

Documento TOL1.353.313

Jurisprudencia

Cabecera: RESPONSABILIDAD CIVIL DE PROCURADOR POR NEGLIGENCIA PROFESIONAL, AL DECLARARSE DESIERTO UN RECURSO DE APELACIÓN. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO CAUSADO POR LA FALTA DEL RECURSO, NO SIMPLEMENTE POR LA POSIBILIDAD DE ÉXITO DEL MISMO.. Responsabilidad procurador documentos responsabilidad civil responsabilidad civil. Negligencia profesional procurador y declarado desierto recurso. Recurso de apelacion comparecencia tribunal superior de justicia desierto. Negligencia profesional abogado daño patrimonial moral perdida oportunidad procesal. Responsabilidad civil profesional procurador arrendamiento de servicios daño. Responsabilidad de procurador y indemnización y recurso declarado desierto y patrimonial y moral. Responsabilidad civil abogado costas tasación en ejecución de sentencia. Responsabilidad profesional de abogado recurso desierto. Responsabilidad procurador negligencia prescripcion. Desierto recurso apelacion falta de personacion

Jurisdicción: Civil

Ponente: [Clemente Auger Liñán](#)

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 28/02/2008

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 157/2008

Número Recurso: 110/2001

ENCABEZAMIENTO:

Procedimiento: Casación

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Febrero de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía nº 308/1994, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Colmenar Viejo, sobre responsabilidad civil por negligencia profesional, cuyo recurso fue interpuesto por la Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000", representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María de las Mercedes Blanco Fernández, siendo parte recurrida Don Ricardo, representado por el Procurador de los Tribunales Don Enrique Hernández Tabernilla.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Colmenar Viejo fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía número 308/1994, promovidos a instancia de la Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000", contra Don Ricardo, sobre responsabilidad civil de Procurador por negligencia profesional.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual se solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictase sentencia declarando: "1º. Que Don Ricardo ha incurrido en negligencia profesional grave, causando con ello perjuicios económicos a mi representada. 2º. Que se condene al demandado a satisfacer a la Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000" la indemnización correspondiente por su negligencia profesional, cuyo importe deberá ser fijado en el trámite de ejecución de sentencia. 3º. Que se condene al demandado al pago de las costas de este procedimiento."

Don Ricardo contestó la demanda, solicitando su desestimación con expresa imposición de costas a la parte demandante.

SEGUNDO. Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha de 23 de octubre de 1997, cuyo fallo fue el siguiente: "Que estimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Figueroa en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios URBANIZACIÓN000, contra Don Ricardo, quien ha comparecido en autos representado por el Procurador Sr. Ariza Colmenarejo, debo condenar y condeno a Don Ricardo a abonar a la parte actora la cantidad de CUATROCIENTAS MIL PESETAS (400.000 ptas). Las costas han de ser impuestas a la parte demandada".

TERCERO. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la actora y demandado, y, sustanciada la alzada, al número de rollo 1095/1997, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, dictó sentencia el 16 de mayo de 2000, desestimando los recursos de apelación interpuestos, condenando a cada parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada por su respectivo recurso.

CUARTO. La Procuradora de los Tribunales Doña Mercedes Blanco Fernández, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000", formalizó recurso de casación, que funda en los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del número 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente de lo dispuesto en el artículo 360, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

Segundo. Al amparo del número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber incurrido la sentencia que se impugna en infracción, por inaplicación de lo preceptuado en el artículo 1106 del Código Civil, y en la más reciente doctrina jurisprudencial sentada por esta Excma. Sala.

