

InDret

Matar el missatger

Comentari a la STS, 1a, 28.1.2002

Fernando Gómez Pomar

Facultat de dret

Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm: 122

Barcelona, gener de 2003

www.indret.com

Abstract

La sentència del Tribunal Suprem, 1a, de 28.01.2002, resol un dels casos de Dret de danys (no està tan clar si els danys són en realitat contractuals o extracontractuals) més interessants de l'any. L'afer suscita (encara que cap de les instàncies, fins a arribar al TS, no ho adverteix) una il·lustració de la relació entre responsabilitat contractual i extracontractual, una de les qüestions més àrdues i reiterades en el Dret espanyol de danys. La sentència del TS dóna per bona, igualment, la qualificació com a danys morals dels derivats de la impossibilitat, causada per un altre, d'interposar un recurs enfront d'una resolució judicial, en línia amb la marcada tendència de la jurisprudència espanyola, ja criticada a InDret (Fernando GÓMEZ POMAR, "Dany moral", InDret 1/2000 i "Comentari a la sentència del Tribunal Suprem, Sala 1ª, de 20.2.2002: el dany moral de les persones jurídiques", InDret 4/2002), a entendre la categoria del dany moral de manera molt laxa.

Sumari

1. Els fets
2. La solució contractual
3. La via extracontractual
4. La pèrdua de l'oportunitat de recórrer com a dany moral

1. Els fets

Els fets que van donar lloc a la sentència que es comenta i les vicissituds jurisdiccionals prèvies són, en síntesi, els següents:

El 20 de juliol de 1995 la senyora Margarita V G L., demandant en l'afer resolt per la sentència que comento, va rebre la notificació d'una sentència adversa del Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó que resolva un procés contenciós administratiu en el que era part (la sentència civil no especifica la naturalesa de l'assumpte contenciós administratiu). El termini per a la interposició del recurs de cassació contra la sentència davant del Tribunal Suprem era de deu dies, comptats des del següent en què fou notificada (art. 96 de la Llei de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa de 27.12.1956 (BOE núm. 363 de 28.12.1956); actualment, art. 89.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, de la Jurisdicció Contenciós Administrativa (BOE núm. 167 de 14.7.1998)), per la qual cosa vencia l'1 de setembre de 1995.

El 28 d'agost l'advocat que representava la senyora Margarita en el procés contenciós administratiu va enviar des de Valladolid el text del recurs a la procuradora, a Madrid, per a què procedís a la seva interposició. L'enviament es va realitzar utilitzant els serveis de l'empresa de missatgeria i transport urgent SEUR (en aquelles dates, el correu electrònic estava gairebé en els seus començaments a Espanya; avui el cas seria força insòlit si ens atenem a la seva exacta relació fàctica). Es va emprar la modalitat d'enviament denominada SEUR-24, que garantia el lliurament del que s'enviés en un termini de 24 hores des de la seva recollida del remitent. Això no obstant, l'enviament no va lliurar-se a la procuradora destinatària fins al 5 de setembre, per la qual cosa es va malmetre el recurs davant el TS.

La senyora Margarita va reclamar contra SEUR (la sentència del TS no esmenta els fonaments de la seva pretensió indemnitzatòria¹) la indemnització dels danys i perjudicis que li havia comportat la pèrdua de la possibilitat de recórrer. El Jutjat de primera instància de Valladolid va desestimar la demanda, però l'Audiència Provincial va estimar l'apel·lació i va condemnar SEUR a indemnitzar a la demandant les despeses (que resultaren inútils pel venciment del termini) del recurs, més els danys morals per la privació del dret al recurs, danys i perjudicis que es determinarien en execució de sentència.

El Tribunal Suprem, finalment, desestima el recurs presentat per SEUR.

¹ Es desconeix, doncs, si la pretensió indemnitzatòria exercitada es volia que fos de naturalesa extracontractual o contractual per la via parasubrogatòria (art. 1186 CC). El contingut de la condemna indemnitzatòria (despeses del recurs i danys morals per la pèrdua de l'oportunitat de recórrer) podria fer pensar que ens trobem davant la primera opció, però això no és del tot segur, i més encara quan només es menciona incidentalment l'art. 368 CCom com un dels fonaments de la pretensió.

