

Roj: **STS 549/2014 - ECLI:ES:TS:2014:549**Id Cendoj: **28079110012014100061**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/02/2014**Nº de Recurso: **928/2010**Nº de Resolución: **88/2014**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Alcalá de Henares, núm. 4, 28-07-2008,**
SAP M 3773/2010,
STS 549/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Febrero de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el demandado D. Bernardo , representado ante esta Sala por la procuradora D^a Elisa Sáez Angulo, contra la sentencia dictada el 17 de febrero de 2010 por la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 884/08 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 909/07 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alcalá de Henares. Ha sido parte recurrida la demandante D^a Edurne , representada ante esta Sala por la procuradora D^a Marta Franch Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 23 de febrero de 2007 D^a Edurne formuló demanda de responsabilidad civil contra la herencia yacente del letrado D. Abilio y contra los llamados a heredarle por su fallecimiento, D. Bernardo , D^a Nieves , D. Hilario , D^a Aida y D^a Evangelina , solicitando se dictara sentencia por la que:

«Estimando íntegramente la demanda, se declare la responsabilidad civil profesional del finado Excmo. Sr. D. Abilio , ex Abogado y ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Alcalá de Henares, respecto a la pérdida y privación del inmueble (vivienda) que poseía doña Edurne y se condene solidariamente a los sucesores en el derecho que se reclama al pago de la cantidad de 379.152,23 euros, más los intereses de dicha suma, así como al abono de todas las costas que se causen en este pleito».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alcalá de Henares, dando lugar a las actuaciones nº 909/07 de juicio ordinario, y emplazados los demandados, comparecieron bajo una misma representación procesal la herencia yacente y D. Bernardo , quienes se opusieron a las pretensiones deducidas de contrario solicitando que se dictara sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, respecto de D. Bernardo por falta de legitimación pasiva, o subsidiariamente por falta de legitimación activa de la demandante, o subsidiariamente por entenderse prescrita la responsabilidad civil de naturaleza extracontractual o, en todo caso, por no concurrir los presupuestos para su apreciación. Y respecto de la herencia yacente de D. Abilio , que igualmente se desestimara la demanda por falta de legitimación activa, o subsidiariamente por prescripción de la acción o, en todo caso, por no concurrir los presupuestos para su apreciación. De forma subsidiaria, para el caso de declararse la responsabilidad civil y con relación a todos los demandados, se interesó que la indemnización se fijara como máximo en la suma correspondiente al valor de la vivienda, que fue 12.000 euros, actualizado con arreglo al IPC al momento de interponerse la





demanda. Los demás codemandados comparecieron y se opusieron también a la demanda, aduciendo las mismas excepciones de falta de legitimación activa de la demandante y de prescripción de la acción y, en cuanto al fondo, haber permanecido todo el tiempo ajenos a la actividad profesional del fallecido y carencia de legitimación pasiva por no haber aceptado ni expresa ni tácitamente la herencia.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 28 de julio de 2008 con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por la procuradora D^a María del Carmen Zaragoza Ruiz en nombre y representación de D^a Edurne , debo condenar a herencia yacente de D. Abilio a abonar a la actora la cantidad de 12.020,24 euros, absolviendo del resto de pedimentos contenidos en la demanda, y absolviendo a los codemandados D. Bernardo , D^a Nieves , D. Hilario , D^a Aida y D^a Evangelina , de todos los pedimentos contenidos en la demanda, todo ello sin hacer expresa mención de costas del presente procedimiento».

CUARTO.- Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 884/08 de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid , esta dictó sentencia el 17 de febrero de 2010 con el siguiente fallo:

«Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a M.^a del Carmen Zaragoza Ruiz en la 1^a Instancia, en nombre y representación de D^a Edurne representada en esta instancia por la procuradora D^{ña}. Marta Franch Martínez contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1^a instancia nº 4 de Alcalá de Henares con fecha 28 de julio de 2008, de la que el presente rollo dimana, debemos revocarla y la revocamos, y en su lugar estimando parcialmente como estimamos la demanda interpuesta por la referida procuradora en el nombre y representación citados debemos absolver y absolvemos a la Herencia Yacente de D. Abilio y debemos condenar y condenamos a D. Bernardo al pago de la cantidad de 379.152,23 euros que le adeudan más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, manteniendo íntegramente el resto de los pronunciamientos no afectados por esta sentencia, y sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en este recurso a ninguna de las partes».

QUINTO.- Anunciado por el demandado D. Bernardo recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en siete motivos formulados al amparo del artículo 469.1 LEC , ordinal 2º los motivos segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo, ordinal 3º el motivo primero y ordinal 4º el motivo cuarto: el motivo primero, por infracción de los artículos 457.2 y 4 LEC , por defectos insubsanables en la preparación del recurso de apelación; el segundo por infracción del art. 457 LEC , al haberse pronunciado la sentencia sobre el fondo de un recurso de apelación que debió inadmitir; el tercero, con carácter subsidiario, por vulneración de los artículos 216 y 218 LEC , por incongruencia; el cuarto por infracción del art. 24 CE , aduciendo indefensión al haber tenido que articular la oposición al recurso de apelación en situación de desventaja procesal; el quinto por infracción del art. 218.2 LEC en relación con el art. 217.2 LEC , por arbitrariedad en la determinación como hecho probado del hecho consistente en la aceptación de la herencia por parte del recurrente; el sexto por infracción del art. 218.2 LEC en relación con el 217.2 LEC , aduciéndose arbitrariedad en la determinación como hecho probado del hecho consistente en la cuantificación del daño emergente sufrido por la demandante, incurriéndose en errónea interpretación de la prueba pericial consistente en el informe de tasación; y el motivo séptimo por infracción del art. 218.2 LEC en relación con el art. 217.2 LEC por arbitrariedad en la determinación como hecho probado del hecho consistente en la cuantificación del lucro cesante (pérdida de alquileres), incurriéndose en errónea interpretación de la prueba pericial consistente en dictamen técnico y de la prueba documental consistente en contratos de arrendamiento.

El recurso de casación se articula en otros siete motivos: el primero por vulneración de los arts. 988 y 999 párrafos 1 , 3 y 4 CC en relación con los artículos 659 y 661 CC relativos a la aceptación de la herencia; el segundo por infracción de los arts. 1007 y 1008 CC sobre la repudiación; el tercero por infracción del artículo 1003 CC por trasladar indebidamente la responsabilidad (deudas del causante) al heredero que no aceptó; el cuarto por infracción del art. 7, apartados 1 y 2 CC , por no respetarse la buena fe e incurrir la parte demandante en abuso de derecho (ejercicio tardío de la acción contrario a la confianza generada por los propios actos); el quinto por infracción del art. 1103 CC en relación con el art. 3.2 CC , respecto al necesario uso por los tribunales de la facultad de moderación; el sexto por infracción del art. 1105 CC por no haberse tomado en consideración el hecho imprevisible del desmesurado incremento de valor de los inmuebles en el mercado, que generó una desmesurada diferencia entre el valor que tenía la vivienda cuando se generó el daño y cuando se presentó la reclamación; y el séptimo por infracción de los arts. 1106 y 1107 CC en cuanto a la responsabilidad por negligencia frente a la dolosa y en cuanto a la falta de previsibilidad del daño como circunstancia excluyente





del necesario vínculo de causalidad adecuada entre el daño y el hecho generador (incumplimiento contractual en este caso).

