



Roj: **STS 99/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:99**

Id Cendoj: **28079110012020100033**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2020**

Nº de Recurso: **3073/2017**

Nº de Resolución: **50/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Civil**

Sentencia núm. 50/2020

Fecha de sentencia: 22/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3073/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3073/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Civil**

Sentencia núm. 50/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 22 de enero de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Salvador , representado por la procuradora D.ª Bárbara Egido Martín, bajo la dirección letrada de D. Antonio José Vidal Martín, contra la sentencia n.º 105/2017, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación núm. 6284/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 31/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Sevilla, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Fausto , representado por el procurador D. Ignacio Pérez de los Santos y bajo la dirección letrada de D. Aurelio Garnica Zabala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Miguel Ángel Márquez Díaz, en nombre y representación de D. Salvador , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Fausto en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que se condene al demandado, D. Fausto a abonar a mi representado la cantidad de noventa y ocho mil cuatrocientos veintitrés euros con veintinueve céntimos (98.423,29.-€) en concepto de daños y perjuicios provocados por la actuación profesional de la sociedad demandada, todo ello con expresa imposición a las costas procesales e intereses correspondientes".

2.- La demanda fue presentada el 7 de enero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Sevilla se registró con el n.º 31/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Ignacio Pérez de los Santos, en representación de D. Fausto , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dictar en su día sentencia por la que, desestimando la antedicha demanda, se absuelva íntegramente a mi principal de todos los pedimentos contenidos en la misma, declarando que ninguna cantidad ha de abonar don Fausto a don Salvador , con expresa imposición de costas a la contraparte y cuanto más sea de hacer en derecho".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Sevilla dictó sentencia de fecha 24 de febrero de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. Miguel Ángel Márquez Díaz, en nombre y representación de D. Salvador contra D. Fausto debo:

"Primero: Condenar y condeno al demandado a que abone al actor la cantidad de 12.000 euros en concepto de indemnización por daño moral.

"Segundo: No realizar ningún pronunciamiento en materia de costas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Fausto .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 6284/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 25 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Fausto contra la sentencia dictada el veinticuatro de febrero de 2016 por el Juzgado de primera Instancia n.º 5 de Sevilla, en el juicio ordinario núm. 31/14 del que este rollo dimana y desestimar la impugnación de la misma formulada por la representación de D. Salvador .

"2.- Revocar la resolución recurrida, y en su lugar acordar desestimar íntegramente la demanda formulada por la representación de D. Salvador contra D. Fausto , absolviendo a éste de las pretensiones contenidas en la misma y condenando al actor al pago de las costas de la primera instancia".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Miguel Ángel Márquez Díaz, en representación de D. Salvador , interpuso recurso de casación.



El motivo del recurso de casación fue:

"[...] se sustenta conforme al artículo 477.1 en la incorrecta interpretación de los arts. 1089, 1091, 1101, 1103, 1542 y 1544 del CC., 53, 54, 78.2 y 102 del EGAE. y 24.2 de la CE., resaltando de entre ellos especialmente el art. 1101 del CC. en cuanto impone el deber de restituir de forma íntegra el daño ocasionado; y el art. 24 CE en cuanto la negligencia en la que se incurre evidencia que a mi patrocinado se le impidió el derecho al ejercicio de la tutela judicial efectiva, impidiéndosele la posibilidad de que el TSJA se pronunciara sobre la viabilidad de su derecho, más si cabe cuando éste así se la había ya reconocido por la propia administración, por lo que había abandonado el estadio la posibilidad para convertirse en una realidad aun cuando no fuera todavía firme.

"El interés casacional se funda primero, en que lo resuelto en la sentencia de apelación se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que la propia juzgadora ad quo acertadamente cita en su sentencia como jurisprudencia consolidada del TS. Por la que se mantiene que cuando la actuación del profesional, evidencia que con ello se impidió, no la obtención de un derecho, sino la posibilidad de conseguirlo o mejor aún, como resulta en nuestro caso, MANTENERLO, se evidencia que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la CE., lo que obliga a valorar económicamente la llamada pérdida de oportunidad y la consiguiente necesidad de cuantificar el daño moral innegablemente soportado, que no será ya igual a lo que supondría el derecho que se creía tener, pero sí debe sin duda establecerse en un importe inferior, como en este caso ya ha hecho la juzgadora ad quo y al que esta parte ya se aquieta".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 17 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Salvador contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 25 de mayo de 2017, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, en el rollo de apelación n.º 6284/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 31/2014, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Sevilla.