2. La solució contractual

Dels fets anteriors, es dibuixa amb nitidesa l'existència de 2 relacions contractuals distingibles i diferenciades, si bé lligades per la presència en ambdues d'un contractant comú, l'advocat de la senyora Margarita. En efecte, entre advocat i clienta existeix un contracte de serveis (art. 1544 CC) legals l'abast del qual s'estén almenys a les tasques precises per a l'assessorament i la defensa jurídica de la senyora Margarita en el procés contenciós administratiu en qüestió. D'altra banda, entre l'advocat i SEUR existeix un contracte de transport terrestre (arts. 349 i s. CCom) pel que la segona s'obliga a portar el que el primer l'hi havia lliurat fins al destí indicat (l'adreça de la procuradora, en aquest cas).

Tanmateix, un mateix esdeveniment pot tenir –i, de fet, tindrà– una incidència notable sobre ambdós contractes. D'una banda, la demora en el lliurament per SEUR suposa un incompliment del contracte de transport (art. 368 CCom) –i, a més a més, un incompliment total, ja que el termini és essencial per a la satisfacció de l'interès del remitent en aquest concret contracte de transport–. Però a més implica una impossibilitat de complir² el contracte de serveis, atès que la resolució la impugnació de la qual es pretenia ha esdevingut ferma com a conseqüència de la demora en el lliurament dels efectes transportats.

En proporcionar una solució de dret a les conseqüències d'aquest succés, l'Audiència Provincial i el Tribunal Suprem postergaren la resposta contractual (la que maximitza el valor del contracte de transport per a les parts) en favor d'una imposició de responsabilitat de caire inequívocament extracontractual per (en principi) tots els danys i perjudicis que el client de l'advocat va patir com a conseqüència del retard en el lliurament.

Quina seria la conseqüència de caràcter contractual que correspondria per al cas d'un retard en el lliurament que causa una insatisfacció total al comprador, la qual cosa suposa un incompliment total del portador en el contracte de transport? La resposta és a les regles dels arts. 372 CCom i 1107 CC. Segons el primer d'aquests preceptes, el valor dels efectes transportats que el portador haurà d'abonar al remitent en cas de la seva pèrdua és el valor declarat pel propi remitent (en el cas, l'advocat), sense que pugui admetre's prova d'un valor més gran. Aquesta regla suposa una aplicació específica de la més general de l'art. 1107 CC, que limita la indemnització dels danys i perjudicis en cas d'incompliment contractual als previstos (aquí, els valors declarats pel remitent i acceptats pel portador) o previsibles en el moment de contractar. Els que excedeixin d'aquest límit, encara que s'haguessin produït efectivament, no quedaran a càrrec del deutor, tret que

² Es Podria pensar que la pèrdua de la possibilitat de recórrer suposaria un incompliment per part de l'advocat del contracte de serveis, cosa que l'obligaria a indemnitzar al seu client els danys i perjudicis patits. De fet, així s'ha considerat en algunes ocasions: SSTS, 1ª, 26.1.1999 (RAJ1999\323) i 14.5.1999 (RAJ 1999\3106). És raonable pensar, tot i això, atenent a les escasses dades de fet sobre l'ocorregut, que no es podria atribuir a la negligència de l'advocat el resultat negatiu pel client, i que per tant aquest no tindria responsabilitat. A més, en el cas d'haver-n'hi, l'argument contrari a admetre una pretensió extracontractual de la clienta contra l'empresa de transports seria, si és possible, encara més sòlid, al correspondre-li a la primera una acció indemnitzatòria contractual contra l'advocat. En relació a les qüestions d'incompliment del contracte de serveis jurídics, vegeu Serra, *La relación de los servicios del abogado*, Tirant lo Blanch, València (1999).

aquest hagués estat dolós (el que sense cap mena de dubte no es presenta en aquest cas).

El Tribunal Suprem va cometre una greu equivocació en entendre que l'art 372 CCom no era l'aplicable, sinó l'art. 368 CCom, que preveu una indemnització de danys a càrrec del portador per demora en el lliurament. És clar que el que ha de regir és el límit del valor declarat dels efectes transportats, i no tant perquè en aquest cas concret el retard equivalia a un incompliment total del contracte, sinó que la raó és més general. El límit del valor declarat que recull l'art. 372 CCom regeix també en l'àmbit d'aplicació de l'art. 368 CCom. El remitent mai no podrà obtenir una indemnització més alta per retard que per pèrdua, perquè la pèrdua no és més que un retard de durada infinita (o, si es prefereix, el retard un pèrdua temporal). Una simple aplicació del raonament *a maiori ad minus* hauria d'haver portat al Tribunal Suprem a adonar-se que el límit del que s'ha declarat ha de valer per a ambdós casos.

