



Roj: **SAP PO 328/2014 - ECLI: ES:APPO:2014:328**

Id Cendoj: **36057370062014100114**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **20/02/2014**

Nº de Recurso: **794/2012**

Nº de Resolución: **104/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME CARRERA IBARZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA , sede Vigo

SENTENCIA: 00104/2014

Domicilio: C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Telf.: 986817388-986817389 - Fax: 986817387

N.I.G. 36045 41 1 2011 0000272

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000794 /2012

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de REDONDELA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000089 /2011

APELANTES-APELADOS: NOVO XEITO FOMENTO INMOBILIARIO, S.L., María Antonieta

Procurador: GEMMA ALONSO FERNANDEZ, MARIA ELENA SALGADO TEJIDO

Abogado: JAVIER GONZALEZ VILLAR, MARIA LOURDES CARBALLO FIDALGO

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente; DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO y DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 104

En Vigo, a dieciocho de febrero de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de Juicio Ordinario número 89/2011, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 2 DE REDONDELA, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación **794/2012**, en los que aparecen como parte **apelante-apelada**: la demandante-reconvenida DOÑA María Antonieta, representada por la Procuradora doña Elena Salgado Tejido, con la dirección de la Letrado doña Lourdes Carballo Fidalgo; y la demandada-reconviniente "NOVOXEITO FOMENTO INMOBILIARIO, S.L.", representada por la Procuradora doña Gemma Alonso Fernández, con la dirección del Letrado don Javier González Villar.

Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



Primero.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Redondela, se dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 2012, en el procedimiento del que dimana este recurso, cuyo fallo textualmente dice:

" Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Dña. Elena Salgado Tejido en nombre y representación de Dña. María Antonieta contra "NOVOXEITO FOMENTO INMOBILIARIO S.L." y desestimando la demanda reconvenzional, debo declarar y declaro resuelto el contrato de compraventa otorgado entre Dña. María Antonieta como vendedora y la mercantil MPICV S.L. como compradora, en documento privado de fecha 5 de diciembre de 2003 por **incumplimiento** de la compradora y en consecuencia se fija en la suma de noventa mil cien euros (90.100 euros) el importe por los daños y perjuicios por el **incumplimiento** contractual de la parte compradora y por bien retenido dicho importe por Dña. María Antonieta, debiendo restituir la diferencia de ciento veinte mil cuatrocientos euros (120.400 euros) y condenando a la compradora demandada a estar y pasar por esta declaración y a entregar a Dña. María Antonieta la posesión de la finca objeto de este proceso, con apercibimiento de lanzamiento si no lo verificaran en el plazo legal. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

Segundo.- Contra dicha Sentencia, tanto por la representación procesal de doña María Antonieta como por la de la entidad "NOVOXEITO FOMENTO INMOBILIARIO, S.L." se interpuso sendos recursos de apelación que fueron admitidos a trámite y, conferido el oportuno traslado de los mismos, por cada una de las partes se formuló oposición al interpuesto de contrario.

Cumplimentados los trámites legales y elevadas las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, personándose las partes en legal forma y en el que se acordó no haber lugar a la práctica de la prueba solicitada por la representación de doña María Antonieta.

Por la parte apelada y en esta instancia se presentó escrito adjuntando copia de auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Redondela, de lo que, conforme a lo establecido en el artículo 271.2 LEC, se confirió traslado a la parte apelante que formuló las alegaciones efectuadas a tal efecto

Se señaló el día 6 de febrero para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

Las partes recurrentes han efectuado el depósito para recurrir exigido por la Disposición Adicional 15ª de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Tercero.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- Recurso de la entidad "Novo Xeito Fomento Inmobiliario S. L." .

En su demanda reconvenzional, postulaba la declaración de resolución del contrato concluido el 5 de diciembre de 2003, que tenía por objeto una finca de la actora reconvenida D.ª María Antonieta, que se describía del siguiente modo: " Casa compuesta de bajo y piso de una superficie de 62 metros cuadrados, aproximadamente, y con finca circundado, de una superficie aproximada de 250 metros cuadrados, sita en la AVENIDA000, Sotomayor. Linda: Norte, casa de Artemio; Sur, con Efrain y Higinio; Este, con herederos de Moises y Oeste, con casa de Artemio y calle del mismo nombre ".

La resolución se solicita por **incumplimiento** de la condición a que había quedado sujeto el contrato (adquisición de unas fincas colindantes) y por **imposibilidad** sobrevenida en el cumplimiento de su objeto por causas no imputables a la entidad "Novo Xeito Fomento Inmobiliario S. L.".

Ciertamente de entrada, la utilización del mismo hecho (adquisición de fincas colindantes) como ambivalente y pretendidamente sustentador de dos expedientes de signo jurídico incompatible, anuncia la inconsistencia del posicionamiento del demandante reconvenzional. Y es que, si la adquisición de fincas colindantes se fijó como *factum* condicionante de la eficacia del contrato, huelga hablar de **imposibilidad** de la prestación como consecuencia del mismo, puesto que esta resultaría ser imprevisible y sobrevenida, en tanto que, inversamente, si se afirma que la **imposibilidad** sobrevino con posterioridad al otorgamiento del contrato y que, por ello, resultaba desconocida en aquel momento, necesariamente se está excluyendo la posibilidad de que la misma se hubiere podido recoger a modo de condición. De cualquier manera, ninguna de ambas opciones tiene viabilidad operativa.