"2.- Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso de casación. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 2 de diciembre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de enero de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.- El 31 de Julio de 1.992, D. Salvador sufrió un accidente laboral, cuando prestaba servicios para la empresa Abengoa S.A., al romperse la plataforma de madera donde se encontraba trabajando, cayendo al suelo desde una altura de 3,5 metros, resultando gravemente lesionado. Los riesgos de dicha actividad eran cubiertos por Mutua Ciclops. El trabajador encomendó la defensa de sus intereses al letrado demandado D. Fausto .

2.- Concluido el expediente administrativo, el 3 de agosto de 1.994 el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) dictó resolución declarando la invalidez permanente absoluta de D. Salvador , derivada del accidente de trabajo, con derecho a la percepción de una pensión mensual de 181.208 pesetas, siendo responsable del pago la entidad Mutua Cyclops.

3.- El 29 de junio de 1.998, el INSS dictó resolución, en la que hacía constar que había incurrido en un error aritmético en el cálculo de la base reguladora y, por tanto, en la cuantía de la pensión inicial y mejoras tenidas en cuenta en la resolución de 3 de agosto de 1.994.

4.- El 8 de octubre de 1.998, el mismo organismo dictó nueva resolución en la que declaraba haber cometido un error de transcripción en la anterior de 29 de junio de 1.998, rectificando la inicial de 3 de agosto de 1.994, en el sentido de declarar el derecho de D. Salvador a percibir una pensión mensual de 245.039 pesetas, más 50.828 pesetas en concepto de mejoras.



5.- El 24 de noviembre de 1.998, Mutua Cyclops formuló recurso jurisdiccional contra la resolución de 8 de octubre de 1.998, que dio lugar a los autos 891/98 del Juzgado de lo Social n.º 2 de Sevilla, a los que se acumuló otra demanda interpuesta por Abengoa. Tal procedimiento se dirigía contra el INSS y D. Salvador , siendo defendido este último por el letrado D. Fausto .

6.- Tras la celebración de la vista, con asistencia de dicho **abogado**, el Juez de lo Social dictó sentencia de 28 de mayo de 1.999, en la que declaraba la nulidad de la resolución del INSS de 13 de octubre de 1998, por motivos formales. Consideraba el Juez que no se trataba de la corrección de un simple error aritmético, sino que la modificación operada, tras más de cuatro años y sin que la hubiera recurrido el trabajador, hacía obligatorio para el INSS acudir al procedimiento previsto en el art. 145.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

7.- Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS, sosteniendo la procedencia de la rectificación por el procedimiento que había seguido, dado que era en favor del beneficiario, invocando el propio art. 145. 1 de la LPL, como fundamento de su recurso.

8.- La Sala de lo Social del TSJA, con sede en Sevilla, dictó sentencia de 30 de noviembre de 2.000, anulando la del Juzgado, al entender que el procedimiento seguido por el INSS era correcto, sin perjuicio de que Abengoa y la Mutua Cyclops pudieran impugnar la resolución en vía judicial como habían hecho, ordenando devolver las actuaciones al Juzgado para que resolviera el fondo del asunto.

9.- El 18 de febrero de 2.002, el Juez de lo Social dictó sentencia estimatoria de las demandas, al considerar que la Seguridad Social carecía de facultades de revisión de oficio a tenor del art. 145.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

10.- Tal sentencia fue recurrida en suplicación sólo por el INSS, recurso que fue estimado por la Sala de lo Social que, en sentencia de 31 de octubre de 2002, volvió a anular la de instancia y ordenó devolver las actuaciones al Juzgado para que el Juez, partiendo de que la Seguridad Social tenía facultades para rectificar su resolución anterior, resolviera sobre el fondo del asunto, determinando si el incremento fue o no ajustado a derecho.