QUINTO. El recurso ha sido admitido, y dado traslado para impugnación del recurso de casación interpuesto, el Procurador de los Tribunales Don Enrique Hernández Tabernilla, en nombre y representación de Don Ricardo, presentó escrito oponiéndose al recurso de casación, solicitando su desestimación, y la

confirmación de la sentencia impugnada, con imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 7 de febrero en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. En los autos de que dimana el presente recurso de casación se ha sustanciado una reclamación de responsabilidad civil por actuación profesional negligente del Procurador de los Tribunales Don Ricardo. Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1). Que por sentencia de 10 de julio de 1990 (autos de juicio de menor cuantía número 423/1989) dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Colmenar Viejo, en juicio promovido por la entidad "Famco Internacional, S.A." (adquirente de la URBANIZACIÓN000, S.A., de terrenos de la 5ª fase de urbanización dentro del Plan Parcial de Cotos de Monterrey) contra la "Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000", cuya representación procesal ostentaba el demandado Procurador de los Tribunales Don Ricardo, se declaró nulo el acuerdo de 22 de octubre de 1989 de dicha Comunidad de Propietarios, por el que se limitó la circulación de camiones de carga superior a 16.000 kilos, por no ser la competente para adoptar tal acuerdo, al haberse ya cedido los viales al Ayuntamiento correspondiente, y se declaró que la actora "Famco Internacional, S.A" estaba exenta de contribuir a los gastos generales de conservación, mantenimiento y servicios de la Comunidad de Propietarios demandada durante los años 1988 y 1989 y sucesivos hasta que finalizaran las obras de urbanización.

2). Contra dicha sentencia, parcialmente estimatoria de la demanda, se interpuso recurso de apelación por la demandada "Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000", mediante escrito de 21 de julio de 1990, y admitido en ambos efectos mediante Providencia de 24 de julio de 1990 dictada por el Juzgado de Instancia, fueron las partes notificadas y emplazadas al día siguiente, a través de sus Procuradores, siendo el de la Comunidad demandada-apelante Don Ricardo, el cual no comunicó el emplazamiento al Letrado de la parte demandada hasta el 24 de octubre de 1990, de forma que no pudo personarse dicha parte dentro del término de emplazamiento, siendo declarado desierto el recurso de apelación mediante Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, de 22 de octubre de 1990 .

3). Interpuesta por la "Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000" demanda de responsabilidad civil por negligencia profesional del citado Procurador, al considerarle responsable de la declaración de desierto del recurso de apelación, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Colmenar Viejo dictó sentencia el 23 de octubre de 1997 , por la que, estimando parcialmente la demanda, se condenó a Don Ricardo a abonar a la parte actora la cantidad de 400.000 pesetas.

4). Interpuesto por ambas partes recursos de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, dictó sentencia el 16 de mayo de 2000 , desestimatoria de ambos recursos, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado. Interesa destacar que el Procurador demandado no ha recurrido en casación la sentencia de segunda instancia, aquietándose a la declaración de responsabilidad y a la condena al abono a la Comunidad de Propietarios de 400.000 pesetas que le ha sido impuesta.

De entre las consideraciones realizadas por la Audiencia, y partiendo de que la negligencia del Procurador no se discute, quedando centrada la controversia en si la indemnización fijada es la procedente, merecen ser destacadas las siguientes:

