

InDret

Hacer pagar al mensajero

Comentario a la STS, 1ª, 28.1.2002

Fernando Gómez Pomar
Facultad de derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 122
Barcelona, enero de 2003
www.indret.com

Abstract

La sentencia del Tribunal Supremo, sala 1ª, 28.01.2002 resuelve uno de los casos de Derecho de daños (no está tan claro si los daños son en realidad contractuales o extracontractuales) más interesantes del año. En el asunto se suscita (aunque las sucesivas instancias, hasta arribar al TS no lo adviertan) de forma muy ilustrativa la relación entre responsabilidad contractual y extracontractual, una de las cuestiones más arduas y reiteradas en el Derecho español de daños. La sentencia del TS da por buena, igualmente, la calificación como daños morales de los derivados de la imposibilidad, causada por otro, de interponer un recurso frente a una resolución judicial, en línea con la acusada tendencia de la jurisprudencia española, ya criticada en InDret (Fernando GÓMEZ POMAR, [“Daño moral”](#), InDret 1/2000 y [“Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas”](#), InDret 4/2002), a entender de manera muy laxa la categoría del daño moral.

Sumario

1. [Los hechos](#)
2. [La solución contractual](#)
3. [La vía extracontractual](#)
4. [La pérdida de la oportunidad de recurrir como daño moral](#)

1. Los hechos

Los hechos que dieron lugar a la sentencia que se comenta y las vicisitudes jurisdiccionales previas son, en síntesis, los siguientes:

El 20 de julio de 1995 doña Margarita V. G. L., demandante en el asunto resuelto por la sentencia que se comenta, recibió la notificación de una sentencia adversa del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que resolvía un proceso contencioso-administrativo en el que era parte (la sentencia civil no especifica la naturaleza del asunto contencioso-administrativo). El plazo para la interposición del recurso de casación frente a la misma ante el Tribunal Supremo era de diez días, contados desde el siguiente a la notificación de la sentencia (art. 96 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27.12.1956 (BOE núm. 363 de 28.12.1956); actualmente, art. 89.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (BOE núm. 167 de 14.7.1998)), por lo que vencía el 1 de septiembre de 1995.

El 28 de agosto el abogado que representaba a Doña Margarita en el proceso contencioso-administrativo envió desde Valladolid el texto del recurso a la procuradora, en Madrid, para que procediera a la interposición de aquel. El envío se realizó utilizando los servicios de la empresa de mensajería y transporte urgente SEUR (el correo electrónico estaba por aquellas fechas casi en sus comienzos en España; hoy el caso sería casi insólito en su exacta presentación fáctica). Se empleó la modalidad de envío denominada SEUR-24, que garantizaba la entrega de lo enviado en un plazo de 24 horas desde su recogida del remitente. El envío, sin embargo, no fue entregado a la procuradora destinataria hasta el 5 de septiembre, por lo que se malogró el recurso ante el TS.

Doña Margarita reclamó frente a SEUR (la sentencia del TS no menciona la fundamentación de su pretensión indemnizatoria) la indemnización de los daños y perjuicios que le había deparado la pérdida de la posibilidad de recurrir. El Juzgado de primera instancia de Valladolid desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación y condenó a SEUR a indemnizar a la demandante los gastos (hechos inútiles por el vencimiento del plazo) del recurso, más los daños morales por la privación del derecho al recurso, daños y perjuicios que se determinarían en ejecución de sentencia.

El Tribunal Supremo, finalmente, desestima el recurso presentado por SEUR.

2. La solución contractual

De los hechos anteriores resulta con nitidez la existencia de 2 relaciones contractuales distinguibles y diferenciadas, si bien ligadas por la presencia en ambas de un contratante común, el abogado de Doña Margarita. En efecto, entre abogado y clienta media un contrato de servicios (art. 1544 CC) legales cuyo alcance se extiende al menos a las tareas precisas para el asesoramiento y la defensa jurídica de Doña Margarita en el proceso contencioso-administrativo en cuestión. Por otro lado, entre el abogado y SEUR media un contrato de transporte terrestre

(arts. 349 y ss. C Com) por el que la segunda se obliga a portear lo entregado por el primero hasta el destino indicado (el de la procuradora, en este caso).