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes mencionadas en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 1 de febrero de 2011, por razón de la cuantía (artículo 477.2.2.º LEC), a continuación de lo cual la parte recurrida comparecida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso -y confirmación del fallo recurrido- con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 29 de enero de 2014 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 siguiente 12 de febrero, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En febrero de 2007 D^a Edurne demandó a la herencia yacente y a los llamados a suceder, tras su fallecimiento, al letrado D. Abilio , en ejercicio de acción de responsabilidad civil profesional por pérdida de una vivienda propiedad de la actora (el lanzamiento tuvo lugar en marzo de 1993) cuya gestión de compra se había encomendado a dicho abogado. Reclamó una indemnización de 379.152,23 euros de principal (e intereses de dicha suma), por daño emergente -valor de la vivienda- y lucro cesante -pérdida de los alquileres-.

Adujo, en síntesis, que tras morir su marido tomó la decisión de invertir la indemnización recibida en la compra de dos viviendas para luego arrendarlas y así sostener las cargas familiares (tres hijos menores, entre ellos una hija con síndrome de Down); que contrató al letrado Sr. Abilio para que la asesorara en la adquisición de una de las viviendas (la sita en AVENIDA000 nº NUM000 , piso NUM001 .º letra NUM002) de Alcalá de Henares), encargándole todas las gestiones, en particular la cancelación de las cargas del inmueble y la tramitación del documento de compraventa para su inscripción registral; que a tal efecto entregó una cantidad (500.000 pesetas, que detrajo del precio de 2.000.000 pesetas) al letrado mediante cheque en concepto de provisión de fondos para el pago de todos los gastos, cargas e impuestos que pesaran sobre la vivienda, así como de las escrituras e inscripciones registrales que fuera necesario otorgar para inscribirla a su nombre; que tras la firma del contrato privado tomó posesión de la vivienda y, una vez amueblada, procedió a arrendarla sucesivamente; y, finalmente, que la venta no se inscribió por culpa del letrado ni se canceló la hipoteca que pesaba sobre la finca, dando lugar a la ejecución forzosa por el acreedor hipotecario, con el consiguiente lanzamiento y pérdida de la vivienda por la demandante.

En su contestación, la representación procesal de la herencia yacente y de D. Alvaro (hijo del letrado fallecido) se opuso a la demandada alegando, como excepciones, falta de legitimación activa de la demandante -por ausencia de relación contractual del letrado fallecido con la actora-, falta de legitimación pasiva de todos los codemandados a excepción de la herencia yacente del letrado fallecido y prescripción de la acción por el transcurso del plazo de un año, y, en cuanto al fondo, que el letrado fallecido no había prestado servicios profesionales para la actora sino para la mercantil "Prosinansa". El resto de codemandados adujeron también falta de legitimación activa de la demandante y prescripción de la acción y, en cuanto al fondo, que habían sido ajenos a la actividad profesional de su causante y que no tenían legitimación pasiva porque no habían aceptado la herencia ni expresa ni tácitamente.

El juez de primera instancia estimó en parte la demanda respecto de la herencia yacente, con absolución del resto de codemandados por falta de legitimación pasiva. En resumen, razonó: 1) que la herencia no había sido aceptada por los codemandados ni expresa ni tácitamente, por lo que debía apreciarse la excepción de falta de legitimación pasiva dado que, al no haber adquirido la condición de herederos, no debían responder de las deudas del causante; 2) que la acción deducida en la demanda para exigir la responsabilidad civil no estaba prescrita, al ser de naturaleza contractual -arrendamiento de servicios- y quedar sujeta al plazo general de quince años, el cual no había transcurrido por constar repetidos actos con valor interruptor; 3) que el letrado contratado por la demandante para la compra de una vivienda había incurrido en negligencia profesional, al demorarse en la realización de los trámites pertinentes -como el pago de impuestos e inscripciones registrales-, provocando el tardío acceso del inmueble al Registro y, consecuentemente, que no se pudiera notificar debidamente a la actora la existencia de una hipoteca que gravaba la vivienda ni se le permitiera luego intervenir en el procedimiento de ejecución forzosa para impedir su adjudicación a tercero; y, 4) en cuanto a la cuantificación del daño sufrido, que solo podía comprender el valor de lo desembolsado en su día por su adquisición (2 millones de pesetas; 12.020,24 euros), sin que procediera tomar en cuenta el valor actual del inmueble -al no constar acreditado que la vivienda hubiera seguido todo este tiempo en poder de





la demandante- ni el lucro cesante por pérdida de alquileres -que, por la razón anterior, se consideraba como una simple o mera expectativa de ganancia-.

El tribunal de apelación, tras rechazar las causas de inadmisión alegadas por los apelados, estimó íntegramente el recurso de la demandante (única parte apelante) y revocó la sentencia en el sentido de estimar parcialmente la demanda respecto del codemandado D. Alvaro , con absolución de la herencia yacente y del resto de llamados a la sucesión del letrado responsable. Sus principales razonamientos fueron, en síntesis, los siguientes: 1) aunque la mayoría de las Audiencias Provinciales consideran que procede inadmitir el recurso de apelación cuando en preparación no se precisan los pronunciamientos que se impugnan, por tratarse de un defecto no subsanable, sin embargo también constituye doctrina reiterada, por la Audiencia Provincial de Madrid y por la Sala Primera del Tribunal Supremo, en aras a garantizar la tutela judicial efectiva, que no ha lugar a dicha no-admisión cuando el pronunciamiento de la resolución recurrida es único e indivisible, como es el caso -se limitó a estimar parcialmente la demanda condenando solo a la herencia yacente y absolviendo al resto de codemandados-; 2) las respuestas dadas en el acto de audiencia de las diligencias preliminares permiten considerar probada la voluntad del demandado, D. Alvaro , de aceptar la herencia de su padre, a diferencia de los demás llamados, que expresamente la repudiaron, todo lo cual determina la desaparición de la situación de «yacencia», con desestimación de la demanda respecto de la herencia yacente; 3) como solo apeló la actora, queda fuera del objeto de la apelación la culpa o negligencia profesional del letrado D. Abilio y el daño y el vínculo de causalidad entre aquella y este, quedando así reducida la controversia al alcance y valoración del perjuicio sufrido, respecto del cual ha de respetarse el principio de resarcimiento integral y el carácter de deuda de valor y comprender en la indemnización la totalidad del daño emergente sufrido por la recurrente hasta el momento en que reclamó (valor de tasación de la vivienda en el año 2007), así como el lucro cesante por pérdida de alquileres (al resultar probado que la vivienda estuvo siempre alquilada desde su adquisición en 1984 hasta que en 1993 tuvo lugar el lanzamiento).

Contra esta última sentencia D. Alvaro ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por razón de la cuantía. En trámite de oposición la parte recurrida ha interesado la desestimación de los recursos a excepción del aspecto relativo a la absolución de los demás herederos, respecto de los que ha pedido su condena.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Entrando a conocer en primer lugar del recurso extraordinario por infracción procesal, sus cuatro primeros motivos alegan que el recurso de apelación no era admisible por defectos del escrito de preparación del mismo, por lo que procede examinar los cuatro motivos conjuntamente.

