



Roj: **STS 2311/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2311**

Id Cendoj: **28079110012010100278**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/04/2010**

Nº de Recurso: **1165/2006**

Nº de Resolución: **250/2010**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 670/2006,**  
**STS 2311/2010**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número 1165/2006, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Tatiana , aquí representada por la procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Luisa Martín Burgos, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 113/2006 por la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 31 de marzo de 2006, dimanante del procedimiento ordinario número 367/2005 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Oviedo. Habiendo comparecido en calidad de recurrido D. Andrés , representado por el procurador D. Federico Ruipérez Palomino.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** . - El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Oviedo dictó sentencia de 16 de diciembre de 2005 en el procedimiento ordinario n.º 367/2005, cuyo fallo dice:

«Fallo

»Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora María Concepción González Escolar, en nombre y representación de Tatiana , contra Andrés , debo de absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones deducidas en la misma, imponiendo a la demandante las costas causadas en este procedimiento».

**SEGUNDO** . - La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia de 31 de marzo de 2006 en el rollo de apelación n.º 113/2006 , cuyo fallo dice:

«Fallo

»Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Tatiana frente a la Sentencia dictada en fecha dieciséis de diciembre de dos mil cinco por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Oviedo , en los autos de los que dimana el presente rollo, la que se revoca en el sentido de estimar parcialmente la demanda interpuesta por D.<sup>a</sup> Tatiana y condenar al demandado D. Andrés a abonarle la cantidad de 5 000 euros, suma que devengará el interés del artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta resolución.

»No procede hacer especial declaración de las costas de ambas instancias».

**TERCERO** . - La sentencia contiene los siguientes FFDD:

«Primero. Por la actora D.<sup>a</sup> Tatiana se promovió juicio ordinario en reclamación de responsabilidad frente al Procurador Sr. Andrés .



»Alega la demandante que en el juicio ordinario 199/01, seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Luarca, ella intervino como demandada reconviniente solicitando la condena del Sr. Mario y de la Aseguradora Zurich a abonarle 62 000 000 pesetas. Pretensión que fue parcialmente acogida en la sentencia recurrida en 1.ª instancia, que fijó la indemnización a percibir por D.ª Tatiana por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un accidente del que fue víctima en 14 977 951 pesetas más los intereses. Posteriormente, la Sección 6.ª de esta Audiencia Provincial, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, fijó la indemnización de la Sra. Tatiana en 13 873 476 pesetas más los intereses correspondientes. Frente a esta resolución D.ª Tatiana preparó recurso de casación y solicitó nombramiento de procurador de oficio, lo que interrumpió el plazo para la interposición de aquél, plazo que una vez efectuada la designación por el Colegio de Procuradores en la persona del demandado en el proceso dio lugar a la diligencia de 2-04-03, notificada al procurador Sr. Andrés el 11-04-03, en la que se comunica que se alza la suspensión en su día decretada y acuerda "... continuase el trámite conforme a lo acordado por providencia de 5-12-02, debiendo interponer dentro del plazo restante recurso de casación bajo apercibimiento que de no hacerlo se declarará desierto el recurso", declaración esta que ante la falta de interposición en el plazo que restaba y que finalizaba el 25 de abril, dio lugar al auto de la Sala de 13-05-03 declarando desierto el recurso de casación de D.ª Tatiana .

»Como quiera que la diligencia de ordenación de 2-04-03 la actora sostiene que no le fue notificada por el procurador al letrado D. Ricardo González Fernández ni tampoco a ella, con el consiguiente efecto de ser declarado desierto el recurso, entiende aquélla que el procurador demandado ha incurrido en negligencia profesional causante de un daño, cuya indemnización cifra en 180 000 euros.