1) Constituye doctrina jurisprudencial conocida la expresiva de que la condición en los negocios jurídicos, como elemento accidental de la declaración de voluntad, no se presume, sino que ha de ser claramente establecida, ya que la obligación condicional es la excepción y solamente puede deducirse cuando claramente el ánimo de los contratantes fue hacer depender los efectos del contrato de un acontecimiento futuro e incierto,



para cuya determinación los Tribunales han de entrar en la interpretación del contrato al margen de lo que dijese las partes y que no son condición en sentido técnico y, por tanto, la obligación es pura, las llamadas cláusulas o «condiciones» estipuladas en el contrato referentes a las prestaciones de las partes (por ejemplo, entrega de la cosa y pago del precio), sin perjuicio de las acciones que puedan surgir por hechos posteriores (sentencias del Tribunal Supremo de 5 diciembre 1953, 7 noviembre 1973, 27 abril 1983, 21 abril 1987, 16 junio 1995, 4 julio 1997 y 24 septiembre 2002). Y la sentencia del Tribunal Supremo de 5 noviembre 2003, insiste: "las condiciones resolutorias no se presumen y han de ser expresamente pactadas, al tratarse de una excepción a la eficacia y desarrollo normal de los contratos, al actuar la condición como circunstancia impeditiva de la exigibilidad y, a su vez, como demora en la eficacia y vigencia de la reglamentación contractual pactada". Tal posibilidad requiere, por tanto, la acreditación cumplida y terminante de la subordinación de los efectos del contrato a la circunstancia que la constituye, de modo que, aunque no resulta imprescindible el empleo expreso del vocablo "condición", si es exigible que de los términos del contrato se infiera, de manera clara e inequívoca, la voluntad de los contratantes de someter la validez y eficacia del negocio a un concreto acontecimiento futuro e incierto.

Manifiestamente el texto literal del contrato no permite, desde luego, alcanzar la conclusión de que las partes hubieren establecido condición expresa alguna. El apartado II ("que previa adquisición de la finca reseñada en el exponendo anterior y otras colindantes que pretende adquirir a terceros, la entidad MPICV S. L. está interesada en construir una edificación") y la estipulación Segunda c) ("la parte adquirente se obliga a construir un edificio sobre la finca objeto del presente contrato y otras colindantes que desea comprar") no son más que una manifestación de intenciones respecto del objetivo del promotor (que es quien redacta el contrato), relacionada con el hecho de que parte del precio incluye ciertas fincas de la nueva edificación, pero de ningún modo reflejan la pretendida voluntad conjunta de someter la eficacia del contrato a la efectiva adquisición de las fincas colindantes. Como tampoco arroja la menor luz al respecto el plano o croquis que acompaña al contrato.

Y tampoco se deduce tal voluntad de los términos del contrato, ni de los actos coetáneos y posteriores de los contratantes, que, inversamente, son plenamente excluyentes de la artificiosa versión del demandante reconvenional. En efecto, no tiene sentido que, regulándose de una manera expresa, precisa y detallada, las circunstancias del pago del precio y entrega de las fincas que integran parte del mismo, que en cierto modo resultan factores secundarios, no se hubiere consignado con idéntica precisión y claridad, algo tan esencial, como el sometimiento de la eficacia del contrato a un hecho futuro e incierto; tampoco resulta lógico que, de ser cierta la versión del comprador y teniendo este evidente interés en resolver el contrato (de hecho, lo solicita en su demanda reconvenional), no inste tal resolución inmediatamente después de conocer que se ha frustrado la posibilidad de adquirir las fincas colindantes; en el propio contrato y para el caso de que concluido el plazo fijado para la entrega de las fincas no se hubiere rematado la edificación, la entidad mercantil adquirente se reserva la facultad de evitar la resolución contractual abonando la suma de 240.000 euros, lo que resulta absolutamente incompatible con la existencia de la condición; en fin, la entidad mercantil compradora ofreció la entrega de una vivienda y una suma complementaria en metálico, en sustitución de las fincas que habría de transmitir como parte del precio, justamente cuando ya conocía con toda perfección que al menos una de las fincas colindantes había sido enajenada a terceros, lo que en modo alguno se aviene con la realidad de una obligación condicional.