En su formulación se citan como infringidos los arts. 457.2 y 4 LEC (motivo primero), 457 LEC (motivo segundo), 216 y 218 LEC (motivo tercero) y 24 de la Constitución (motivo cuarto).

En síntesis, el demandado-recurrente, condenado en la instancia como único heredero de su padre al resarcimiento de los perjuicios derivados de la responsabilidad civil en que incurrió su progenitor en el desempeño del encargo profesional que se le había encomendado, insiste en los dos primeros motivos (el primero por el cauce del ordinal 3º y el segundo al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC) en que no debió admitirse el recurso de apelación de la demandante por incurrir en el defecto no subsanable de no indicar en su escrito de preparación los concretos pronunciamientos que impugnaba de entre los varios contenidos en el fallo de la sentencia apelada, sin que, por ende, pueda hablarse de un pronunciamiento único e indivisible que permita prescindir de tal exigencia. En los dos motivos siguientes (al amparo de los ordinales 2º y 4º del art. 469.1 LEC , respectivamente) aduce, subsidiariamente, que la sentencia recurrida, al examinar lo que, por las razones expuestas, no debió ser objeto de impugnación, incurrió en incongruencia por exceso, y, también, que la indebida admisión del recurso, pese al defecto de que adolecía, generó indefensión al obligar a los demandados a formular su oposición de forma cautelar, sin previo conocimiento de lo que era objeto de impugnación.

Con respecto a la preparación del recurso de apelación y el derecho a la tutela judicial efectiva, como recuerda la STS de 13 de febrero de 2012, rec. nº 1487/2008 , «la interpretación de los presupuestos procesales no puede obstaculizar injustificadamente el derecho del ciudadano a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (SSTC 12/2003, 28 de enero ; 59/2003, 24 de marzo ; 168/2003, 29 de septiembre ; 179/2003, 13 de octubre ; 72/2004, 8 de abril ; 134/2005, 23 de marzo). Debe eludirse cualquier aplicación que sea rigorista o excesivamente formalista o que, por cualquier otra razón, revele una clara desproporción entre los fines pretendidos por la norma y los intereses que se sacrifican, en detrimento del derecho de tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 CE (SSTC 58/2002, de 11 de marzo ; 12/2003, de 28 de enero ; 27/2003, de 10 de febrero ; 164/2003, de 29 de septiembre ; 177/2003, de 13 de octubre ; 182/2003, de 20 de octubre ; 182/2004, de 2 de noviembre ; 134/2005, de 23 de marzo). De ahí que haya de procurarse la subsanación siempre que sea posible, haciendo factible el proceso como instrumento para





alcanzar la efectividad de aquel derecho (SSTS 45/2002, de 25 de febrero y 182/2003, de 20 de octubre). En la ponderación de la relevancia de la irregularidad procesal deben tomarse en cuenta: la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero ; 12/2003, de 28 de enero ; 182/2003, de 20 de octubre ; SSTS 30 de marzo 2009 ; 25 de mayo de 2010)».

El artículo 457 LEC , hoy derogado por la reforma introducida por la Ley 37/2011, de 10 octubre, pero vigente al tiempo en que se preparó el recurso de apelación cuestionado, exigía en su apartado 2. que el apelante expresara en la preparación los «pronunciamientos que impugna». Esta Sala (SSTS de 9 de diciembre de 2010, rec. nº 201/2007 ; 22 de marzo de 2011, rec. nº 2064/2007 ; 14 de diciembre de 2011, rec. nº 473/2008 ; 13 de febrero de 2012, rec. nº 1487/2008 , y 19 de enero de 2013, rec. nº 656/2010 , entre las más recientes) ha venido sosteniendo una interpretación no excesivamente formalista en relación con la expresada exigencia del artículo 457.2 LEC , que se traduce en que la denegación del recurso solo se considera procedente en los casos en que la resolución impugnada no fuera apelable o el recurso se hubiera preparado fuera de plazo (apartado 3 del precepto), sin que, por el contrario, proceda su rechazo de plano, debiendo haberse procurado previamente a la denegación del recurso la oportunidad de subsanar. Este criterio coincide con el de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 182/2003 , 225/2003 y 22/2007) y de él no se aparta la STS 15 de febrero de 2011 (rec. 1328/2007) , que explícitamente se refiere a la doctrina del Tribunal Constitucional y a la jurisprudencia de la Sala pero aprecia un defecto insubsanable del escrito de preparación de la apelación, en relación con el de interposición del recurso, porque en el de preparación el apelante había manifestado conformarse con un determinado pronunciamiento de la sentencia de primera instancia y, sin embargo, en el escrito de interposición el apelante impugnó ese mismo pronunciamiento con el que ya se había aquietado y que por tanto había quedado firme.

En relación con el deber de congruencia, cuando se trata de la segunda instancia (entre las más recientes, STS de 12 de septiembre de 2011, rec. nº 704/2008 , 26 de marzo de 2012, rec. nº 1185/2009 , y 30 de abril de 2012, rec. nº 652/2008), el examen debe hacerse entre, de un lado, lo postulado en el escrito de interposición del recurso, en la impugnación o en la oposición al formulado de contrario y, de otro, el fallo que se recurre, teniendo en cuenta, como límites, el principio que prohíbe la reforma peyorativa, el cual, de conculcarse, vulnera por incongruencia el derecho a la tutela judicial efectiva, que impide modificar en segunda instancia los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia consentidos por las partes y, por ende, firmes, y el principio *tantum devolutum quantum appellatum* [solo se defiende al tribunal superior aquello que se apela], según el cual el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas expresamente o que, razonablemente, han de entenderse implícitas en la pretensión del recurso de apelación, por ser cuestiones dependientes o subordinadas respecto al objeto de la impugnación. Ambos principios se encuentran recogidos en el artículo 465.4 LEC .

Finalmente, en cuanto a la supuesta indefensión ocasionada, constituye doctrina consolidada que es carga de la parte que alega indefensión justificar la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante y, también, que la indefensión material -presupuesto de la formulación de un recurso extraordinario por infracción procesal en el que se alegue la vulneración de una norma procesal que ha provocado el quebranto del derecho de tutela efectiva con indefensión para la parte (SSTS de 30 de septiembre de 2009, rec. nº 846/2004 , 13 de enero de 2010, rec. nº 2668/2004 , 20 de julio de 2011 , rec. nº 97 / 2008)- no existe si la parte recurrente ha obtenido una resolución motivada en Derecho sobre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, según exige el derecho de tutela efectiva (SSTS 25 de mayo de 2010 , rec. nº 931 / 2005, 25 de febrero de 2011, rec. nº 1234/2006 , y SSTC 220/1993, de 30 de junio , 198/2000, de 24 de julio).