»Frente a la pretensión actora opuso el demandado que él había comunicado el 11-04-03 el contenido de la diligencia de ordenación de 2-04-03 al letrado D. Ricardo González Fernández, lo que estima acreditado porque ese día 11-04-03 consta en el registro de llamadas telefónicas facilitado por Telefónica España S. A. una comunicación efectuada desde el número de teléfono del Sr. Andrés al número de teléfono del Sr. González Fernández, siendo el único asunto profesional común entre ambos el referente al recurso de casación de D.ª Tatiana , de ahí que concluya estimando acreditada la comunicación referida, extremo este que es negado por el letrado, quien llamado como testigo y tal como se señala en la recurrida, para acreditarlo aporta una copia de la factura por consumo telefónico con detalle de las llamadas efectuadas durante el período comprendido entre 7-03-03 y el 6-05-03. Asimismo, la actora con la demanda aporta un informe efectuado por D. Alejandro , quien tras examinar el servicio de actividades del fax del letrado Sr. González sostiene que hubo una comunicación el 11-04-03 desde la línea telefónica del demandado al número del letrado citado, pero el informante concluye que "la llamada realizada ese día no se corresponde a una comunicación de fax y menos para el envío de 2 hojas, siendo la conclusión más lógica que sea una llamada telefónica que no tuvo conexión con el fax". Para llegar a tal conclusión el técnico afirma previamente que "Atendiendo a las dos pruebas de envío de fax adjuntas realizada por nosotros, se observa que la duración para el envío de una hoja es de 26 y 28 segundos, mientras que para el envío de 2 páginas el fax ha invertido 47 y 49 seguidos". En cuanto al tiempo de recepción más bajo es de 13 segundos y corresponde a una sola hoja. En el caso de dos páginas es de 47 segundos.". Como quiera que en la factura del demandado la comunicación del día 11 de abril fue de 14 segundos, cifra esta muy por debajo de las anteriormente expuestas, se estima por el firmante del informe que ese tiempo no es suficiente para transmitir dos hojas al fax receptor, máxime si se tiene en cuenta que enviando el mismo documento el 28-04-03 el tiempo en este caso se cifró en 42 segundos, y que mientras en el informe de actividades de D. Ricardo González no aparece ninguna comunicación desde el número de fax del Sr. Andrés , sí aparece detallada la de 28 de abril, cuya duración fue de 1 minuto y 10 segundos.

»El juzgador "a quo", tras examinar el informe y documentos referidos, concluyó que el 11-04-03 hubo una comunicación mediante fax desde el despacho del procurador al del letrado, no constando, sin embargo, por qué el documento transmitido, total o parcialmente, no llegó a su destinatario, y estimó que el procurador había cumplido con su cometido desde el momento en que efectuó el envío.

»De esta interpretación disiente la parte apelante, quien estima que ni de la prueba obrante se deduce que el procurador remitiera el fax, ni aun cuando lo hubiera enviado podía exonerarse de comprobar que el mismo había sido recibido.

»Ciertamente la conclusión a la que llega el juzgador "a quo" parte de unas premisas cuales son: que cuando la comunicación es al fax del letrado el número que aparece en la factura es el 985-351408, mientras que cuando se trata de teléfono en la factura aparece ese número precedido de los dígitos 1077, cuando lo cierto es que aun siendo la explicación que al respecto se efectúa en la recurrida para avalar tal conclusión en absoluto carente de lógica, no se infiere la certeza de lo afirmado ni de ese documento ni de ninguno de los demás aportados, siendo susceptible de otras explicaciones la presencia de los referidos dígitos, como lo evidencia la que el letrado firmante del recurso da en el escrito de interposición del mismo.



»Pero es que, con independencia de lo anteriormente expuesto, el informe aportado con la contestación excluye el que el envío del fax pudiera realizarse en el tiempo que se consigna en la factura telefónica del Sr. Andrés , y éste a su vez no aporta ningún informe de actividades de su fax transmisor.