Un mismo evento, sin embargo, puede tener –y, de hecho, la tendrá– incidencia notable sobre ambos contratos. La demora en la entrega por SEUR supone un incumplimiento por su parte del contrato de transporte (art. 368 C Com) –y además un incumplimiento total, dada la esencialidad del plazo para la satisfacción del interés del cargador en este concreto contrato de transporte-. Pero además implica una imposibilidad de cumplir¹ en el contrato de servicios, dado que la resolución cuya impugnación se pretendía ha devenido firme como consecuencia de esa demora en la entrega de los efectos transportados.

Al proporcionar una solución en Derecho a las consecuencias de tal suceso, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo van a postergar la respuesta contractual (la que maximiza el valor del contrato de transporte para las partes del mismo) en favor de una imposición de responsabilidad de sabor inequívocamente extracontractual por (en principio) todos los daños y perjuicios que el cliente del abogado ha sufrido como consecuencia del retraso en la entrega.

¿Cuál sería la consecuencia de carácter contractual que procedería para el evento del retraso en la entrega que causa insatisfacción total al comprador, lo que supone un incumplimiento total del porteador bajo el contrato de transporte? La respuesta está en las reglas de los arts. 372 C Com y 1107 CC. Según el primero de estos preceptos, el valor de los efectos transportados que el porteador deberá abonar al cargador en caso de pérdida o extravío de los mismos es el valor declarado por el propio cargador (el abogado aquí), sin admitirse prueba de un mayor valor de lo transportado. Tal regla supone una aplicación específica de la más general del art. 1107 CC, que limita la indemnización de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento contractual a los previstos (aquí, los valores declarados por el cargador y aceptados por el porteador) o previsibles en el momento de contratar. Los que excedan de tal límite, aun cuando se hubieran efectivamente producido, no quedarán a cargo del deudor, salvo que sea un deudor doloso (lo que a todas luces no es el caso en esta situación).

Con grave equivocación, el Tribunal Supremo entendió que el art 372 C Com no era el aplicable, sino el art. 368 C Com, que prevé indemnización de daños a cargo del porteador por demora en la entrega. Es claro que el límite del valor declarado de los efectos transportados debe regir, y no tanto porque en este caso concreto el retraso equivalía a incumplimiento total del contrato. La razón es más general. El límite del valor declarado que recoge el art. 372 C Com rige también en el ámbito de aplicación del art. 368 C Com. Nunca podrá obtener el cargador una indemnización más alta por retraso que por pérdida, porque la pérdida no es más que un retraso de duración

¹ Podría pensarse que la pérdida de la posibilidad de recurrir supondría un incumplimiento por parte del abogado del contrato de servicios, lo que obligaría a aquel a indemnizar a su cliente los daños y perjuicios sufridos. De hecho, así se ha considerado en algunas ocasiones: SSTS, 1ª, 26.1.1999 (RAJ1999\323) y 14.5.1999 (RAJ 1999\3106). Es razonable pensar, no obstante, a tenor de los escasos datos de hecho sobre lo ocurrido, que no cabría achacar a la negligencia del abogado el resultado negativo para el cliente, y que por tanto no habría responsabilidad para aquel. Por añadidura, en caso de haberla, el argumento contrario a admitir una pretensión extracontractual de la clienta contra la empresa de transportes sería, si cabe, aún más sólido, al corresponderle a aquella una acción indemnizatoria contractual contra el abogado. Sobre las cuestiones de incumplimiento del contrato de servicios jurídicos, véase Serra, *La relación de los servicios del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia (1999).

infinita (o el retraso un pérdida temporal, si se prefiere). Una simple aplicación del razonamiento *a maiori ad minus* debía haber llevado al Tribunal Supremo a darse cuenta de que el límite de lo declarado ha de valer en ambos casos.

Este límite de lo previsto (declarado) o previsible es aplicable, pues, al contrato de transporte entre el abogado y SEUR. Además, resulta la regla preferible para el contrato, dadas las circunstancias. Limitar la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento a los previstos o previsibles no es una regla caprichosa, ni un intento generalizado de favorecer injustamente a los deudores, sea en el sector del transporte o en otros. Es la regla más eficiente en casos en los cuales existe una asimetría de información entre los contratantes en cuanto al valor de la prestación². En el contrato de transporte de mercancías o efectos, parece indudable que el cargador conoce el valor para él (en cuánto aprecia la llegada sana, salva y en tiempo de la cosa transportada) de la prestación que va a realizar el porteador mucho mejor que éste³. De ordinario, el porteador no puede distinguir aquellos envíos en que la valoración de la prestación es muy alta (y respecto de los cuales están justificados un cuidado y atención de prestación especiales) de aquellos en que tal valoración es la ordinaria o común. Correos o una empresa de mensajería no pueden distinguir, si se les entrega cerrado el sobre, la carta ocasional de aquella de cuya recepción depende una vida.