TERCERO.- En aplicación de esta doctrina procede rechazar los cuatro primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

Ciertamente, en el escrito de preparación del recurso de apelación la parte apelante se limitó a manifestar su voluntad de recurrir la sentencia, sin mayor precisión, siendo luego, en el escrito de interposición, cuando se concretaron los pronunciamientos recurridos. Sin embargo, se trata de una incorrección formal que no cortaba de raíz el acceso a la segunda instancia. De una parte, y en respuesta a los dos primeros motivos, porque la sentencia de primera instancia, en congruencia con la única pretensión formulada (de condena a satisfacer la indemnización pertinente por la responsabilidad civil del letrado fallecido), contenía un solo pronunciamiento condenatorio parcial respecto de un único demandado -la herencia yacente-, siendo la absolución del resto de codemandados una consecuencia lógica e inseparable del anterior. Y, en esta tesitura, teniendo en cuenta que ya en la instancia había sido discutida la legitimación pasiva de los herederos llamados a la herencia, entre ellos el recurrente, y la forma en que se redactó el escrito de preparación, identificando la resolución





que se pretendía recurrir sin más detalles sobre la extensión de su impugnación, desde ese momento tenía el hoy recurrente datos suficientes para presumir que la apelante reproduciría íntegramente en apelación lo interesado en su demanda y que solicitaría lo que no se le había concedido en la instancia, tanto desde el punto de vista cuantitativo (mayor indemnización), como desde el punto de vista de extender la condena al heredero o herederos respecto de los que se demostrara tal condición por haber aceptado. Luego, el escrito de interposición del recurso de apelación despejó cualquier duda sobre la intención de que se condenara a D. Alvaro . De otra parte, en cuanto al motivo cuarto, procede desestimarlos porque, en línea con lo antes argumentado, la irregularidad denunciada no ha causado perjuicio ni indefensión a la parte adversa, hoy recurrente, que, según esta Sala, debía rebatir la fundamentación del recurso hecha en el escrito de interposición, pero no la del escrito de preparación (SSTS de 25 de mayo de 2010, rec. nº 560/2006 y 14 de diciembre de 2011, rec. nº 473/2008), lo que consta que el hoy recurrente pudo hacer sin merma alguna de su derecho a la tutela judicial efectiva, pues, más allá de que ahora sostenga que lo hizo en previsión, o de forma cautelar, lo importante para descartar una indefensión material constitucionalmente relevante es que admite que pudo formular oposición y que se puede constatar que en dicha oposición pudo esgrimir frente a su eventual condena cuanto en su descargo podía entender pertinente. Para finalizar, en respuesta al tercer motivo, además de lo dicho sobre que la denuncia de una supuesta falta de congruencia no es el cauce para denunciar la omisión de la exigencia legal del artículo 457.2 LEC , al haberse acreditado que la apelación se extendió a todos los aspectos que fueron resueltos por la sentencia de primera instancia, no cabe apreciar incongruencia por exceso. Finalmente, no existe el menor atisbo de la indefensión a que se refiere el art. 469.1-3º LEC , porque no es en la preparación sino en la interposición del recurso (única que se ha mantenido tras la reforma procesal introducida por la Ley 37/2011) donde se han de exponer los fundamentos de la apelación y formular las peticiones correspondientes, de manera que el escrito de oposición permite responder y defenderse sin limitación alguna.

CUARTO.- Los motivos quinto, sexto y séptimo, todos articulados por el mismo cauce del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC y fundados en infracción de unos mismos preceptos (art. 218.2 LEC en relación con el art. 217.2 LEC), combaten la valoración probatoria por ilógica y arbitraria, discrepándose de las conclusiones alcanzadas por el tribunal sentenciador sobre la aceptación de la herencia por el recurrente (motivo quinto) y sobre la cuantía del perjuicio resarcible (daño emergente -motivo sexto- y lucro cesante -motivo séptimo-).

Se ha de comenzar recordando que los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC (SSTS, entre las más recientes, de 28 de noviembre de 2008, rec. nº 1789/03 ; 30 de junio de 2009, rec. nº 1889/2006 ; 15 de noviembre de 2010 rec. nº 610/2007 ; 3 de octubre de 2011, rec. nº 365/2008 y 7 de febrero de 2013, rec. nº 389/2010). La valoración probatoria solo excepcionalmente puede tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469. 1. 4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de la prueba no supere conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 de la Constitución (SSTS de 28 de noviembre de 2008, rec. nº 1789/03 ; 30 de junio de 2009, rec. nº 1889/2006 ; 6 de noviembre de 2009, rec. nº 1051/2005 ; 15 de noviembre de 2010, rec. 610/2007 , 4 de enero de 2013, rec. nº 1261/2010 ; 30 de julio de 2013, rec. nº 87/2011 y 19 de noviembre de 2013, rec. nº 1327/2010 ; entre otras muchas). A falta de estos requisitos, la valoración de la prueba es función de la instancia y debe ser respetada por esta Sala frente a la defensa por la parte recurrente de una valoración alternativa.

También constituye jurisprudencia consolidada (STS de 29 de octubre de 2013, rec. nº 1972/2011 y las que en ella se citan, entre otras muchas) que las reglas sobre la debida distribución de la carga de la prueba *«exclusivamente se infringen cuando, por no haberse considerado probados hechos necesarios de demostración, se atribuyan las consecuencias del defecto a quién, según ellas, no le correspondía sufrir la imputación de la laguna o insuficiencia probatoria - sentencias 376/2010, de 14 de junio , 88/2011, de 16 de febrero , 333/2011, de 9 de mayo , 518/2011, de 30 de junio , 479/2012, de 19 de julio , 494/2012, de 20 de julio , 526/2012, de 5 de septiembre , 525/2012, de 7 de septiembre , 561/2012, de 27 de septiembre , 557/2012, de 1 de octubre , 615/2012, de 23 de octubre , 616/2012, de 23 de octubre , 601/2012, de 24 de octubre , 662/2012, de 12 de noviembre , 684/2012, de 15 de noviembre , entre otras muchas- . Consecuentemente, carece de sentido denunciar un deficiente reparto del "onus probandi" en casos en los cuales el Tribunal de instancia, tras la correspondiente valoración de los medios de prueba practicados, hubiera declarado que los hechos controvertidos de que se trata han quedado demostrados -con independencia de la parte que haya proporcionado el medio que produjo ese efecto-».*

Esta doctrina es razón bastante para desestimar los tres motivos, porque en todos ellos se pretende revisar la valoración probatoria por el cauce inadecuado del ordinal 2.º del artículo 469 LEC y, además, con una improcedente denuncia de la infracción de las reglas que disciplinan la carga de la prueba en un supuesto como





el presente en que la sentencia se apoya en hechos declarados probados. Por otra parte, en su fundamentación se mezclan aspectos procesales, sobre la prueba de los hechos, con otros atinentes a la valoración jurídica de los mismos y propiamente jurídico-sustantivos (criterios aplicables para el resarcimiento del daño o valoración de la inactividad prologada de la demandante en el ejercicio de su reclamación en orden a descartar la imputación objetiva del daño) que son por completo ajenos al recurso extraordinario por infracción procesal.

QUINTO.- En consecuencia, procede desestimar totalmente el recurso extraordinario por infracción procesal y entrar en el examen del recurso de casación, con arreglo a la DF decimosexta, 6.ª, LEC .