2) Y en relación con la **imposibilidad** sobrevenida de la prestación la cita de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 abril 2002 (que recoge la sentencia de instancia) es obligada: "Los motivos deben ser desestimados porque no concurre la situación fáctico-jurídica de **imposibilidad** de la prestación que pueda servir de aplicación a los preceptos mencionados, cuyos supuestos normativos responden, el del art. 1272 del Código Civil a una **imposibilidad** existente en el momento de la perfección contractual (fase de formación del contrato) en tanto el del art. 1184 del Código Civil a una **imposibilidad** sobrevenida - con posterioridad a la perfección y antes de estar constituido el deudor en mora - (por todas, sentencia 10 abril 1956); y cuyos efectos jurídicos son en el primer caso el de la nulidad contractual (art. 1272 en relación con el 1261. 2 ambos del Código Civil), y en el segundo el de la liberación de la prestación.

Esta Sala, en profusa jurisprudencia, ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia en el recurso, y tiene declarado:

a) La regulación de los arts. 1272 y 1184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la **imposibilidad** se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar «ex» art. 1182 sentencias de 21 febrero 1991, 29 octubre 1996, 23 junio 1997) recoge una manifestación del principio «ad impossibilia nemo tenetur» (sentencias de 21 enero 1958 y 3 octubre 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles («impossibilium nulla obligatio est»: D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una **imposibilidad** física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (sentencias de 15 febrero y 21 marzo 1994, entre otras).



b) La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística atendiendo a los «casos y circunstancias» (sentencias de 10 marzo 1949 , 5 mayo 1986 y 13 marzo 1987), pudiendo consistir en una **imposibilidad** física o material (la sentencia de 16 de diciembre 1970 se refiere también a la moral y la de 30 de abril de 1994 a la **imposibilidad** económica), o legal, que se extiende a toda **imposibilidad** jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente u otra causa jurídica (sentencias, entre otras, de 15 diciembre 1987 , 21 noviembre 1958 , 3 octubre 1959 , 29 octubre 1970 , 4 marzo , 11 mayo 1991 y 26 julio 2000).

c) A la **imposibilidad** se equipara la dificultad extraordinaria (sentencia de 6 octubre 1994), pero no cabe confundir dificultad con **imposibilidad** (sentencias, entre otras, de 8 junio 1906 , 10 marzo 1949 , 6 abril 1979 , 5 mayo 1986 , 11 noviembre 1987 , 12 mayo 1992 , 12 marzo 1994 y 20 mayo 1997), ni tampoco cabe medir la **imposibilidad** con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la sentencia de 6 octubre 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo (sentencias, entre otras, de 15 y 23 febrero , 12 marzo y 6 octubre 1994).

d) La **imposibilidad** ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (sentencia de 13 marzo 1987) - que sólo tiene efectos suspensivos (sentencia de 13 junio 1944) - y la derivada de una situación accidental del deudor (sentencia de 8 junio 1906).

e) No cabe alegar **imposibilidad** cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (sentencia de 22 febrero 1979 y 11 noviembre 1987).

f) Para aplicar la **imposibilidad** es preciso que no haya culpa del deudor y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (sentencia de 20 marzo 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (sentencias de 2 enero 1976 y 15 diciembre 1987), o le es imputable (sentencias de 7 abril 1965 , 7 octubre 1978 , 17 enero y 5 mayo 1986 , 15 febrero 1994 , 20 mayo 1997) y existe culpa cuando se conoce la causa (sentencias de 15 febrero y 23 marzo 1994 , 17 marzo 1997 y 14 diciembre 1998), o se podía conocer (sentencia de 15 febrero 1994) o era previsible (sentencias de 7 octubre 1978 , 15 febrero 1994 y 4 noviembre 1999), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (sentencia de 23 febrero 1994). La sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca.

g) No hay **imposibilidad** cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (sentencias de 8 junio 1906 , 7 abril 1965 , 6 abril 1979 , 12 marzo 1994 , 20 mayo 1997 , entre otras). La sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la **imposibilidad** y en la sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento.

h) Para estimar la **imposibilidad** sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (art. 1182 del Código Civil y sentencia de 23 febrero 1994)".

De la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta con meridiana claridad la inaplicabilidad de la normativa sobre la **imposibilidad** de la prestación recogida en el art. 1184 del Código Civil , cual pretende la parte reconviniente. Baste considerar que era fácilmente previsible la concurrencia de determinadas circunstancias (postulación de un precio superior al ofrecido por la promotora, imposición de condiciones gravosas por los vendedores, falta de interés de algún propietario en vender, etc.) que llevaran a fracaso el propósito de adquisición de las fincas colindantes o, de otro lado, que en uno de los casos la frustración de la compraventa se produjo como consecuencia de que la parte compradora no aceptó la condición de que el pago del precio se hiciera enteramente en metálico (circunstancia que no consta no pudiese asumir el comprador) y respecto a otra de las fincas no se aceptó el precio pedido por la propietaria. Y no hay **imposibilidad**, como se dice, cuando el hecho no resulta imprevisible e irresistible o cuando resulta provocada por quien la invoca que pudo cumplir y evitarla (al menos no consta lo contrario).