A). El día 11 de julio de 1990 se dictó otra sentencia en el mismo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Colmenar Viejo (autos 424/89, sobre impugnación de los acuerdos adoptados el 22 de octubre de 1989 por la Junta de Propietarios, siendo parte actora otra empresa y demandada la misma Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000, procedimiento en el que se había solicitado de forma imprecisa, según recoge la fundamentación jurídica de la citada sentencia, la nulidad de los acuerdos y la exigencia de unanimidad para la modificación de los mismos y el mantenimiento de la vigencia de los entonces actuales Estatutos, resultando absuelta la Comunidad de Propietarios demandada, sin imposición de las costas procesales a ninguna de las partes, haciéndose constar en la ya citada fundamentación jurídica que la Junta no podía modificar con la mayoría cualificada y estatutariamente prevista toda la materia que afectaba a la Urbanización, porque de esa mayoría había de quedar excluido todo lo regulado en el título constitutivo que, según aplicación analógica del artículo 16, regla primera, de la Ley de Propiedad Horizontal, debería hacerse por unanimidad, pero que al no atacar la actora alguno de los acuerdos en concreto no podía conocerse si la Junta de Propietarios se había extralimitado en sus competencias y, por ello, se tenía por válidamente tomados los acuerdos sin perjuicio de las acciones que a la actora correspondieran contra la Comunidad de Propietarios e, interpuesto recurso de apelación por la actora de este segundo procedimiento, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª, rollo 1113/90), mediante sentencia de 10 de marzo de 1992, confirmó la desestimación de la demanda sobre la base de la interpretación del artículo 22 de los Estatutos, válida constitución de la Junta de Propietarios y validez de los acuerdos por concurrencia de las mayorías cualificadas (75%) exigidas estatutariamente, recogiendo en su fundamentación jurídica que "con independencia de las dudas que pudiera suscitar el planteamiento formal de las cuestiones deducidas, como se pone de relieve en la sentencia impugnada, y como se resuelve en la misma, los acuerdos sobre los que se litiga se consideran adecuadamente aprobados y, en consecuencia, con desestimación del recurso deducido, se está en el caso de confirmar la resolución cuestionada".

B). Que la Comunidad de Propietarios actora (recurrente en casación), impugnaba la cuantía indemnizatoria al entender que en la valoración del daño ha de tenerse en cuenta la previsible importancia del daño causado y la mayor o menor posibilidad de éxito de la pretensión de la parte que no pudo actuar su derecho a la segunda instancia, por lo que entiende ha de dejarse para la fase de ejecución de sentencia la determinación del daño, al no conocerse a la fecha de la demanda ni el importe de las costas de la segunda instancia, a cargo de la Comunidad de Propietarios, ni el de la contribución a los gastos generales dejando de percibir de Famco Internacional S.a., o fijar su cuantía en 35.000.000 de pesetas, incluyendo en este concepto tanto el importe de las costas de la segunda instancia, ya tasadas, como el de la contribución a los gastos generales dejada de percibir por la firmeza de la sentencia desde 1988 a 1993.

C). en el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada en casación, se considera que: "En cuanto a la valoración económica del perjuicio real sufrido por la parte que se ha visto privada del ejercicio del derecho a la segunda instancia, cuestión siempre difícil, teniendo en cuenta que la demandante/apelante no cuantificó en la demanda los perjuicios económicos solicitando se determinasen en ejecución de sentencia sin fijar siquiera indiciariamente los parámetros o bases para tal determinación; y acreditados los daños morales ante la pérdida de esa segunda instancia, estima esta Sala que el valor de 400.000 pesetas fijado por la sentencia de instancia es adecuado y repara, en principio, la pérdida de la ahora actora del derecho fundamental de acceder a la segunda instancia agotando la vía judicial en defensa de sus intereses".

El único medio de aproximarse al alcance real de los posibles daños y perjuicios, es valorando la mayor o menor prosperabilidad o improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió irremediamente por la negligencia del Procurador, de modo que, sin sustituirse por lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello imposible, se llegue a una valoración razonable del daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante y a una ajustada cuantificación de la indemnización por este perjuicio real.

Cierto es que la actora solicitó la posposición de la determinación de los daños y perjuicios causados para la fase de ejecución de sentencia pero, también lo es, que en la demanda no relacionó siquiera los componentes del daño o perjuicio indemnizable. La actora, únicamente constató en dicha demanda, que la privación de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al no poder utilizar el recurso de apelación, le causó perjuicios económicos irreparables porque en virtud de la sentencia declarada firme no ha podido exigir a Famco Internacional S.A., la contribución a los gastos generales en 1988, 1989 y

