



Roj: **STS 2580/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2580**

Id Cendoj: **28079110012021100443**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2021**

Nº de Recurso: **3704/2018**

Nº de Resolución: **456/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 9099/2018,**
STS 2580/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 456/2021

Fecha de sentencia: 28/06/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3704/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/06/2021

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 13.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3704/2018

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 456/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 28 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.^a Coral y por D.^a Carmen , D.^a Aurelia , D.^a Delfina , D.^a Alicia , D.^a Miriam y D. Avelino , representados por la procuradora D.^a Belén Jiménez Torrecillas, bajo la dirección letrada de D.^a María José Valera López, contra la sentencia n.º 217/2018, dictada por la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 837/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 978/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas. Ha sido parte recurrida Mancolliure, S.A., y D. Felipe y D. Cayetano , representados por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, y bajo la dirección letrada de D. D. Rafael Suárez de Lezo Cruz-Conde y D. Carlos Aguilar Fernández.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Belén Jiménez Torrecillas, en nombre y representación de D.^a Coral y por D.^a Carmen , D.^a Aurelia , D.^a Delfina , D.^a Alicia , D.^a Miriam y D. Avelino , interpuso demanda de juicio ordinario contra Mancolliure, S.A., y D. Felipe y D. Cayetano , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en virtud de la cual, y acogiendo los fundamentos jurídicos invocados por esta representación:

1.- Declare que los demandados don Felipe y don Cayetano incumplieron con su obligación de diligencia en la defensa de los intereses de sus clientes, los actores doña Coral , don Avelino , doña Miriam , doña Alicia , Doña Aurelia , Doña Carmen y doña Delfina .

2.- En consecuencia con lo anterior, condene a los demandados a indemnizar conjunta y solidariamente a mis representados en la cantidad de siete millones ciento ochenta y siete mil trescientos trece euros con cuarenta céntimos (7.187.313,40 €) por los daños y perjuicios sufridos, más otros trescientos veintisiete mil cuarenta y dos euros con setenta céntimos de intereses (327.042,70 €) en concepto de intereses de demora dejados de percibir.

3.- Subsidiariamente a lo anterior y para el supuesto de que el Juzgado no estimase el cálculo de intereses de demora efectuado por esta parte, condene a los demandados a indemnizar, conjunta y solidariamente a mis representados en la cantidad de siete millones ciento ochenta y siete mil trescientos trece euros con cuarenta céntimos (7.187.313,40 €) más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

4.- Y por último, condene a los demandados al pago de todas las costas procesales que pudieren ser causadas en el presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 29 de julio de 2016, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas, se registró con el n.º 978/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- El procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de Mancolliure, S.A., y D. Felipe y D. Cayetano , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que desestime la totalidad de las pretensiones ejercitadas por los demandantes y les condene al pago de las costas procesales, con lo demás procedente [...]".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza sustituta del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas dictó sentencia de fecha 14 de septiembre de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que con estimación de la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.^a Belén Jiménez Torrecillas en nombre de DOÑA Coral , DON Avelino , DOÑA Miriam , DOÑA Alicia , DOÑA Aurelia , DOÑA Carmen Y DOÑA Delfina , contra la entidad MANCOLLIURE, S.A. DON Felipe Y DON Cayetano , representados por el Procurador de los Tribunales Don Ramón Nogueira, debo declarar y declaro haber lugar a la misma condenando solidariamente a la parte demandada a que abonen a la actora la cantidad de 7.187.313,40 euros, más los intereses desde la interposición de la demanda.

Y, con expresa condena en costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Mancolliure, S.A., y D. Felipe y D. Cayetano .



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 837/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 25 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

Que estimando el recurso de apelación formulado por MANCOLLIURE SA, Don Felipe y Don Cayetano contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alcobendas en el procedimiento al que se contrae el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución acordando en su lugar la desestimación total de la demanda presentada por Dña. Coral, D. Avelino, Dña. Miriam, Dña. Alicia, Dña. Aurelia, Dña. Carmen y Dña. Delfina contra MANCOLLIURE SA, Don Felipe y Don Cayetano absolviendo a los mismos de todas las peticiones contenidas en demanda con expresa condena en costas de primera instancia a los demandantes.