Finalmente, en relación con la exclusión de indemnización alguna (y por tanto el reintegro íntegro de la cantidad entregada a la vendedora como parte del precio), en razón a la falta de rigor a la hora de conceptuar, determinar y acreditar los daños y perjuicios que se reclaman y la falta de aplicación de la facultad moderadora del art. 1103 del Código Civil , es cuestión que ha de tratarse conjuntamente con el tema de la indemnización de daños y perjuicios que es objeto del recurso formalizado por la D.^a María Antonieta .

Segundo.- Recurso de D.^a María Antonieta .

A) La petición de indemnización de daños y perjuicios incluía en la demanda, tres partidas diferenciadas: pérdida del derecho de disponibilidad de los bienes, pérdida del derecho de uso y disfrute de las fincas y disminución del valor de la finca.



Conviene advertir que la demandante parte de considerar el **incumplimiento** contractual imputable a la entidad mercantil compradora como doloso, en los términos de los arts. 1101 y 1102 del Código Civil .

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 noviembre 1999 , señala en esta materia: "El Código Civil no da una noción de dolo en el **incumplimiento** de la obligación, a diferencia de lo que ocurre con el vicio de la voluntad en el art. 1269 de dicho Texto Legal , pero en el art. 1107 no desconoce y contrapone el deudor de buena fe al que actúa con dolo, como equivalente a mala fe, no siendo preciso para ello la voluntad de dañar o «animus nocendi», siendo bastante la voluntad consciente de incumplir. Evidentemente, la obligación creada con el contrato es la ejecución de lo convenido, pero si una parte rehúsa realizar la obligación que le incumbía o lo realiza mal, ocasiona un daño a la otra parte y nace así una obligación que sustituirá en todo o en parte a la preexistente, que no es otra que la de reparar el perjuicio causado con la inejecución o por su defectuoso cumplimiento. Cuando de dolo de ejecución contractual se trata, el art. 1101 sujeta a la indemnización de los daños y perjuicios causados, al igual que a los que incurren en negligencia o morosidad o de cualquier modo contravinieren el tenor de la obligación, pero a diferencia de estos otros **incumplimientos**, la responsabilidad procedente de dolo es exigible en toda clase de obligaciones y la renuncia a hacerla efectiva es nula (art. 1102). Pero se trata de una acción de resarcimiento cuyo objeto es la indemnización de daños y perjuicios que tiene el alcance del resarcimiento «in totum», conforme al art. 1106 del mismo Texto Civil, mientras que la derivada de negligencia es moderable - art. 1103 -. Por ello característica de esta acción de dolo es la de ser una acción de resarcimiento total. Para reputar la existencia de dolo, será preciso partir de unos hechos probados y examinar en los mismos, si la concreta conducta del deudor o parte incumplidora de la obligación, ha sido por una voluntaria y consciente transgresión de la misma. Tal es el concepto inferido de una larga tradición judicial. Ya la añeja sentencia de 15 de marzo de 1934 definió el dolo incumplidor de la obligación asumida como «propósito consciente, intencionado de eludir el cumplimiento de las obligaciones». Más reciente en el tiempo, la sentencia de 21 de junio de 1980 señala al respecto que constituye el quebrantamiento voluntario de la obligación, sustrayéndose a su cumplimiento con total conciencia de realizar un acto antijurídico. Hay **incumplimiento** doloso, recoge la sentencia de 23 de octubre de 1984), cuando la transgresión (de la obligación) se produjo voluntariamente y por tanto con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, pronunciándose en semejante sentido la anterior de 15 de julio de 1983). Ya la antigua resolución citada de 15 de marzo de 1934, se cuidaba de señalar, que tal transgresión voluntaria y consciente, en que el dolo consiste, dolo diferente del vicio del consentimiento al que se refiere el art. 1269 del Código Civil , no se presume y ha de probarse por el que lo alega. Finalmente, ha señalado la sentencia de 23 de febrero de 1989 que para que sea aplicable el art. 1102 del Código Civil es preciso que se califique de dolosa la conducta".

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 5 febrero 2008 , expone: "no han resultado acreditados los hechos en que, en la esfera del precepto invocado como infringido, se basa la malicia o el fraude determinante de la responsabilidad, y en el ámbito del artículo 1101 del Código Civil , se manifiesta la astucia, la maquinación o el artificio para sorprender, engañar o defraudar a otro en que se resume el dolo, ya causante, ya incidental".

Las circunstancias que llevan a calificar la actividad de la entidad compradora como dolosa, se refieren a la ocultación a la vendedora de la información precisa a fin de que esta tuviera conocimiento de la frustración del contrato en el momento en que se produce (año 2005) y el mantener a la otra parte expectante respecto a una situación que sabe de antemano que no se va a producir, lo que impide que la otra parte pueda optar a ver satisfechas sus expectativas con un tercero, al tiempo que retiene la posesión y propiedad de la finca durante cinco años desde que sabe que no va a cumplir por su parte el pago de la parte principal del precio.

