundador de la demandada como reconoció en el acto de la vista una de las hijas del mismo (vide interrogatorio testifical de D^a Rosario , min. 02.30.22); b) con el doc. Núm. 5 se

aportan escritos de demanda y documentación judicial -y por ende pública-, elaborados por colaboradores de la asesoría que dirigía el demandado (ff. 370 a 431); Con los núms. 8 y 11 se presentaron copias de comunicaciones dirigidas por el demandado a D. Hugo y, en consecuencia, de su autoría (ff. 478 a 483 y 492); c) Con los núms. 9 y 13 se presentaron copias de cartas redactada por el demandado a requerimiento de D. Hugo dirigidas a sus hijos como reconoció en el acto de la vista una de las hijas del mismo (vide interrogatorio testifical de D^a Rosario , min. 02.30.22) (ff. 485 a 488, y 534); d) con los núms. 6, 7 y 10, un informe y sendos borradores de acuerdos sociales elaborados por el demandado (ff. 433 a 443; 445 a 476) y una comunicación redactada por el demandado, en la que expresa su parecer particular acerca de los extremos que en la misma se contienen (f. 490); e) Con los núms. 14 y 15 se acompañaron sendas actas del Consejo de Administración de la entidad actora a las que asistió el propio demandado (ff. 536 a 542); f) El doc. Núm. 12 se corresponde con una demanda de responsabilidad civil que la entidad actora decidió interponer frente a quien fuera Consejero delegado de la misma como consecuencia de su actuación en el cargo, que se elaboró y presentó por el hoy demandado (ff. 494 y ss.). Los restantes documentos se custodiaban por el demandado como consecuencia de su calidad de asesor de la entidad mercantil actora.

Como quiera que la ilicitud amparada en los arts. 287 LEC EDL 2000/77463 y 11 LOPJ EDL 1985/8754 se circunscribe, de un lado, a la que pueda denunciar quien es parte en el proceso, lo que no acontece con los documentos relacionados en los que no se ve afectada la demandada, y la representación procesal comparecida no consta en autos que ostente la representación de los terceros a quienes conciernen, no se encuentra válida y eficazmente impugnada; y, de otro, a la obtención de los medios de prueba de que se trate, en los que exclusivamente atañe a la entidad aquí actora, mal puede reputarse incurso en ella a documentos cuya autoría material e intelectual corresponde a quien los presenta o se refieren a actos en los que tuvo intervención directa o mediata.

2. Con independencia de su licitud, se trata de documentos orientados a acreditar cuál o cuáles han sido, a criterio del demandado, los motivos que subyacen a la presentación de la demanda origen de este pleito, bien pueden reputarse intrascendentes, pues, con absoluta independencia de los mismos, el objeto nuclear del proceso estriba en la existencia o no de responsabilidad derivada de la conducta profesional del demandado. Y en poco o nada contribuyen a esclarecer este particular concreto.

Por otra parte, no consta que los referidos documentos hayan sido tenidos en cuenta por la Juzgadora de primer grado a la hora de dictar la sentencia ni, desde luego, los toma en consideración esta Sala para la resolución del recurso interpuesto.

VIGÉSIMO SEXTO.- IV. Hechos probados

No se ha presentado ningún documento en el que consten ni instrucciones concretas de interponer demanda en ejercicio de acción personal de condena pecuniaria frente al arquitecto y constructor supuestamente cocausantes del siniestro acaecido en las oficinas de la demandante en Barcelona y sus aseguradoras respectivas, ni otros requerimientos de información sobre el estado del pretendido proceso hasta finales de 2004. No hay prueba alguna de supuestas órdenes verbales, ni puede reconocerse crédito en este punto a las manifestaciones de D. Juan Enrique , quien en la actualidad, y tras la dimisión del demandado, ocupa la dirección de la asesoría jurídica de la entidad actora, pues si hasta dicho instante era, como admitió, un letrado externo colaborador del despacho del Sr. Jorge (mins. 01.30.46 y ss.), no es concebible que tuviera potestad ni autoridad para interrogar a quien, entonces, podía considerarse su principal. Tampoco puede estimarse acreditado que escuchase cómo se preguntaba al demandado sobre la situación del supuesto proceso (min. 01.32.40).

En cambio, consta sobradamente probado que:

A) D. Jorge , asesor jurídico de la actora durante muchos años, «siempre gozó del afecto, sobre todo, del Presidente» (Interrogatorio de D. Marcos : min. 01.56.53); era no sólo abogado de la actora, de otras empresas participadas, de la familia Rosario Hugo , resolvía problemas personales, incluso del personal de servicio, era «representante, hombre de confianza y brazo derecho de D. Hugo ..» (Interrogatorio de D. Pedro Antonio : mins. 02.02.09; 02.02.44), era «oídos y voz» de D. Hugo , mediaba incluso en los conflictos entre los hijos, escribía las cartas que su padre enviaba a los hijos (interrogatorio de D^a Rosario : min. 02.29.03; 02.29.42; 02.30.22; 02.36.00);

B) D. Leonardo , a la sazón constructor, y sedicente co-responsable del siniestro, era un «protegido» de quien había fundado la entidad actora y al tiempo de acaecer el siniestro la presidía, D. Hugo y D. Antonio era amigo desde la adolescencia de Blas , hijo de D. Hugo (vide interrogatorio de D^a Rosario , min. 02.32.08; y de D. Pedro Antonio , min. 02.10.00 y 02.18.36);

C) Que al menos hasta el mes de diciembre de 2000 la voluntad de la entidad actora era únicamente la de negociar con todos, y llegar a un acuerdo, forzosamente extrajudicial, intentando una solución «dificilísima», al parecer consistente en que con los honorarios de trabajos que se deseaba continuar encomendando a los referidos constructor y arquitecto se fueran compensando los perjuicios padecidos (Interrogatorios del demandado, min. 00.51.41; y de D. Pedro Antonio : mins. 02.11.04 y ss.; 02.26.18 y 02.26.33. Interrogatorio de D^a Rosario , min. 02.37.47);

D) D. Jorge , hasta el año 2000 remitió anualmente comunicaciones dirigidas a D. Antonio , D. Leonardo , y las aseguradoras Cresa y Generali para interrumpir la prescripción (doc. 17 de la contestación).

E) Únicamente a finales de 2004 se suscita un vivo interés, especialmente en algunos miembros de la entidad actora, por la existencia, curso y estado del litigio frente a aquéllos (interrogatorio de D. Marcos , min. 01.58.24); y el demandado admitió en su interrogatorio, haber mentido ante el Consejo en reunión celebrada en fecha 13 de diciembre de 2004, al afirmar que el procedimiento se había interpuesto (interrogatorio de D. Jorge , min. 00.38 y ss.).

F) Una vez constatado que la demanda no se había interpuesto, y tras la dimisión del demandado, la entidad actora se ha limitado a:

1.- Recabar toda la documentación en poder de D. Jorge (Interrogatorio de D. Jorge , min. 00.35.00; Interrogatorio de D. Juan Enrique : mins. 01.22.50 y 01.23.21; Interrogatorio de D. Gabriel , min. 01.38.27 y ss.);

2.- Por decisión personal del jefe de asesoría, D. Juan Enrique (vide interrogatorio de dicha persona, min. 01.24.58), se recaban dos informes jurídicos a «Landwell. Abogados y Asesores fiscales», en los que se sustenta la opinión de que, al menos, la acción se encuentra prescrita frente a las aseguradoras del arquitecto y del constructor;

3.- No se ha intentado el ejercicio de acciones legales frente a los pretendidamente responsables (interrogatorio de D. Marcos, mins. 01.57.24 y 01.59.16; interrogatorio de D. Juan Enrique, min. 01.35.29); y,

4.- Se decidió demandar D. Jorge «porque era más fácil cobrar» (interrogatorio de D. Pedro Antonio, min. 02.13.50).