Y el efecto de esta limitación de responsabilidad es saludable para la revelación de información relevante para la ejecución del contrato. Si el mayor valor de la prestación para el cargador permite una mejora en el comportamiento de prestación del deudor, o permite que éste puede asegurarse (mediante contrato con un tercero o mediante autoseguro) de forma más adecuada frente a las contingencias que puedan afectar negativamente al cumplimiento, el interés conjunto de los contratantes requiere que la información relativa a tal valor superior se transmita a la otra parte. La limitación de responsabilidad en caso de no revelación (lo que haría al daño resultante imprevisto e imprevisible) constituye un poderoso acicate para que el cargador prefiera revelar ese mayor valor cuando la información aumenta el valor conjunto del contrato, aun cuando la revelación supondrá, en buena lógica, un aumento del precio del contrato.

En la realidad se observa que un mayor valor declarado, al aumentar la responsabilidad que asume el porteador, y por tanto el coste que representa el contrato, trae consigo un aumento del precio del transporte. De hecho, las empresas de transporte diversifican los servicios que prestan de acuerdo con el valor de lo transportado, ofreciendo mayor celeridad (envíos urgentes), mayor cuidado (transporte de objetos preciosos) y/o mayor responsabilidad en caso de demora o pérdida de lo transportado.

En definitiva, la responsabilidad de SEUR frente al abogado de Doña Margarita debía venir determinada por el valor del envío declarado por el mismo en el contrato de transporte, y no por

² Un análisis más extenso y detenido del fundamento económico (de eficiencia) de la venerable regla del art. 1107 CC en mi trabajo, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cívitas, Madrid (2002).

³ En el caso concreto de la sentencia que se comenta, es cierto que fijar un valor para el envío de un recurso de casación es también difícil para el propio abogado, pero no cabe duda de que él está mejor situado para hacerlo que cualquier otro. Así, la valoración del transporte urgente es mayor si el plazo de interposición del recurso vence en 3 días (como era el caso) que si vence en una semana.

la magnitud de los perjuicios que el retraso o la pérdida le hayan supuesto al cargador o a un tercero ajeno al contrato de transporte, como es en este caso Doña Margarita.

Que la pretensión de responsabilidad por el valor declarado del envío puede ser ejercitada por Doña Margarita frente a SEUR al amparo del art. 1186 CC (la pretensión frente al porteador sería aquí el *commodum repraesentationis*, de forma similar a como lo es la indemnización de seguro de incendio o de daños en los casos de pérdida material de la cosa debida) o, en su caso, satisfechos sus rigurosos y poco atrayentes requisitos, al amparo de la subrogación del art. 1111 CC. Pero en ambos casos la responsabilidad de SEUR sería idéntica en fundamento, alcance y extensión a la que hubiera correspondido al abogado como demandante en el ejercicio de la pretensión de responsabilidad contractual. No puede pretender la clienta insatisfecha del abogado obtener por esta vía cosas distintas, ni en mayor cuantía, de lo que hubiera podido obtener el abogado, parte en el contrato de transporte.

3. La vía extracontractual

¿Y en vía extracontractual? ¿Cabría entender que el perjuicio sufrido por Doña Margarita al perder la oportunidad de recurrir una sentencia desfavorable a causa del retraso de SEUR sufre un daño injusto que SEUR estaría obligado a reparar sobre la base del art. 1902 CC?