Todo ello sin condena de las costas procesales de la presente alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Belén Jiménez Torrecillas, en representación de D.ª Alicia y otros, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMER MOTIVO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º de la LEC, se denuncia que la Sentencia recurrida infringe las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, infracción de las reglas sobre la debida distribución de la carga de la prueba previstas en los arts. 216 y 217 de la LEC.

SEGUNDO MOTIVO.- Infracción de lo dispuesto en los arts. 9, 24 Y 120 de la Constitución, 11 de la LOPJ, 218 Y 386 de la LEC, al incurrir en error patente, arbitrariedad e insuficiente valoración de la prueba practicada en la instancia".

El motivo del recurso de casación fue:

"MOTIVO ÚNICO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, por infracción de los arts. 1101, 1103, 1104 del CC2 y la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad contractual por negligencia profesional del abogado en relación con el art. 58 de la LEP3 y la doctrina jurisprudencial relativa al derecho a la retasación".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 3 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D.ª Alicia, D.ª Coral, D.ª Miriam, D.ª Delfina, D. Avelino, D.ª Aurelia, y de D.ª Carmen, contra la sentencia de fecha 25 de mayo de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimotercera, en el recurso de apelación nº 837/2017, dimanante del juicio ordinario nº 978/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas.

2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 483.5 y 473.3 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

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

4.- Por providencia de 10 de mayo de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 23 de junio de 2021, fecha en que ha tenido lugar por el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

1. *El objeto del proceso*

Radica en la demanda de reclamación de daños y perjuicios, en cuantía de 7.187.313,40 euros, más 327.042,70 euros, por intereses de demora dejados de percibir, por la culpa contractual, en que se afirma incurrieron los codemandados en la prestación de sus servicios profesionales como abogados, al haber dejado transcurrir los plazos legales sin formular petición de retasación en tiempo y forma, con respecto a 19 de las 21 fincas titularidad de los actores, cuyo expediente expropiatorio se les había encomendado, de manera que las formuladas fueron inadmitidas a trámite, por haber cobrado previamente el justiprecio sin reserva alguna, y todo ello pese a haber transcurrido el plazo de dos años establecido en la redacción entonces vigente art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa desde la determinación del justiprecio por la Administración.

2. Circunstancias fácticas concurrentes

Por acuerdos del Jurado de Expropiación forzosa de los años 2002 y 2003 se fijó el precio del metro cuadrado de las fincas expropiadas en 71,75 euros metro cuadrado.

Contra dicho acuerdo se interpusieron por los actores recursos contenciosos administrativos bajo la dirección de los demandados, que finalizaron por sentencias en las que se elevó el precio expropiatorio de las fincas litigiosas a 95,67 euros, que fue cobrado, en ejecución de sentencia, en los años 2005, 2006 y 2007.

En abril de 2008, cambió la normativa de valoración del suelo en virtud de Orden 116/2008, de 1 de abril, de la Consejería de Vivienda de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Los recursos más atrasados sobre otras dos fincas, ajenas a este litigio, la número NUM000 (19-20-21) y la número NUM001, fueron resueltos respectivamente por sentencias de 29 de febrero y 28 de julio de 2008, en que se elevó el justiprecio a los 95,67 euros metro cuadrado. Con respecto a dichas fincas sobre las cuales sí se hizo petición de retasación, antes del pago del justiprecio, concretamente los días 28 y 16 de abril de 2008, se determinó un valor de 162,91 euros m² que, con el 5% del valor de afección, se elevó a 171,06 euros.

3. La sentencia de primera instancia

El litigio se sustanció por los cauces del juicio ordinario 978/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas, con oposición de los demandados. El proceso finalizó por sentencia, en la que se estimó la demanda por el principal reclamado, con los intereses legales desde la interposición de la demanda y condena al pago de las costas procesales. En ella se consideró que los codemandados habían incurrido en negligencia profesional, al no haber solicitado la retasación de las fincas objeto de este proceso, y se determinó el daño aplicando el precio fijado para las dos fincas efectivamente retasadas.

4. La sentencia de segunda instancia

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia en la que, con revocación de la pronunciada por el juzgado, absolvió a los codemandados.