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Ciertamente es reiterada la doctrina legal de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo según la cual la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales de instancia al configurar el «factum» de sus resoluciones es inatacable, salvo en ocasiones excepcionales de interpretaciones totalmente absurdas, erróneas o intemperantes (ex pluribus, SSTS, Sala Primera, de 14 de febrero, 7 de marzo y 20 y 24 de abril de 1989, 1 de julio de 1996 y 15 de abril de 2003), constituye una afirmación que no se puede desligar de la perspectiva del órgano que la realiza, y del carácter extraordinario del recurso de casación en el seno del cual se efectúa, en el entendimiento de que nunca podrá adquirir la naturaleza de una tercera instancia -por citar sólo las más recientes, vide SSTS, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 2003 (; 15 de abril de 2003 (; y 12 de mayo de 2003 (-. Pero ello no significa, pese a lo extendido del errado criterio contrario, que las Audiencias carezcan de esa función revisora respecto de la valoración y apreciación probatoria efectuada por los Juzgados de Primera Instancia con ocasión de los recursos de apelación de los que conozcan, pues, ex deffinitione, y como el propio Tribunal Supremo tiene declarado, la apelación es un recurso ordinario que somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio, dentro de los límites del objeto o contenido en que se haya formulado el recurso, en términos tales que faculta a aquél para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio dentro de los límites de la obligada congruencia (SSTS, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 1963; 11 de julio de 1990 --; 19 de noviembre de 1991 --; 13 de mayo de 1992 --; 21 de abril de 1993 (; 31 de marzo de 1998 --; 28 de julio de 1998 --; y 11 de marzo de 2000 --; entre otras).

VIGÉSIMO OCTAVO.- Expresión cabal de la orientación que esta Sección mantiene la hallamos en laSTS, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 1997 (, en la que puede leerse: «... TERCERO.- El motivo segundo de casación se basa igualmente en el núm. 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por "infracción de doctrina jurisprudencial", sin dar más explicación que la extraña afirmación de que el recurso de apelación "viene vinculado por el criterio del juzgador de instancia en cuanto no resulte ilógico o exista error de hecho". Lo cual es exactamente lo contrario. El recurso de apelación da lugar a la segunda instancia (la casación, por el contrario, no es una tercera instancia), como fase procesal que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada; la apelación se extiende a todo el objeto de la primera instancia. Tal como dice la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1996, el recurso de apelación supone una total revisión de lo actuado en la instancia, por lo que procede entrar a resolver todas las cuestiones litigiosas (fundamento 3º). Lo cual lo dijo también el Tribunal Constitucional, en sentencia 3/1996, de 15 de enero: en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863) de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463) como una «revisio prioris instantiae», en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris) para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso (fundamento 2º, primer párrafo). Asimismo, la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1997dijo: La apelación ha abierto la segunda instancia, creando la competencia funcional de la Audiencia Provincial y, por ello, su resolución sustituye a la dictada en primera instancia. La apelación implica un nuevo examen sobre la cuestión litigiosa sobre la que ha recaído ya sentencia. La sentencia dictada en apelación debe ser congruente con las peticiones de las partes, por razón del principio dispositivo que rige el proceso civil. El motivo, pues, debe ser desestimado».

VIGÉSIMO NOVENO.- Al tiempo de dictar la resolución definitiva del proceso, los órganos jurisdiccionales han de proceder a valorar las pruebas practicadas para determinar las consecuencias que deben extraerse de ellas y analizarlas comparativamente con las afirmaciones fácticas introducidas por las partes en las correspondientes oportunidades alegatorias. Sólo de este modo es posible conocer el grado de convicción judicial necesario para concretar si pueden ser fijadas en aquélla, y en qué medida, alguna, todas o ninguna de dichas afirmaciones.

La valoración de las pruebas constituye así un complejo proceso lógico o intelectual en el que acostumbran a diferenciarse conceptualmente, simplificando en extremo, principalmente dos operaciones diferentes: una primera, denominada de apreciación o interpretación; y una segunda, de valoración en sentido estricto.

En el primer estadio --de apreciación-- pueden diferenciarse, a su vez, dos momentos: a) En el primero, el juzgador ha de analizar separadamente todas y cada una de las pruebas aportadas o desenvueltas para establecer con la mayor fidelidad y exactitud cuáles sean los precisos elementos que proporcionan separadamente cada fuente de prueba, y desvelar cuáles sean las afirmaciones que cabe extraer como consecuencia de ese examen en función de su índole: lo declarado por las partes o por los testigos en los correspondientes interrogatorios; el contenido de los documentos u otros soportes aportados al proceso; lo percibido en el reconocimiento; y la información proporcionada por los peritos.

Respecto de estos últimos la interpretación consiste en el examen del dictámen emitido junto, en su caso, con los documentos, materiales o instrumentos complementarios que aquél haya decidido adjuntar y, eventualmente, con las observaciones, aclaraciones o explicaciones complementarias ofrecidas en el acto de la aclaración (art. 628 LEC de 1881 EDL 1881/1). Se agota en una mera labor de constatación y análisis del significado real de los datos, conclusiones y juicios de valor consignados en aquél y en el acto de documentación de la intervención oral de los peritos, en orden a precisar el exacto contenido y alcance de las palabras y expresiones empleadas.

Este cometido ha de realizarse siempre con cualesquiera medios de prueba, en particular con la testifical, la pericial y el interrogatorio de parte. Se trata de una labor intrincada que excede del simple examen semántico, en cuanto requiere constatar los extremos sobre los cuales se ha pronunciado el perito y su correspondencia con las afirmaciones de hechos oportuna y tempestivamente introducidas por las partes. En el caso de la pericial, también, la necesidad, para la correcta elucidación de aquellos, de conocimientos especializados ajenos a la ciencia jurídica.

b) En un segundo momento, debe calificar, asimismo de modo individualizado y en atención a las características particulares de cada medio y a las eventuales incidencias acaecidas durante su práctica --tachaduras, raspaduras o enmiendas en los documentos; existencia o no de firmas, sellos u otros medios de autenticación; contundencia, vacilaciones o contradicciones en las partes y los testigos al deponer o introducción de hipótesis o conjeturas; recusación de peritos; tacha de peritos o de testigos; aclaraciones o rectificaciones del dictamen, etc.--, la idoneidad objetiva y en abstracto de los resultados que arrojen para asentar sobre aquéllos su convicción.

TRIGÉSIMO.- Establecido lo que en substancia expresa cada medio de prueba --o cabe inferir razonablemente de él--, el juzgador debe constatar cuál sea, de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento, su concreta eficacia y trascendencia.

A este respecto debe recordarse que la Ley no dispensa a todos los medios de prueba de idénticos vigor y eficiencia; antes bien, asigna a unos un valor reglado o tasado --como acontece con ciertos aspectos de los documentos; o de lo respondido por las partes en confesión--, abstracción hecha de cuál pueda ser el grado de persuasión subjetiva del juzgador; en tanto que, para otros --entre los que se encuentran las pruebas testifical y pericial-- confía al órgano jurisdiccional la formación discrecional --que no arbitraria-- de su convencimiento.

No obstante, y como quiera que en la práctica difícilmente se propone y practica una única prueba por cada uno de los hechos litigiosos, sea porque respecto de ellos recae la actividad de más de un litigante (de la misma parte o de partes contrapuestas), sea porque sobre los mismos o distintos aspectos de un hecho o conjunto de hechos concurren diferentes medios, es preciso relacionar y poner en combinación el resultado de todos los medios practicados; o dicho en otros términos: es necesario proceder, de verdad, a una apreciación conjunta de la prueba, que en rigor es algo distinto de su mera afirmación formal en las sentencias como tropo o fórmula estereotipada como método para eludir una auténtica valoración o para ofrecer como aparentemente motivada una decisión decretal, apriorística, o producto de simples prejuicios.

En este sentido parece conveniente reparar en que no siempre los distintos medios de prueba practicados arrojan un resultado coincidente o complementario, sino que es harto sólito que existan contradicciones en uno mismo y antítesis entre diversos medios, a pesar de las cuales, o precisamente en virtud de ellas, puede lograrse la fijación del "factum" sobre el que ha de aplicarse el Derecho. Desde esta perspectiva, es claro que la concreción de la *quæstio facti* en la sentencia no puede por menos que provenir de la combinación de los distintos medios de prueba, sin perjuicio de que en ella deba también justificarse cumplidamente el por qué de las conclusiones obtenidas y de la preferencia o postergación de los resultados de un medio respecto de otro u otros.

Así, el deber de motivar las resoluciones judiciales enunciado con carácter general en el art. 120, apdo. 3 C.E. EDL 1978/3879 se complementa en la LOPJ, art. 248, apdo. 3 .