»A lo hasta aquí dicho hemos de añadir que la Sala discrepa del juzgador en cuanto el mismo, tras reconocer que el fax total o parcialmente no había sido recibido por el letrado, concluyó que ello no era imputable al procurador que había cumplido su cometido profesional con el envío. Y se discrepa por las siguientes consideraciones: 1.º) En todo fax aparece además del destinatario del número de hojas transmitidas, de la hora de la transmisión el resultado de la misma, bien como correcta -ok- o como error, siéndole exigible al procurador que compruebe que en su envío aparece el ok, lo que no ha acreditado, bastándole en suma haber aportado el justificante de la transmisión; 2.º) porque como señala el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 18-02-05 : "El agotamiento de la respuesta casacional a los cinco primeros motivos de este recurso pasa por recordar que según el art. 5.2.º LEC de 1881 el procurador quedaba obligado, una vez aceptado el poder, a transmitir al abogado todas las instrucciones que se le remitieran, 'haciendo cuanto conduzca a la defensa de su poderdante, bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario', así como, a falta de instrucciones del mandante o insuficiencia de las recibidas, a hacer 'lo que requiera la naturaleza o índole del negocio'; y que según el ordinal 4.º del mismo artículo venía asimismo obligado a tener al corriente del curso del negocio confiado no solo al letrado sino también al cliente, disposiciones ambas incorporadas a su vez a los apartados 3 y 5 del artículo 14 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de 1982 , vigente por entonces, cuyo artículo 11 a su vez, al marcar las pautas a seguir por el procurador en la defensa de los intereses de sus representados, señalaba en primera lugar, la profesionalidad". Los preceptos citados se corresponden sustancialmente con lo que al respecto dispone el artículo 26 de la LEC 1/2000 y 37 y siguientes del Estatuto General de los Procuradores de 2002 y se añade: "De lo antedicho se desprende que la adecuación de la conducta del procurador a la "práctica habitual" no puede exonerarle de responsabilidad, siquiera sea por la elemental razón de que los tribunales no pueden legitimar prácticas no ajustadas al estatuto legal de una profesión por más habituales que sean, ya que entonces caería por su base el enjuiciamiento de la responsabilidad civil profesional desde la perspectiva de las reglas o normas rectoras de la profesión de que se trate. Es más, en el caso concreto de los procuradores sería contrario tanto a la profesionalidad que recalca el Estatuto de 1982, y sigue subrayando el de 2002 , como a los requisitos legalmente exigidos para ejercer la profesión, e incluso a la propia dignidad de ésta, su equiparación a una especie de mero servicio de mensajería entre los órganos jurisdiccionales y el abogado. En consecuencia, debiendo considerarse que el ejercicio de la profesión de procurador comporta no sólo la recepción y diligente transmisión de las resoluciones judiciales al abogado, sino también un análisis de tales resoluciones suficiente al menos como para captar los perjuicios que puede causar al cliente una determinada omisión y advertirle de ello, no puede entenderse que la sentencia impugnada haya infringido ninguna de las normas que en tal concepto se citan en los cinco primeros motivos del recurso aquí examinado, por lo que todos ellos han de ser desestimados.

»Finalmente, en cuanto a la fijación de la indemnización la cuantifica la recurrente moderando la diferencia entre lo solicitado en la demanda y lo concedido en la sentencia de apelación, valorando el que la estimación de su recurso pudiera no ser total.

»La Sala no comparte la línea argumental de la parte apelante, en primer lugar, porque basta leer el escrito de preparación del recurso de casación para concluir que el punto en el que se discrepaba era en el relativo a la compensación de culpas, y no a las concretas valoraciones que sobre días de incapacidad, secuelas o incapacidad se hacen en la sentencia de apelación, y en segundo lugar, porque con independencia de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28-01-05 señaló: "Reclamada la indemnización pedida en la demanda en concepto de reparación del daño moral, la misma procede sin necesidad de acudir a realizar un juicio sobre la prosperabilidad del recurso de casación que no llegó a formalizarse. En este sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7871 ), afirma que "prescindiendo totalmente, repetimos, del hipotético tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que hubieran podido recibir los repetidos recursos de apelación, lo que es imposible tratar de averiguar ahora, lo cierto y verdad es que la negligente conducta del procurador señor Salvador ., aquí recurrente al no personarse en los mismos, ocasionó un evidente y ostensible daño moral a los allí apelantes, que consistió en dejarles irremisiblemente privados del conocimiento y resolución, por el Tribunal competente, de dichos recursos de apelación y, en su caso, también de los posteriores recursos de casación, cuyo daño moral, claramente producido, es el que la sentencia recurrida ha declarado indemnizable en la cuantía ya dicha", sentencia que se cita en la de 25 de junio de 1998 (RJ 1998/5013 ). La sentencia de 8 de abril de 2003 (RJ 2003/2956 ) funda la reparación del daño moral acudiendo a la doctrina denominada "pérdida de oportunidad" "que se ha ocasionado al causante de los recurrente, quien por impericia o falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos". Y la sentencia de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/3914 ), después de exponer la doctrina de esta Sala contenida en las