Ciertamente los datos que procura la litis no permiten hablar de una conducta dolosa por parte del adquirente. La existencia de múltiples gestiones y negociaciones para adquirir todas las fincas es hecho acreditado (basta el testimonio de la Sra. Loreto , titular de una agencia inmobiliaria y que intermedió en la operación) y aunque, a los efectos de excluir la aplicación de la doctrina de la **imposibilidad** sobrevenida de la prestación como causa de **incumplimiento** contractual, se haya hecho mención a que la adquisición de las fincas colindantes dependía, en principio, de la voluntad del comprador, ello no quiere decir que las exigencias de los eventuales vendedores (importe del precio o entrega del mismo en metálico y sin aplazamientos) pudieran ser asumidas fácilmente por la compradora, que se vio así abocada a abandonar su propósito. Es decir, no hay constancia alguna de que el hecho de no haberse adquirido las fincas por la entidad demandada (lo que determinó que, en definitiva, no se llevare a término la construcción) fuere consecuencia de una maquinación de la misma para defraudar o engañar a la vendedora. Y, con referencia a la ocultación de la frustración del contrato, a partir del año 2005, y con ello la exclusión de la posibilidad de cumplir las expectativas de venta o permuta con un tercero, así como la retención de la posesión y propiedad de la finca, debe precisarse que, además de que resultaba un hecho notorio y físicamente apreciable para la ahora demandante que la construcción no se comenzaba, la citada testigo D.^a Loreto , manifiesta a preguntas de la actora, que llegado el plazo para la concesión de la licencia municipal de construcción (30 de junio de 2005) sin que se hubiere obtenido, se



puso en contacto con la Sra. María Antonieta y esta, con conocimiento de tal dato, no tuvo inconveniente en conceder un aplazamiento e, incluso, vino a aceptar como solución a la inejecución de la obra la entrega de un piso o vivienda situada en un edificio de Pontevedra y una cantidad en metálico, en sustitución de la vivienda y local que habrían de entregársele. Por lo demás resulta evidente que, a partir del cumplimiento del plazo señalado en el contrato para la entrega de las fincas de la nueva edificación (que puede fijarse en septiembre de 2008), estaba la vendedora en condiciones de instar la resolución del contrato.

1) Pérdida de disponibilidad de los bienes vendidos .

La primera de las partidas reclamadas se sustenta en la pérdida de disponibilidad de los bienes vendidos y, en consecuencia, la pérdida de la posibilidad de realizar la permuta interesada con otro promotor. Tal enunciado general, por el que se reclama la suma de 100.000 euros (que ha venido a reducirse a 45.050 euros, en el suplico del escrito de la apelación), se concreta en dos planos resarcitorios: el daño moral y el daño efectivamente patrimonial.

a) El daño moral viene a identificarse con la pérdida, para la demandante, de la *posibilidad de realizar el tipo de operación inmobiliaria por ella deseado, como es el poder ser propietaria de viviendas de nueva edificación sobre el mismo solar adquirido por herencia* " (hecho Décimo 2º de la demanda), así como con las " *perturbaciones anímicas causadas* " (escrito de formalización del recurso).

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 febrero 2008 expone: "El art 1101 del Código Civil determina la responsabilidad de quien incumple sus obligaciones contractuales que determina su sujeción a la indemnización de los daños y perjuicios causados e incluye el daño moral. Los daños morales tienen muchas peculiaridades en cuanto a su conceptualización dada la variedad de situaciones, circunstancias o formas con que pueden presentarse en la práctica. Se viene adoptando por la Jurisprudencia una orientación cada vez mas amplia del concepto del daño moral, con superación de la clásica concepción sobre el pretium doloris y los ataques a los derechos de la personalidad y con fundamento en el criterio de indemnidad, por lo que se admite que este daño moral pueda tener origen en un **incumplimiento** contractual (sentencias de 12 julio 1999 o 18 noviembre 1998 , entre otras), pero siempre estableciéndose que ello no permite una generalización de la posibilidad indemnizatoria. Así, se entiende que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psicológico por agresión directa al acervo espiritual, si bien el concepto de daño moral indemnizable no puede integrarse por situaciones de mera molestia, enojo o enfado, que de ordinario se producen ante un **incumplimiento** contractual, o de incertidumbre, inquietud o aflicción que no ostenten una cierta entidad".

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio 2011 , aclara: "La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que el daño moral es apreciable en la responsabilidad contractual, si bien no todo daño moral debe ser indemnizado por el que lo causa en el ámbito contractual o extracontractual (sentencias de 31 mayo 2000 y 10 marzo 2009). La obligación de reparación no tiene un alcance universal, sino que su alcance debe ser delimitado en función del contenido del contrato y de los criterios normativos de imputación objetiva que resultan del ordenamiento jurídico. El daño moral debe, además, ser demostrado".