II. RECURSO DE CASACIÓN

SEXTO.- Aunque desde perspectivas distintas y alegando infracciones diferentes (arts. 988 y 999.1 , 3 y 4 CC , en relación con los arts. 659 y 661 CC -motivo primero -; 1007 y 1008 CC -motivo segundo -; 1003 CC -motivo tercero-), los tres primeros motivos del recurso de casación tienen en común que en ellos se combate el pronunciamiento básico de la sentencia recurrida, consistente en atribuir al recurrente la condición de único heredero de su padre y, en consecuencia, único obligado a satisfacer la indemnización fijada en concepto de responsabilidad civil de su progenitor. En el primer motivo se niega que haya habido aceptación expresa o tácita porque los actos de mera conservación y administración de la herencia, realizados por el recurrente, no conllevan su voluntad de aceptarla. En el segundo, el recurrente niega tener la condición de único heredero que le atribuye la sentencia impugnada, toda vez que los demás llamados no repudiaron la herencia de forma válida, en instrumento público o auténtico. En el motivo tercero se insiste en la falta de aceptación de la herencia por el hoy recurrente para, así, descartar que pueda hacerse responsable de las deudas de la herencia.

Como declaran las SSTs de 31 de mayo de 2006, rec. nº 2870/1999 , y 12 de julio de 2006, rec. nº 4749/1999 , en materia de aceptación de herencia, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS, entre otras, 21 abril 1881 , 8 julio 1903, 17 febrero 1905, 12 febrero 1916, 6 julio 1920, 23 abril 1928, 13 marzo 1952, 27 abril y 23 mayo 1955, 31 diciembre 1956, 8 mayo 1957, 31 marzo y 4 julio 1959, 16 junio 1961 , 21 marzo 1968, 29 noviembre 1976 , 14 marzo 1978, 12 mayo 1981, 20 noviembre 1991, 24 noviembre 1992, 12 julio y 19 octubre 1996, 9 mayo 1997, y 20 enero 1998), así como la doctrina de la Dirección de los Registros y del Notariado (resoluciones de 25 mayo 1895, 21 mayo 1910, 21 enero 1993, 10 diciembre 1998, y 25 febrero 1999), viene exigiendo unánimemente actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia. Ha de tratarse de hechos que no tengan otra explicación, pues lo que importa es la significación del acto, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar. Son especialmente claras en tal sentido las sentencias de 15 junio 1982 , 24 noviembre 1992 y 12 julio 1996 .

Enlazando con la constante jurisprudencia que limita el objeto del recurso de casación a la labor de comprobar si es conforme a Derecho el juicio de valoración jurídica sobre los hechos, con exclusión del juicio estrictamente fáctico (SSTs, entre las más recientes, de 28 de junio de 2012, rec. nº 198/2008 ; 10 de octubre de 2011, rec. nº 1148/2006 , y 8 de julio de 2010, rec. nº 1987/2006) y de las apreciaciones de la parte recurrente que directa o indirectamente cuestionen o se aparten de las declaraciones sobre hechos probados efectuadas por la resolución recurrida (SSTs, entre las más recientes, de 28 de junio de 2012, rec. nº 198/2008 ; 11 de julio de 2011, rec. nº 584/2008 , y 27 de junio de 2011, rec. nº 599/2009), constituye también doctrina de esta Sala, que es cuestión fáctica, y por tanto materia exclusiva del órgano de instancia, ajena por completo al recurso de casación, la fijación del hecho o hechos que se declare haber sido realizados por el heredero, así como la fijación del título con el que éste hubiera actuado. Por el contrario, se considera cuestión jurídica, susceptible de ser objeto de casación, la decisión sobre si tal hecho supone o no la voluntad de aceptar, es decir, una aceptación tácita en los términos a que se refiere el artículo 999 CC (STS de 20 de enero de 1998, rec. nº 1106/1995).

SÉPTIMO.- En aplicación de esta doctrina, no ha lugar a apreciar las infracciones denunciadas en los referidos motivos primero, segundo y tercero, que han de ser desestimados.

En torno a las cuestiones de naturaleza fáctica (hechos que se declara haber sido realizados por el heredero y título con el que éste ha actuado), la sentencia recurrida declara probado que en el acto de la audiencia de las diligencias preliminares celebrado el 9 de enero de 2007 el recurrente, a la vez que reconoció como hecho cierto haber declarado tácitamente su voluntad de aceptar la herencia, negó lo contrario, esto es, haber declarado expresamente su voluntad de no ser heredero y de no adquirir por ende los bienes hereditarios de D. Abilio , y asimismo, que el hoy recurrente también reconoció que la no aceptación hasta ese momento solo podía predicarse de los demás llamados a la sucesión, pero no respecto de él mismo, por su condición y actuación como administrador de la herencia. Sobre esta base fáctica, el tribunal sentenciador construye su juicio jurídico en torno a la valoración de tales manifestaciones y de esa actuación de la parte recurrente como verdadera aceptación tácita. Este juicio jurídico, al que se ha de ceñir el presente recurso de casación, parte de considerar que la actuación del recurrente como administrador en realidad daba cobertura a una intención





que iba más allá de la mera gestión o de la realización de simples actos de conservación o administración provisional del caudal hereditario. Para el tribunal sentenciador, la actuación del recurrente como administrador encerraba en realidad una verdadera intención de aceptar la herencia y de actuar como heredero por cuanto que, legalmente, se puede ostentar la cualidad y ejercer la función de administrador sin ser heredero (art. 1026 CC), sin que tampoco los actos de administración sea definitivos de que se ostente la condición de heredero, a no ser que en su realización se haya tomado el título o condición de tal. Pero esto último es precisamente lo que considera que se produjo, pues según el tribunal sentenciador D. Alvaro no solo asumió en exclusiva la función de administrar el caudal relicto desde la apertura de la sucesión sino que, llegado el momento de tomar postura sobre si lo aceptaba o lo rechazaba, resulta probado que se apartó de la voluntad común de sus hermanos de no aceptarla, y que tampoco uso del beneficio de inventario ni del derecho a deliberar. En esta tesitura, en la medida en que observó un comportamiento diferenciado respecto del llevado a cabo por sus hermanos, la conclusión alcanzada por el tribunal sentenciador en orden a valorar la conducta del hoy recurrente como un supuesto de aceptación tácita no es ilógica ni arbitraria sino que se ajusta sin problemas al marco legal y jurisprudencial existente sobre la materia, siendo esto lo relevante y lo que ha de llevar en casación a confirmar tal razonamiento y conclusión.

Lógicamente, la confirmación del pronunciamiento por el cual se tiene al recurrente como heredero puro y simple implica la desestimación de la última de las infracciones (1003 CC), al concurrir el supuesto de hecho previsto en dicha norma del que depende la atribución de responsabilidad al recurrente por las deudas de la herencia (entre estas, la obligación de resarcimiento derivada de la responsabilidad civil del causante).