TRIGÉSIMO PRIMERO.- En cuanto a la valoración de la prueba testifical hecha por la sentencia aquí recurrida, ha de tenerse en cuenta que es reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial (SSTS de 26 de mayo y 9 de junio de 1988 , 7 de julio y 8 de noviembre de 1989, 30 de noviembre de 1990, 10 de noviembre de 1994, 10 de octubre de 1995 , 12 de noviembre de 1996 , 17 de abril de 1997 , entre otras), que el art. 1.248 del C.C EDL 1889/1), así como el art. 659 LECiv EDL 2000/77463 de 1881), sustituidos hoy por el art. 376 LECiv 1/2000 EDL 2000/77463 (962 y) . «Valoración de las declaraciones de testigos. Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica...», contiene sólo una norma admonitiva, no preceptiva, ni valorativa de prueba, y el mismo, faculta al juzgador de la instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica.

A este respecto, ha de tomarse en consideración que la STS de 2 de marzo de 1999, recogiendo la reiterada doctrina del TS contenida, entre otras, en SSTS de 9 de enero de 1985 ; 16 de febrero y 20 de julio de 1989; 24 de junio y 2 de diciembre de 1997; y 30 de julio de 1998 , declaró, en relación al art. 659 de la LECiv EDL 2000/77463 y, por remisión a él, del art. 1248 del CC EDL 1889/1 , que someten la apreciación de la prueba de testigos a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren, contienen una norma admonitiva, no preceptiva, ni valorativa de la prueba; habida cuenta que, como se ha visto, las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en norma positiva alguna.

No obstante, la circunstancia de que el Tribunal Supremo afirme que la apreciación de la prueba testifical es facultad discrecional de los juzgadores de instancia -SSTS, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 1940 (; 27 de junio de 1941 (; 7 de mayo de 1982 (; 27 de septiembre de 1983 (; 30 de mayo de 1984 (; 25 de octubre de 1984 (; 30 de abril de 1985 (; 14 de noviembre de 1986 (; 13 de julio de 1987 (; 24 de marzo de 1988 (; 2 de diciembre de 1988 (; 19 de junio de 1989 (; 22 de enero de 1991 (; 27 de septiembre de 1991 (; 30 de noviembre de 1991 (; 21 de septiembre de 1992 (; 3 de junio de 1993 (; 15 de marzo de 1996 (; 12 de septiembre de 1996 (; 5 de mayo de 1997 (; 20 de mayo de 1997 (; 1 de septiembre de 1997 (; 27 de mayo de 1998 (; 22 de junio de 1999 (; 30 de octubre de 2000 (; 29 de noviembre de 2000 (, ex pluribus-, se justifica porque los hechos no acceden, como regla a la casación, pero no comporta acriticamente que la misma aseveración pueda ser trasladada al recurso de apelación que como ordinario permite la revisión íntegra de lo decidido por el juzgador de primer grado, particularmente cuando las conclusiones obtenidas se evidencien arbitrarias, irracionales o contrarias a la razón de ciencia y demás circunstancias de los testigos deponentes.

Así, en el marco del referido art. 376 de la LECiv EDL 2000/77463 (962 y) , la apreciación de la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos habrá de aparecer conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren, lo que, al no estar formuladas en la Ley o doctrina legal estas reglas equivale a remitir

a la lógica y sensata crítica y experiencia del Juez, en el marco de la apreciación de las circunstancias concurrentes, proscribiéndose la arbitrariedad, de modo que, en su caso, como se adelantó en párrafos anteriores, tan sólo sería apreciable la valoración de la credibilidad de los testigos, apreciada en función del principio de inmediación, en función de la existencia de vulneración de dichos principios de apreciarse que dicha valoración es ilógica o disparatada, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- En todo caso, y teniendo en consideración que el órgano de primer grado asienta sus razonamientos y afirma haber obtenido las conclusiones que establece en la sentencia merced a una apreciación conjunta de las pruebas practicadas, de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial no es admisible desarticular y aislar medios de prueba concretos y acogerse únicamente a lo que pueda favorecerle, invadiendo así facultades propias del órgano sentenciador, cuyo criterio ha de prevalecer como más objetivo y desinteresado a salvo que se acredite la falta de lógica, y ello aún cuando existan dudas sobre ella: SSTS, Sala Primera, de 30 de marzo de 1981 --; 7 de junio de 1982 --; 29 de marzo de 1986 --; 8 de noviembre de 1986 --; 14 de noviembre de 1986 --; 14 de julio de 1987 --; 11 de abril de 1988 --; 26 de septiembre de 1988 --; 13 de marzo de 1991 --; 15 de julio de 1992 --; 20 de noviembre de 2000 --, entre otras.

TRIGÉSIMO TERCERO.- V. El pretendido error de derecho

Como esta Sección tiene declarado, entre otras, en SS. 15 de febrero de 2003 /2001 (, 157413), 17 de noviembre de 2005 /2005 (, 32617)) y 26 de septiembre de 2006 /2006 (, la jurisprudencia atinente a la cuestión litigiosa se compendia, entre otras, en las siguientes resoluciones de nuestro más Alto Tribunal: S. de 8 de junio de 2000, rec. 2446/1995 ; Pte. O'Callaghan Muñoz: "... actuación negligente de Abogado. Es un tipo más de la responsabilidad profesional, derivada de contrato de prestación de servicios tal como destacan las sentencias de esta Sala de 28 ene. 1998 y 25 mar. 1998 , que da lugar a obligaciones del Abogado, que según destaca la S. 28 dic. 1996 su obligación esencial de llevar la dirección técnica de un proceso es obligación de actividad o medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar ésta de una forma correcta. La mencionada S 25 mar. 1998 dice literalmente: El contrato de prestación de servicios es definido en el art. 1544 CC EDL 1889/1 conjuntamente con el de obra, a los que llama de 'arrendamiento', como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente (sic) contemplado en los arts. 1583 a 1587, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, como es, en el caso del contrato celebrado con abogado, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD 2090/1982, de 24 jul EDL 1982/9683 (, 2656). Efectivamente, el objeto de este contrato es la prestación de servicios y éstos pueden ser predominantemente intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos los propios de las profesiones liberales, como la de abogado: así, SS. 6 oct. 1989 , 24 jun. 1991 , 23 oct. 1992 ; también es cierto que, en ocasiones, el contrato de un profesional liberal puede ser contrato de obra: así, referidas no a abogados sino a arquitectos, SS. 10 feb. 1987 , 29 may. 1987 , 25 may. 1988 , y la de 3 oct. 1998 añade que no es misión de esta Sala la revisión de toda la actuación profesional del Abogado, sino comprobar si se ha declarado probado la realización de actos u omisiones del Abogado que supongan cumplimiento defectuoso de su obligación personal, teniendo en cuenta que el hecho de no haber tenido éxito judicial en su cometido, no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad"; 8 de febrero de 2000, núm. 117/2000, Rec. 1616/1997 ; Pte. Almagro Nosete: "consta perfectamente acreditado el evidente incumplimiento de sus obligaciones como profesional del demandado y recurrente, incumplimiento que al impedir el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para conocer de la acción, por despido laboral, ha originado la pérdida indebida de oportunidades procesales, con la consiguiente generación de perjuicios que deber ser indemnizados"; S. de 7 de febrero de 2000, núm. 99/2000, Rec. 1387/1995 ; Pte. Asís Garrote: "Casos de que la prestación se refiera a los servicios de carácter profesional, cuyo feliz resultado no está al alcance de la persona que presta los servicios, por ello se ha dicho que la prestación de estos profesionales, es una prestación de medios y no de resultado, por lo que para que se entienda cumplida la obligación, solamente se precisa que se acredite que el profesional haya aportado los medios para conseguir el resultado apetecido, y estos se hayan efectuado con arreglo a la lex artis, aunque el resultado final apetecido no se haya conseguido"; S. de 14 de mayo de 1999, núm. 431/1999, Rec. 3590/1994 ; Pte. Barcala Trillo-Figueroa: "...Según la S. de 4 de febrero de 1992 , las normas del referido Estatuto imponen al abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto. Cuando una persona sin formación jurídica ha de relacionarse con los Tribunales de Justicia, se enfrenta con una compleja realidad, por lo que la elección de un abogado constituye el inicio de una relación contractual basada en la confianza, y de aquí, que se le exija, con independencia de sus conocimientos o del acierto en los planteamientos, diligencia, mayor aún que la del padre de familia. La conducta del abogado ha producido un daño objetivo, impidiendo el ejercicio de una acción legítima y adecuada a las circunstancias del caso, sin que sean atendibles especulaciones en torno a si pudiera existir una responsabilidad, contractual o no, en la conducta de los propietarios de las piscinas y un abogado, para cumplir los requisitos de diligencia especial hacia sus clientes, debe cerciorarse que sus clientes están perfectamente informados, cada vez que los avatares procesales abren una nueva etapa esencial para sus intereses, de lo que ello implica o a los mismos pudiera afectar. El comportamiento que ha quedado explicado vino a suponer un quebrantamiento, por vía omisiva, en la observancia de los deberes y obligaciones profesionales que incumbían al letrado, siendo indudable que ello representó una conducta negligente por omisión y como tal, comprendida en el art. 1101 del CC EDL 1889/1 y, especialmente, en el 1902 de dicho texto legal, así como en el 102 del repetido Estatuto, y susceptible de indemnización en cuanto que originó un daño de índole moral al matrimonio actor ahora recurrente, sin que semejante reparación deba hacerse extensiva a otros daños de distinta naturaleza, cuya indemnización se estima por la Sala, obrando con criterios razonables y prudenciales, fijarla en la cuantía de quinientas mil pesetas, incrementada con los intereses legales a computar desde la fecha de la presente resolución"; S. de 26 de enero de 1999, núm. 33/1999, Rec. 2290/1994 ; Pte. Almagro Nosete: "...dejando incumplida la obligación profesional aceptada, no accede a la petición de condena indemnizatoria que desestima por falta de prueba de los daños profesionales al no interponer el recurso de revisión a que se había comprometido, pero desestima la pretensión actora de indemnización derivada de ese incumplimiento contractual por considerar que 'el daño no ha sido probado al basarse en una mera expectativa y no en un perjuicio cierto'... Por contra, esta Sala de casación entiende que la Sala de instancia confunde la falta de relevancia de un determinado índice de valoración del daño producido con la inexistencia de los daños mismos. Es cierto que, en casos

