

Roj: **STS 2454/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2454**Id Cendoj: **28079110012015100307**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/05/2015**Nº de Recurso: **1891/2013**Nº de Resolución: **308/2015**Procedimiento: **Casación**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 9265/2013,**
STS 2454/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Mariana , representada ante esta Sala por la procuradora doña Rocío Blanco Martínez, contra la sentencia dictada el 21 de mayo de 2013 por la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 887/2011 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1359/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid, sobre **Responsabilidad Civil**. Ha sido parte recurrida Caja de Seguros Reunidos S.A., representado ante esta Sala por la procuradora doña M^a. Eugenia Fernández Rico, y doña Rosario , representada por doña Soledad Castañeda González.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO .- La procuradora doña Laura Lozano Montalvo, en nombre y representación de don Eulogio y doña Mariana , interpuso demanda de juicio ordinario en materia de **responsabilidad** civil contra doña Rosario y la Compañía Aseguradora Caja de Seguros Reunidos, Cia de Seguros y Reaseguros S.A. (CASER), en la que solicitaba se dictara sentencia « *por la que se declare la **responsabilidad** civil de la codemandada Sra. Rosario por la defectuosa preparación del Recurso de Casación contra la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que puso término en la instancia al Recurso Contencioso Administrativo tramitado bajo el número 2021/2003 -01, y se condene a ambas codemandadas a indemnizar, de manera conjunta y solidaria, por los daños y perjuicios causados a mis representados, en la suma de Trescientos un mil doscientos Euros (301.200.-?), más los intereses legales, así como al pago de las costas causadas en el procedimiento.* ».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 19 de mayo de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid y fue registrada con el núm. 1359/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

TERCERO.- La procuradora doña Soledad Castañeda González, en representación de doña Rosario , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba una « *sentencia por la que se absuelva a mi representada y as su aseguradora, con expresa imposición de costas a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ».

La procuradora doña María Eugenia Fernández-Rico Fernández, en representación de Caser, Caja de Seguros Reunidos S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «se dicte en su día sentencia por



la que se absuelva a mi representada y a su asegurada, con expresa imposición de costas a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez / Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid dictó sentencia de fecha 19 de julio de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

« *Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Laura Lozano Montalvo, en representación de D. Eulogio y Dña. Mariana , contra Dña. Rosario y CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (CASER), debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra ».*

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la parte demandante don Eulogio y doña Mariana .

La resolución de este recurso correspondió a la sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 887/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

« *FALLAMOS: Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Eulogio y Doña Mariana , contra la sentencia que con fecha diecinueve de julio de dos mil once pronunció el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia número cuarenta y seis de Madrid, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución; con imposición de las costas de este recurso a la parte apelante ».*

Interposición y tramitación del recurso de casación.

SEXTO.- La procuradora doña Rocío Blanco Martínez en representación de doña Mariana , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

« *Primer motivo.- Sobre la diligencia debida y la concurrencia de negligencia profesional. En base al art. 477.2.3º de la LEC , por infracción de los arts. 1101 , 1103 y 1104 del Código Civil , en relación con el art. 1544 del mismo y el art. 42 del Real decreto 658/01 de 22 de Junio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que lo desarrolla y complementa en lo que a las obligaciones asumidas por los abogados respecta, citándose entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 1992 , 11 de noviembre de 1997 , 25 de junio de 1998 , 26 de enero de 1999 , 8 de abril de 2003 y 14 de julio de 2005 .*

« *Segundo motivo.- Sobre la existencia del daño. En base al art. 477.2.3º de la LEC , por vulneración de los arts. 1101 , 1103 y 1104 del Código Civil y con complemento en el art. 78.2 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio , por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, por oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina del Tribunal Supremo denominada "perdida de oportunidad " en materia de **responsabilidad** contractual por negligencia profesional de abogado contenida, entre otras, en sus sentencias de 25 de junio de 1998 ; 26 de enero de 1999 ; 8 de febrero de 2000 , 8 de abril de 2003 , o las más recientes de fecha 14 de julio de 2005 y 14 de diciembre de 2005 . ».*

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 1 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue: « *LA SALA ACUERDA: 1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D.ª Mariana contra la sentencia dictada el 21 de mayo de 2013 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª, en el rollo de apelación nº 887/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1359/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Madrid. 2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que, en el plazo de VEINTE DÍAS, formalicen su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría ».*

OCTAVO.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición a la admisión del recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

NOVENO.- Por providencia de 25 de marzo de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de mayo del 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena,



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- De acuerdo con el relato de hechos contenido en la sentencia recurrida, los hoy demandantes D. Eulogio y D.^a Mariana contrataron los servicios profesionales de la abogada demandada Dña. Rosario para que formulara una reclamación contencioso-administrativa, pues consideraban que se había prestado una defectuosa asistencia médica previa y durante el nacimiento de su hijo Daniel , nacido el NUM000 de 1988, que le había provocado una minusvalía del 65% por retraso mental moderado, encefalopatía y de etiología sufrimiento fetal perinatal.