Finalmente, se rechaza también la infracción que se denuncia en el motivo segundo, en el que se defiende la invalidez, por defecto de forma, de la repudiación de los demás llamados y, por consiguiente, que el recurrente no pueda ser considerado como único heredero y único responsable de las deudas del causante. Razones de índole procesal posibilitan la desestimación de este motivo sin necesidad de entrar en el fondo de la cuestión jurídica que se plantea pues en puridad, la pretensión del recurrente encierra una petición de condena de los demás herederos codemandados, los cuales han sido absueltos sin que este pronunciamiento absolutorio haya sido recurrido por la parte demandante-apelante, constituyendo doctrina constante de esta Sala que ningún codemandado puede solicitar en casación la condena de otro codemandado sino, únicamente, su propia absolución (SSTS de 21 de abril de 1993 ; 4 de junio de 1993 ; 25 de marzo de 1994 ; 14 de marzo de 1995 ; 21 de febrero de 1996 ; 27 de febrero de 2003 ; 11 de diciembre de 2003 ; 22 de junio de 2004 ; 27 de septiembre de 2004, rec. nº 5595/2000 ; 13 de junio de 2006, rec. nº 3420/1999 ; 9 de febrero de 2007, rec. nº 1265/2000 ; 1 de marzo de 2007, rec. nº 1139/2000 y 14 de diciembre de 2007, rec. nº 4824/2000).

OCTAVO.- En el motivo cuarto, fundado en infracción del art. 7.1 y 2 CC , la parte recurrente defiende que la demandante ha actuado contra la buena fe al sobrepasar el plazo de ejercicio normal del derecho, incurriendo en abuso de derecho. El haber dejado transcurrir casi veinte años desde que tuvo conocimiento del daño (subasta de la vivienda) sin efectuar reclamación constituye, a su juicio, un caso evidente de ejercicio tardío del derecho que va en contra de la confianza generada por los propios actos.

Con relación al retraso desleal y a la doctrina sobre los propios actos, la reciente STS de 22 de marzo de 2013, rec. nº 649/2010 , recuerda que, según la jurisprudencia, el retraso desleal, como contrario a la buena fe, es apreciable cuando el derecho se ejercita tan tardíamente que se torna inadmisibile porque la otra parte pudo pensar razonablemente que ya no se iba a ejercitar (SSTS 5-10-07 , 4-7-97 , 2-2-96 y 21-5-82 entre otras), exigiéndose para poder apreciar tal retraso que la conducta de la parte a quien se reprocha puede ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia del derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible (STS 7-6-10 y 22-10-02); y la doctrina de los actos propios, con fundamento en la protección de la confianza y la regla de la buena fe, se formula en el sentido de que «quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real» (SSTS 12-3-08 y 21- 4-06), exigiéndose que tales actos sean expresión inequívoca del consentimiento (SSTS 7-6-10 , 20-10-05 y 22-1-97) o que resulten inequívocos, no procediendo su alegación cuando los actos están viciados por error o conocimiento equivocado (SSTS 8-5-06 y 21-1-95), de modo que debe constatarse la incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual (SSTS 25-3-07 y 30-1-99) y no ha de existir ningún margen de error por haber actuado el sujeto con plena conciencia para producir o modificar un derecho (SSTS 12-7-97 y 27-1-96).

La aplicación de esta doctrina a los hechos declarados probados por la sentencia recurrida determina la desestimación del motivo.

Más allá de que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 11 de marzo de 2013, rec. nº 1748/2010 ; 17 de diciembre de 2010, rec. nº 1335/2009 ; 13 de junio de 2012, rec. nº 1996/2009 , y 21 de mayo de 2012, rec. nº





566/2009 , entre las más recientes) no es posible en casación suscitar cuestiones nuevas (en su contestación, el recurrente se refirió al retraso en el ejercicio de la acción desde la perspectiva del posible transcurso del plazo de prescripción anual, previsto para lo que entendía un supuesto de responsabilidad extracontractual, pero no aludió al supuesto retraso desleal ni a una conducta contraria a sus actos propios), resulta determinante para rechazar el planteamiento de este motivo el hecho indubitado (admitido por la propia parte recurrente) de la existencia de una solicitud de mediación ante el Decano del Colegio de Abogados, efectuada por la demandante en el año 2004, lo que, sumado a otras actuaciones de la demandante (igualmente constatadas por la sentencia de primera instancia y no controvertidas en apelación, como el acto de conciliación judicial celebrado sin avenencia en julio de 1994), llevadas a cabo antes de agotarse el plazo de prescripción de la acción y con pleno efecto interruptor de esta, permiten descartar que su conducta o los propios actos de la demandante, desde que tuvo perfecto conocimiento del daño sufrido, revelen una clara, tajante e inequívoca voluntad o intención de renunciar a su derecho a obtener el debido resarcimiento, y, en consecuencia, descartar también que tales actos hayan creado en el ahora recurrente, y antes en su causante, la impresión o confianza, racional y fundada en datos objetivos, de que no se le iba a exigir ninguna responsabilidad.

NOVENO.- Los motivos quinto, sexto y séptimo denuncian la infracción de los arts. 1103 CC , en relación con el art. 3.2 del Código Civil (motivo quinto) , 1105 CC (motivo sexto) y 1106 y 1107 CC (motivo séptimo).

Los tres motivos se examinan y resuelven conjuntamente porque, aunque con argumentos y perspectivas diferentes, todos ellos cuestionan la indemnización concedida. En el motivo quinto, desde la perspectiva del nexo de causalidad como presupuesto de toda responsabilidad civil, el recurrente defiende la procedencia de moderar la indemnización en casos como el presente, en que, a su juicio, es objeto de controversia la existencia misma de nexo causal entre el daño y la actuación negligente del agente por la posible concurrencia de la propia culpa del perjudicado, materializada en su pasividad en el ejercicio de la acción. En concreto se reprocha a la demandante que no reclamara en 1988 o, como muy tarde, en 1993, cuando se le privó de la vivienda, y que esperara hasta 2007, generando con tal dilación un progresivo incremento del valor de la vivienda y de la cantidad a percibir por su alquiler, que debe tenerse en cuenta para limitar la responsabilidad de la parte recurrente a un 30% del valor de la vivienda en el momento del acaecimiento del daño. Enlazando con el anterior, y centrándose fundamentalmente en el daño emergente -que la sentencia concreta en el valor de la vivienda-, el motivo sexto defiende la tesis de que el desmesurado incremento del valor de la vivienda en el periodo comprendido entre 1988 y 2007 debe considerarse como caso fortuito o fuerza mayor, y por ende, como un riesgo imprevisible que impide que pueda recaer en el patrimonio del responsable esa abismal diferencia entre el valor de la vivienda en el momento en que se generó el daño y en el momento en que se presentó la reclamación. En el motivo séptimo y último, estrechamente relacionado con el anterior, se defiende que los distintos conceptos indemnizatorios comprendidos en la reclamación (pérdida sufrida o daño emergente y lucro cesante o ganancia dejada de percibir) deben cuantificarse partiendo del valor que tuvieran al tiempo en que se produjo el daño, incumbiendo al deudor de buena fe responder tan solo de los daños previstos o que hubiera podido prever al tiempo de constituirse la obligación, nunca de los imprevisibles (entendiendo por tales el desmesurado incremento de valor de la vivienda desde su adquisición hasta 2007).