análogos al presente, de negligencia profesional se ha acudido, en ocasiones, al criterio de la prosperabilidad del asunto sometido lo que hubiera debido someterse a decisión judicial, según las actuaciones dejadas de practicar o practicadas mal, como elemento, que pese a las reservas y controles, con que debe ser manejado, puede proporcionar una pauta de valoración de los eventuales daños. Mas este índice o pauta orientativa no es exclusivo, ni por ello impide que se tengan en cuenta otros, en concurrencia, o aisladamente. En el caso, la simple pérdida de la oportunidad procesal que todo recurso como extraordinario confiere, objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación, daño imputable a quien con su conducta negligente omitió la realización del encargo aceptado, según se ha razonado la frustración de las expectativas generadas en el recurrente por las posibilidades de éxito del recurso de revisión nonnato, cuya dirección técnica asumió aquel sin que, finalmente, llegase a confeccionarlo y, definitivamente, a presentarlo, supuso la pérdida de una oportunidad procesal que, en atención a la cantidad total reclamada y discutible prosperabilidad del mismo se fija prudentemente en la suma de un millón doscientas cincuenta mil pesetas"; S. de 25 de marzo de 1998, núm. 275/1998, Rec. 795/1994 ; Pte. O'Callaghan Muñoz: "Siendo las obligaciones esenciales, señaladas en el citado art. 1544 del CC EDL 1889/1 , las de prestar el servicio por una de las partes (el profesional, abogado en el presente caso) y pagar el precio o remuneración por la otra (el empleador; el cliente, en la terminología forense), se añade también el deber de fidelidad, estudiado especialmente en la doctrina alemana (con la base de preceptos expresos del BGB), aceptado por la española y seguido por la jurisprudencia (a él se refiere expresamente la S 3 jul. 1990) en casos concretos en que la falta de normativa expresa exige acudir a conceptualizaciones dogmáticas o soluciones pragmáticas. El deber de fidelidad tiene su base en el CC, art. 1258 EDL 1889/1 , y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal intuitu personae; en el caso del abogado, la tiene en los arts. 43 y 55 del mencionado estatuto la sentencia recurrida entiende que no se ha probado el daño, que ciertamente es preciso para que pueda darse lugar a la indemnización que deriva del incumplimiento; pero olvida dicha sentencia otra regla de reiterada e indiscutible aplicación: acreditado un incumplimiento, si el daño es patente, no es preciso probar su existencia sino su cuantía (en autos o en ejecución) y en el presente caso, en que la entidad demandante ha necesitado acudir a la tutela judicial para obtener unos informes que debería haber dado el abogado desde el principio y obtener incluso la devolución de documentación que pertenecía a la demandante, es patente la producción de un daño, que se cuantificará en ejecución de sentencia"; S. de 28 de enero de 1998, núm. 25/1998, Rec. 3279/1993 ; Pte. O'Callaghan Muñoz: "... los trabajadores debían reclamar las indemnizaciones acordadas judicialmente al Fondo de Garantía Salarial, para lo que contrataron al Abogado codemandado D. el punto relacionado con lo todo lo anterior, que constituye el verdadero fundamento del fallo, apenas ha sido apuntado: se trata del profesional, especialmente si es abogado o procurador de los Tribunales que, con su incumplimiento contractual, impide al perjudicado la obtención de un derecho; es el caso de autos en que el abogado codemandado, condenado y asegurado en la entidad también codemandada y conde nada, presenta una reclamación en un tiempo en que ya ha transcurrido el plazo de prescripción o caducidad; nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida, pero el profesional, con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de conseguirla, con lo que, además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879 , al quedarle coartada por la prescripción o caducidad... Como indemnización del daño es correcta la condena a aquella prestación que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener".

TRIGÉSIMO CUARTO.- Como declaró, entre otras, la STS, Sala Primera, 1291/2002, de 30 diciembre «.. entre otras en Sentencia de 23-5-2001 , se dijo: en el encargo al Abogado por su cliente, es obvio que, se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o «locatio operarum» en mejor modo, incluso, siguiendo la nueva terminología del Proyecto de Reforma del Código Civil EDL 1889/1 ... «contrato de servicios», en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su «lex artis», sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma -«locatio operis»- el éxito de la pretensión; y en cuanto los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido - se repite una vez más- como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente. De consiguiente, también en otra versión podían desmenuzarse todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa prestación o en las respectivas conductas a que pueda dar lugar o motivar el ejercicio de esa prestación media en pos a la cual, se afirma la responsabilidad; «ad exemplum»: informar de «pros y contras», riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho; por tanto y, ya en sede de su responsabilidad, todo lo que suponga un apartamiento de las circunstancias que integran esa obligación o infracción de esos deberes, y partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como «prius» en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputárselo personalmente al abogado interviniente (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 en relación con el 1183 CC EDL 1889/1 «a sensu» excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual «ab initio», goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional) sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención; Que la obligación del Abogado, de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la

realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión sólo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador.

Son normas de su propia adscripción colegial: las referencias específicas del Estatuto General de la Abogacía aprobado por RD de 24 de julio de 1982 (, 2656), BOE 2-9-1989 , sobre deberes profesionales y esfera específica de responsabilidad, que, como es sabido, son normas corporativas sobre la materia (sin relevancia casacional según SS. 6-2-1996 y 25-6-1998 , entre otras), no obstante, por su interés, se transcribe su contenido:

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

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

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

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

Y asimismo una síntesis jurisprudencial se encuentra entre otras en SS. 11-11-1997 : «ha de tenerse en cuenta que los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga, todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil EDL 1889/1 , sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos), aparezcan debidamente probados». SS. 25-3-1998 : «El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 del Código Civil EDL 1889/1) conjuntamente con el de obra, a los que llama de "arrendamiento", como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, como es, en el caso del contrato celebrado con abogado, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto de 24-7-1982 (, 2656). Efectivamente, el objeto de este contrato es la prestación de servicios y éstos pueden ser predominantemente intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos los propios de las profesiones liberales, como la de abogado: así, sentencias de 6 de octubre de 1989 , 24 de junio de 1991 , 23 de octubre de 1992 ; Siendo las obligaciones esenciales, señaladas en el citado artículo 1544 del Código Civil EDL 1889/1 , las de prestar el servicio por una de las partes (el profesional, abogado en el presente caso) y pagar el precio o remuneración por la otra (el empleador; el cliente, en la terminología forense), se añade también el deber de fidelidad, estudiado especialmente en la doctrina alemana (con la base de preceptos expresos del B.G.B), aceptado por la española y seguido por la jurisprudencia (a él se refiere expresamente la sentencia de 3 de julio de 1990 en casos concretos en que la falta de normativa expresa exige acudir a conceptualizaciones dogmáticas o soluciones pragmáticas. El deber de fidelidad tiene su base en el Código Civil, artículo 1258 EDL 1889/1 , y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal "intuitu personae"; en el caso del Abogado, la tiene en los artículos 43 y 55 del mencionado estatuto». SS. 25-6-1998 : «...no puede hablarse de quebranto económico al socaire del concepto clásico de daños y perjuicios del art. 1104 CC EDL 1889/1 , la constatada negligencia del Abogado, porque, no es posible subsumir como tal la frustración del actor por esa negligencia, esto es, se subraya, por completo, la falta de exigencia etimológica o relación de causalidad en la idea de que esa conducta negligente fuese determinante de la no consecución de los objetivos pretendidos por la parte interesada; ahora bien, ello en caso alguno, determina la inocuidad o la falta de sustancia valorativa a efectos del resarcimiento...». o sea, ha de descartarse -como con absoluto rigor procede- la equivalencia entre esa conducta negligente y el supuesto daño padecido o, que aquélla fuese, sin más, la causa de la insatisfacción de la pretensión y que, por ello, la cuantía de ésta, coincidiera con la condena resarcible; otra cosa es, que sí fuesen determinantes de otro tipo de perjuicio y además directo y de un daño o perjuicio moral derivado de la privación del derecho a acceder a los recursos, o en la tutela judicial efectiva. SS. 3-10-1998 : «ha de tenerse en cuenta que el Abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados. Es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (art. 1258 CC EDL 1889/1). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas».

Por último, la Sala no tiene sino que resaltar dos afirmaciones apodócticas: por un lado -repetir una vez más- que tratándose en toda su complejidad negocial básicamente de una «locatio operarum» la prestación de servicios por parte del Abogado y Procurador con respecto a sus clientes, su contenido se integra en una obligación medial y no de resultado, pues, notorio y sabido es, que nunca pueden citados profesionales garantizar el éxito de cualquier decisión judicial y, menos aún, la evitación de los perjuicios irrigados por un procedimiento judicial trabado contra quien confió la defensa de sus intereses a susodichos profesionales. En segundo lugar, es también una obviedad resaltar -y se reitera- que cualquiera que hubiera sido la actuación ejemplarizante o diligente en el supuesto de que así se actuara por parte de los profesionales del Derecho, ello no condicionaría el éxito seguro, no sólo de la pretensión en cuanto a la defensa de los intereses confiados por los clientes, sino también la elusión de cualquier tipo de perjuicio derivado de la existencia de un procedimiento litigioso, ya que -se repite una vez más- esos eventos dependen (o provendrán) de una decisión soberana totalmente independiente emitida por los órganos judiciales (lo que «pertenece de lleno al estricto campo de las conjeturas. SS. 11-11-1997 y 25-6-1998 ».

TRIGÉSIMO QUINTO.- A su vez, la STS núm. 186/2007 de 26 febrero tiene declarado que: «. A) La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato: SSTs de 28 de enero de 1998 , 23 de mayo de 2006 y 27 de junio de 2006, entre otras muchas. El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual, teniendo en cuenta que el deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), pero no implica una obligación del resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria (STS de 14 de julio de 2005 , 14 de diciembre de 2005 y 30 de marzo de 2006 , entre otras).

Esta Sala, no sin ciertas vacilaciones, tiene declarado que, cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, 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 tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTs de 26 de enero de 1999 , 8 de febrero de 2000 , 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006).

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 (STS de 27 de julio de 2006 . »

TRIGÉSIMO SEXTO.- El contrato de arrendamiento de servicios que subyace en la relación entre abogado y cliente exige a aquél el cumplimiento diligente de sus servicios que deriva de las normas generales sobre obligaciones (arts. 1101 y 1104 CC EDL 1889/1 , pero esta diligencia ostenta una particular intensidad en virtud de las normas reguladoras de dicha actividad, en cuanto los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación (TS S. 4 feb. 1992) imponen al Abogado el cumplimiento "con el máximo celo y diligencia" de la misión de defensa que le sea encomendada, así como el sometimiento a la *lex artis* o exigencias técnicas (art. 53 del Estatuto General de la Abogacía), lo que supera el tipo medio de diligencia definida por la del buen padre de familia (según la tradicional expresión del Código). Dicho de otro modo, las referidas normas cargan al Letrado con "el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional" (TS S. 28 ene. 1998 , dimanando entonces la responsabilidad civil contractual que es expresamente establecida para los abogados en los arts. 442.1 LOPJ EDL 1985/8754 y 102 y concordantes del Estatuto .

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- La existencia de responsabilidad del Letrado se asienta, como quedó enunciado, en dos circunstancias. Pero es importante significar que se trata de dos aspectos de una y la misma cuestión. Conviene desde este instante adelantar que ni la falta de ejercicio de la acción ni la falta de información o la información sesgada o falaz acerca del procedimiento determinan por sí mismas un crédito resarcitorio si: a) no existe acción ilícita; b) no se ha producido daño.

Así, la pretendida falta de información o la información deformada constituirá infracción de una prestación accesoria del contrato de servicios, pero no es una infracción contractual que, por sí sola, de lugar a resarcimiento si a través o con ocasión de la misma el cliente no experimenta un daño. Esto es cabalmente lo acontecido en el presente caso; en el que sólo la consideración particular de la parte demandante, acaso con base en la opinión jurídica recabada de quien tuvo por conveniente, la ha llevado a reputar por sí y ante sí prescrita la acción cuyo ejercicio afirma haber encomendado al Letrado demandado y a intentar percibir de este último una indemnización por importe equivalente al que hipotéticamente habría percibido de haber promovido efectivamente el procedimiento.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- Importa destacar, en primer término, que el fundamento último de la acción ejercitada es no un hecho cierto e incontrovertible, sino unos presupuestos hipotéticos o conjeturas desprovistas del debido apoyo fáctico y jurídico.

Así, frente a lo que acontece en la mayor parte de los casos sobre los cuales ha tenido ocasión de pronunciarse la Jurisprudencia versan sobre hipótesis en que una acción ha sido declarada prescrita o incurso en caducidad o un recurso desierto o decaído por falta de interposición formal y tempestiva. Pero no hemos encontrado un solo caso en el que, como acontece en el presente, se pretenda determinar la existencia de responsabilidad de un abogado con base en la hipótesis u operación meramente intelectual, es decir, con criterios de mera verosimilitud o probabilidad, consistente en determinar si, en efecto, presentada la demanda una vez constatado que no se había realizado con anterioridad, la acción que en ésta se pretendía promover habría sido declarada prescrita, en todo o en parte (frente a algunos codemandados, concretamente las aseguradoras del arquitecto y del constructor).

En todo caso, conviene advertir que la tesis defendida en la demanda y el recurso se pretende sustentada en sendos informes emitidos por dos Letrados integrados en el despacho de abogados «Ladwell», que se presentaron junto con la demanda y que, además, pese a no aparecer formalmente suscritos por quienes figuraban al pie de los mismos como autores, se admitió su comparecencia en la vista para su ratificación y examen (Vide, doc. 7 (ff. 49 a 59) e interrogatorio de D. Luis Miguel (mins. 00.53.46 a 01.04.38) y D. Narciso (mins. 01.05.27 a 01.11.20)).

Pues bien, debe recordarse en este punto, con las SSAAPP de Valencia, Secc. 6.ª, de 1 de marzo de 1999 (Pte.: Ilmo. Sr. Ortega Llorca) y, Secc. 9.ª, núm. 166/2005, de 21 de abril , que «Los dictámenes jurídicos son inaceptables en cualquier proceso judicial. Sólo los letrados de las partes, en los momentos procesales previstos por la Ley, pueden razonar en Derecho ante el juzgador en defensa de los intereses que les fueron encomendados; cualquier otra alegación o análisis jurídico realizado por terceras personas con intención de influir en el Tribunal rompería el equilibrio procesal y el principio de igualdad de las partes».