El Tribunal Supremo, aunque no haya expresado con claridad el fundamento de su decisión, parece entender que la respuesta ha de ser afirmativa. La cliente del cliente de la empresa de transportes puede directamente obtener de ésta la indemnización de los daños sufridos. Parece que nos hallaríamos ante un caso de los denominados, por influencia italiana, de tutela aquiliana del crédito: el interés al cumplimiento del contrato de servicios se ve dañado por la acción de un tercero (SEUR, en este caso). Se podría calificar igualmente de daño puramente patrimonial (*pure economic loss*), dado que por la acción de SEUR Doña Margarita ha sufrido un daño que no resulta de una previa lesión en su persona o en bienes de su propiedad. Aunque los casos reconducibles dentro de cualquiera de ambas categorías son muy heterogéneos, la posición global entre los juristas españoles que se han ocupado de la cuestión⁴ es favorable a admitir, en principio, la responsabilidad del causante del daño en estas situaciones o, al menos, a no excluirla de raíz con carácter general, como ocurre en otros sistemas jurídicos (el alemán y los de *Common Law*, fundamentalmente).

Sin embargo, hay que advertir de una notable diferencia entre los típicos casos de daño puramente patrimonial o daño a intereses contractuales y el resuelto por la sentencia que se comenta. En aquéllos (piénsese, como caso paradigmático, en la empresa de construcción que daña accidentalmente una línea eléctrica o telefónica, con la consiguiente interrupción del servicio, sufriendo daños patrimoniales las empresas que en su proceso productivo se servían de

⁴ Véanse, Vattier, "La tutela aquiliana de los derechos de crédito", *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia (1989), Del Olmo, "Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas", 54 *Anuario de Derecho Civil*, 2001; Gómez, "Comentario a la sentencia de 29 de enero de 2001" 57 *CCJC*

esa línea eléctrica o de comunicaciones), no existe relación contractual alguna entre el autor del daño – la constructora- y aquel cuya prestación se ha hecho imposible –la empresa eléctrica o telefónica-. No existe una respuesta contractual a lo sucedido, y cualquier eventual reclamación de daños que a este último pudiera corresponderle frente al primero tiene por necesidad carácter extracontractual. En el caso presente, la relación entre el autor del daño (SEUR) y aquel cuya prestación se imposibilita (el abogado) es contractual, y el contrato ofrece solución a la responsabilidad del primero: se responde por el valor declarado en el contrato por el cargador (el abogado).

Admitir una pretensión extracontractual de Doña Margarita frente a SEUR no haría sino burlar la consecuencia contractual que, por hipótesis, es la óptima para el contrato de transporte entre SEUR y el abogado. Recuérdese que en el ámbito extracontractual no rige la limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles⁵, de manera que si el daño sufrido por Doña Margarita hubiera sido de enorme magnitud (la cuantía del pleito era de millones de euros, o se trataba de la aceptación escrita de un contrato muy lucrativo, la vigencia de cuya oferta expiraba poco después) SEUR habría tenido que pagar todos los perjuicios efectivamente sufridos. En definitiva, se trataría de interferir con la responsabilidad extracontractual, instrumento general, diseñado precisamente para aquellos daños que se producen en el contacto social sin que sea posible (por los altos costes de transacción) que los afectados ofrezcan la regulación deseada de las consecuencias dañosas, en un contrato en el cual tal posibilidad sí está al alcance de las partes⁶. No sería deseable, por tanto, que Doña Margarita pudiera ejercitar una pretensión extracontractual frente a SEUR, si bien, por las razones ya expuestas, debiera percibir como indemnización de daños, al amparo del art. 1186 CC, exactamente lo mismo que el abogado hubiera podido percibir como parte en el contrato de transporte.

4. La pérdida de la oportunidad de recurrir como daño moral

En esta sentencia que se comenta el Tribunal Supremo da por buena la calificación como daño moral del padecido por la demandante como consecuencia de la pérdida de la oportunidad de recurrir [lo que ya habían hecho previamente tanto Audiencias como el propio Tribunal Supremo: STS, 1ª, 14.5.1999 (RAJ 1999\3106); SAP Madrid 11.5.1999 (AC 1999\1298)]. Con ello, reitera una vez más el Tribunal Supremo su conocida inclinación a reconducir al más vaporoso ámbito de la indemnización del daño moral el resarcimiento de perjuicios de carácter patrimonial, aunque, tal vez, de difícil prueba. Esta presentación del daño patrimonial bajo el

(2001), p. 578-581, Gómez/Ruiz, “La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho”, InDret 4/2002.