sucesivos hasta la finalización de las obras de urbanización, cuando el mismo Juzgado y Audiencia Provincial, en otro procedimiento, dictaron sentencias estimatorias de la oposición de la Comunidad de Propietarios y declararon la validez de los acuerdos de 22 de octubre de 1988, es decir, la posibilidad de éxito del recurso de apelación de que fue privada se sustentó, a los efectos de determinar el daño, sin perjuicio de su cuantificación posterior, en la mera confrontación de las resoluciones dictadas en los dos procedimientos en que se atacaron los acuerdos de 22 de octubre de 1988, cuando de la lectura de las sentencias, dictadas por el mismo juez con un día de diferencia, se deduce la falta de similitud sustancial en el planteamiento de la cuestión, en lo debatido y en lo resuelto por el juzgador de instancia, en uno y otro procedimiento, pues en el que ha causado la presente reclamación se debate y resuelve la imposibilidad de adoptar acuerdos en sede comunitaria sobre competencias exclusivas de la administración pública local y sobre la imposibilidad de modificar materias reguladas por el título constitutivo mediante las mayorías estatutarias alegadas por la entonces demandada, al considerar el juzgador de instancia que las materias reguladas por el título constitutivo están sometidas a la regla de la unanimidad, y en el segundo procedimiento únicamente se discute y resuelve la validez de los acuerdos desde el punto de vista de su regularidad formal en la adopción conforme a las mayorías cualificadas estatutariamente exigidas, poniendo de manifiesto la sentencia de instancia la dificultad de resolver la cuestión desde otro punto de vista ante la imprecisión de la demanda y falta de ataque de los concretos acuerdos, pero introduciendo en su fundamentación, como obiter dicta, que las materias reguladas por el título constitutivo están sujetas a las reglas de la unanimidad, lo cual es nuevamente puesto de manifiesto por la sentencia de apelación, dificultad que no existió en el primer supuesto, por lo que las "grandes" posibilidades de éxito del recurso de apelación de que fue privada la actora, en cuanto nacidas de la mera confrontación de las sentencias dictadas en ambos procedimientos, según lo expuesto por la actora en su demanda en apoyo de la existencia de perjuicios cuya cuantificación posponía para ejecución de sentencia, no son tan claras como pretende y no se han facilitado otros daños de los que poder extraer esa amplia posibilidad de éxito del recurso que, incluso en esta alzada, alega la actora/recurrente.

En momento alguno se manifestó por la actora en primera instancia que el perjuicio real causado y, por tanto, la cuantía indemnizatoria había de venir valorada (índice de determinación del daño) de acuerdo con el parámetro que refiere en esta alzada, esto es, con las costas causadas por la declaración de recurso desierto, únicas a las que puede referirse ya que las costas de primera instancia no se impusieron a ninguna de las partes en uno u otro procedimiento y ese concepto, aparte de no alegado en su momento cuando podía y debía serlo (la alegación y acreditación del daño no puede quedar pospuesta a la ejecución de sentencia), es irrelevante a los efectos de la pretendida elevación de la cuantía indemnizatoria porque debe estimarse que, dada la escasa cuantía que puede alcanzar su tasación (personación del apelado mediante escrito que no exige firma de Letrado), ha sido tenido en cuenta, como índice de determinación del daño, en la fijación del importe de la indemnización en la sentencia de instancia, esto es, en la fijación del importe de 4000.000 pesetas.

No puede elevarse la cuantía indemnizatoria con base en los índices de determinación o parámetros pretendidos por la actora/apelante, ni dejarse su determinación a la fase de ejecución de sentencia, porque "las grandes posibilidades de éxito" del recurso de apelación, en cuanto derivadas de la confrontación de las sentencias dictadas en ambos procedimientos, como índice de valoración del daño, no constan en absoluto y la cuantía fijada por el juzgador de instancia se muestra ajustada al perjuicio real derivado de la pérdida de la segunda instancia, teniendo en cuenta las pérdidas patrimoniales definitivas de la actora a consecuencia del resultado del litigio y las descartadas grandes posibilidades de éxito del recurso de apelación".