En dicha resolución se consideró, en síntesis, que los recurrentes habían asumido la gestión y defensa de los intereses de los actores en la tramitación de todo el procedimiento de expropiación. Ahora bien, la reserva a cobrar el justiprecio solo tiene sentido si se ha pedido la retasación antes de cobrar el precio. En cualquier caso, de pedirse la retasación, el nuevo justiprecio debe fijarse en atención a las circunstancias concurrentes en el momento de tal solicitud, lo que implica, en el caso presente, que la efectividad de la retasación fuera solicitada entre los años 2005 a 2007 y determinada conforme a los valores correspondientes a tales fechas. Se concluyó que no había prueba de que a tales datas se hubiera obtenido un precio superior, sin que fuera aplicable el de la retasación de 2008, determinado bajo la vigencia de un escenario normativo diferente.

La petición de la retasación entre 2005 y 2007 encerraba además otros riesgos tales como las incertidumbres sobre el contenido de las reformas legales, que se fraguaron en la Ley del Suelo de 2007 y sus disposiciones transitorias, que era prudente obviar, cobrando la indemnización determinada que era de por sí elevada al verse valorado el precio de suelo rústico como urbanizable, con lo que la posibilidad de seguirse un expediente de retasación no sería rentable.

En el fundamento de derecho sexto, se hace constar expresamente:

"El nuevo justiprecio se debe determinar conforme las circunstancias y elementos al tiempo de la solicitud. Los acuerdos del Jurado de Expropiación fijando los precios iniciales son de los años 2002 y 2003. Las actas de pago son de 2005, 2006 y 2007 (excluyendo las dos de 2008 sobre las que no existe polémica). Resulta así lo relevante el cambio de circunstancias o precio de venta anterior a Orden de 2008 y el incremento de precio que en su caso se pudo obtener pidiendo revisión antes del acta de pago de justiprecio, elemento que nos determinaría si fue correcto no pedir la retasación hasta después de la Orden de Abril de 2008 o si bien se debió pedir en su momento antes del cobro del precio y hacer reserva en el cobro del precio.



La demanda de la parte actora esta huérfana de prueba respecto este extremo central, se aporta y se compara en la demanda de la parte actora con las retasaciones presentadas después de abril de 2008 y que por circunstancias se pudieron presentar posteriores a la Orden de abril de 2008 pero no se aporta ni articula prueba alguna referente al posible precio de retasación que podría haber obtenido en retasación a fechas 2005, 2006 y 2007 por cada finca. No existe informe pericial en el que se realice tal retasación o tal pericial de retasación teniendo en cuenta todos los factores y elementos concurrentes [...]

[...] desconocemos porque motivo o porque razón no se aporta por la actora informe pericial para poder conocer qué precio se considera que se podría haber obtenido por su revalorización en los años 2005, 2006 y 2007 conforme los parámetros y normativa del momento y compararla con la obtenida en virtud de primera valoración a fecha 2002 y 2003. Tal carencia probatoria se intenta suplir por la defensa de la parte actora con una acumulación de documentación de la que no se puede extrapolar ni dilucidar cuál hubiese sido la retasación a fechas 2005, 2006 y 2007 de aquellos precios que fijados en virtud de jurado provincial de 2002 y 2003 luego fueron modificados por Sentencias de 2004 a 2007 del TSJ de Madrid. El grupo documental 15 de la actora nada aporta pues se trata de fincas que están en idéntica situación que las fincas NUM001 y NUM000 (19-20-21) pues se trata de retasaciones presentadas en tiempos posteriores a la Orden de Abril de 2008".

5º.- Recursos extraordinarios

Contra dicha sentencia los actores interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, a través de los cuales se pretende que se deje sin efecto la decisión de la Audiencia y se ratifique la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas.

SEGUNDO.- Examen del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

Se formula al amparo del art. 469.1 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por infracción de los arts. 216 y 217 de dicha disposición general.

En su desarrollo, se señala que se hace una indebida aplicación de la inversión de la carga de la prueba, en cuanto al valor de retasación de las 19 fincas en los años 2005, 2006 y 2007, y la consideración de que no podía aplicarse el valor asignado a las fincas retasadas a 2008. Se sostiene que el error cometido, por el tribunal provincial, consiste en considerar que sólo cabe la tramitación de la retasación si se solicita con carácter previo, al bastar la reserva al tiempo del cobro del justiprecio, considerando que el precio de las 19 fincas es el mismo que las dos fincas que accedieron a la retasación.