En consecuencia, esta Sala declara formalmente que dichos documentos e interrogatorio no hubieron debido ser admitidos y, en todo caso, su contenido no puede ser atendido ni tomado en consideración por este Tribunal en cuanto con ellos se infringe lo dispuesto en los arts. 335 y ss., en relación con el art. 283.3, todos ellos de la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 .

TRIGÉSIMO NOVENO.- A) De un lado, se afirma que la actora «.. ha perdido de facto cualquier posibilidad de conseguir una sentencia favorable contra el arquitecto y el constructor, tras acreditarse su insolvencia y transcurridos más de 18 años desde que se produjo el siniestro..».

Se parte, aquí, de una visión desenfocada, en la medida en que, una cosa son las probabilidades de obtener un pronunciamiento estimatorio acerca la acción incuestionablemente contractual reconocida en el art. 1591 C.C EDL 1889/1 ., que depende exclusivamente de la acreditación cumplida de los presupuestos a que el Ordenamiento y la Jurisprudencia que lo interpreta subordina su acogimiento, con el contenido, alcance y extensión que proceda (y que puede coincidir o no con el inicialmente postulado por la parte demandante); y otra, bien diferente, el que la resolución eventualmente estimatoria de la pretensión ejercitada pueda ser efectivamente ejecutada por la situación patrimonial de aquellos frente a quienes constituya título ejecutivo. No conviene olvidar, en relación con este particular, que la insolvencia de quienes ni siquiera han sido todavía demandados no puede considerarse que haya quedado plenamente acreditada en los autos; ni siquiera puede considerarse acreditado de la prueba practicada que, en algún momento, la aquí actora haya tenido la voluntad real de exigir esa responsabilidad como revela la ineluctable circunstancia de que, como se ha puesto de manifiesto, tras constatar que el procedimiento no se había iniciado, hace ahora más de tres años, ni siquiera se ha intentado su ejercicio.

A su vez, a propósito de la aplicación de la doctrina jurisprudencial acerca del denominado «retraso desleal», que estriba en líneas generales, de acuerdo, v. gr., con la STS, Sala Primera, núm. 29/2007, de 25 enero en entender, a la luz de la doctrina alemana del «*verwirkung*» («*verwirkung durch Duldung*») y la angloamericana del «*estoppel by laches*», prescrita por tolerancia, como una manifestación de conducta contraria al principio de buena fe objetiva del art. 7.1 C.C EDL 1889/1 . (S. 21 de octubre de 2005 y las que cita, y 28 de noviembre de 2005 , el ejercicio del derecho cuando pueda reputarse abusivo por falta de adecuación a los valores éticos y sociales de honorabilidad y lealtad que constituyen el arquetipo o estándar de conducta en las relaciones humanas, y a la buena fe objetiva del art. 7.1 C.C EDL 1889/1 ., lo que acontecerá señaladamente - como subraya la STS, Sala Primera, núm. 1073/2007, de 5 de octubre - cuando se «.. ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro (prohibición de ir contra los actos propios) y, especialmente, infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo..».

B) De otra parte, se afirma que la acción directa reconocida en el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro se encuentra sometida al plazo de prescripción de un año EDL 1980/4219 , ex art. 1968 C.C EDL 1889/1 ., porque no existe ninguna relación contractual entre el perjudicado y el asegurador frente al cual se ejercita.

Dicha norma preceptúa que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación». La redacción un tanto imprecisa del texto legal ha suscitado alguna incertidumbre acerca de si la acción directa es un simple mecanismo procesal o bien un derecho propio, e incluso sobre si se produce cierta confusión entre el derecho subjetivo material propio del perjudicado y la acción.

Acostumbra a emplearse -con toda probabilidad por condicionamiento de la tradición, de nuestras leyes procesales y de la jurisprudencia de los tribunales- el término «acción» como una suerte de compendio de las facultades que el ordenamiento reconoce o concede a los titulares de derechos subjetivos en orden a su protección. Se dice así, v. gr., que el propietario dispone de la acción reivindicatoria, que el titular de una signo distintivo dispone de las acciones de violación, de nulidad, de caducidad, de enriquecimiento injusto, etc.;o que el perjudicado tiene acción directa frente al asegurador de la responsabilidad civil del causante del daño. Este término «acción» tan usado por nuestras Leyes, es, en su significación técnico procesal, probablemente uno de los términos jurídicos más antiguos (vide arts. 38, 114, 129. 130, 192, 638, 1076. 1186. 1502, 1510, 1517 CC EDL 1889/1), a la vez que ha sido siempre el más genérico para designar cualquier actividad encaminada a obtener la tutela de derechos privados lesionados. Por eso es también el más dado a equívocos e interpretaciones parciales. Con este término han competido después, aunque sin desplazarlo ni amenazar su supremacía, los de otros términos más especializados, como el de petitio (referido a la exigencia judicial de derechos reales) o el de persecutio. reservado a las acciones "extra ordinem" (esto es, aquéllas no incluidas en el "ius civile"). No es por ello extraño que el término acción ("actio") haya sido analizado durante siglos hasta la exhaustividad, y que se haya intentado desentrañar con la máxima precisión posible el concepto que se escondía detrás de él. De acuerdo con la dogmática más destacada del Derecho procesal civil romano, con el término "actio" se designaba una actividad reglada del titular del derecho frente al obligado, y no una petición de tutela dirigida al Juez. O, con la formulación de Gayo que ha llegado hasta hoy "la facultad de perseguir en juicio lo que a uno se le debe" (ius iudicio persequendi quod sibi debetur). Se decía que la acción era "la facultad adjunta al derecho subjetivo de apelar a los órganos jurisdiccionales para el caso de que el derecho fuera lesionado" ("dem Recht anlehnende Befugnis, für der Fall, dass es verletzt werden sollte, den Schutz der richterlichen Gewalt anzurufen"). Viene casi a decir Savigny que la acción es sólo una facultad del derecho material, relevante sólo si éste se lesiona (así, el propietario tendría derecho de usar (uti). percibir los frutos (frui), ser reconocido como propietario (habere), poseer materialmente la cosa que le pertenece (possidere) (...) y, además, la facultad de pedir que se le restituya si es desposeído (reivindicatio). En esta noción aparece como nuevo algo ya inevitable en tiempo de Savigny: la existencia de una organización jurisdiccional que es la que, en todo caso, debe restituir los derechos lesionados. Todo lo demás permanece como estaba. En ese contexto de mediados del siglo XIX, en el que se daba por supuesta la identidad entre la acción y derecho subjetivo, el conocido trabajo de Windscheid, supuso un auténtico aldabonazo. Pretendía este trabajo precisar el significado del termino romano "actio" desde el punto de vista actual -ése es precisamente su título- y el interés de Windscheid en el tema era sólo el interés científico de un romanista. Lo notable es que consiguió aislar, dentro del Derecho subjetivo (al que los romanistas identificaban con la "actio"), dos conceptos: el de "Anspruch" (que se refería al derecho material frente al obligado) y el de "Klagerecht", que era un derecho distinto, porque no tenía como destinatario al obligado,

sino al Estado, a la organización jurisdiccional. Debió de resultar algo frustrante para un romanista descubrir que, en realidad, el derecho material no concedía al acreedor derecho alguno que éste pudiera exigir directa e inmediatamente del obligado, sino que, en último extremo, su derecho material le daba derecho a que los Tribunales le protegieran y consiguieran del obligado aquello que no quiso hacer voluntariamente. Tanto Winscheid como Muther -otro romanista con quien sostuvo animada polémica-, a pesar de sus divergencias, estaban convencidos de que el término "actio" designaba dos derechos distintos: uno dirigido frente al obligado y otro frente al Estado, pero por lo que se refería a este segundo, o intentaban olvidarse de su existencia (cosa que aún hacen algunos civilistas) o confesaban paladinamente que su estudio no pertenecía al Derecho civil: era una cuestión que correspondía solventar al Derecho procesal. A partir de ese momento el campo de investigación quedó abierto y los procesalistas se pusieron de inmediato a la tarea de precisar la esencia y contenido de esa "sombra" (llamada "Klagerecht": derecho de demandar) que aparecía junto al derecho subjetivo.

Designado con un término no demasiado bien escogido, lo que reconoce el art. 76 LCS EDL 1980/4219 es la posibilidad que se confiere al perjudicado de ejercitar su derecho subjetivo no sólo frente al agente del daño, sino también contra el asegurador con quien éste tenga suscrita una póliza con cobertura de responsabilidad civil, y en los términos y con el contenido con que realmente esté cubierta..

