



Roj: SAP VI 165/2014 - ECLI:ES:APVI:2014:165
Id Cendoj: 01059370012014100056

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Vitoria-Gasteiz

Sección: 1

Nº de Recurso: 368/2013

Nº de Resolución: 25/2014

Procedimiento: Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000

Ponente: IÑIGO MADARIA AZCOITIA

Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 1ª/1.

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

N.I.G. / IZO : 01.02.2-12/010937

A.p.ordinario L2 / E_A.p.ordinario L2 368/2013 - B

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Vitoria-Gasteiz / Gasteizko Lehen Auzialdiko 7 zk.ko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario LEC 2000 263/2012 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: ELVIRA ABOGADOS SOCIEDAAD LIMITADA PROFESIONAL y PATES ZUBIA S.L.

Procurador/a / Prokuradorea: JESUS MARIA DE LAS HERAS MIGUEL y MARTA PAUL NUÑEZ

Abogado/a / Abokatua: ANDRES GARRIDO y AITOR MEDRANO ZUBIZARRETA

Recurrido/a / Errekurritua : Justa

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO

Abogado/a / Abokatua: SANTIAGO GARCIA ORDOÑEZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados Dª. Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Íñigo Madaria Azcoitia y D. Íñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día tres de febrero de dos mil catorce.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A Nº 25/14

El recurso de apelación civil Rollo de Sala nº 368/13, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria-Gasteiz, derivado de los Autos de Procedimiento Ordinario nº 263/12, ha sido promovido por **ELVIRA ABOGADOS S.L.P y PATES ZUBIA, S.L** representados por los Procuradores D. Jesús María de las Heras Miguel y Dª. Marta Paul Nuñez, asistidos por los letrados D. Andres Garrido y D. Aitor Medrano Zubizarreta, respectivamente, frente a la sentencia nº 26/13 dictada el 22 de abril de 2013 . Es parte apelada **Dª. Justa** representada por la procuradora Dª. Concepción Mendoza Abajo y asistido por el letrado D. Santiago García Ordoñez. Actúa como Ponente el Sr. Magistrado D. Íñigo Madaria Azcoitia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia cuyo FALLO es del tenor literal siguiente:

"Se acuerda estimar parcialmente la demanda presentada por la Procuradora D. ^a Marta Paúl Núñez en nombre y representación de la mercantil PATÉS ZUBÍA S.L. contra Elvira Abogados Sociedad Limitada a la que se condena al pago de **10.000 euros**, más intereses conforme señala el fundamento de derecho quinto de la presente resolución y desestimar íntegramente la demanda presentada contra D. ^a Justa , sin expresa condena al pago de las costas, asumiendo cada parte las suyas y las comunes, si las hubiera, por mitad".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recursos de apelación por las representaciones procesales de **ELVIRA ABOGADOS S.L.P y PATÉS ZUBIA, S.L** recursos que se tuvieron por interpuestos mediante proveído de fecha 14.06.13 dándose el correspondiente traslado a las partes por diez días para alegaciones, presentando la representación procesal de **D^a. Justa** escrito de oposición a los recursos planteados de contrario, así mismo ambas partes apelantes presentaron escritos de oposición a sus recursos así como al de la parte apelada, remitiéndose seguidamente los autos a esta Audiencia Provincial para resolver el recurso de apelación, con emplazamiento de las partes por término de diez días.

TERCERO.- Personadas las mismas y recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala con fecha 02 de septiembre de 2013 se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia, al Ilmo. Sr. Magistrado D. Íñigo Madaria Azcoitia. Por proveído de fecha 11.09.13 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 17 de septiembre de 2013 y la composición de la Sala.

CUARTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- En la demanda inicial del proceso, patés Zubia, S.L. ejercita frente a los codemandados, Elvira Abogados S.L.P. y Dña. Justa (Procuradora de los Tribunales) una acción de responsabilidad contractual y subsidiariamente extracontractual, sobre la base de los siguientes hechos:

Patés Zubia, S.L. contrató los servicios profesionales de los demandados para la interposición de una demanda de nulidad de un contrato marco de operaciones financieras y seis de confirmación de permutas financieras de tipo de interés, frente a Banco Santander. Demanda que fue presentada el 15 de octubre de 2010, previo otorgamiento de correspondiente poder de representación a la procuradora Sra. Ariño, y bajo la dirección jurídica de Elvira Abogados, S.L.. El juicio correspondió al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Bergara, donde se dictó sentencia el 6 de octubre de 2011 , desestimando la demanda, con imposición de costas a la demandante.

Contra la sentencia cabía interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días desde la notificación.

La sentencia fue notificada a la Procuradora Sra. Ariño el 7 de octubre de 2011. Ésta remitió copia de la sentencia mediante e.mail al correo electrónico de Elvira Abogados, S.L., recibiendo la confirmación de su recepción por el destinatario. El doc. nº 13 de la demanda, folio 223, muestra el "OK" que la Sra. Justa recibió confirmando la recepción del anterior. En el mismo consta lo siguiente:

De: "ELVIRA ABOGADOS" <despacho@elviraabogados.com>

Para: " Justa " < DIRECCION000 >

Enviado: viernes, 07 de octubre de 2011 12:19

Adjuntar ATT00218.txt

*Asunto: Leido *****SPAM*****PATES ZUBIA/BANCO SANTANDER.*

Su mensaje

Para: Salvador

*Asunto: *****SPAM*****PATES ZUBIA/BANCO SANTANDER.*

Enviado: 07/10/2011 11:48.

Pasado el plazo de veinte días para la interposición del recurso de apelación sin presentarse el correspondiente escrito, la sentencia devino firme.

Pates Zubia, S.L. interpuso la demanda que dió lugar al presente proceso al considerar que ambos demandados incumplieron sus obligaciones y como consecuencia de esa negligencia la actora perdió la oportunidad de recurrir una sentencia que le era desfavorable. Por ello interesó en el suplico que se condene a ambas demandadas, a que solidariamente le indemnicen con la cantidad de 49.061'16 euros, correspondiente al importe de las liquidaciones negativas ya abonadas como consecuencia de los swaps suscritos con Banco Santander, cuya declaración de nulidad se perseguía, y los gastos producidos en el juicio cuya sentencia no se recurrió, así como las cantidades que en el futuro le sean cargadas por dichos contratos.

Elvira Abogados, S.L. contestó a la demanda, alegando que en ningún momento tuvo conocimiento de la notificación de la sentencia en cuestión, que nunca se recibió en el ordenador del despacho del letrado, ya que entró automáticamente en la cuenta de correo como SPAM, y automáticamente el sistema lo envió a la papelería, perdiéndose. Rechaza asimismo la indemnización interesada al entender que el letrado actuante no incurrió en ningún tipo de negligencia, señalando que las cantidades reclamadas son en todo punto improcedentes, ya que en ningún caso se podrá obtener por ésta vía lo que ya se solicitó en el primer juicio celebrado en los Juzgados de Bergara, y todo ello sin olvidar, que según su criterio era muy dudoso que el hipotético recurso, no presentado, hubiera prosperado en los términos señalados, correspondiendo en todo caso y de forma subsidiaria una indemnización por la "pérdida de oportunidad".

La Sra. Justa se opuso a la demanda. Alegó en primer término desconocer las conversaciones del abogado y el cliente, así como la voluntad de éstos de recurrir o no la sentencia. En segundo lugar señaló que efectivamente remitió por correo electrónico la sentencia al despacho de abogados cuando le fue notificada por el Juzgado. Finalmente añadió que no se ha producido un evidente perjuicio a la entidad demandante, ya que la sentencia desestimatoria de su pretensión estaba debidamente argumentada y había pocas posibilidades de prosperabilidad del recurso de apelación, rechazando finalmente las cantidades objeto de reclamación, ya que la entidad actora pretende trasladar a los profesionales demandados lo que no le fue reconocido inicialmente por vía judicial.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda presentada frente al despacho de abogados y la desestima frente a la procuradora. Considera probado que "la procuradora comunicó al despacho de abogados codemandado la sentencia, y que al llegar al servidor de éste último, en vez de pasar a la bandeja de entrada, pasó a ser spam, pero quedó constancia en el despacho de la primera de que el mismo había llegado y sido leído, quedando constancia de su recepción". Por ello desestima la demanda frente a ésta, pues entiende que no tenía obligación de hacer un recordatorio antes de que venciera el plazo del recurso y desconocía si se iba a recurrir o no. Fija la indemnización en la suma de 10.000 euros, que considera suficiente para reparar la pérdida de la expectativa del recurso, desestimando el resto de las pretensiones.