El recurso no puede ser estimado.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que establece que las reglas de distribución de la carga de prueba del art. 217 de la LEC únicamente se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quien, según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar y, por tanto, no ha de pechar con las consecuencias derivadas de la laguna o deficiencia probatoria (sentencias 333/2012, de 18 de mayo, 472/2015, de 10 de septiembre, 504/2015, de 30 de septiembre y 304/2021, de 12 de mayo, entre otras).

En definitiva, la teoría de la carga de la prueba es la de las consecuencias de la falta de prueba, según conocida y afortunada frase de la doctrina alemana.

Por consiguiente, no cabe confundir la carga de la prueba con la valoración probatoria, que es una operación previa; pues solo, tras concluir el tribunal que un determinado hecho trascendente para decisión del litigio no ha quedado debidamente acreditado, es cuando entran en juego las normas reguladoras del *onus probandi* (en este sentido, sentencias 636/2010, de 13 de octubre; 35/2012, de 14 de febrero y 561/2012, de 27 de septiembre).

Como señalamos en nuestras sentencias 468/2019, de 17 de septiembre y 141/2021, de 15 de marzo:

"La valoración probatoria se concibe como la actividad intelectual que ha de realizar el Juez a los efectos de determinar, con respecto a las afirmaciones fácticas realizadas por las partes, si éstas se han visto corroboradas por las pruebas propuestas y practicadas en el proceso, sometiendo a las mismas a un examen fundado en máximas de experiencia obtenidas por el propio Juez o establecidas en la ley, así como a través de los más elementales postulados de la lógica y la razón -sana crítica-, proceso que, además, ha de exteriorizar en la motivación de la sentencia, que zanja el conflicto judicializado sometido a su consideración".

En el caso presente, la Audiencia, tras la valoración de la prueba practicada, llega a la conclusión de que no cuenta con prueba para determinar cuál sería el valor de la retasación de las fincas en el caso de que se hubieran reservado los actores el uso de las facultades, que les ofertaba el art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, a las fechas de cobro del justiprecio.



Pues bien, atribuir tal deficiencia probatoria a la parte actora no vulnera las normas correspondientes a la carga de la prueba; toda vez que el daño es un requisito o presupuesto indeclinable para la existencia de la responsabilidad civil, cuya justificación, como hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria, corresponde demostrarlo a quien reclama, en este caso a los demandantes.

De esta forma hemos proclamado, con respecto a la responsabilidad civil de los letrados, que los requisitos exigidos para declararla, cuales son la falta de diligencia debida en la prestación profesional, el nexo de causalidad con el daño producido, así como la existencia y alcance de éste, corresponden acreditarlos a la parte que reclama la indemnización por incumplimiento contractual (sentencias de 14 de julio de 2005, rec. 971/1999; 21 de junio de 2007, rec. 4486/2000; 282/2013, de 22 de abril; 331/2019, de 10 de junio, o más recientemente 375/2021, de 1 de junio), con las consecuencias derivadas del juego normativo del art. 217.1 LEC, en los supuestos de insuficiencia probatoria.

Por otra parte, si se considera que existió un error en la valoración de la prueba no es la infracción del art. 217 de la LEC la procedente, y sí se estima que se llevó a efecto una incorrecta interpretación del derecho aplicable en cuanto a la reserva de tasación, tampoco es procedente el recurso por infracción procesal.

Por todo el conjunto argumental expuesto, este concreto motivo de recurso no puede ser estimado.

TERCERO.- Examen del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

El segundo motivo se construye sobre la base de la infracción de los arts. 9, 24 y 120 de la CE, 11 de la LOPJ, 218 y 386 de la LEC, al incurrir en patente arbitrariedad e insuficiente valoración de la prueba en la instancia.

En la sentencia de la Audiencia se razona que no se pueden tener por acreditados daños por pérdida de oportunidad, en atención a un juicio de prosperabilidad o pronóstico favorable a la retasación, con fundamento en las solicitudes que prosperaron con relación a las otras dos fincas titularidad de los actores. Se señala que es objeto central determinar el precio de las fincas en el momento en que se pudo solicitar la retasación, lo que exigiría determinar su valor entre los años 2005 a 2007, que se desconoce, por no existir al respecto prueba en autos, sin que sean extrapolables los valores de 2008 correspondientes a otras fincas, cuyas circunstancias no son las mismas de las que conforman el objeto de este proceso, sin que sea aplicable a las litigiosas la Orden de abril de 2008, que revaloriza el precio de los terrenos; todo lo cual es ampliamente motivado en la sentencia recurrida.