11.- En ejecución de lo ordenado por La Sala de lo Social, el Juzgado dictó nueva sentencia, en esta ocasión de 8 de abril de 2.003, argumentando que el INSS no había explicitado "ni en la vía administrativa ni en el acto del juicio, cuales eran el significado de las mejoras reconocidas, sin distinguir si eran debidas a complementos por mínimos o se trataban de mejoras voluntarias, ambas reguladas y diferenciadas en la vigente LGSS artículos 50 y 39", negando Abengoa haber efectuado mejora voluntaria alguna, lo que tampoco fue objeto de impugnación y prueba contraria por parte del INSS y del supuesto beneficiario codemandado D. Salvador en el acto del juicio, por todo lo cual se desestimó la demanda entrado en el fondo del litigio.

12.- Tal sentencia fue notificada a las partes, entre ellas a D. Salvador , y sólo anunció recurso de suplicación contra la misma el INSS, que finalmente desistió, quedando firme la sentencia del Juzgado.

13.- El INSS hizo saber a D. Salvador que, a partir del 1 de junio de 2.003, se le abonaría la pensión por incapacidad permanente absoluta, por importe de 1.504,68 euros, incrementada mensualmente con el recargo del 30%, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo (326,72 euros), una vez abonado por la empresa responsable. La cuantía de la pensión quedó fijada definitivamente en 1.831,40 euros mensuales. También, se le hizo saber que se realizaría un pago a su favor, por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 1994 y el 30 de junio de 2.003, en concepto de recargos a su favor, por importe de 36.429,28 euros.

14.- Sobre la base de tales hechos, D. Salvador interpuso demanda contra D. Fausto , que dio lugar al juicio ordinario n.º 31/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Sevilla, interesando una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la **responsabilidad** contractual en la que había incurrido, por no haber interpuesto recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, cuyas probabilidades de éxito se fundaban en que la propia Administración reconociera la procedencia de la rectificación al alza de la pensión. Se postuló una indemnización de 98.423,29 euros, derivada de reducir en un 25% las cantidades que habría percibido a lo largo de su vida (teniendo en cuenta la media de vida de un varón en nuestro país), de haberse mantenido la pensión reconocida por el INSS, en la resolución de 8 de octubre de 1.998.

15.- El demandado D. Fausto se opuso a la demanda. Argumentó que el encargo recibido se concretaba a la asistencia al actor solo en primera instancia, pues no había recibido instrucciones para la interposición del recurso de suplicación, ni aceptado el encargo de defender al trabajador en segunda instancia, añadiendo que, en cualquier caso, un eventual recurso era insostenible y tenía nulas posibilidades de éxito, por lo que no procedía reconocer indemnización alguna en favor del Sr. Salvador . Igualmente, negó la **responsabilidad**, también imputada en la demanda, por no haber interpuesto reclamación de **responsabilidad** patrimonial contra la Administración, ya que tampoco se le hizo encargo en tal sentido y, además, el único error en que habría



incurrido la administración sería el de haber rectificado la pensión inicialmente concedida en beneficio del demandante.

16.- La Jueza de Primera Instancia n.º 5 de Sevilla, tras valorar la prueba practicada en las actuaciones, dictó sentencia estimando parcialmente la demanda.

Consideraba acreditado que el actor a través de su esposa encomendó al demandado que defendiera sus intereses en el procedimiento entablado ante el Juzgado de lo Social, que tal encomienda abarcaba todas las instancias hasta la terminación del proceso, de forma tal que, no acreditado que el cliente expresamente consintiera la no interposición del recurso, debía entenderse que su falta de formulación supuso una pérdida de oportunidad, derivada de la actuación negligente del demandado, con lo que el actor debía ser indemnizado con la suma de 12.000 euros por daño moral, al entender que la sentencia del Juzgado de lo social no contenía error de carácter notorio, por lo que el recurso no tenía muchas posibilidades de éxito.

17.- Contra la precitada sentencia se alzó el demandado, interponiendo el correspondiente recurso de apelación en el que interesó se desestimara íntegramente la demanda con condena en costas al actor. Éste, por su parte, se opuso al recurso e impugnó la sentencia sólo en cuanto al montante indemnizatorio, solicitando que la demanda se estimara en su integridad.

18.- La sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia de 25 de mayo de 2017, en que estimó el recurso de apelación formulado por el demandado.