Conviene advertir que, en el presente caso, la pérdida de expectativas la sitúa concretamente la parte demandante en la frustración de la posibilidad de realizar el tipo de transacción inmobiliaria que ella perseguía, es decir, llegar a ser propietaria de la vivienda y el local de la nueva edificación construida sobre la parcela de su propiedad adquirida por herencia. No cabe entender, sin embargo, que tal deseo o perspectiva resultare realmente trascendente o decisiva para la vendedora. Repárese en que ya en el propio contrato, se establecía la posibilidad de que, en el caso de retraso en la entrega de las fincas, la vendedora pudiese resolver el contrato, si bien tal facultad podría neutralizarse por la compradora abonando a aquella la suma de 240.000 euros (lo que evidencia que el ahora afirmado no era un interés preponderante). Conclusión que se confirma por la propia actitud de la vendedora que, en un determinado momento (tras conocer que no se había solicitado licencia municipal de obras), aceptó la propuesta de la compradora de sustituir la entrega de la vivienda y local señalados en el contrato como parte del precio, por una vivienda ubicada en una edificación de la ciudad de Pontevedra (y, por ello, no del edificio a construir en el solar de su propiedad) y una suma en metálico complementaria, por más que, finalmente y por razones desconocidas, tal acuerdo no tuviere concreción real.

Desde otro punto de vista, sólo en el escrito de formalización del recurso (no en la demanda) viene a identificar la demandante el daño moral con "las perturbaciones anímicas causadas". Si bien, tampoco cabe afirmar que el **incumplimiento** por el demandado-reconviniente del contrato haya provocado un sufrimiento o padecimiento psíquico en la actora que sea de superior entidad a la normal molestia, angustia o preocupación que provoca todo **incumplimiento** contractual, que en el presente caso se indemniza a través de los daños patrimoniales sufridos por causa del **incumplimiento**, por no verse afectado el patrimonio espiritual de la perjudicada más allá de la frustración y molestias que todo **incumplimiento** conlleva y es que, como precisa la sentencia del Tribunal



Supremo de 19 diciembre 2005 : "Las meras incomodidades y molestias a las que todos los seres humanos estamos expuestos por razón de la convivencia social, por el obrar de los otros, no constituyen perjuicios compensables económicamente por sí mismos". En cualquier caso, aquellas "perturbaciones anímicas" a que alude al recurrente, solamente podrían producirse a partir del momento en que se cumplen los plazos de entrega establecidos en el contrato (septiembre de 200, porque antes no era exigible la misma) y esta no se produce y, desde entonces, podría la demandante haber instado la resolución contractual.

De igual modo, dada la naturaleza puramente económica del contrato, no consta que en el contenido del mismo se hubiesen tomado en consideración, implícita o explícitamente, los daños morales que pudiera producir su **incumplimiento** y, en tal sentido, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio 2011 , señala que "tratándose de la responsabilidad derivada del **incumplimiento** de un contrato tiene suficiente relevancia, por lo general, para entender excluida la obligación de responder por daños morales, el hecho de que en un contrato de contenido predominantemente económico no se halle prevista y no se infiera de su contenido y consecuencias conforme a la buena fe, al uso y a la ley una obligación especial de diligencia para cubrir todos o algunos de los posibles daños morales derivados del **incumplimiento**".

b) Desde el punto de vista puramente patrimonial, la actora viene a significar que aunque ahora, tras la resolución del contrato, recupere la propiedad de su parcela, ya no tendrá las posibilidades que antes habría tenido de poder permutar por obra nueva construida.

Ciertamente y por regla general, es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama (sentencias de 29 marzo 2001 , 30 abril 2002 y 10 julio 2003). Pero tal postulado cede en aquellos casos, evidentemente excepcionales, en que el **incumplimiento** de la obligación lleva a considerar la existencia de daños producidos «in re ipsa» (sentencias de 23 julio 1997 , 10 octubre 2001 , 5 marzo 2002 , 17 marzo 2003 , 10 junio 2004 , 12 mayo 2005 , entre otras). Y es que la doctrina jurisprudencial mantiene el criterio de apreciar el efecto indemnizatorio por el simple **incumplimiento**, eso sí, cuando se refiere a supuestos en que el **incumplimiento** determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral (sentencias de 18 julio 1997 , 31 diciembre 1998 y 16 marzo 1999), lo que ocurre cuando se deduce necesaria y fatalmente su existencia (sentencias de 19 octubre 1994 , 16 marzo 1995 , 11 julio 1997 , 28 diciembre 1999 y 10 junio 2000) o es una consecuencia forzosa (sentencia de 25 febrero 2000) o natural e inevitable (sentencia de 22 octubre 1993 y 18 diciembre 1996) o se trate de daños incontrovertibles (sentencia de 30 septiembre 1989), evidentes (sentencia de 23 febrero 1998) o patentes (sentencia de 25 marzo 1998).

Y ello es lo que ocurre en el caso presente. La resolución del contrato y, por consiguiente, la frustración de la operación, con recuperación años después de la propiedad y posesión de la parcela, produce evidentemente un perjuicio: es hecho notorio que la realidad de la actual crisis económica, en general y de signo inmobiliario, en particular, viene a determinar que la posibilidad de suscribir un nuevo contrato de idéntica naturaleza (permuta de solar por finca en nueva edificación) y en parecidas condiciones que el concertado en el año 2003, resulte en este momento mucho más complicada y dificultosa. Aspecto que, evidentemente, debe ser objeto del oportuno resarcimiento y que dado el problema de su concreción, viene a fijarse en la suma de 20.000 euros que se entiende a modo de compensación fundada en razones de equidad.