Es cierto que nuestro ordenamiento jurídico proscribire la valoración irracional de las pruebas, concebidas éstas como instrumentos de demostración de las afirmaciones fácticas de las partes. En la tesis expuesta, nuestro Tribunal Constitucional admite que la temática de la prueba se encuentre afectada por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (sentencia del Tribunal Constitucional 50/1988, 357/1993, 246/1994, 110/1995, 1/1996, de 15 de enero y más recientemente 61/2019, de 6 de mayo, entre otras).

No es de extrañar entonces que este tribunal, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrija, al amparo del art. 469.1 4º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad, que ha de presidir cualquier resolución judicial.

En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que:

"Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, "esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)".

De igual forma, las sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre o 681/2020, de 15 de diciembre y 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas.

Por su parte, las sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero y 208/2019, de 5 de abril, proclaman que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.



Pues bien, en este caso, se puede discutir jurídicamente, en la interpretación normativa del art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa (en adelante LEF), si cabe reserva de retasación al tiempo de cobrar el justiprecio, lo que puede constituir un error en la interpretación de la ley, que no conforma una infracción procesal objeto de recurso extraordinario de tal naturaleza.

Lo que valora la Audiencia es que el precio de retasación de las fincas, en 2005, 2006 y 2007, no resulta acreditado a través de una prueba documental, consistente en retasaciones de otras fincas, bajo condiciones de valoración no extrapolables a las litigiosas, al no concurrir identidad de razón. Y con respecto a tal apreciación no cabe sostener concurra una valoración arbitraria, manifiesta o patentemente errónea, de la prueba practicada.

Es más la propia parte actora, al formular recurso de casación, razona expresamente que: "En nuestro caso, ninguna alteración de los hechos se pretende. Partimos, con plena observancia de este requisito, de una total asunción de los hechos declarados probados por la sentencia de la Audiencia Provincial. Ni se discuten ni se alteran. Únicamente es objeto de este recurso de casación la interpretación, claramente errónea, que se desarrolla por el Tribunal de apelación al analizar el art. 58 en relación con el art. 50 LEF y elaborar el resto de su argumentación a partir de tal equivocado planteamiento".

Por todo ello, este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal tampoco puede ser acogido.

CUARTO.- Examen del recurso de casación

1. Motivo y desarrollo del recurso

Se interpone conforme a lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, por infracción de los arts. 1101, 1103, 1104 del CC, y la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad contractual por negligencia profesional del abogado, en relación con el art. 58 de la LEF y sobre el derecho de retasación.

A los efectos de la formulación de este motivo de casación, se parte de la base fáctica de que a los demandados se les contrató en el año 2000, para prestar sus servicios profesionales en el expediente de expropiación forzosa de las fincas litigiosas, tanto en la fase administrativa como jurisdiccional. Tampoco se ha discutido que había transcurrido más de dos años entre la determinación del justiprecio y el pago del mismo por parte de la Administración. También que no se solicitó, ni se reservó la petición de retasación, al tiempo de cobrar la indemnización correspondiente a las 19 fincas objeto de este proceso. Es cierto, por último, que sí solicitó con respecto a las otras dos fincas de los demandantes, por las que se obtuvo un precio más elevado.

Se razona, en el recurso, que el derecho de retasación es una garantía para los administrados, en el caso de demora en la satisfacción de la indemnización correspondiente. Que cabe la reserva de retasación al tiempo de cobrar el justiprecio, sin que ello produzca perjuicio alguno a los expropiados. Sólo el cobro del quantum indemnizatorio sin reserva enerva el derecho a la retasación. Los letrados demandados incurrieron en responsabilidad civil, en la prestación de sus servicios, cuando no aconsejaron a sus clientes el ejercicio del derecho de retasación, lo que generó a éstos un importante perjuicio económico. De haberse instado las solicitudes de retasación sobre las fincas litigiosas, con toda seguridad el Jurado de Expropiación Forzosa de Madrid habría fijado el mismo justiprecio que el determinado en las dos solicitudes que resultaron exitosas, porque todas las fincas se encontraban en idénticas circunstancias. Con base en tales argumentos, se sostiene que el recurso debe ser estimado.