En dicha resolución se razonó que no podía sostenerse que era obligación del letrado recurrir en todo caso la resolución desfavorable a los intereses de su patrocinado, porque ante una sentencia, perfectamente razonada y ajustada a derecho, la interposición de un recurso infundado, que determinara una condena en costas, no es reveladora precisamente de diligencia profesional. Y continúa razonando, que lo que es indiscutible es que el encargo obliga a llevar las riendas del asunto hasta su conclusión y, una vez recibida la sentencia que pone fin a una instancia, ha de explicar su contenido a sus clientes, informarles de un eventual recurso, las posibilidades de éxito del mismo y los costes que podría acarrear en caso de desestimación, imputando al letrado no haber actuado de tal forma.

No obstante, continúa razonando la Audiencia, ello no significa la estimación de la demanda, pues un pronunciamiento condenatorio por **responsabilidad** contractual exige la producción de un daño efectivo y real, que debe acreditar el demandante, y, en el presente caso, comoquiera que no se demostró la concurrencia de alguna posibilidad de éxito del recurso, aunque fuera parcial, la demanda no podría prosperar, sin que pueda entenderse que la no interposición de un recurso determina un daño *in re ipsa* (en la cosa misma).

19.- Contra dicha sentencia se interpuso, por el demandante, recurso de casación.

SEGUNDO.- *Recurso de casación*

El recurso se formuló por interés casacional, al amparo del art. 1101 del CC, con cita de las SSTs de 29 de mayo y 12 de diciembre de 2003, considerando que procedía una indemnización por el daño moral sufrido en cuantía de 12.000 euros, como se había fijado por el Juzgado, por la pérdida de oportunidad sufrida, al no interponerse el recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social, que anula la decisión del INSS.

La parte recurrida se opone a la admisibilidad formal del recurso interpuesto al amparo del art. 485. II LEC. Se alega que no se ha citado en qué concreto supuesto del art. 477 de la LEC se funda el interés casacional y además por alteración de la base fáctica.

Dichos óbices de admisibilidad no pueden ser estimados. En efecto, aunque el recurso adolece de una correcta técnica casacional, lo cierto es que se respetan los hechos de la Audiencia, se alegan los concretos preceptos de derecho material o sustantivo que se consideran infringidos y se funda el interés casacional en la infracción de jurisprudencia. En definitiva, se plantea al tribunal una cuestión jurídica relativa a si, en los supuestos de frustración de acciones judiciales de carácter patrimonial, cabe fijar una indemnización discrecional como daño moral.

Por otra parte, como señala la STS 2/2017, de 17 de enero:

"[...] tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el



acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia".

En el mismo sentido, entre otras, las SSTS 351/2015, de 15 de junio; 550/2015, de 13 de octubre; 577/2015, de 5 de noviembre; 188/2016, de 18 de marzo; 331/2016, de 19 de mayo; 667/2016, de 14 de noviembre; 579/2016, de 30 de septiembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 2/2017, de 10 de enero y 243/2019, de 24 de abril.

TERCERO.- *Recurso de casación*

1. - *Presupuestos de la **responsabilidad civil** de letrado*

La relación contractual existente entre **abogado** y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS 14 de julio de 2005, rec. 971/1999; 30 de marzo de 2006, rec. 2001/1999; 26 de febrero de 2007, rec. 715/2000; 2 de marzo de 2007, rec. 1689/2000; 21 de junio de 2007, rec. 4486/2000; 18 de octubre de 2007, rec. 4086/2000; 22 de octubre de 2008, rec. 655/2003; 282/2013, de 22 de abril, rec. 896/2009 y 10 de junio de 2019, rec. 3352/2016).

La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una **responsabilidad** subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de los elementos constitutivos de la **responsabilidad civil**: falta de diligencia en la prestación profesional, nexo de causalidad con el daño producido, así como la existencia y alcance de éste, corresponde a la parte que reclama la correspondiente indemnización por el incumplimiento contractual del letrado (SSTS de 14 de julio de 2005, rec. 971/1999; 21 de junio de 2007, rec. 4486/2000 y 10 de junio de 2019, rec. 3352/2016).

Por consiguiente, la declaración de dicha **responsabilidad** exige la producción de un daño causalmente ligado a una conducta negligente del **abogado** demandado.