⁵ La cuestión no es del todo pacífica en la jurisprudencia y la literatura jurídicas españolas. Sin embargo, la mejor doctrina se pronuncia por la negativa a la vigencia del 1107 CC en la responsabilidad extracontractual. Desde luego, si se entiende que el fundamento de la regla de limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles es el de incentivar la revelación de información contractualmente relevante, es evidente que su aplicación al campo extracontractual es un sinsentido. Véase, sobre todas estas cuestiones, mi trabajo, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cívitas, Madrid (2002).

⁶ Sobre esta interferencia de las soluciones extracontractuales en las contractuales, véanse Gilead, “Non-Consensual Liability of a Contractual Party: Contract, Negligence, Both, or In-Between?”, 3 *Theoretical Inquiries in Law* (2002) Article 7; Hans-Bernd Schäfer, “Haftung für fehlerhafte Vergütung aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive”, 202 *AcP* (2002), p. 807.

ropaje del moral ha sido particularmente frecuente –y visible- en diversos casos de reclamación por lucro cesante por parte de individuos y empresas: se califica como daño moral el sufrido por quien erróneamente resultó excluido por razones de salud de las oposiciones al Cuerpo Jurídico Militar: STS, 3ª, 20.3.1996 (RJ 2781); o los derivados del incumplimiento con proveedores y clientes a que se ve forzada una empresa cuando el Ayuntamiento ordena indebidamente la paralización de las obras que realizaba, así como la pérdida de clientela compradora: STS, 3ª, 4.10.1997 (RJ 7641). Alguna sentencia ha sido, afortunadamente, más rigurosa al trazar la frontera del daño moral: correctamente se rechazó que fuera daño moral el derivado de la improcedente denegación de apertura de farmacia: STS, 3ª, 5.2.1996 (RJ 987).

En el caso presente (y en otros similares) es claro que la pérdida de la oportunidad de recurrir ha determinado la inutilidad de los gastos realizados para preparar y elaborar el recurso en cuestión. De la naturaleza patrimonial de estos gastos no cabe dudar: los honorarios de abogado y procurador devengados por tales conceptos dudosamente pueden calificarse de no patrimoniales y, además, su cuantificación es sencilla. Pero la principal incidencia negativa de la pérdida de la posibilidad de recurrir una resolución desfavorable no son los honorarios ya devengados. Por definición, lo más importante es la pérdida de la esperanza de ver anulada la sentencia que se pretendía recurrir (si esto no fuera más importante, no se hubiera estado dispuesto a pagar los honorarios legales para ganar el recurso). El valor esperado de ganar el recurso es difícil, incluso muy difícil, de estimar. Pero no me cabe duda de que, aun sin descartar por completo cierta componente de daño moral, se trata de un daño preponderantemente patrimonial. Por ejemplo, si se trata de impugnar una sentencia que da por buena una sanción administrativa de 1 millón de euros, y la probabilidad de ganar el recurso es de un 20%, el valor esperado (patrimonial, con toda claridad) del recurso (perdido, en casos de este tipo) es de 200.000 euros (además, en su caso, del valor –perdido igualmente- de limpiar el propio nombre de la mancha de una sanción administrativa, este sí, notoriamente extrapatrimonial).

La cuantía del pleito no es difícil de determinar, pero la probabilidad de éxito del recurso es otra historia. De hecho, sin entrar en el fondo del asunto, la incertidumbre no se puede despejar por entero. Pero me parece más clarificador, y una señal más orientadora para los operadores jurídicos, reconocer que se está ante un daño patrimonial de estimación difícil, y acudir a los elementos de cuantificación de que se dispone⁷ (cuantía del pleito, trascendencia del pleito, tasa de éxito de los recursos en esa materia y ante el Tribunal *ad quem*). Acudir al fácil expediente de la calificación del perjuicio concurrente como daño moral para así verse libre del esfuerzo de utilizar elementos contrastables de cuantificación, y no tener que justificar la cuantía concreta concedida, es una estrategia, creo, poco recomendable y, a la larga, negativa para el Derecho de daños español. Con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de daño moral da la impresión de que la consecuencia precede a la calificación. Se está pasando de entender: es daño moral *ergo* su cuantificación es difícil y se permite libre apreciación judicial, a su reverso perverso: es un daño de cuantificación ardua *ergo* es daño moral.

⁷ Lo cual aumenta el valor social de la información empírica estadística sobre el sistema jurídico español, algo de lo que, por desgracia, estamos muy carentes.