Per tant, es pot aplicar aquest límit del que preveu (declarat) o és previsible al contracte de transport entre l'advocat i SEUR. A més, ateses les circumstàncies, resulta la regla preferible per al contracte. Limitar la indemnització de danys i perjudicis per incompliment als previstos o previsibles no és una regla capriciosa, ni un intent generalitzat d'afavorir injustament els deutors, ja sigui en el sector del transport o en d'altres. És la regla més eficient en casos en què hi ha una asimetria d'informació entre els contractants quant al valor de la prestació³. Al contracte de transport de mercaderies o efectes, sembla inqüestionable que el remitent coneix el valor que té per a ell (en quant aprecia l'arribada correcta i en temps de la cosa transportada) la prestació que realitzarà el portador molt millor que aquest últim⁴. D'ordinari, el portador no pot distingir les trameses en què la valoració de la prestació és molt alta (i respecte de les quals queda justificada una atenció especial) d'aquelles altres en què la valoració és la corrent o la comuna. Correus o una empresa de missatgeria no poden distingir, si se'ls lliura el sobre tancat, si conté una carta la recepció de la qual pot salvar una vida.

I l'efecte d'aquesta limitació de responsabilitat és saludable per a la revelació d'informació rellevant per a l'execució del contracte. Si el major valor de la prestació per al remitent permet una millora en el comportament de la prestació del deutor, o permet que aquest pugui assegurar-se (mitjançant un contracte amb un tercer o mitjançant l'autoassegurança) de forma més adequada envers les contingències que puguin afectar negativament el compliment, l'interès conjunt dels contractants fa que la informació que es refereix a aquest valor superior es transmeti a l'altra part. La limitació de responsabilitat en cas de no revelació (el que faria al dany resultant imprevist i imprevisible) constitueix un poderós esperó per a què el remitent prefereixi revelar la seva més gran valoració quan la informació augmenta el valor conjunt del contracte, encara que la revelació suposarà, en bona lògica, un augment del preu del contracte.

³ Una anàlisi més extensa i detinguda del fonament econòmic (d'eficiència) de la venerable regla de l'art. 1107 CC al meu treball, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cívitas, Madrid (2002).

⁴ En el cas concret de la sentència que es comenta, és cert que fixar un valor per a l'enviament d'un recurs de cassació és també difícil pel propi advocat, però no hi ha cap dubte que aquest està en una posició millor per fer-ho que qualsevol altre. Així, la valoració del transport urgent és més elevada si el termini d'interposició del recurs venç als 3 dies (com passava en aquest cas) que si venç al cap d'una setmana.

En la realitat s'observa que un major valor declarat, en augmentar la responsabilitat que assumeix el portador, i per tant el cost que representa el contracte, comporta un augment del preu del transport. De fet, les empreses de transport diversifiquen els serveis que presten d'acord amb el valor del que s'ha transportat, oferint una major celeritat (trameses urgents), una major atenció (transport d'objectes preciosos) i/o una major responsabilitat en cas de demora o pèrdua del que transporta.

En definitiva, la responsabilitat de SEUR enfront de l'advocat de la senyora Margarita havia de venir determinada pel valor de l'enviament que havia declarat en el contracte de transport, i no per la magnitud dels perjudicis que el retard o la pèrdua haguessin causat al remitent o a un tercer aliè al contracte de transport, com és en aquest cas la senyora Margarita.

Que la pretensió de responsabilitat pel valor declarat de l'enviament pugui exercitar-se per la senyora Margarita contra SEUR a l'empara de l'art. 1186 CC (la pretensió contra el portador seria aquí el *commodum repraesentationis*, de forma semblant a com ho és la indemnització d'assegurança d'incendi o de danys en els casos de pèrdua material de la cosa deguda) o, si s'escau, un cop satisfets els seus rigorosos i poc atractius requisits, a l'empara de la subrogació de l'art. 1111 CC. Però en ambdós casos la responsabilitat de SEUR seria idèntica en fonament, abast i extensió a la corresponent a l'advocat com a demandant en l'exercici de la pretensió de responsabilitat contractual. La clienta insatisfeta de l'advocat no pot pretendre obtenir per aquesta via coses diferents, ni en una quantia superior, a allò que hagués pogut obtenir l'advocat, part en el contracte de transport.

3. La via extracontractual

I en via extracontractual? Es podria entendre que la senyora Margarita en perdre l'oportunitat de recórrer una sentència desfavorable a causa del retard de SEUR pateix un dany injust que SEUR estaria obligat a reparar sobre la base de l'art. 1902 CC?