2. - *Fundamento del recurso interpuesto*

Frente a la decisión de la Audiencia, que justifica la desestimación de la demanda por la falta de acreditación de un daño patrimonial causalmente vinculado con la actuación del letrado demandado, una vez valorada la escasa viabilidad del recurso no interpuesto y, por ende, las nulas posibilidades de que se modificara la sentencia dictada por el Juzgado de lo social, la parte recurrente defiende la existencia de un daño indemnizable, porque que se le privó de la posibilidad de interponer un recurso ante la Sala de lo Social, por no haber sido informada de tal posibilidad, y de la consiguiente oportunidad de ver satisfecha su reclamación, partiendo de un derecho reconocido en una resolución administrativa previa del INSS; por lo que, bien sea por un daño moral o patrimonial, debe ser resarcido económicamente, pues en otro caso se vería conculcado el derecho de restitución íntegra consagrado en el art. 1101 del CC. Con base en ello, solicita la confirmación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que fija a su favor una indemnización por daño moral de 12.000 euros.

3.- *Doctrina jurisprudencial sobre la frustración de acciones judiciales de carácter patrimonial*

La jurisprudencia de esta Sala, de la que es expresión, la STS 801/2006, de 27 de julio, reconoce que, atendiendo a su origen, el daño causado a los bienes o derechos de una persona puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad física; o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral. Igualmente sostiene que no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva. En tercer lugar, señala que deben ser calificados como daños morales aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica, no obstante:

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

"No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por



la frustración de acciones procesales: SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006); pues, aunque ambos procedimientos resultan indispensables, dentro de las posibilidades humanas, para atender al principio *restitutio in integrum* [reparación integral] que constituye el quicio del Derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo.

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

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

La doctrina expuesta es reproducida por las SSTS 157/2008, de 28 de febrero; 303/2009, de 12 de mayo; 250/2010, de 30 de abril; 123/2011, de 9 de marzo; 772/2011, de 27 de octubre; 739/2013, de 19 de noviembre; 583/2015, de 23 de octubre, entre otras y las citadas en ellas.

4.- Análisis de las circunstancias concurrentes, aplicación al caso de la doctrina de la pérdida de oportunidad

En el caso que nos ocupa, en el escrito rector de este proceso se reprocha al demandado dos hechos sobre los que se fundamenta el incumplimiento de sus obligaciones contractuales como letrado, cuales son no haber interpuesto, en tiempo y forma, recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Sevilla, que resolvió que no procedía la revisión al alza de la pensión de invalidez permanente absoluta, que disfrutaba el demandante y que fue declarada de oficio por el INSS, así como por no haber ejercitado acción de **responsabilidad** patrimonial contra la administración por el error en el que incurrió.

Nos hallamos pues ante un supuesto de frustración del ejercicio de acciones judiciales por la falta de interposición de un recurso en el caso de la sentencia del Juzgado de lo social; o de una reclamación, en el supuesto de la **responsabilidad** patrimonial de la administración.

El daño reclamado tampoco ha de ofrecer duda que tiene clara naturaleza patrimonial, en tanto en cuanto se determina con fundamento en las cantidades mensuales que, en concepto de pensión, dejó de percibir el demandante, como consecuencia de la sentencia del Juzgado de lo Social, desde el 1 junio de 2003 hasta diciembre de 2013 inclusive, a razón de 530,04 euros al mes, actualizada anualmente conforme al IPC, que arroja la suma de 77.769,08 euros, a la que se adiciona el importe de las cantidades que seguiría percibiendo según la esperanza de vida de un varón en España (79 años), que prudentemente se reduce a la mitad, es decir 78 mensualidades más, lo que eleva el quantum indemnizatorio a 131.231,06 euros, que de nuevo reduce en otro 25%, en atención al riesgo que toda contienda judicial lleva implícito, por lo que se postula una condena pecuniaria de 98.423,29 euros, en concepto de daños y perjuicios.

Esta naturaleza patrimonial del hipotético daño sufrido por el actor determina que la posibilidad de ser indemnizado no deba buscarse en una cantidad que, de forma discrecional, fijen los juzgadores como daño moral, sino que ha de ser tratada en el marco propio del daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades.