Frente a la sentencia, la codemandada Elvira Abogados, S.L. se alza en apelación al entender, en primer lugar, que la Juzgadora de instancia incurre en error en la valoración de la prueba al existir serias dudas de que la sentencia llegara a conocimiento del letrado dadas las deficiencias del sistema informático de comunicación empleado por la procuradora. En el segundo motivo, alega error en la aplicación del derecho, en cuanto a los arts. 30 y 42 del Estatuto General de la Abogacía. Y, finalmente, error en cuanto a la aplicación de intereses moratorios al no fijar en la demanda el "dies a quo" y no haber incurrido en mora, pues la cantidad se ha fijado en el juicio.

La demandante, Pates Zubia, S.L. apela asimismo la sentencia de instancia en relación con los pronunciamientos relativos a la desestimación de la demanda frente a la procuradora Sra. Justa y sobre el quantum de la indemnización.

SEGUNDO.- Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 del Código Civil, según la jurisprudencia, son: la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a los otros contendientes y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos, S.TS de 30 de noviembre de 1973.

La concepción clásica de la culpa se apoya invariablemente como elemento indispensable en la omisión de la diligencia exigible al agente. La posición moderna, en cambio, caracteriza la culpa por notas distintas de esa falta de diligencia y llega a hablar de una culpa social o culpa sin culpabilidad. El sentido clásico de la culpa civil parte de identificarla con negligencia, concepto que se opone al de diligencia; basado todo ello

en un criterio subjetivo. La culpa es desviación de un modelo ideal de conducta: modelo representado, una vez por la "fides" o "bona fides", y otra por la "diligentia" de un "pater familias" cuidadoso.

En la culpa el elemento intelectual del dolo (previsión efectiva) queda sustituida por el de "previsibilidad", o sea, la posibilidad de prever, y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente: no se ha creído efectivamente el efecto, pero se ha debido mostrar mayor diligencia para evitarlo. La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo (Sentencia de 9 de abril de 1963). La diligencia exigible ha de determinarse en principio según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso.

La medida de la diligencia exigible es variable para cada caso; según el artículo 1104 del Código Civil , dependerá de la naturaleza de la obligación y ha de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Según el mismo artículo, cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia. Es, pues, una medida que atiende a un criterio objetivo y abstracto. Exigible según las circunstancias es la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la situación concreta a persona razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificados por la clase de actividad a enjuiciar. Según este criterio objetivo, ha de resolverse la cuestión de sí el agente ha obrado con el cuidado, atención o perseverancia exigibles, con la reflexión necesaria y el sacrificio de tiempo precisos. Al respecto no es pues decisivo la individualidad del agente, sino las circunstancias que determinarán la medida necesaria de diligencia y cautela. Apunta también a un criterio de valoración de la culpa civil la facultad de moderación de la responsabilidad que procede de diligencia, concedida a los Tribunales según los casos por el artículo 1103 del Código Civil . Pero también ha de tenerse en cuenta un aspecto subjetivo, en cuanto al sujeto que obra le es posible prever las circunstancias del caso concreto. Ha de atenderse no sólo a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino también al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecte, S.TS. 8 de mayo de 1986 .