2) Pérdida del derecho de uso y disfrute .

Afirmaba la demanda que el **incumplimiento** contractual supuso la pérdida del derecho de uso y disfrute y, por tanto, las rentas que hubieren podido obtenerse del alquiler del bajo (destinado a local de negocio) y de la planta primera (destinada a vivienda) y que se fijan, a razón de 600 y 400 euros mensuales, respectivamente, en la suma de 84.000 euros, correspondientes al periodo que va desde enero de 2004 hasta diciembre de 2010 (que se eleva en el recurso a 101.000 euros, al ampliarse el *dies ad quem* a la fecha de la sentencia).

La estipulación Segunda, apartado C) del contrato suscrito por las partes el 5 de diciembre de 2003, prevenía: "*La parte adquirente se obliga a construir un edificio sobre la finca objeto del presente contrato y otras colindantes que desea comprar, en el plazo máximo de 36 meses a contar de la concesión de la licencia municipal, la cual será solicitada no más tarde del 30 de junio de 2005*".

Y la estipulación Tercera disponía: "*Cumplido el plazo de 36 meses, si el mentado edificio no está terminado, se otorgará un plazo de cortesía de dos meses*".

Debe recordarse, en torno al lucro cesante que, según reiterada doctrina jurisprudencial, es principio básico de la determinación del lucro cesante el que se delimita por un juicio de probabilidad, pues a diferencia del daño emergente, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso. Y así, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2008 , declara: "la existencia del perjuicio por este concepto debe ser probada con una razonable verosimilitud,



cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (sentencias de 6 de septiembre de 199 , 5 de octubre de 1992 , 4 de febrero de 2005 , 31 de mayo 2007 , 18 de septiembre de 2007).

Ciertamente, en el supuesto de litis, puede afirmarse que, de haber sido entregada la vivienda y el local de negocio en la fecha señalada en el contrato, existía la probabilidad objetiva, que resulta del decurso normal de las cosas, de que la actora hubiera podido arrendar ambas fincas percibiendo la merced o renta correspondiente, ganancia que dejó de obtener y cuya exigencia tiene amparo en el art. 1106 del Código Civil .

Pues bien, respecto al periodo a que debe extenderse la indemnización, el *dies a quo* o inicial del cómputo, no es posible establecerlo, cual pretende la demandante, en enero de 2004, porque refiriéndose las rentas al local y vivienda de la nueva edificación, no sería posible proceder a su alquiler sino hasta que hubieren sido terminadas y puestas a disposición del vendedor. De modo que ha de estarse a la fecha de entrega señalada en el contrato, con arreglo a las transcritas estipulaciones. Y así, el cómputo se inicia el 30 de junio de 2005 (fecha tope para deducir la solicitud de licencia municipal de obras) y aunque no está fijado en el contrato, debe, lógicamente, añadirse un tiempo para que el Ayuntamiento tramitare y concediere la misma, que se fija razonablemente en un mes (30 de julio de 2005). Se suman los treinta y seis meses señalados como plazo máximo (30 de julio de 2008) y los dos meses prevenidos como término de cortesía, lo que nos sitúa en el 30 de septiembre de 2008.

En relación con el término final, ha de estarse a lo solicitado en la demanda (diciembre de 2010), en la medida que la ampliación del plazo hasta la fecha de la sentencia es una pretensión introducida *ex novo* y por ello no asumible (arg. arts. 218. 1 , 412. 1 y 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo demás y respecto al *quantum* de las rentas, ha de estarse al informe del testigo-perito, ratificado en el acto del juicio, que las establece en relación con el año 2009, y con arreglo al que la actora reclama el importe mensual de 1.000 euros (600 por el local de negocio y 400 por la vivienda).

En suma, se señala el importe de esta partida en la cantidad de 26.000 euros (26 meses por 1.000 euros mensuales).

3) *Disminución del valor de la finca .*

Se enuncia el criterio sustentador de esta partida del siguiente modo: aunque la demandante recupere la propiedad de la finca, se le devuelve la misma en condiciones de abandono y distintas de las existentes al tiempo en que fueron entregadas, lo que supone una disminución de su valor. Perjuicio que se cuantifica en la suma de 26.500 euros (que se rebajan a 26.000 euros en el recurso).