Esta doctrina, carente de concreta regulación normativa en el Código **Civil**, con antecedentes en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, nace con la finalidad de solventar las dificultades probatorias en la acreditación del nexo causal. Se aplica por el TJUE, a título de ejemplo, en la sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2018, asunto T-292/2015, caso *Vakakis kai Synergates* contra la Comisión. Tiene reflejo en el art. 7.4.3 de los Principios



UNIDROIT, en el art. 163 de la Parte General del Código Europeo de Contratos, así como en el art. 3:106 de los Principios del Derecho Europeo de **Responsabilidad Civil**.

La pérdida de oportunidad ha sido aceptada y reconocida por la jurisprudencia de esta Sala 1.^a Opera como paliativo del radical principio del todo o la nada a la hora de determinar la relación causal entre un hecho y un resultado acaecido, a modo de una imputación probabilística. El comportamiento que priva de una chance es un suceso que ha podido ser condición necesaria del daño, pero también no serlo.

La aplicación de tal doctrina, en el caso de demandas de **responsabilidad civil** de **abogados** y procuradores, por los daños patrimoniales sufridos por sus patrocinados, exige a los tribunales celebrar el denominado "juicio dentro del juicio" (trial within the trial); es decir, apreciar el grado de probabilidad o expectativas de éxito, que cabría racionalmente haber obtenido en el caso de haberse presentado la demanda o el recurso; en definitiva, de no haberse frustrado las acciones judiciales susceptibles de ser ejercitadas.

De manera tal, que si las posibilidades de éxito de la acción no entablada fueran máximas o muy probables, la indemnización sería equivalente a la cuantía del daño experimentado; mientras que, por el contrario, si son muy escasas o muy poco consistentes, la demanda deberá ser rechazada. En los supuestos intermedios entre ambos niveles probabilísticos procederá el resarcimiento del daño en proporción a las posibilidades de que la acción no entablada por causa imputable al letrado prosperase, fijando de tal forma la cuantía del resarcimiento a que tiene derecho el perjudicado, mediante un juicio ponderativo y motivado que debe contener la resolución judicial que decida el litigio.

La carga de la prueba corresponde al demandante a quien compete demostrar la seriedad de la oportunidad frustrada y su grado de probabilidad. El daño por pérdida de oportunidad es hipotético por lo que no procede el resarcimiento económico cuando no concurre una razonable certeza sobre la posibilidad de que la acción frustrada hubiera sido judicialmente acogida. Exige, por lo tanto, demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS 801/2006, de 27 de julio).

En definitiva en palabras, en esta ocasión, de la STS 123/2011, de 9 de marzo, es necesario "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 1687/03 y 12 de mayo de 2009, RC n.º 1141/2004)".

5.- Desestimación del recurso de casación

En virtud del conjunto argumental antes expuesto, el recurso no debe ser estimado en función de las consideraciones siguientes:

1. Nos encontramos ante una demanda por frustración del ejercicio de acciones judiciales de naturaleza patrimonial.
2. Según la doctrina de este tribunal, las mismas deben ser dilucidadas conforme a la doctrina de la pérdida de oportunidades, es decir por daño patrimonial incierto o hipotético.
3. Ello obliga a determinar las posibilidades de que la acción no ejercitada, por causa imputable al letrado, hubiera tenido posibilidades de prosperar y en qué proporción.
4. No se ha impugnado el razonamiento de la Audiencia de que no existe elemento alguno del que pudiera deducirse el éxito de un eventual recurso o al menos alguna posibilidad de alcanzarlo, aunque fuera parcialmente. En cuanto al alegato de una acción de **responsabilidad** patrimonial contra el Estado, realmente ya abandona en casación, no se entiende, porque el error del INSS judicialmente corregido fue a favor del recurrente, no generándole perjuicio material alguno.

CUARTO.- Costas y depósito

De conformidad con lo previsto en art. 398.1 LEC, al haberse desestimado el recurso de casación interpuesto, deben imponerse al recurrente las costas y decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir (disposición adicional 15^a de la LOPJ).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia, de fecha 25 de mayo de 2017, dictada por la sección 6^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 6284/2016.



2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación interpuesto, con pérdida de depósito.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