TERCERO - El recurso de Elvira Abogados, S.L.P. persigue su absolución frente a la demanda. A tal fin afirma que "es cierto que la procuradora remitió un correo electrónico al que dice haber adjuntado la sentencia, extremo no confirmado, pero dicho correo, que no es un sistema seguro de comunicación y menos aun de adjuntar documentos, entró en la cuenta del destinatario como spam por lo que el propio sistema lo derivó a la papelera y por ello no fue leído por el destinatario aun cuando, por razones que el perito informático expone en su informe, pudiera aparecer la expresión leído en el sistema del remitente".

Por tanto Elvira abogados S.L.P. asume que efectivamente, como acredita la documental consistente en la copia del acuse de recibo, la procuradora remitió un correo electrónico al destinatario "Elvira Abogados" y el sistema de éste devolvió la confirmación de la recepción, donde consta "leído" y categorizado como "SPAM". La gestión del correo electrónico recibido en la cuenta de "ELVIRA ABOGADOS" y la aceptación de éste sistema para la recepción de comunicaciones, sienta la base de la responsabilidad en la insuficiente explicación de la causa que determinó la categorización del correo como spam (basura) y propició su destrucción o desviación sin comprobar su contenido, lo que añade una agravación del riesgo. El informe pericial que presentó ésta, folio 335, pone de relieve la posibilidad de que el sistema "...enviase el acuse con o sin intervención humana dependiendo del grado de automatización de la configuración del programa". Lo cual significa que en cualquier caso, bien en la definición del automatismo o en la destrucción manual del mensaje, es la intervención humana del propio usuario la que propicia la ignorancia y desconocimiento en la recepción de un correo trascendente que en definitiva causó un perjuicio para el cliente, al devenir firme una sentencia que le era desfavorable y que pretendía recurrir.

La causalidad está definida y la creación de un riesgo, más allá incluso de lo admisible como riesgo ordinario de la vida, agravado por la referida falta de control o revisión siquiera somera de la bandeja de spam, permite deducir además un criterio de imputación objetiva del resultado, pues la omisión del deber de cuidado se muestra jurídicamente reprobable desde los parámetros de diligencia exigibles en la concreta actividad profesional que desempeña la recurrente, donde la recepción de las notificaciones judiciales y el conocimiento de los actos procesales que abren un plazo, se muestra de singular atención para preservar los intereses del cliente. Para ello indudablemente se debe extremar la diligencia en el control y gestión del correo electrónico cuando éste es admitido como un medio de comunicación con la representación causídica del cliente. Tanto la irregular gestión del correo recibido, con la emisión del acuse de recibo y la expresión "leído", como la eliminación del spam sin un control mínimo, siquiera el examen del remitente y asunto, lo que hubiera permitido descubrir el error, constituyen elementos de imputación suficientes en los términos expresados.

El desconocimiento de que la sentencia se había dictado y notificado impidió la eventual interposición del recurso, pero éste desconocimiento tiene causa precisamente en el deficiente o inseguro funcionamiento en la recepción del correo electrónico, lo cual representa ya la generación de un riesgo, no sanado o limitado por una razonable y exigible diligencia consistente en comprobar que efectivamente el correo categorizado como spam efectivamente es desechable o si por error se ha desviado un correo que realmente es relevante. Si como informa el perito al cambiar la selección o una vez visto en el panel, el sistema reenvía un correo de conformación de la recepción como "leído" el error es imputable a Elvira Abogados S.L.P. pues en el sistema que gestiona es donde se genera una confirmación desviada de la realidad.

La eventual responsabilidad de la procuradora, sin perjuicio de constituir una causa concurrente no constituye un hecho relevante en la causalidad e imputación objetiva del resultado de Elvira Abogados, S.L.P., pues ésta, de haber observado la diligencia referida, indudablemente hubiera podido alcanzar el conocimiento de la existencia de una comunicación remitida por la procuradora Sra. Justa y que se trataba del asunto " PATES ZUBIA/BANCO SANTANDER", como claramente consta en el correo, con lo cual podía, de haber observado diligentemente éste dato, realizar las gestiones o comprobaciones necesarias para aclarar o conocer que efectivamente se había producido la notificación de la sentencia y su contenido. Por ello la cuestión que suscita la recurrente sobre si realmente el correo adjuntaba o incorporaba el texto de la sentencia se muestra secundaria e irrelevante a efectos de la responsabilidad analizada, pues de haber comprobado o controlado la existencia del correo, erróneamente desviado como spam, la comprobación u obtención del texto verificando el correo con la propia procuradora no revestía ninguna dificultad y era una consecuencia evidente de ésa comprobación.