Tal fundamento deviene inconsistente. Ciertamente, las peores condiciones en que se encuentra la propiedad que ha de reintegrarse a la actora, consecuencia del paso el tiempo y la falta de labores de conservación o mantenimiento por parte de su poseedor, no resultan relevantes en cuanto a una eventual desvalorización, porque siendo destino de la finca la venta para futura edificación (no se ha intentado acreditar el hecho de que tal propiedad se destine a la ocupación por su propietaria), lo económicamente determinante es el solar o parcela y esta, evidentemente, no sufre disminución en su valor en función del estado en que se encuentre una edificación antigua en todo caso destinada a ser demolida. Cosa diversa sería que, dado que el paso del tiempo es factor que igualmente afectaría a la propiedad en el caso de que siguiera siendo titular la demandante, se exigiera la correspondiente compensación por las labores necesarias para limpieza y devolución del inmueble en las mejores condiciones posibles. Pero tal criterio indemnizatorio, se ha venido a introducir por vez primera en el recurso, cuando se refiere al "importe de las obras que resulten necesarias para dejar la finca en condiciones de uso que permita el acceso a su interior sin peligro para la seguridad, salud y, en definitiva, integridad física de las personas" y, por tanto de forma absolutamente intempestiva (arg. arts. 218. 1 , 412. 1 y 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

B) Se impugna asimismo en este recurso el pronunciamiento de la sentencia sobre costas procesales.

a) Respecto a las costas de la demanda, la sentencia aplica de modo correcto la normativa del art. 394. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuyo tenor, si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. En el suplico de la demanda se solicitaba, además de la declaración de la resolución del contrato suscrito por las partes el día 5 de diciembre de 2003, la declaración del derecho de la actora a ser indemnizada en la suma de 210.500 euros en concepto de daños y perjuicios. Y esta última pretensión fue desestimada de modo sustancial, por cuanto la sentencia concede una indemnización de 90.100 euros. Por consiguiente, hay estimación parcial de las pretensiones de la demanda



y difícilmente puede apreciarse temeridad o mala fe procesal de la parte demandada en su contestación a la demanda, en la medida en que su oposición a la petición resarcitoria en los desproporcionados términos de la demanda (que la propia actora rebajó en su escrito de recurso), fue parcialmente acogida.

b) Debe acogerse, sin embargo, el motivo impugnatorio en relación con las costas correspondientes a la demanda reconvenicional.

La demanda reconvenicional solicitaba en su suplico: " Se declare la resolución del contrato suscrito por las partes en fecha 5 de diciembre de 2003, por causa de **incumplimiento** de la condición a que había quedado sujeto el mismo y, a mayores, por **imposibilidad** sobrevenida en el cumplimiento de su objeto, quedando además frustradas las legítimas expectativas de las partes, por causas no imputables a Novoxeito y se condene a D.^a María Antonieta a la devolución de los 210.000 euros que le entregó Novoxeito o, subsidiariamente, las cantidades que establezca Su Señoría, más los intereses legales desde la presentación de la demanda " .

La sentencia de instancia desestimó la reconvenición (y así lo expresa en el fallo de la misma) al inadmitir la causa de pedir de la resolución, por entender que ni había quedado sometido a condición el contrato ni se había producido una **imposibilidad** sobrevenida de la prestación. Y, lógicamente, al desestimarse la declaración de resolución contractual por dichas causas, se venía a desestimar la petición derivada de la misma que no era otra que la de devolución de la suma entregada como parte del precio o aquella que el tribunal estimare procedente, produciéndose así una desestimación íntegra de las pretensiones del reconviniente. De modo y manera que la rebaja que en el *quantum* indemnizatorio aplicó la sentencia, fue consecuencia, no de la estimación parcial de la reconvenición, sino de la estimación (o desestimación) parcial de la demanda. Y, en tal tesitura, claro es que, respecto a la reconvenición debe aplicarse la norma del art. 394. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según el que, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

Tercero. - Costas procesales .

De conformidad con lo prevenido en el art. 398. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D.^a Gemma Alonso Fernández, en nombre y representación de la entidad "Novo Xeito Fomento Inmobiliario S. L." y el promovido por el Procurador D.^a María Elena Salgado Tejido, en nombre y representación de D.^a María Antonieta , contra la sentencia de fecha catorce de mayo de dos mil doce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Redondela , revocamos la misma. Y, en consecuencia:

a) Estimando la demanda promovida por el Procurador D.^a María Elena Salgado Tejido, en nombre y representación de D.^a María Antonieta , declaramos resuelto el contrato privado suscrito por las partes el día 5 de diciembre de 2003, reintegrándose a la actora en la propiedad de la finca; se reconoce el derecho de la actora a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados del **incumplimiento** contractual, fijándolos en la cantidad de CUARENTA Y SEIS MIL EUROS (46.000 euros), así como el derecho de la actora a cobrar y retener dicha suma de las cantidades que le fueron entregadas a cuenta del precio. No se hace especial declaración en cuanto a las costas procesales de esta demanda.

b) Desestimamos la demanda reconvenicional formalizada por el Procurador D.^a Gemma Alonso Fernández, en nombre y representación de la entidad "Novo Xeito Fomento Inmobiliario S. L.", absolviendo de las pretensiones de la misma a la parte reconvenida, con imposición de las costas de tal reconvenición a la parte reconviniente.

No se hace especial declaración en cuanto a las costas procesales de los recursos.

Procedase a la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

La presente resolución podrá impugnarse ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a medio de recurso de casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, que se interpondrán ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la misma.

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