En suma, aunque no se exprese literalmente en estos términos, el recurrente busca limitar cuantitativamente su responsabilidad con base en la equidad, ya sea por lo que considera una decisiva contribución causal de la conducta de la víctima al incremento del daño resarcible, ya con fundamento en criterios contrarios a la deuda de valor, atinentes a la causalidad adecuada entre el daño y la conducta del deudor culpable, y al limitado alcance de la responsabilidad de este frente al deudor doloso.

DÉCIMO.- Comenzando por el análisis del motivo quinto debe reiterarse que la necesaria vinculación causa-efecto entre la conducta negligente del agente y el daño cuya indemnización se reclama es un presupuesto de la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, y cualquiera que sea el título de atribución. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando (entre las más recientes, STS de 18 de mayo de 2012, rec. nº 2002/2009): (i) que la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva (SSTS 11 de febrero de 1998 ; 30 de junio de 2000 ; 20 de febrero de 2003), (ii) que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 6 de febrero y 31 de julio de 1999 , 8 de febrero de 2000), aunque no siempre se requiera la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, y (iii) que le corresponde sentar dicho juicio al tribunal de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido (SSTS 30 de noviembre de 2001 , 7 de junio y 23 de diciembre de 2002 , 29 de septiembre y 21 de diciembre de 2005 ; 19 de junio , 12 de septiembre , 19 y 24 de octubre 2007 , 13 de julio 2010). Por tanto, la causalidad física, material o fenomenológica, antes que jurídica o imputación objetiva, es una cuestión de hecho que, como tal, es función propia de la instancia, y resulta ajena, por tanto, al control casacional, salvo que se combata la apreciación del tribunal de instancia sobre este particular por el cauce procesal legalmente previsto para la revisión de la valoración de la prueba, que ya se ha dicho en modo





alguno es materia propia del recurso de casación, por estar limitado el ámbito de este recurso a examinar la corrección del juicio jurídico de aplicación e interpretación de la norma jurídica sustantiva, desde el pleno respeto a los hechos declarados probados.

Aplicando esta doctrina a los hechos declarados probados procede desestimar el motivo toda vez que el recurrente construye su tesis favorable a la incidencia causal de la culpa de la víctima en el resultado dañoso atribuyendo la consideración de conducta negligente a una pretendida pasividad en el ejercicio de la acción que el tribunal sentenciador no declara probada y que los argumentos expuestos al examinar el motivo cuarto de casación, llevan también a descartar. En consecuencia, sin culpa probada de la víctima, se desvanecen las razones esgrimidas por el recurrente para amparar una moderación de la suma indemnizatoria basada únicamente en su concurrencia.

UNDÉCIMO.- Con relación a los motivos sexto y séptimo de casación, esta Sala viene reiterando (entre las más recientes, SSTS de 15 de octubre de 2012, rec. nº 568/2010 ; 30 de abril de 2012, rec. nº 652/2008 ; 16 de febrero de 2011, rec. nº 1387/2008 ; 20 de febrero de 2011, rec. nº 1957/2008 y de 31 de mayo de 2011, rec. nº 1899/2007) que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones, por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia (SSTS de 19 de octubre de 1990 , 18 de julio de 1996 , 14 de julio de 2000 , 15 de marzo de 2001 , 30 de julio y 1 de diciembre de 2008), de tal forma que solo cabe su revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando exista una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988 , 19 de febrero de 1990 , 19 de diciembre de 1991 , 25 de febrero de 1992 , 15 de diciembre de 1994 , 24 de marzo de 1998 , 23 de noviembre de 1999 , 5 de diciembre de 2000 , 31 de enero de 2001 , 25 de enero y 10 de junio de 2002 , 3 de febrero de 2004 , 28 de marzo y 21 de abril de 2005 , 17 de enero , 27 de febrero , 5 de abril , 9 de junio , 13 de junio y 16 de noviembre de 2006) o se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación de la cuantía (SSTS de 15 de febrero de 1994 , 18 de mayo de 1994 , 21 de diciembre de 2006 , 30 de julio de 2008 y 31 de mayo de 2011).

Con respecto a la posible apreciación en casación de esa notoria desproporción, la reciente STS de 23 de octubre de 2012, rec. nº 1835/2009 , recuerda, de una parte, que el artículo 1103 CC es un precepto susceptible de control en casación en los supuestos en que los tribunales de instancia ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzosa y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto que se enjuicia, y por otra parte, que dicho precepto, según el cual «[l]a responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales según los casos», debe ubicarse sistemáticamente en relación con los artículos 1101 y 1107 CC . El primero de estos preceptos prescribe que «[q]uedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla», y el segundo que «[l]os daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

A la vista de lo anterior, esta Sala ha extraído las siguientes consecuencias: (i) Como regla (general) quienes sin dolo incumplen deben indemnizar de todos los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento; ii) Si el incumplimiento fuere por negligencia, cabe moderar la responsabilidad.

En efecto, el artículo 1107 CC ofrece una doble dimensión en orden a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de culpa contractual (por incumplimiento de obligaciones): la del deudor de buena fe, donde la cuantía viene fijada por voluntad de las partes o, en su defecto, por ser consecuencia necesaria del incumplimiento; y la del deudor doloso, en que el resarcimiento no tiene otros límites que la realidad y valor del daño. En contraposición al deudor doloso, el deudor de buena fe es todo aquel cuyo incumplimiento trae causa de una conducta culpable o negligente. Dado que el dolo requiere declaración especial, a falta de esta la responsabilidad del que incumple sus obligaciones ha de entenderse la propia del deudor culpable, limitada a los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (artículo 1107, párrafo 1.º CC). Es decir, el que por culpa incumple sus obligaciones contractuales únicamente ha de responder del daño que sea consecuencia forzosa e ineludible del incumplimiento contractual (SSTS de 26 de septiembre de 2000 y 10 de octubre de 2002) y que, por eso mismo, haya podido preverse al tiempo de constituirse la obligación (STS de 7 de julio de 2008).

La facultad moderadora prevista en el artículo 1103 CC , siendo una excepción a la reparación íntegra de la cuantificación objetiva del daño probado, tiene su fundamento último en la aplicación práctica de la equidad y se justifica en el caso concreto por la desproporción que existe entre el daño causado y la propia conducta





negligente que lo ha ocasionado. La razón de ser del precepto radica en que si una acción u omisión negligente causa un daño desproporcionado en relación con la propia conducta negligente, no resulta equitativo condenar al agente a reparar la totalidad del daño, de forma que el juez, incluso de oficio, puede discrecionalmente moderar la indemnización en atención a las particularidades del caso. En este sentido se pronunció la STS de 20 de junio de 1989, y también lo ha hecho más recientemente la STS nº 261/2011, de 20 de abril, rec. nº 2175/2007, al afirmar que la regla general es que la responsabilidad se exige «en toda clase de obligaciones», pero si procede de negligencia (con exclusión tácita de la conducta dolosa del anterior art. 1102 CC), esa exigencia puede resultar injusta en un caso concreto por las circunstancias específicas que en él concurren, «lo que obliga en tales supuestos a moderar precisamente la cuantía o cuantificación de la responsabilidad, sin que para ello sea obligada la apreciación de concausas o concurrencia de actitudes culposas o negligentes».