sentencias que cita, señala como "de la anterior jurisprudencia, y atendidos los matices diferenciales que la misma figuran, forzosamente se ha de concluir que el Tribunal de instancia no la ha tenido en cuenta, cuando debía hacerlo; y ha basado la desestimación de las pretensiones de los actores en la imposibilidad, lo que es razonable, de estimar que el recurso [hubiera] prosperado con las consecuencias indemnizatorias descritas por los actores, que son las que hubieran tenido que figurar en la resolución favorable del recurso. Pero hay que insistir en que por el contrario no ha tenido en cuenta la obligada consecuencia de la conducta negligente que no se discute, de la abogado de los actores, que ha privado a éstos de la oportunidad del examen por el Tribunal Supremo del recurso que, precisamente la abogada creía necesario y estimable. Ello tiene que entenderse como un daño moral infligido a los demandantes."

»Finalmente, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9-07-04 declara: "Esta Sala acepta la solución adoptada por los órganos de instancia, al entender que -como se dijo en sentencia de 8 abril de 2003 (RJ 2003/2956 )- en casos como el presente más que tratar de determinar cual podría haber sido el desenlace de la contienda judicial si el abogado demandado no se hubiese retrasado en la interposición de la demanda, parece aconsejable tener en cuenta la llamada 'pérdida de la oportunidad' que se ha ocasionado a la interesada, al habersele impedido, por la falta de diligencia del citado letrado, acceder a los Tribunales en las condiciones precisas para demandar ante los mismos la tutela de sus intereses".

»A la vista de cuanto antecede, y teniendo asimismo en cuenta que la existencia de la compensación de culpas había sido declarada en la sentencia penal y en las dos instancias civiles a las que se había acudido, la Sala estima pertinente fijar una indemnización y sin que con ello se incurra en incongruencia alguna, a pesar de lo alegado por la parte apelada al respecto en el escrito de contestación y en el de oposición, pues de la lectura de la demanda se infiere que la parte cifró en 180 000 euros su expectativa jurídica.

»Tercero. La estimación parcial de la demanda y del recurso determina que no se haga especial imposición en cuanto a las costas de ambas instancias - artículo 394 y 398 de la LEC ».

**CUARTO** .- En el escrito de interposición de recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Tatiana , se formula un único motivo de casación:

Motivo primero y único. «Al amparo del artículo 477.1 LEC se alega la infracción de normas jurídicas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se citan expresamente como infringidos el artículo 1101 y ss., 1106 y 1107 CC ».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Al apreciar la sentencia impugnada la existencia de una negligencia indemnizable en la conducta del procurador demandado, el motivo de discrepancia surge en la cuantificación de los daños y perjuicios incluso morales sufridos por la recurrente y que deben ser indemnizados. En definitiva lo que se discute es la cuantía de la indemnización concedida, pues no se ajusta a la normativa invocada como infringida por insuficiente.

Al ser indemnizable la conducta negligente en el ejercicio de su actividad profesional y como es una responsabilidad contractual, el marco normativo que regula su responsabilidad son los citados artículos 1101 y ss del CC .

A continuación, transcribe los artículos 1101 y 1107 CC .

La aplicación de tales preceptos implica determinadas consecuencias jurídicas en el presente supuesto fáctico: así, el plazo de la acción se dilata hasta 15 años, al no tener señalado término especial de prescripción y acudir al art. 1964 CC .

Jurisprudencialmente, se concede la indemnización sin necesidad de que el perjudicado pruebe la negligencia o incumplimiento desplazándose el principio probatorio, pues la indemnización se fundamenta en un incumplimiento contractual.

La aplicación del art. 1101 CC podría realizarse al margen de la prueba de la culpabilidad dada la generalidad con la que tal precepto describe la contravención de la obligación.

Existe, pues, la posibilidad de que a través de una misma acción se reparen los daños personal, material y moral que pudieran producirse por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (SSTS 09-05-1984 y 24-09-1986 ).

Y es aquí, a la hora de valorar ese *quantum* indemnizatorio derivado de la aplicación de estos artículos donde surge la problemática del supuesto.

Analizada la jurisprudencia según la doctrina de D. Luis Martínez Calcerrada se diferencian claramente dos vertientes que reflejan una diversidad de criterios:



-Las llamadas sentencias resarcitorias en las que por una u otra razón y sin perjuicio de que, tal vez, se acoplen al caso concreto resuelto, el criterio del Tribunal Supremo, es que la responsabilidad civil decretada por esa falta de diligencia equivale a la condena del profesional a reintegrar íntegramente el objeto de la pretensión ejercitada cuando efectivamente por esa falta de diligencia no se han conseguido los objetivos confiados por el cliente. En este sentido, cita las SSTs de 28 de enero de 1998 y 25 de marzo de 1998 .