SEGUNDO. Atendiendo al orden lógico de las cosas, se estima necesario alterar el orden de examen de los motivos del recurso, empezando por el segundo, que se formula al amparo del número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido la sentencia que se impugna en infracción, por inaplicación, de lo preceptuado en el artículo 1106 del Código Civil, y en la más reciente doctrina jurisprudencial.

Se alega en el motivo que en la fijación de la indemnización y perjuicios no se ha tenido en cuenta el lucro cesante, las ganancias dejadas de obtener como consecuencia de que, de haber prosperado el recurso de apelación, hubiera entrado en el patrimonio de la Comunidad de Propietarios una cifra muy superior a los 35.000.000 de pesetas. De las sentencias del Tribunal Supremo que cita, extrae la recurrente que el Tribunal debe examinar detalladamente las mayores o menores posibilidad de éxito de la pretensión de la parte, si hubiera podido haber sido defendida oportunamente de no haberse dado la negligencia, y, con

mención concreta de la Sentencia de 28 de enero de 1998 , sostiene que hay que identificar el daño con el derecho litigioso a la hora de fijar la indemnización, y en el caso que nos ocupa el derecho litigioso que no pudo defender la Comunidad de Propietarios fue de importe que superaría los 35.000.000 de pesetas, si bien su cuantificación debería hacerse en ejecución, y sin perjuicio de contabilizar también la que resulte pertinente por el concepto de daños morales.

En relación a lo planteado, en la Sentencia de esta Sala de 27 de julio de 2006 , que resuelve sobre un supuesto de responsabilidad, se recogen una serie de consideraciones que conviene señalar, por su aplicabilidad al caso que nos ocupa. Así, sobre el daño moral, se considera en la misma 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, pero precisando que deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, 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. En cuanto a la distinta valoración del daño moral y del patrimonial se declara que el mayor margen de discrecionalidad en la determinación del importe de la indemnización correspondiente a la producción de daños morales, y el menor en el caso de la correspondiente a los daños patrimoniales, está en relación con su respectiva naturaleza, aunque, en puridad, no depende directamente de ella, sino más bien de la certeza que se tiene en cuanto a su producción. El daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia que inveteradamente viene poniendo de manifiesto. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas. El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto, por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, si admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, como si de éste se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto. Esto ocurre cuando el daño ha consistido en la privación irreversible de la posibilidad de obtenerlo, es decir, en la pérdida de oportunidades para el que lo padece. Cuando el daño consisten 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 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 pueden existir en esta privación, al menos en circunstancias normales. Asimismo, la STS de 21 de marzo de 2006 declara que "en supuestos de daños materiales, como son los aquí reclamados, Esta Sala ha fijado el quantum indemnizatorio en lo dejado de percibir o que pudiera haberse obtenido, de no mediar la conducta negligente del Abogado o Procurador, así en sentencias, entre otras, de 17 de noviembre de 1995, 28 de enero y 3 de octubre de 1998 , pero siempre cuando la existencia del daño, atendidas las circunstancias, se revelaba de forma patente e indiscutible".

La aplicación de la expuesta doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa determina, pues, la necesidad de proceder al análisis de las posibilidades de éxito del recurso de apelación que se frustró por la negligencia del Procurador, que dio lugar a la declaración del mismo como desierto.

En pos de la prosperabilidad del recurso de apelación declarado desierto, la parte recurrente no vierte un solo argumento, si bien durante la sustanciación del procedimiento en la primera instancia defendió que el recurso tenía grandes posibilidades de éxito, sobre la base de la confrontación del litigio con otro en el que igualmente se demandaba la nulidad de los acuerdos adoptados el 22 de octubre de 1989 frente a la Comunidad de Propietarios ahora recurrente. Tal alegación, en la que no se insiste en esta sede casacional, fue rebatida de modo pormenorizado, preciso y acertado por la Audiencia en el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada, que ha sido anteriormente transcrito, y a cuyas acertadas razones procede remitirse.