El Tribunal Suprem, tot i que no hagi expressat amb claredat el fonament de la seva decisió, sembla entendre que la resposta ha de ser afirmativa. La clienta del client de l'empresa de transports pot obtenir directament d'aquesta la indemnització dels danys patits. Ens trobaríem davant un cas dels anomenats, per influència italiana, de tutela aquiliana del crèdit: l'interès pel compliment del contracte de serveis queda vulnerat per l'acció d'un tercer (SEUR, en aquest cas). Es podria qualificar igualment de dany purament patrimonial (*pure economic loss*), atès que per l'acció de SEUR la senyora Margarita ha patit un dany que no resulta d'una prèvia lesió en la seva persona o en béns de la seva propietat. Tot i que els casos reconduïbles a qualsevol de les dues categories són molt heterogenis, la posició global entre els juristes espanyols que s'han ocupat de la qüestió⁵ és favorable a admetre, en principi, la responsabilitat del causant del dany

⁵ Vegeu, Vattier, "La tutela aquiliana de los derechos de crédito", *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Múrcia (1989), Del Olmo, "Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas", *54 Anuario de Derecho Civil*, 2001; Gómez, "Comentari a la sentència de 29 de gener de 2001" *57 CCJC* (2001), p.

en aquestes situacions o, almenys, a no excloure-la d'entrada amb caràcter general, com succeeix en altres sistemes jurídics (l'alemany i els de *Common Law*, fonamentalment).

Tot i això, cal advertir d'una notable diferència entre els típics casos de dany purament patrimonial o dany a interessos contractuals i el resultat per la sentència que es comenta. En els primers (penseu, com a cas paradigmàtic, en l'empresa de construcció que danya accidentalment una línia elèctrica o telefònica, amb la consegüent interrupció del servei, patint danys patrimonials les empreses que en el seu procés productiu se servien d'aquesta línia elèctrica o de comunicacions), no hi ha cap relació contractual entre l'autor del dany – la constructora- i aquell la prestació del qual s'ha fet impossible –l'empresa elèctrica o telefònica-. No hi ha una resposta contractual al que ha succeït, i qualsevol eventual reclamació de danys que a aquest últim pogués correspondre-li vers el primer té per necessitat caràcter extracontractual. En aquest cas, la relació entre l'autor del dany (SEUR) i aquell la prestació del qual s'impossibilita (l'advocat) és contractual, i el contracte ofereix solució a la responsabilitat del primer: es respon pel valor declarat pel remitent (l'advocat) en el contracte.

Admetre una pretensió extracontractual de la senyora Margarita contra SEUR no faria res més que esquivar la conseqüència contractual que, per hipòtesi, és l'òptima pel contracte de transport entre SEUR i l'advocat. Recordi que en l'àmbit extracontractual no regeix la limitació de responsabilitat als danys previstos o previsibles⁶, de manera que si el dany patit per la Senyora Margarita hagués estat de gran magnitud (la quantia del plet era de milions d'euros, o es tractava de l'acceptació escrita d'un contracte molt lucratiu, la vigència de la seva oferta expirava al cap de poc temps) SEUR hauria hagut de pagar tots els perjudicis efectivament patits. En definitiva, es tractaria d'interferir amb la responsabilitat extracontractual, instrument general, dissenyat precisament per a aquells danys que es produeixen en el contacte social sense que sigui possible (degut als alts costos de transacció) que els afectats ofereixin la regulació desitjada de les conseqüències danyoses, en un contracte on aquesta possibilitat sí que està a l'abast de les parts⁷. Seria indesitjable, per tant, que la senyora Margarita pogués exercitar una pretensió extracontractual contra SEUR, encara que tant mateix, per les raons ja exposades, hauria de rebre com a indemnització de danys, a l'empara de l'art. 1186 CC, exactament el mateix que l'advocat hagués pogut rebre com a part en el contracte de transport.

578-581, Gómez/Ruiz, “La noció de dany purament econòmic: una visió crítica des de l'anàlisi econòmica del Dret”, InDret 4/2002.

⁶ La qüestió no és del tot pacífica en la jurisprudència i la literatura jurídica espanyoles. No obstant, la millor doctrina es pronuncia a favor de la negativa a la vigència del 1107 CC en la responsabilitat extracontractual. Evidentment, si s'entén que el fonament de la regla de limitació de responsabilitat als danys previstos o previsibles és el d'incentivar la revelació d'informació contractualment rellevant, és evident que la seva aplicació en el terreny extracontractual no té sentit. Vegeu, sobre totes aquestes qüestions, el meu treball, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cívitas, Madrid (2002).