Tras la oportuna reclamación administrativa, los demandantes presentaron, en representación de su hijo, un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la Comunidad de Madrid y la Ciudad Sanitaria de la Seguridad Social La Paz, bajo la dirección profesional de la abogada demandada. Por auto de 9 de junio de 2003, la Sección 4^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional declaró su falta de competencia para conocer del recurso, remitiendo las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para que, como tribunal competente, las continuara. Entonces los demandantes, bajo la dirección profesional de la abogada demandada, formularon demanda de procedimiento ordinario contra la Comunidad de Madrid, la Ciudad Sanitaria de la Seguridad Social La Paz, los facultativos del Centro Sanitario que atendieron a Dña. Mariana , y la compañía aseguradora del centro, en reclamación de una indemnización de daños y perjuicios de 600.000 euros.

El 12 de julio de 2006 se dicta sentencia por la Sección 8^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , desestimatoria de la demanda de recurso contencioso-administrativo interpuesto sobre **responsabilidad patrimonial** de la Administración.

Los propios demandantes admiten que al no estar conformes con la sentencia dictada instaron a la abogado demandada para que preparara recurso de casación contra aquella resolución, confeccionando la abogada demandada un escrito preparatorio del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, fechado el 7 de septiembre de 2006, en el que se citaba como motivos del recurso el artículo 88.1. d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en cuanto a la aplicación del artículo 10 de la Ley General de Sanidad y el artículo 106.2 de la Constitución , la Jurisprudencia sobre estos preceptos, los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y la Jurisprudencia sobre ellos, y los artículos 1 , 25 , 26 y 28 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , y su Jurisprudencia, y el artículo 88. 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Por providencia de 11 de septiembre de 2006 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado el recurso de casación y acordó elevar las actuaciones a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Una vez presentado el escrito preparatorio del recurso de casación, los demandantes decidieron cambiar de abogado, y bajo la dirección de un nuevo profesional presentaron ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo el escrito de interposición del recurso, fechado el 25 de octubre de 2006.

Por auto de 29 de noviembre de 2007 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo declaró la inadmisión del recurso de casación interpuesto, al no haberse ajustado el escrito de preparación del recurso a las exigencias del artículo 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y no haber efectuado el juicio de relevancia.

2.- Los demandantes D. Eulogio y D.^a Mariana , actuando en beneficio de su hijo Daniel , en ejercicio de la patria potestad rehabilitada, interpusieron la demanda origen de este proceso en que le reclaman a ella y a la compañía aseguradora de su **responsabilidad** civil, Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros S.A (Caser), una indemnización de daños y perjuicios por importe de 301.200 euros al considerar que la abogada demandada Dña Rosario actuó con negligencia profesional al confeccionar el escrito preparatorio del recurso de casación, que determinó la inadmisión del recurso y, consecuentemente, la frustración de la pretensión indemnizatoria que, en interés de su hijo, formularon en el proceso contencioso-administrativo.

3.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que los demandantes recurrieron en apelación, desestimaron su pretensión y absolviéron a la abogada demandada.

La sentencia de la Audiencia Provincial consideró que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dejaba escaso margen al recurso de casación por cuanto que fundaba en una valoración probatoria la desestimación de la reclamación por entender que la actuación médica



fue correcta, por lo cual no apreciaban negligencia en la actuación de la abogada demandada al redactar el escrito de preparación del recurso de casación.

4.- La codemandante ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que basa en dos motivos.

SEGUNDO.- Formulación de los motivos de casación.

1.- El primer motivo del recurso de casación tiene el siguiente epígrafe: « Sobre la diligencia debida y la concurrencia de negligencia profesional. En base al art. 477.2.3º de la LEC , por infracción de los arts. 1101 , 1103 y 1104 del Código Civil , en relación con el art. 1544 del mismo y el art. 42 del Real decreto 658/01 de 22 de Junio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que lo desarrolla y complementa en lo que a las obligaciones asumidas por los abogados respecta, citándose entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 1992 , 11 de noviembre de 1997 , 25 de junio de 1998 , 26 de enero de 1999 , 8 de abril de 2003 y 14 de julio de 2005 ».