El motivo del recurso debe ser desestimado.

CUARTO. - La recurrente, Elvira Abogados, S.L.P. muestra también su disconformidad con la sentencia en lo referente a los intereses moratorios, al considerar que la propia demandante no fija el "dies a quo" y, en segundo lugar, porque la cantidad se ha determinado en el peito y por tanto no era líquida.

La demandante solicitó en su demanda "los intereses previstos en los artículos 1101 y 1108 del Código Civil , y los intereses legales del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde que se dicte la sentencia de primera instancia". Expresión que indudablemente comprende la reclamación de los intereses moratorios y los procesales de naturaleza legal. Intereses moratorios que en su expresión, conforme resulta del art. 1100 del Código Civil , han de referirse necesariamente a los devengados desde que el deducor se constituye en mora, es decir "desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación". No constando una fecha anterior, es indudable que la presentación de la demanda significa el momento inicial a partir del cual se ha exigido el cumplimiento de la obligación.

En segundo lugar, conforme reiterada jurisprudencia, la reducción en la sentencia de la cantidad inicialmente reclamada no significa que la deuda fuera ilíquida a efectos del devengo de intereses. Así, en un supuesto de responsabilidad por culpa, la S.TS. 29 de abril de 2004 resalta que "es también reiterada la doctrina de esta Sala que no impide la condena al pago de intereses moratorios el hecho de que se minore la cantidad reclamada" pues, como señala la S.TS. de 27 de febrero de 1996 : el brocardo "in iliquidis mora non contrahitur" es incompatible con la naturaleza de la deuda nacida de la responsabilidad extracontractual, pues no es una deuda de suma, sino resarcitoria o compensatoria del daño experimentado, que trata de colocar al dañado en la misma situación que tenía antes de ocurrir el hecho lesivo, o, si no es posible, compensarle por esta imposibilidad.

Por todo ello el motivo debe ser asimismo desestimado.

QUINTO .- La actora, Patés Zubia, S.L., reitera la demanda frente a la procuradora Sra. Ariño. A tal efecto, sentada la base fáctica antes referida sobre la remisión del correo electrónico a la dirección " *despacho@elviraabogados.com*" y la recepción del correspondiente acuse de recibo con las expresiones "leído" y "SPAM", debemos reseñar la S.TS. de 18 de febrero de 2005 , citada por la demandante, conforme a la cual: *según el art. 5-2 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 4º del mismo artículo venía asimismo obligado a tener al corriente del curso del negocio confiado no sólo al Letrado sino también al cliente, disposiciones ambas incorporadas a su vez a los apartados 3 y 5 del art. 14 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de 1982, art. 14.3 y art. 14.5, 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 primer lugar, la profesionalidad.

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.

Conforme al art. 26.2.2º LEC , el Procurador está obligado, entre otros, "a transmitir al abogado elegido por su cliente o por él mismo, cuando a esto se extienda el poder, todos los documentos, antecedentes o instrucciones que se le remitan o pueda adquirir, haciendo cuanto conduzca a la defensa de los intereses de su poderdante, bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario".