⁷ Sobre aquesta interferència de les solucions extracontractuals en les contractuals, vegeu 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), pàg. 807.

4. La pèrdua de l'oportunitat de recórrer com a dany moral

En aquesta sentència que es comenta el Tribunal Suprem dóna per bona la qualificació com a dany moral del patit per la demandant com a conseqüència de la pèrdua de l'oportunitat de recórrer [el que ja havien fet prèviament tant Audiències com el propi Tribunal Suprem: STS, 1a, 14.5.1999 (RAJ 1999\3106); SAP Madrid 11.5.1999 (AC 1999\1298)]. Així, el Tribunal Suprem reitera un cop més la seva coneguda inclinació a reconduir al més vaporós àmbit de la indemnització del dany moral el rescabament de perjudicis de caràcter patrimonial, tot i que, potser, difícils de provar. Aquesta presentació del dany patrimonial sota el vel del moral ha estat particularment freqüent –i visible– en diversos casos de reclamació per lucre cessant per part d'individus i empreses: es qualifica com a dany moral el patit per qui erròniament resultà exclòs per raons de salut de les oposicions al Cos Jurídic Militar: STS, 3a, 20.3.1996 (RJ 2781); o els derivats de l'incompliment amb proveïdors i clients a què es veu forçada una empresa quan l'Ajuntament ordena indegudament la paralització de les obres que realitzava, així com la pèrdua de clientela compradora: STS, 3a, 4.10.1997 (RJ 7641). Alguna sentència ha estat, afortunadament, més rigorosa en dibuixar la frontera del dany moral: correctament es rebutjà que fos dany moral el derivat de la improcedent denegació d'obertura de farmàcia: STS, 3a, 5.2.1996 (RJ 987).

En aquest cas (i en d'altres semblants) és clar que la pèrdua de l'oportunitat de recórrer ha suposat la inutilitat de les despeses realitzades per preparar i elaborar el recurs en qüestió. No es pot dubtar de la naturalesa patrimonial d'aquestes despeses: els honoraris d'advocat i procurador meritats per aquests conceptes dubtosament poden qualificar-se de no patrimonials i, a més, la seva quantificació és senzilla. Però la principal incidència negativa de la pèrdua de la possibilitat de recórrer una resolució desfavorable no són els honoraris ja meritats. Per definició, el més important és la pèrdua de l'esperança de veure anul·lada la sentència que es pretenia recórrer (si això no hagués estat el més important, no s'hauria estat disposat a pagar els honoraris legals per guanyar el recurs). El valor esperat de guanyar el recurs és difícil, fins i tot molt difícil, d'estimar. Però no tinc cap dubte que, fins i tot sense descartar completament un cert component de dany moral, es tracta d'un dany preponderantment patrimonial. Per exemple, si es tracta d'impugnar una sentència que dóna per bona una sanció administrativa d'1 milió d'euros, i la probabilitat de guanyar el recurs és d'un 20%, el valor esperat (patrimonial, clarament) del recurs (perdut, en casos d'aquest tipus) és de 200.000 euros (a més, si escau, del valor –perdut igualment– de netejar el propi nom de la taca d'una sanció administrativa, aquest sí, notòriament extrapatrimonial).

La quantia del plet no és difícil de determinar, però la probabilitat d'èxit del recurs és una altra història. De fet, sense entrar en el fons de la qüestió, la incertesa no es pot eliminar del tot. Però em sembla més clarificador, i un senyal més orientador per als operadors jurídics, reconèixer que es tracta d'un dany patrimonial de difícil estimació, i recórrer als elements de quantificació de què es disposa⁸ (quantia del plet, transcendència del plet, taxa d'èxit dels recursos en aquesta

⁸ Que augmenta el valor social de la informació empírica estadística sobre el sistema jurídic espanyol, cosa del què, per desgràcia, estem molt mancats.

matèria i davant el Tribunal *ad quem*). Recórrer al fàcil expedient de la qualificació del perjudici concurrent com a dany moral per alliberar-se de l'esforç d'utilitzar elements contrastables de quantificació, i no haver de justificar la quantia concreta que es concedeix, és una estratègia, crec, poc recomanable i, a la llarga, negativa pel Dret de danys espanyol. Amb la jurisprudència recent del Tribunal Suprem en matèria de dany moral fa la impressió que la conseqüència precedeix a la qualificació. S'està passant d'entendre: és dany moral *ergo* la seva quantificació és difícil i es permet lliure apreciació judicial, al seu revers pervers: és un dany de quantificació difícil *ergo* és dany moral.