Pues bien, en el presente supuesto no puede concluirse, que la pérdida de oportunidad procesal, en este caso de la segunda instancia, por la negligencia del Procurador haya de suponer la fijación de una indemnización equivalente al interés económica o derecho litigioso, como sostiene la parte recurrente, siendo necesario proceder al análisis de las posibilidades de éxito de la acción. Ya hemos dicho que la prosperabilidad del recurso basada en pronunciamiento de la Audiencia sobre nulidad de acuerdos adoptados por la Comunidad actora no puede ser acogida, pero es que, yendo, incluso, al examen de lo considerado en la sentencia de primera instancia que no pudo ser recurrida en apelación, dictada el 10 de julio de 1990 , ha de tenerse por acertado el que se entendiese que uno de los acuerdos adoptados el 22 de octubre de 1989 por la Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000", relativo a la limitación del peso de los camiones que circularan por los viales a 16 toneladas, era nulo por contrario a la ley, al invadir las competencias administrativas, ya que los viales de la urbanización se encontraban cedidos al Ayuntamiento desde el 31 de marzo de 1989; así como que se declarase que la entidad actora "Famco Internacional S.A" no estaba obligada a contribuir a los gastos de comunidad antes de haber finalizado la urbanización de la fase 5ª, ya que ello entrañaba la modificación del título constitutivo, y la Comunidad de Propietarios no podía modificarlo sin la unanimidad prevista en la regla primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal , como es, por otra parte, doctrina reiterada de la Sala (SSTS de 29 de julio de 1996 y 19 de mayo de 2006 , entre otras). El Procurador demandado se ha aquietado a la indemnización fijada, que por otra parte se estima adecuada, atendiendo a las escasas posibilidades de éxito de la acción y el daño, no patrimonial, por la pérdida de la oportunidad procesal, enraizado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por todo lo cual el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO. El motivo primero del recurso se formula al amparo del número 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente de lo dispuesto en el artículo 360, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 .

Alega la parte recurrente, actora en la instancia, que el Tribunal de apelación no ha aplicado, cuando debió hacerlo, el artículo 360 de la LEC , porque a pesar de haberse interesado la fijación de los daños en la ejecución de sentencia, dada la imposibilidad de fijarlos a lo largo del proceso, y sin tener criterios suficientes a su alcance para fijar y determinar el "quantum" indemnizatorio, dictó sentencia concretando su importe, que se aduce insuficiente, sin explicar criterio, base o baremo para cubrir los daños reales irrogados a la comunidad de Propietarios. Se sostiene la procedencia de abrir el incidente del artículo 928 y siguientes de la LEC para determinar el importe de los daños y perjuicios sufridos por la Comunidad recurrente.

El examen de lo argumentado por la parte recurrente no puede desligarse de lo considerado al tratar del motivo segundo del recurso sobre la necesidad de analizar las posibilidades de éxito del recurso de apelación frustrado, en relación con la indemnización a fijar en atención bien a la efectiva producción de un daño patrimonial, o bien a la mera indemnización por la pérdida de la oportunidad procesal, de modo que la indemnización no tiene que equivaler de modo insoslayable al derecho litigioso, como sostiene la parte, como si inexorablemente hubiera de ser estimada la acción en la que se perdió el recurso de apelación, siendo preciso el previo análisis de prosperabilidad de la acción. Siendo procedente la indemnización fijada en las instancias, al establecerse la misma sobre un daño asentado en la pérdida de un recurso con escasas posibilidades de prosperabilidad, debe igualmente ser desestimado este motivo.

CUARTO. La desestimación de los anteriores motivos, y con ello del recurso de casación, supone la imposición de las costas a la parte recurrente (artículo 1715. 3 de la LEC), con pérdida del depósito constituido.

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

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000", contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2000, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, rollo de apelación 1095/1997, autos juicio de menor cuantía número 308/1994, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Colmenar viejo, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el presente recurso, y con pérdida del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jesús Corbal Fernández. Vicente Luis Montés Penadés. Clemente Auger Liñán. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Clemente Auger Liñán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.