Es indudable que a la obligación de transmitir al abogado todos los documentos, antecedentes etc., se añade la de hacer cuanto conduzca a la defensa de los intereses de su poderdante, y por tanto la mera justificación de que remitió el documento y que éste fue recibido en la dirección de correo electrónico del destinatario se muestra insuficiente si además no se comprueba la eficacia de esa comunicación cuando pende un plazo perentorio y cercana la preclusión del acto procesal, art. 136 LEC , en este caso la interposición del recurso, no se tienen noticias siquiera sobre si el recurso será interpuesto o definitivamente se decidió no hacerlo, pues esa incertidumbre deja abierta la posibilidad de que la oportunidad de recurrir se pierda definitivamente y por ello el procurador no puede dejar en la duda el interés de su representado sin cerciorarse de que realmente no se va a recurrir o recordando con la debida antelación al abogado o al propio cliente el próximo cumplimiento del plazo.

En el supuesto de autos, esa concreción del deber de diligencia se ve infringida no sólo en los términos de esas generales obligaciones profesionales, sino que asimismo se agrava ante la evidencia de que recibió el acuse de recibo o confirmación de la recepción con la evidente y manifiesta expresión de que se categorizó como "SPAM", algo que no puede escaparse a su atención como usuaria del correo electrónico, pues si realmente con ése mensaje se aseguraba de que su comunicación se había recibido, al mismo tiempo le estaba advirtiéndole que el receptor valoró como "basura", por tanto sin interés, el correo recibido, y por ello debió extremar las medidas de comprobación para asegurarse que pese a esa incidencia el destinatario tenía conocimiento del acto procesal y de la iniciación del plazo para interponer recurso. Más si avanzado el plazo perentorio no había recibido instrucción alguna ni la confirmación de que la sentencia no se recurriría, lo cual le obligaba a cerciorarse de la recepción y de que no se presentaría recurso, pues en otro caso, de ser voluntad del cliente y letrado presentar el recurso, debía estar expectante para la presentación en plazo del escrito correspondiente, constitución del depósito y pago de la tasa.

En esa situación es evidente que la demandada debió bien comprobar que la recepción se produjo efectivamente o, en otro caso, comprobar que no se recurriría o avisar de que el plazo se agotaba. Con cualquiera de éstas acciones, lógicas y exigibles en su ámbito profesional, habría puesto los medios necesarios para velar por los intereses del cliente y al no hacerlo incurrió en una negligencia causante de la responsabilidad exigida y reclamada con la demanda, que debe ser estimada en este aspecto. Responsabilidad que además es solidaria con la exigible al letrado desde la propia concreción judicial de la misma, como obligaciones "in solidum" que dimanen de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que han concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, S.TS. de 14 de marzo de 2003 .

SEXTO. - Patés Zubia, S.L.P. muestra asimismo su disconformidad con la indemnización fijada en la sentencia de instancia. En concreto considera que la Juzgadora reconoce una indemnización meramente testimonial, sin la motivación requerida, y no hace el correspondiente juicio de prosperabilidad del recurso de

apelación de la sentencia desfavorable, a efectos de concretar el quantum indemnizatorio. Considera, con cita de numerosas sentencia, que tanto esta Audiencia Provincial de Álava como la de Guipuzkoa, han resuelto numerosos supuestos semejantes en favor de la anulación de los contratos de permutas financieras. Refiere concretamente la valoración que respecto al supuesto de su cliente y los contemplados en las sentencias citadas se hace sobre: a) la falta de conocimientos financieros; b) información precontractual y entendimiento del contrato; c) cláusula de cancelación anticipada; d) idoneidad objetiva de las permutas; y, e) inexistencia de actos propios. Aspectos que considera no fueron debidamente tratados en la sentencia y por ello considera que existía un "altísimo" grado de probabilidad de que el recurso de apelación, que no se interpuso por negligencia de los demandados, se estimara.

El Tribunal Supremo en S. de 30 de abril de 2010 , donde se trata un supuesto semejante al de autos, en el cual el recurso (en ése caso de casación) no se presentó en el plazo, y se declaró desierto, como consecuencia de que el fax comunicando la diligencia de ordenación no había sido recibido total o parcialmente por el abogado, pone de relieve lo siguiente:

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 , 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 , 3 de julio de 2008 , 23 de octubre de 2008 , 12 de mayo de 2009).