La citada STS de 28 de enero de 1998 en relación a un profesional, especialmente, si es abogado o procurador que con su incumplimiento contractual, impide al perjudicado la obtención de un derecho. 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 artículo 24.1 CE , 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.

- Frente a ellas se encuentran las llamadas sentencias reparadoras que dan una segunda versión en la cuantificación del daño reparable por esa negligencia, alejándose de ese módulo de equivalencia a la pretensión y tienden a la reparación del llamado daño moral que sin lugar a dudas puede entenderse existente por el quebranto que padece la parte afectada por la negligencia, al verse privada de un pronunciamiento judicial hasta sus últimos extremos. Son ejemplos de estas las SSTs de 16 de diciembre de 1996, 25 de junio de 1998 y 30 de octubre de 1998 .

Cita la STS de 11 de noviembre de 1997 , según la cual resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terrenos de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del procurador demandado) recursos de apelación. En cambio, sí aparece probado el perjuicio o daño moral que sufrieron los recurridos al verse irremisiblemente privados por la negligente conducta de dicho procurador del derecho «que les asistía a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo».

Este último es el criterio utilizado por la Audiencia Provincial de Oviedo en la sentencia impugnada, pero no comparte el *quantum* indemnizatorio fijado que no es adecuado ni a la normativa invocada ni a los criterios utilizados por el Tribunal Supremo para valorar las indemnizaciones concedidas en supuestos semejantes.

En el presente caso el daño moral perfectamente acreditado consiste en que la recurrente se vio privada del acceso a la tutela judicial efectiva, concretamente se le negó con la actuación negligente del procurador demandado, la posibilidad de obtener el pronunciamiento del Tribunal Supremo en un recurso de casación que a criterio del abogado que en su día era el director del procedimiento era el adecuado y necesario y de ahí que se hubiere anunciado por considerar sus criterios ajustados a Derecho.

En dicho recurso de casación, la recurrente reclamaba una indemnización conforme a Ley por importe de 62 000 612 pesetas, o lo que es lo mismo, 372 631,18 euros además de una pensión vitalicia por importe de 1 202,02 euros mensuales, cantidades que resultaban de las importantes y graves lesiones sufridas en un accidente de tráfico.

Y por estas circunstancias, cuantía económica reclamada, importancia trascendental para la vida futura de la recurrente con importantes secuelas físicas, la indemnización acordada por la Audiencia Provincial de Oviedo no se ajusta a la normativa invocada, pues en función de las circunstancias del caso y en aplicación de los artículos del ordenamiento jurídico citados procede la estimación íntegra de la demanda.

Termina solicitando de la Sala que «tenga por presentado este escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2006, se remitan los autos al Tribunal Supremo , por ser competente para su conocimiento, al que igualmente suplico, que previos trámites procedentes, se dicte sentencia por la que se case la recurrida, y resuelva conforme a lo solicitado por esta parte en el escrito de demanda, esto es, se condene al demandado a abonar a la demandante la cantidad de ciento ochenta mil euros, con más los intereses correspondientes de expresada cantidad, así como al pago de las costas».

**QUINTO** . - Por ATS de 18 de noviembre de 2008 se admitió el recurso de casación.

**SEXTO** . - En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Andrés se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Aun cuando al amparo del artículo 477.1 LEC se alega «la infracción de las normas jurídicas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» y «se citan expresamente como infringidos el artículo 1101 y ss., 1106 y 1107 CC », no tarda en desvelar el recurso su verdadero motivo, pues señala casi a párrafo seguido



como «[...] es aquí, a la hora de valorar ese *quantum* indemnizatorio derivado de la aplicación de estos artículos donde surge la problemática del supuesto».

El desarrollo argumental de tal aspecto es el único contenido del recurso y se afirma tras somera, parcial y tergiversada cita jurisprudencial que a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, «cuantía económica reclamada, importancia trascendental para la vida futura de mi representada con importantes secuelas físicas», «la indemnización acordada en su día por la Audiencia Provincial no se ajusta a la normativa indicada» o, mejor dicho, no se ajusta al interés y opinión de la recurrente.