2. La retasación en la ley de Expropiación Forzosa

La retasación se encuentra regulada en el art. 58 de la LEF que, en su redacción vigente al tiempo de desarrollarse los presentes hechos, normaba que: "Si transcurrieran dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derecho objeto de expropiación, con arreglo a los preceptos contenidos en el capítulo tercero del presente título".

El precitado art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa contempla pues el derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación (retasación), por el mero transcurso de dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne, plazo de caducidad, cuyo cómputo se inicia con la fecha del acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio, como señala el art. 35.3 de la dicha LEF, y declara abundante jurisprudencia (sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 2013, en recurso. 2715/2010, y 13 de febrero de 2015, en recurso 2050/2012).

Con ello se incorpora una garantía en favor del expropiado, para evitar que deba soportar las consecuencias adversas de la demora en el pago del justiprecio, naturalmente cuando ello le cause un perjuicio económico. Responde pues a la necesidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación



patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida.

Sin embargo, también ha declarado la Sala 3ª, por ejemplo en sentencias de 14 de junio de 1997, Rec. 9898/1991 y 11 de marzo de 2011, en recurso 6298/2006, que el expropiado puede manifestar mediante actos propios una voluntad de renuncia a la retasación y de acomodación al *quantum* indemnizatorio fijado por el Jurado, como ocurre cuando, transcurridos los dos años establecidos por el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, acepta el pago sin formular reserva o protesta alguna en cuanto a la retasación.

De igual manera, la sentencia de 5 de marzo de 2012, en recurso contencioso 5700/2010, proclama que:

"Finalmente ha de tenerse en cuenta, que tampoco obsta al ejercicio del derecho a la retasación el que se haya hecho efectivo o consignado el justiprecio una vez transcurrido el plazo de caducidad fijado en el art. 58 de la LEF, salvo que el expropiado manifieste de modo inequívoco su voluntad de renunciar a dicho derecho o que reciba el pago mostrando su conformidad con el "quantum" y sin hacer reserva o protesta alguna al respecto, según jurisprudencia a la que se refiere la sentencia de 7 de febrero de 2002, cuando señala que "en este sentido ha de recordarse la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 2 de junio de 1984, 22 de junio de 1991, 14 de noviembre de 1995 y 14 de junio de 1997), según las cuales, el pago posterior a los dos años de la fijación del justiprecio no es obstáculo para que proceda la retasación, si se ha solicitado la misma con anterioridad a dicho pago.

De ello deduce que la solicitud de retasación no puede quedar enervada por el sólo hecho de admitir el pago del precio fijado administrativamente. Sólo la aceptación del pago sin reservas excluye el derecho de retasación, no siendo admisible, por el contrario, la retasación cuando actos propios del expropiado manifiestan una acomodación al "quantum" de la indemnización".

Ahora bien, el valor de la finca retasada se deberá determinar al tiempo de la solicitud de retasación. Así se expresa, entre otras muchas, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia 542/2020, de 25 de mayo, cuando señala:

"Como esta Sala dijo en su sentencia, entre otras, de 15 de febrero de 2012, rec. 6458/2008: "La retasación consiste en la fijación de un nuevo justiprecio, mediante una nueva valoración del bien expropiado con arreglo a las cualidades del mismo (clasificación del suelo, aprovechamiento, etc.) en el momento en que dicha retasación es solicitada. Las únicas características originarias del bien expropiado que deben seguir considerándose a efectos de la retasación son las puramente físicas, ya que como consecuencia de la realización del proyecto que legitimó la expropiación es posible que dichas características físicas hayan variado; y tomar en consideración esas nuevas características físicas conculcaría la prohibición, impuesta por el art. 36 LEF, de incluir en el justiprecio las plusvalías -o las minusvalías- habidas con posterioridad a la iniciación del expediente expropiatorio. En resumen, la retasación debe buscar el valor del bien expropiado en el momento en que aquélla se solicita, si bien considerando idealmente que las características físicas del bien expropiado siguen siendo las que tenía en el momento de iniciación del expediente expropiatorio".