2.- El motivo se fundamenta alegando que la sentencia infringe la jurisprudencia que declara que el conocimiento de las normas relevantes para la resolución del caso, incluidas las procesales, y la jurisprudencia aplicable se encuentra dentro de la diligencia exigible al abogado, y entre los hechos probados de la sentencia recurrida está la comisión del error procesal consistente en el incumplimiento por la abogada demandada, al redactar el escrito de preparación del recurso, del requisito del juicio de relevancia exigido por el art. 89.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , lo que habría frustrado de modo irreversible las pretensiones de los demandantes.

3.- El segundo motivo del recurso se encabeza del siguiente modo: «Sobre la existencia del daño. En base al art. 477.2.3º de la LEC , por vulneración de los arts. 1101 , 1103 y 1104 del Código Civil y con complemento en el art. 78.2 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio , por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, por oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina del Tribunal Supremo denominada "perdida de oportunidad" en materia de **responsabilidad** contractual por negligencia profesional de abogado contenida, entre otras, en sus sentencias de 25 de junio de 1998 ; 26 de enero de 1999 ; 8 de febrero de 2000 , 8 de abril de 2003 , o las más recientes de fecha 14 de julio de 2005 y 14 de diciembre de 2005 ».

4.- El motivo se fundamenta, resumidamente, alegando que la consideración de que pese al incumplimiento del contrato y la privación a los demandantes de su derecho a utilizar los recursos legalmente previstos, no se ha producido daño, resulta contraria a la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Petición de principio.

1.- El recurso formulado por la demandante incurre en el vicio de petición de principio, pues presupone algo contrario a lo que ha sido declarado por la sentencia recurrida.

La actuación negligente que los demandantes imputaban a la demandada como base de la exigencia de **responsabilidad** civil profesional como abogada consistía en haber incurrido en un error procesal al redactar el escrito de preparación del recurso de casación que los demandantes le instaron a presentar tras obtener una sentencia desestimatoria de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pues omitió justificar la relevancia de la infracción de normas estatales o comunitarias europeas en el fallo de la sentencia que se pretendía recurrir.

La Audiencia Provincial consideró que en el escrito de preparación del recurso no se había cumplido con el requisito de justificar que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea había sido relevante y determinante del fallo de la sentencia, como exige el artículo 89.2, en relación al 86.4, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no porque la abogada demandada hubiera incurrido en error sino porque tal justificación no era posible dado que la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa recurrida fundaba la desestimación de la reclamación en una valoración probatoria, ya que consideró que la actuación médica fue correcta.

Por tanto, es incorrecto afirmar, como hacen los recurrentes, que la sentencia recurrida infringe los preceptos legales citados al declarar que no existe **responsabilidad** del abogado pese a haber incurrido en error procesal al redactar el escrito de preparación del recurso, puesto que la Audiencia Provincial no ha declarado que se haya incurrido en tal error.

El recurso de casación se apoya sobre un presupuesto incorrecto y construye la argumentación sobre la infracción legal existente sobre una base diferente de la que sentó la Audiencia Provincial.



2.- Como acertadamente afirma la Audiencia Provincial al inicio del fundamento cuarto de su sentencia, « *probablemente una de las actuaciones profesionales que presenta más dificultad en la práctica procesal, si no la que más, consiste en lograr la admisión de un recurso de casación* ».

El recurso de casación no es un recurso que pueda interponerse contra cualesquiera resoluciones y por cualquier causa. Es un recurso extraordinario que solo cabe contra algunas resoluciones judiciales y con base exclusivamente en motivos tasados. Por tanto, es un recurso muy diferente al recurso de apelación, y difícilmente sería admitido y menos estimado cuando la razón básica de la decisión adoptada en la sentencia fuera de naturaleza probatoria, pues en tal caso es más que improbable que la sentencia que se pretende recurrir incurra en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo en un modo relevante y determinante del fallo que se pretende recurrir, como exige el art. 86.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ., y el art. 89.2 de dicha Ley requiere que se justifique en el escrito de preparación, de modo que lo convierte en un requisito de admisibilidad cuando se interpone contra una sentencia dictada por un Tribunal Superior de Justicia.

3.- Una vez determinado que la sentencia recurrida niega que se haya incurrido por la abogada demandada en el error procesal que se le pretende imputar, carece de sentido cualquier alegación relativa al daño que sería consecuencia de dicho incumplimiento de los deberes profesionales de la abogada demandada, puesto que tal incumplimiento no se ha producido.

CUARTO .- Costas y depósito.

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas del recurso de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Mariana contra la sentencia de fecha 21 de mayo de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo Primera, en el recurso de apelación núm. 887/2011 .

2.- Imponer a los expresados recurrentes las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Saraza Jimena. Sebastian Sastre Papiol. FIRMADO Y RUBRICADO.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena** , 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.