El hilo argumental del recurso es la subjetiva discrepancia con la indemnización fijada en la sentencia cuya casación se insta.

No se toma la recurrente la molestia de atacar las bases tomadas en cuenta por la Audiencia Provincial para fijar tal monto indemnizatorio que se dice injusto o, cuando menos, decirnos por qué no se ajusta a la legalidad el proceder del Tribunal al determinar aquél. Por el contrario, no es ya que pretenda utilizar argumentos propios de la instancia y no de la casación es que, peor todavía, trae a la consideración del Tribunal aspectos propios del originario litigio del que trae causa éste, como las secuelas o sus padecimientos físicos que forman parte ya de la cosa juzgada y que nada tienen que ver con el procedimiento que nos ocupa.

Afirma la sentencia de apelación que en el cumplimiento del mandato no agotó el recurrido todas las posibilidades a su alcance y que, en suma, no vino a completar su cometido; más en el análisis de la repercusión de tal conducta no es menos cierto el convencimiento de la Sala al apreciar las escasísimas o nulas posibilidades de los argumentos que se pretendían sostener y que ya habían sido rechazados repetidamente.

Cita la STS de 23 de octubre de 2008 en relación a la responsabilidad civil derivada de la frustración de acciones judiciales encaminadas a la obtención de una ventaja de carácter patrimonial cuyos FFDD 3.º, 4.º, 5.º y 6.º se transcriben.

Lo inapropiado de la petición a la vista de la doctrina expuesta y conforme a las circunstancias del procedimiento es notorio.

Termina solicitando de la Sala «que habiendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y, teniendo por hechas las alegaciones que anteceden, haber por formulada oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, dictando en su día resolución declarando no haber lugar a la casación instada y con expresa imposición a la parte recurrente de las costas causadas».

**SÉPTIMO** . - Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 14 de abril de 2010, en que tuvo lugar.

**OCTAVO** . - En este recurso se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial.

CC, Código Civil.

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

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** . - *Resumen de antecedentes.*

1. Una persona, afectada por un accidente de circulación, solicitó mediante reconvencción la condena de otra y de su aseguradora al pago de 62 000 000 pesetas por los daños sufridos. La sentencia de primera instancia fijó la indemnización en 14 977 951 pesetas más los intereses. Recurrida la sentencia por ambas partes, la AP fijó la indemnización en 13 873 476 pesetas más los intereses. Ambas sentencias aplicaron la compensación derivada de la concurrencia de conductas negligentes en ambas personas en relación con el accidente. La afectada preparó recurso de casación y solicitó el nombramiento de un procurador de oficio. Hecha la designación, se dictó una diligencia de ordenación mediante la que se comunicaba que se alzaba la suspensión y se acordaba la continuación del trámite «debiendo interponer dentro del plazo restante recurso de casación bajo apercibimiento que de no hacerlo se declarará desierto el recurso». El recurso no fue interpuesto en el plazo que restaba y el Tribunal Supremo lo declaró desierto.



2. La afectada promovió juicio ordinario por responsabilidad civil contra el procurador fundándose en que la diligencia de ordenación que había alzado la suspensión no le fue notificada por el procurador al abogado ni tampoco a ella, por lo que consideraba que el procurador había incurrido en negligencia profesional causante de un daño, cuya indemnización cifraba en 180 000 euros.

3. El Juzgado desestimó la demanda.

4. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y condenó al procurador demandado al pago de una indemnización de 5 000 euros.

5. Se fundó, en síntesis, en que (a) se apreciaba negligencia del procurador, pues, reconociendo el Juzgado que el fax comunicando la diligencia de ordenación no había sido recibido total o parcialmente por el abogado, esta omisión era imputable al procurador por no haber prestado la diligencia suficiente para advertir los perjuicios que podía causar a su cliente la defectuosa transmisión; (b) la indemnización debía fijarse en 5 000 €, pues (i) la jurisprudencia del Tribunal Supremo funda la indemnización en estos casos en la existencia de daño moral o en la pérdida de oportunidad; (ii) el recurso de casación plantea una cuestión en relación con la compensación de culpas y no sobre las valoraciones sobre días de incapacidad o secuelas; (iii) la compensación de culpas había sido declarada en la sentencia penal y en las dos instancias civiles; (iv) de la lectura de la demanda se infiere que la parte cifró su expectativa jurídica en la cantidad que se fija.

6. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación, el cual ha sido admitido, por razón de la cuantía, al amparo del artículo 477.2.2.º LEC.

**SEGUNDO** . - *Enunciación del motivo de casación.*

El motivo de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.1 LEC se alega la infracción de normas jurídicas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se citan expresamente como infringidos el artículo 1101 y ss., 1106 y 1107 CC».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la parte recurrente discrepa de la cuantificación de los daños y perjuicios, incluso morales, sufridos por la recurrente, pues el criterio seguido por la AP no se ajusta a la ley ni a la jurisprudencia, pues la recurrente se vio privada de la resolución de un recurso de casación mediante el que reclamaba una indemnización de 62 000 612 pesetas (372 631,18 euros), más una pensión vitalicia de 1 202,02 euros mensuales, como consecuencia de las graves lesiones sufridas, cuya indemnización resulta de importancia trascendental para la vida futura de la recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

**TERCERO** . - *La determinación del importe de la indemnización por perjuicios causados por negligencia del procurador.*

A) Ante la AP se hizo la designación de procurador de oficio para que asumiese la representación procesal de la hoy recurrente con el fin de interponer un recurso de casación, ya preparado, contra la sentencia que había fijado en una cantidad inferior a la reclamada la indemnización que le correspondía en virtud de los daños sufridos en accidente de circulación. Acto seguido se dictó una diligencia de ordenación mediante la que se alzaba la suspensión y se ordenaba interponer dentro del plazo restante un recurso de casación. El recurso no fue interpuesto en el plazo que restaba y el Tribunal Supremo lo declaró desierto debido a que el fax comunicando la diligencia de ordenación no había sido recibido total o parcialmente por el abogado. La fijación de esta circunstancia, que entra en el terreno de los hechos cuya fijación corresponde al tribunal de instancia, y la valoración de que la omisión era imputable al procurador por no haber prestado la diligencia suficiente para advertir los perjuicios que podía causar a su cliente la defectuosa transmisión no han sido discutidas en este recurso. Únicamente se plantea la cuantificación de la indemnización concedida, que la parte recurrente estima insuficiente, dada la diferencia entre lo pedido y lo concedido y la importancia para la recurrente de la indemnización concedida por las graves secuelas padecidas.

B) Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales -en el caso examinado, por responsabilidad por daños y perjuicios imputable a un procurador respecto de su cliente por negligente cumplimiento de sus obligaciones contractuales- no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001, 30 de julio de 2008, RC n.º 616/2002, 1 de diciembre de 2008, RC n.º 4120/2001), solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, recurso de casación



núm. 4185/989, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006 ) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum* [cuantía] (SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006, 30 de julio de 2008, RC n.º 616/2002, 1 de diciembre de 2008, RC n.º 4120/2001 ).

La parte recurrente imputa a la sentencia recurrida no haber tenido en cuenta el daño patrimonial sufrido por la frustración de la actuación judicial que hubiera podido emprender, consistentes en la interposición de un recurso de casación mediante el que se reclamaba una indemnización superior a la concedida. Debe, pues, examinarse esta cuestión, por cuanto afecta a las bases para la determinación de la indemnización.

Cuando el daño 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, como sucede en la mayoría de las ocasiones -y, desde luego, en el caso enjuiciado- tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza. No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales: SSTS de 20 de mayo de 1996, RC n.º 3091/1992, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2008, RC n.º 110/2002, 3 de julio de 2008, RC n.º 98/2002, 23 de octubre de 2008, RC n.º 1687/2003, 12 de mayo de 2009, RC n.º 1141/04 ).

Aunque ambos procedimientos resultan indispensables, dentro de las posibilidades humanas, para atender al principio *restitutio in integrum* (reparación integral) que constituye el quicio del derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo. Mientras todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente.