Por su parte, el mentado art. 36 de la LEF establece que:

"1. Las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro.

2. Las mejoras realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las anteriores son indemnizables, salvo cuando se hubieran realizado de mala fe".

Este criterio de tener en cuenta el valor del suelo al tiempo de solicitar la retasación se recoge igualmente en la sentencia de dicha Sala 3ª, sección 5ª, 248/2018, de 19 de febrero. En el mismo sentido, la sentencia de dicha Sala de 12 de marzo de 2013 (Rec. 2715/2010), cuya doctrina ratifica la ulterior de 13 de febrero de 2015, en recurso 2050/2012, cuando establece que "los módulos o criterios aplicables serán los pertinentes al momento en que se solicitó la retasación, ya que de otro modo no sería lógica la remisión legal a los preceptos legales contenidos en el capítulo III del título III de la Ley de 1954".

3. Desestimación del motivo

Pues bien, de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, resulta que el valor a tener en cuenta es el correspondiente al momento de la solicitud de retasación, por todo lo cual, aun aceptando la tesis de la parte recurrente, de que cabe reserva de retasación al tiempo de cobrar el justiprecio, comoquiera que éste se hizo efectivo entre 2005 a 2007, es el valor a tales fechas el que se debe tener en cuenta, y, por lo tanto, demostrarse, por los actores, que sería superior y en qué concreta cuantía sobre el justiprecio original fijado



por el Jurado de Expropiación Forzosa, y ese dato es el que señala la sentencia recurrida carecer de él, en una valoración probatoria intangible en casación.

Dicho dato de la valoración de las fincas al tiempo de poder solicitarse la retasación deviene esencial, tanto para apreciar la falta de diligencia de los letrados codemandados, como para constatar la existencia del daño, requisito ineludible para declarar una responsabilidad civil.

El recurso parte de la base de que el valor de la retasación de las 19 fincas debe ser el correspondiente a las dos fincas, cuya retasación se instó en 2008, bajo unas condiciones legales distintas, con respecto las cuales regía la Orden 116/2008, de 1 de abril, de la Consejería de Vivienda de la Comunidad Autónoma de Madrid, lo que no puede aceptarse por tal razón.

Con respecto a la determinación y cuantía del daño sufrido por la actuación del abogado, hemos declarado que cuando consista en la frustración de una pretensión, como la presente de naturaleza patrimonial, determina que el hipotético daño sufrido no deba buscarse en una cantidad que, de forma discrecional, fijen los juzgadores como daño moral, sino que ha de ser tratada en el marco propio del daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades. El daño por pérdida de oportunidad es hipotético, por lo que no procede el resarcimiento económico cuando no concurre una razonable certeza sobre la posibilidad de que la pretensión no ejercitada, en este caso la retasación de las fincas, hubiera resultado beneficiosa para los demandantes. Exige, por lo tanto, demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para obtener un mayor precio en el expediente expropiatorio si se hubiera instado la retasación.

En definitiva, en palabras de la sentencia 123/2011, de 9 de marzo, es necesario "urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción, que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades" (sentencias de 20 de mayo de 1996, RC n.º 3091/1992, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2008, RC n.º 110/2002; 801/2006, de 27 de julio; 3 de julio de 2008 RC n.º 98/2002, 23 de octubre de 2008, RC n.º 1687/03; 12 de mayo de 2009, RC n.º 1141/2004 y 50/2020, de 22 de enero).

Pues bien, al no resultar justificado, según los hechos declarados probados por la Audiencia, que el precio que hubieran podido obtener los actores, en el caso de haber instado la retasación al cobrar el justiprecio en los años 2005 a 2007, fuera superior al percibido, el recurso no puede ser estimado.

QUINTO.- Costas y depósito

De conformidad con lo previsto en art. 398.1 LEC, al haberse desestimado los recursos por infracción procesal y casación interpuestos por la parte demandante, deben imponerse las costas de los mismos y decretarse la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir (disposición adicional 15.ª, regla 9.ª, de la LOPJ).

FALLO

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

Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, interpuestos por la parte actora contra la sentencia, 217/2018, dictada por la sección decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 837/2017, con imposición de las costas y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.