CUADRAGÉSIMO.- En realidad, lo que existe tras la noción de «acción directa» no es propiamente una «acción» en sentido técnico jurídico, sino el reconocimiento de que cuando el agente causante de un daño tiene -porque se encuentra legalmente obligado, o porque voluntariamente así lo ha decidido- tiene suscrita una póliza de seguro que cubre su responsabilidad civil, el perjudicado tiene un derecho subjetivo material propio de exigir del asegurador el cumplimiento de la obligación de cobertura en los términos establecidos en la póliza suscrita; derecho que puede ejercitar conjuntamente con la exigencia de responsabilidad al propio causante (asegurado) o con independencia. Hay, así -o puede haber- un eventual derecho de crédito que puede ejercitarse contra dos coobligados (no siempre con el mismo contenido): uno que lo es como autor material o intelectual de un hecho ilícito y que deriva del vínculo o de la relación -contractual o extracontractual- existente entre él como causante (asegurado) y el tercero perjudicado; y otro, que lo es en cuanto asegurador de la responsabilidad civil del causante, con quien el tercero se vincula a través de este último.

En definitiva se pretende tutelar al tercero ofreciéndole la posibilidad de dirigir su reclamación «directamente» frente al asegurador. Sin este reconocimiento, el perjudicado únicamente podría exigir el cumplimiento de la obligación resarcitoria del agente causante (como si no hubiera seguro), sin perjuicio del derecho de éste último a reintegrarse después con cargo a la póliza suscrita con su asegurador. Y aunque ha sido objeto de algún debate si el derecho propio que otorga la acción directa está vinculado al derecho que tiene el asegurado frente al asegurador o bien al derecho que tiene el perjudicado frente al asegurado por razón del hecho ilícito, la respuesta se nos antoja obvia: La Ley 50/1980, de 8 de octubre EDL 1980/4219 al declarar que "la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado" confirma bien a las claras que el derecho o posición jurídica del perjudicado no nace del derecho del asegurado frente al asegurador, es decir es un derecho autónomo contra el asegurador pero que tiene como presupuesto la existencia de una póliza de responsabilidad civil; ambos derechos del perjudicado tienen como finalidad el resarcimiento de los daños ocasionados por la acción u omisión ilícita del asegurado, en sentido amplio; existen dos deudores solidarios, que son el asegurador y el causante del daño, pero el contenido de ambos derechos es claramente diferenciable al actuar en planos distintos; mientras la obligación del asegurador, desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa, pero incluso geográfica y temporal, está constreñida a los límites y estipulaciones establecidos en la ley y en el contrato de seguro concretamente celebrado, lo que posibilita una cierta posibilidad de oposición a la pretensión, el asegurado, como causante del daño, está obligado a resarcir el daño ocasionado en su integridad.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- La jurisprudencia consultada no parece haber examinado de modo concreto y preciso la cuestión de cuál sea el plazo de prescripción de la acción formulada frente al asegurador de la responsabilidad civil del agente, ni hemos hallado un solo pronunciamiento en el que como «ratio decidendi» se efectúe una declaración explícita acerca de este particular. Pero de los razonamientos contenidos en los pronunciamientos analizados se desprende, a nuestro juicio de modo inequívoco -y así se encuentra pacíficamente admitido por la dogmática-, que el plazo de prescripción para ejercer una "acción directa" contra el asegurador, es el mismo que le corresponde al tercero contra el asegurado. Esta conclusión se deriva, cuando menos de las siguientes circunstancias: a) tratándose de un derecho propio del perjudicado, ajeno al contrato de seguro, el plazo de prescripción dependerá de la naturaleza de la responsabilidad contraída por el asegurado o, dicho de otro modo, de la índole de la acción de responsabilidad de que el perjudicado sea titular. El hecho de que en el caso resuelto por las STS, Sala Primera, de 19 de septiembre de 1998 y las que a ella se remiten o la citan, se tratase de acciones fundadas en culpa extracontractual, y, por ende, apareciera abonada la aplicación del plazo previsto en el artículo 1968.2º del Código Civil EDL 1889/1 no permite, a nuestro entender, generalizar el principio de que en todo caso, el plazo prescriptivo de la acción directa sea este último.

b) de la ausencia de fijación de plazo en el art. 76 LCS EDL 1980/4219, de modo que ha de adoptarse la solución más conveniente a los intereses del tercero perjudicado, que es lo que expresa la STS, Sala Primera, núm. 1111/2000, de 30 de noviembre (9170);

c) esta es, además, la solución más conforme con el tratamiento restrictivo del instituto de la prescripción, en cuanto instituto no fundado en la Justicia intrínseca y configurado como limitación del ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica (SSTS, Sala Primera, de 6 de octubre de 1977, 10 de marzo de 1989 y núm. 405/2004, de 21 mayo).

La circunstancia de -naturalmente- no exista una relación contractual entre el tercero y el asegurador del causante no convierte en extracontractual la responsabilidad del asegurador frente a quien se formula directamente la acción resarcitoria ni la somete a todo trance, sic et simpliciter, al plazo prescriptivo del art. 1968 C.C EDL 1889/1.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- VI. Las costas

Prescindiendo de que la coincidencia de signo de la presente resolución con la de primer grado -que por ésta se confirma (aunque la reemplaza)- acaso obedezca también a criterio de la recurrente a que esta Sala no se haya «.. estudiado el derecho aplicable a este caso..», como con más carga emocional que rigurosa técnica procesal se afirma en el escrito de interposición del recurso (f. 824 de los

autos, último párrafo, in primis), es lo cierto que, al igual que en aquélla, no es posible apreciar «jurídicamente dudoso el caso» a los efectos del pronunciamiento sobre costas.

En efecto, debe significarse a propósito de este particular que las «dudas de hecho o de derecho» a que se refiere el art. 394 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 nada tienen que ver con las incertidumbres que subjetivamente pueda albergar alguna de las partes de un concreto procedimiento, sino las objetivas, esto es, constatables en abstracto y vinculadas a la índole de la controversia, lo que aquí no acontece en modo alguno, como se evidencia con sólo recordar cómo tanto la sentencia recurrida cuanto la presente expresan la claridad e incontrovertibilidad objetiva de la controversia litigiosa.

Nótese que frente a la regulación de la LEC EDL 2000/77463 1881, no basta para la exoneración del pago de las costas con que se aprecie -y se motive debidamente- la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la no imposición de costas.

«Excepcional» es lo que se aparta de la regla común. Es una contingencia atípica y anómica porque, ex deffinitione, acostumbra a no encontrarse prevista en las normas: bien porque su misma singularidad obstaculiza su catalogación normativa; bien porque pudiendo ser contemplada por la norma, simplemente no lo ha sido.

Siempre que se produzca un hecho atípico cuya ponderación resulte justa, ha de ser tomado en consideración, expresando los motivos que, a criterio del juzgador, justifican ad casum el apartamiento de la regla (SSTS, Sala Primera, 23 de marzo de 1993 -«debido razonamiento»-; 2 de junio de 1993 -«debidamente razonadas por el Juzgador»-; 22 de junio de 1993 -«adecuadamente razonadas»-; 22 de julio de 1993 y 21 de marzo de 2000 -«razonándolas debida y motivadamente»-; 28 de enero de 1994 -«que deberá razonar debidamente»-; 2 de febrero de 1995 -«razonado debidamente»-; 5 de junio de 1995 -«suficientemente razonadas»-; 26 de junio de 1995 -«razonarlo adecuada y suficientemente»-; 12 de febrero de 1996 -«razonar motivadamente»-; 16 de diciembre de 1997 -«necesario razonamiento»-; 24 de noviembre de 1998 y 18 de septiembre de 2001 -«razonándolo debidamente»-; 9 de diciembre de 1998 - «debe razonar debidamente»-; 29 de octubre de 1999 -«razonar debidamente»-; 8 de junio de 2001 -«mediante la razonada apreciación»-; 11 de junio de 2001 -«razonándolo convenientemente»-; 7 de febrero de 2003 -«razonarla debidamente, apreciando y señalando las circunstancias excepcionales que justifican la no condena en costas...»-; entre otras).