En aplicación de esta doctrina, resultaría atendible en abstracto la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la sentencia recurrida no tiene en cuenta los perjuicios patrimoniales ocasionados por la actuación negligente del procurador demandado. Sin embargo, la valoración de la sentencia de apelación se funda en las circunstancias del caso y resuelve conforme a ellas otorgando una indemnización por el daño derivado de la imposibilidad de interponer recurso contra la sentencia de apelación. La sentencia oscila, a la vista de la jurisprudencia a la sazón existente, entre calificar como daño moral o como pérdida de oportunidades el perjuicio padecido, pero se advierte que, en definitiva, con encomiable precisión argumental, se fija la indemnización en proporción al daño económico que es susceptible de ser apreciado según las posibilidades reales de éxito de la acción de impugnación contra la sentencia de apelación, pues:

(i) Se valora que la compensación de culpas, que era el elemento determinante de la reducción de la indemnización solicitada, había sido declarada en la sentencia penal y en las dos instancias civiles, de donde se infiere implícitamente que las posibilidades de obtención de una indemnización superior en casación era muy baja («teniendo en cuenta [...] que [...] la existencia de la compensación de culpas había sido declarada en la sentencia penal y en las dos instancias civiles a las que se había acudido»).

Según la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala la apreciación de la gravedad de las culpas compensables constituye una *quaestio facti* [cuestión de hecho] que corresponde a la apreciación del Tribunal a quo (SSTS de 13 de febrero de 1971; 7 de octubre de 1988; 3 de diciembre de 1990; 7 de junio de 1991; 5 de julio de 1993; 23 de febrero de 1996; 18 de julio de 2006 ), quien tiene la facultad de moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del agente reduciendo la cuantía de la indemnización repartiendo el daño con el perjudicado cuando declara la compensación de culpas (STS 30 de abril de 1969; 20 de marzo de 2006; 20 de julio de 2006 ), de tal suerte que la aplicación o la falta de aplicación de esta facultad no es susceptible de recurso de casación (SSTS 9 de febrero de 1990; 3 de marzo de 1998; 17 de septiembre de 1998; 15 de diciembre de 1999; 29 de septiembre de 2005 , además de las antes citadas), salvo cuando está en cuestión la apreciación del nexo causal y de la efectiva participación culposa o negligente de las partes, según las circunstancias de cada supuesto, o se aprecia una notoria desproporción en la distribución de las responsabilidades concurrentes





que desconoce la gravedad de la que resulta más decisiva (entre otras, SSTS 30 de diciembre de 1991; 25 de febrero de 1992; 28 de mayo de 1993; 12 de julio de 1995; 10 de mayo de 2006 ).

(ii) La indemnización se fija en un porcentaje prudencial sobre la suma que la parte recurrente podía obtener en casación según sus expectativas («de la lectura de la demanda se infiere que la parte cifró en 180 000 euros su expectativa jurídica»), cifradas, según la demanda de este proceso, en la diferencia entre la indemnización reconocida en la sentencia recurrida y la cantidad en su día reclamada y por la que se interponía el recurso de casación.

C) En todo caso, la recurrente no alega en su escrito de interposición del recurso de casación hecho alguno, entre los admitidos como probados por la sentencia de apelación y susceptibles de ser tomados en consideración por esta Sala, del cual pueda deducirse una mayor probabilidad de éxito en sus pretensiones (en el caso de que no se hubiera producido la conducta negligente por parte del procurador) que pudiera justificar la procedencia de aplicar un porcentaje superior sobre la indemnización que pretendía reclamar.

En suma, aunque sean discutibles los argumentos utilizados por la sentencia sobre la calificación del daño, no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por la parte actora y la indemnización fijada -en un porcentaje de la suma que la recurrente aspiraba a reclamar en casación- con arreglo a las circunstancias del caso, integradas, entre otros extremos, por las posibilidades de éxito del recurso de casación frustrado por la negligencia del procurador.

#### **CUARTO . - Desestimación del recurso.**

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

#### **FALLAMOS**

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Tatiana contra la sentencia de 31 de marzo de 2006 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo en el rollo de apelación n.º 113/2006, cuyo fallo dice:

«Fallo

»Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Tatiana frente a la Sentencia dictada en fecha dieciséis de diciembre de dos mil cinco por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Oviedo , en los autos de los que dimana el presente rollo, la que se revoca en el sentido de estimar parcialmente la demanda interpuesta por D.<sup>a</sup> Tatiana y condenar al demandado D. Andrés a abonarle la cantidad de 5 000 euros, suma que devengará el interés del artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta resolución.

»No procede hacer especial declaración de las costas de ambas instancias».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .Juan Antonio Xiol Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesus Corbal Fernandez. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.