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 el supuesto de autos la sentencia de instancia razona acerca del daño moral, y sienta moderadamente el importe de la indemnización, pero rechaza cualquier análisis prospectivo de la oportunidad del recurso de apelación, al entender la juzgadora que no puede ejercer funciones de tribunal de segunda instancia o de revisión del procedimiento ya finalizado, teniendo en cuenta que si bien la Audiencia Provincial ha seguido un criterio favorable a las nulidades en ése tipo de contratos, sin embargo el Tribunal Supremo incide en la necesidad de acudir al caso concreto.

Razonamiento que sin embargo no puede conducir a rechazar integramente la procedencia de una indemnización del daño patrimonial en consideración al principio de proporcionalidad antes referido, pues si bien es cierto que no puede deducirse un criterio seguro sobre la prosperabilidad del eventual recurso de apelación, que no se interpuso, también lo es que no podemos deducir tampoco elementos suficientes para descartar la posibilidad, pues en nada cabe valorar como manifiestamente infundada o improcedente por cualquier razón la acción impugnatoria de la referida sentencia que desestimó la demanda de la actora. Ello bajo la consideración no sólo del criterio jurisprudencial, que reconoce la concurrencia en numerosos supuestos de nulidad del contrato por vicio del consentimiento fundamentalmente error, sino también desde la perspectiva de la singular posición de la demandante en relación con los concretos aspectos que destaca en su recurso, relacionados con los contratos de permuta financiera. Particularmente lo referido a la información, comprensión del contrato o desistimiento anticipado, en relación con los criterios de proporcionalidad y adecuación finalista del contrato a las necesidades que justificaron y dieron pie a su suscripción, teniendo en cuenta el perfil de la suscriptora de los contratos y su representante.

En consecuencia, sin entrar en un análisis exhaustivo, revisorio del fondo de la resolución que no se pudo recurrir, sin embargo, sí podemos valorar a los sólo efectos de éste juicio que la acción no podría calificarse como inviable y por ello cabía un margen razonable sobre su prosperabilidad, valorable a efectos de estimar procedente una indemnización por todos los conceptos referidos al daño patrimonial, que moderadamente, conforme al art. 1.103 del Código Civil, se puede estimar en la suma de 15.000 euros, adicionales al daño moral ya reconocido, estimando así el daño en su conjunto en la suma de 25.000 euros.

SÉPTIMO .- La parcial estimación de la demanda frente a ambas demandadas y la parcial estimación del recurso promovido por Pates Zubia, S.L., son causa suficiente para no hacer especial declaración sobre las costas de la instancia ni de la apelación, excepto respecto a las causadas con el recurso interpuesto por Elvira Abogados, S.L.P. con las que debe cargar ésta al ser desestimado. Todo ello conforme resulta de los arts. 394 y 398 LEC ..

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR PATES ZIBIA, S.L. Y DESESTIMANDO EL FORMULADO POR ELVIRA ABOGADOS S.L.P., AMBOS CONTRA LA SENTENCIA Nº 26/13 DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO SEGUIDO BAJO Nº 263/12 ANTE EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. SIETE DE VITORIA-GASTEIZ, DEBEMOS REVOCAR LA MISMA Y EN SU LUGAR :

1- ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA INICIAL PROMOVIDA POR PATES ZUBIA, S.L. FRENTE A ELVIRA ABOGADOS S.L.P. Y DÑA. Justa .

2- CONDENAMOS A LA DEMANDADAS A QUE SOLIDARIAMENTE PAGUEN A LA ACTORA LA CANTIDAD DE VEINTICINCO MIL EUROS (25.000 euros) CON LOS INTERESES MORATORIOS CORRESPONDIENTES DESDE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.

3- NO SE HACE ESPECIAL DECLARACIÓN SOBRE LAS COSTAS DE LA INSTANCIA, NI SOBRE LAS CAUSADAS CON EL RECURSO DE LA ACTORA, IMPONIENDO A ELVIRA ABOGADOS S.L.P. LAS CAUSADAS CON SU RECURSO.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, **si se acredita interés casacional** . El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 0008-0000-06-0368-13. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.