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- La excepcionalidad, en el sentir de la STS, Sala Primera, de 3 de junio de 1996 «... debe interpretarse, no como rara, extraña o insólita circunstancia, sino más bien como contraria a lo normal, digna de tenerse en cuenta, equitativa en razón al problema debatido, en fin, moralmente justificativa de la discrecionalidad, que al juzgador le induce a salirse del régimen general para aplicar esa excepcionalidad». Y, en el mismo sentido, la STS, Sala Primera, de 4 de diciembre de 2001 «las circunstancias excepcionales no deben entenderse en su estricta significación gramatical, como algo que se aparta de lo ordinario o que rara vez concurren, sino más bien como trascendentes que alcancen a justificar que en el caso concreto, el juez o Tribunal no siga el criterio general».

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo por su casuismo e inconcreción no permite hallar un criterio completamente seguro para determinar cuándo nos hallamos ante esta clase de circunstancias.

Así, ex pluribus, se han considerado tales:

- 1) La «existencia de resoluciones contradictorias» (STS, Sala Primera, de 5 de octubre de 1994 ;
- 2) La temeridad de la codemandada a pesar de ser sólo parcialmente vencida (STS, Sala Primera, de 26 de junio de 1995 ;
- 3) En un caso relativo a la validez del ejercicio de la actividad de agencia de propiedad inmobiliaria por un ente societario, el «... carácter de defensa corporativa que tiene el ejercicio de la acción dentro de un marco legislativo preconstitucional confuso, no aclarado con posterioridad a la promulgación de la nueva Constitución » (STS, Sala Primera, de 3 de octubre de 1995 ;
- 4) El «... carácter singular del caso» (STS, Sala Primera, de 31 de octubre de 1995);
- 5) «... la contradicción interna en los fundamentos de las sentencias de las mismas, con indudable desorientación para ambas partes» (STS, Sala Primera, de 22 de febrero de 1996 ;
- 6) Las «peculiares características del tema debatido en este litigio» (STS, Sala Primera, de 16 de mayo de 1996 ;
- 7) «... la pasividad de la parte demandada en materia probatoria...» (STS, Sala Primera, de 8 de octubre de 1996 ;
- 8) la «... confusión legislativa que existe sobre la materia...» (STS, Sala Primera, de 28 de octubre de 1998 ;
- 9) «... la constitución de la hipoteca después de la venta de la finca como libre de cargas en el documento de 1 de febrero de 1989 y la intervención directa, si bien en su calidad de Administrador, del demandado en todo el desarrollo de la compraventa...» (STS, Sala Primera, de 15 de abril de 2000 ;
- 10) «... resultar provocada la falta de litisconsorcio que se estima por la falta de mención en el cuaderno que acompaña al disco, de D. Marcos . como coautor de la letra y música de la canción objeto del litigio figurando sólo los nombres de los otros codemandados; tal omisión es lo que, razonablemente, dio lugar a que sólo quienes allí aparecían fueran demandados y sin que en su contestación a la demanda los demás coautores hicieran alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario por esa razón que no podían desconocer...» (STS, Sala Primera, de 2 de junio de 2000 ;
- 11) el «... riesgo objetivo que crea la existencia de un paso a nivel ferroviario dentro del casco urbano, que justifica la promoción del procedimiento...» (STS, Sala Primera, de 5 de octubre de 2000 ;
- 12) «... los términos no muy claros en que aparecen redactadas las escrituras de apoderamiento, la existencia de la doctrina jurisprudencial que autoriza a un comunero a demandar en beneficio de los demás, la complejidad técnico-jurídica de las cuestiones de legitimación y la propia inmediatez con que parte del crédito se aplicó a atenciones ajenas a los contratantes...» (STS, Sala Primera, de 18 de noviembre de 2000 ;

13) «... haber promovido el actor su demanda fundado en la existencia de saldo suficiente en la cuenta especial en que se ingresaba el importe del préstamo hipotecario concedido para la construcción...» (STS, Sala Primera, de 16 de febrero de 2001 ;

14) «... el carácter estrictamente jurídico de la cuestión litigiosa y la naturaleza ciertamente controvertida del alcance de nulidad derivada de la retroacción de la quiebra que sanciona el art. 878 del CCom EDL 1885/1 » (STS, Sala Primera, de 14 de mayo de 2001 ;

15) «... la actitud extraprosesal y previa al litigio de las partes...» (STS, Sala Primera, de 4 de diciembre de 2001 ;

16) las «discrepancias interpretativas» (STS, Sala Primera, de 19 de septiembre de 2002 ;

17) «... haber litigado D^a Mariana. con apoyo, fundamentalmente, en el documento privado de 24 de mayo de 1981, suscrito por las demandadas-reconvinientes en el que le reconocían derecho a la herencia del causante no obstante la repudiación realizada» (STS, Sala Primera, de 28 de marzo de 2003 ; y,

18) En relación con una acción de protección del honor, la consideración de que «... tiene un contenido harto discutible, sobre unos conceptos nunca bien delimitados y un planteamiento con una base que no deja de ser lógica» (STS, Sala Primera, de 6 de junio de 2003 .

En la mayor parte de las ocasiones se ha referido, de forma genérica, a las complicaciones o dificultades del concreto proceso: «la complejidad del tema debatido» (STS, Sala Primera, de 30 de enero de 1993 ; la «complejidad del litigio» (STS, Sala Primera, de 7 de mayo de 1993 ; la «complejidad de la materia litigiosa» (STS, Sala Primera, de 30 de septiembre de 1993 ; «lo complejo del asunto» (STS, Sala Primera, de 5 de octubre de 1994); «... la complejidad jurídica del litigio y en sus peculiaridades fácticas» (STS, Sala Primera, de 29 de mayo de 1996); «... la complejidad de las cuestiones controvertidas...» (STS, Sala Primera, de 8 de octubre de 1996); la «... complejidad del asunto...» (STS, Sala Primera, de 28 de octubre de 1998 ; «la complejidad que encierra el litigio» (STS, Sala Primera, de 9 de mayo de 2001 ; o «la complejidad de las cuestiones planteadas» (STS, Sala Primera, de 16 de julio de 2002 .

En cambio, la STS, Sala Primera, de 22 de febrero de 1996 , entendió que «La complejidad de un pleito no es una "circunstancia excepcional", como tampoco lo es la "naturaleza de los intereses en juego", y la "discutibilidad de los intereses en juego" no aparece por ninguna parte, siendo la "ausencia de pautas matemáticas" un concepto críptico, sin que la Sala lo explique, ni detalle?...». Análogamente, la STS, Sala Primera, de 5 de diciembre de 2000 señaló que «... siendo necesaria la demostración de las circunstancias ?"excepcionales" según dice el precepto? que justifiquen desatender aquel mandato legal no es invocación suficiente la simple mención de complejidad de la cuestión debatida -que no la tiene- y la cita de una sola sentencia discrepante de la Audiencia de Navarra, por lo que el motivo ha de ser desestimado».

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- Diversamente, en el sistema de la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , la única circunstancia exoneradora de la imposición del pago de las costas al litigante vencido es la existencia de fundadas dudas de hecho o de derecho, circunscritas, por lo que a las de índole jurídica se refiere, a la acreditación de una jurisprudencia vacilante (SSAAPP de Madrid, Secc. 13.ª, núm. 246/2006, de 18 mayo); o inexistente (SAP de Madrid, Secc. 11.ª, núm. 84/2007, de 10 enero). Pero las dudas de hecho han de ser igualmente objetivas, sin que basten las que acaso individualmente pueda albergar la parte vencida.

En consecuencia se impone el íntegro pericimio del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus extremos.

CUADRAGÉSIMO QUINTO.- De conformidad con lo prevenido en el art. 398 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 han de imponerse a la parte recurrente vencida la condena al pago de las costas procesales ocasionadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

FALLO

En méritos de lo expuesto, y con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil «Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» frente a la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de los de Madrid en fecha 23 de febrero de 2007 en los autos de procedimiento declarativo ordinario seguidos ante dicho órgano con el núm. 1419/2005, procede:

1.º CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la expresada resolución;

2.º IMPONER la condena al pago de las costas procesales ocasionadas en la sustanciación de esta alzada a la parte apelante vencida.

Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndolas que frente a la misma NO CABE interponer recurso alguno ordinario, sin perjuicio de lo prevenido transitoriamente en materia de recursos extraordinarios en la Disposición Final decimosexta de la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 .

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal y autenticada al Rollo de Sala núm. 0466/2007, lo pronunciamos y firmamos.

Publicación.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

Número CENDOJ: 28079370102008100193