Aplicando este conjunto normativo y jurisprudencial a las circunstancias del caso, no ha lugar a apreciar ninguna de las infracciones denunciadas en los motivos sexto y séptimo de casación. Son razones que justifican esta decisión las siguientes:

a) En la medida en que se cuestiona la posibilidad misma de ejercitar en este supuesto la facultad discrecional de moderación, cabe su revisión en casación.

b) En esta tesitura, la controversia se contrae a comprobar si las circunstancias fácticas declaradas probadas por el tribunal sentenciador, que han de respetarse en casación, permiten extraer la conclusión o consecuencia jurídica de que el letrado culpable fallecido pudo prever en su momento, como consecuencia forzosa y necesaria de su incumplimiento contractual, la totalidad de los daños materiales concretados por la sentencia recurrida (lo que llevaría a considerar correcta la decisión de la sentencia impugnada) o, por el contrario, que no pudo preverlos por resultar de todo punto imprevisibles (lo que avalaría la tesis de la moderación cuantitativa que se pretende). Por lo antes dicho, no constituye obstáculo para un pronunciamiento favorable a la parte recurrente la circunstancia de que no se haya probado la concurrencia de la conducta culposa de la víctima en la producción del daño.

c) La sentencia recurrida no aborda la cuestión de la previsibilidad del daño cuyo resarcimiento debe quedar a cargo del deudor culpable. En efecto, pese a que no hace expresa declaración que permita atribuir al letrado la consideración de deudor doloso, lo cierto es que tampoco aborda su responsabilidad desde la perspectiva del deudor negligente, pues fija el alcance y la valoración de los daños y perjuicios sin hacer distinción entre los límites de una y otra clase de responsabilidad, de tal forma que su razón decisoria ampara el íntegro resarcimiento de la totalidad de los daños que considera probados, tanto en concepto de daño emergente como de lucro cesante.

d) Pese a lo dicho, un análisis de las circunstancias concurrentes cuando se concertó el encargo de compra de la vivienda y, más concretamente, el encargo hecho al letrado responsable para que cancelara las cargas y procediera a la tramitación de la escritura e inscripción registral (cuyo incumplimiento, por retraso culpable, fue la causa eficiente del daño -privación de la vivienda- por el que se reclama), permiten valorar como conforme a Derecho la solución contenida en la sentencia recurrida. Es cuestión fáctica, ajena a cualquier discusión en casación -en la medida que, ni los hechos en que se fundó la responsabilidad del letrado, ni la existencia misma de esta responsabilidad, fueron aspectos combatidos por el ahora recurrente-, que la demandante convino con el letrado fallecido que este se encargara de adquirir para aquella una vivienda, asumiendo también la obligación de cancelar las cargas y permitir su acceso al Registro -para lo cual se le entregó por la actora la suma de 500.000 pesetas, que esta había retenido a cuenta del precio-. Aunque cumplió con la obligación de redactar el documento privado de compraventa, es un hecho probado que incumplió la segunda parte de su encargo, declarando al respecto el juez de primera instancia que se demoró en exceso en la realización de los trámites pertinentes, -especialmente en cuanto a la preceptiva inscripción del dominio a favor de la actora y en cuanto a la cancelación de la carga hipotecaria que pesaba sobre el inmueble-, y que tampoco se personó a tiempo en el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado por la entidad bancaria acreedora -lo que habría posibilitado que no se adjudicara la vivienda a un tercero-, todo lo cual fue causa eficiente del resultado consistente en la definitiva privación del inmueble a la demandante. En la medida en que la demandante tiene derecho al pleno resarcimiento del daño sufrido, y que la moderación de la indemnización resulta excepcional, lo que procede es dilucidar si el daño emergente consistente en el valor actualizado de la vivienda -la adquisición por un tercero, con carácter irrevindicable, solo permite resarcir enteramente a la demandante devolviéndole su valor actualizado, con el objeto de que pueda adquirir otra de similares características-, y el lucro cesante, concretado en los rendimientos de la misma en forma de alquiler, eran daños y perjuicios previsibles por el letrado culpablemente responsable y, además, consecuencia misma de su incumplimiento contractual. Y la respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa. Con relación al valor de la pérdida, porque la circunstancia de que la vivienda tuviera en su momento un precio mucho más bajo -dos millones de pesetas- que el valor correspondiente a su tasación en 2007 - 265.720 euros- no es, por sí





misma, razón suficiente para considerar imprevisible o fuera de toda previsión lógica y natural, especialmente para quien fue contratado como profesional, que dicho inmueble incrementara su valor con el transcurso del tiempo, sin que, por el contrario, se haya constatado que el retraso en la reclamación fuera debido a la mala fe de la demandante con el propósito de resultar beneficiada por dicho incremento del valor -además de que el mercado inmobiliario, como se ha visto, está sujeto a variables de las que pueden derivar fluctuaciones de valor en los inmuebles, que no siempre se producen al alza, de tal forma que un eventual retraso buscado de propósito podría haberla perjudicado más que beneficiado-. En cuanto al lucro cesante por la pérdida de alquileres, porque necesariamente la valoración jurídica del juicio efectuado en la instancia ha de tomar en consideración que la demandante adquirió la vivienda con el fin de obtener un rendimiento económico con el que ayudar a su familia tras la muerte de su esposo, dato que no resulta verosímil que fuera desconocido por el letrado civilmente responsable cuando se le encomendaron las gestiones y, mucho menos, durante todo el tiempo en que se demoró en el cumplimiento de sus deberes contractuales, toda vez que a poco de firmarse el contrato privado de compraventa de la vivienda litigiosa (8 de mayo de 1984), se procedió a su arrendamiento (el 1 de diciembre de 1984 ya consta su cesión en alquiler al Sr. Gabino por una renta mensual de 22.000 pesetas), manteniéndose en esa misma situación de forma prácticamente ininterrumpida y, desde luego, durante el resto del tiempo en que el letrado fue realizando tardíamente las gestiones encomendadas, de tal modo que podía ser perfectamente consciente, por sus conocimientos como experto en Derecho, de que las consecuencias de su incumplimiento, ante una posible adquisición del inmueble por terceros -como ocurrió-, comprendían tanto la pérdida del inmueble en sí mismo considerado como la de los rendimientos que la parte demandante había venido percibiendo y tenía legítimas expectativas de seguir recibiendo en el futuro.

Si a todo lo antedicho se une que la demandante intentó en varias ocasiones que el letrado le explicara lo sucedido y afrontara sus responsabilidades, durante un periodo que incluyó etapas alcistas del precio de la vivienda, la desestimación de estos tres motivos no viene sino a corroborarse, pues dicho letrado tuvo en su mano evitar la repercusión del incremento del precio de la vivienda en el importe de una indemnización que previsiblemente iba a tener que satisfacer.

DUODÉCIMO.- Conforme a los arts. 476.3, 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, y al apdo. 9 de la D. Adicional 15ª LOPJ, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas al recurrente, que perderá el depósito constituido.

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

FALLAMOS

1. **DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuestos por el demandado D. Bernardo contra la sentencia dictada el 17 de febrero de 2010 por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 884/08.
2. Confirmar la sentencia recurrida.
3. E imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y 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 **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. FIRMADO Y RUBRICADO.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.

