



Roj: **STS 4699/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4699**

Id Cendoj: **28079110012022100924**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2022**

Nº de Recurso: **1649/2019**

Nº de Resolución: **925/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 237/2019,**
STS 4699/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 925/2022

Fecha de sentencia: 19/12/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1649/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/12/2022

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MURCIA, SECCIÓN 5.ª (CARTAGENA)

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1649/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 925/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 19 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Dianium, S.L., representada por la procuradora D.^a Beatriz de Mera González, bajo la dirección letrada de D. Raúl Monsalve Mora, contra la sentencia n.º 41, dictada por la Sección 5.^a (Cartagena) de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación n.º 622/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 128/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Javier (Murcia). Ha sido parte recurrida Burger King Spain, S.L., representada por el procurador D. Francisco Javier Pozo Calamardo y bajo la dirección letrada de D. Pablo Torán Umbert.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Antonio Rentero Jover, en nombre y representación de Dianium, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Burger King Spain, S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

" Con carácter principal:

"1.- Que se declare que, por la mercantil demandada se ha producido un desistimiento unilateral e injustificado del contrato de arrendamiento, de fecha 1 de diciembre de 2014, en el que aparece como arrendataria, no siendo dicho desistimiento unilateral causa de extinción del arriendo.

"2.- Que se condene a la mercantil arrendataria demandada Burger King Spain, S.L., al cumplimiento íntegro de sus obligaciones contractuales debiendo llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para la construcción y explotación de las edificaciones e instalaciones complementarias (descritas en el contrato) y que son necesarias para la explotación del negocio de restauración, así como la ocupación del mismo y al pago, a mi mandante, de la renta fija mensual de 4.000 euros (más IVA), a pagar desde el mes de julio de 2.015, así como una renta variable del 6% de su cifra de ventas anuales, y todo ello durante el plazo fijado en el contrato.

"3.- que se condene al pago de las costas de este procedimiento a la parte demandada.

" Y subsidiariamente, para el caso de que no fuera posible el cumplimiento o no se estimaran los pedimentos principales:

"1.- Que se declare la resolución del contrato de arrendamiento, que está fechado el 1 de diciembre de 2.104, por el incumplimiento de la mercantil demandada, Burguer King Spain, S.L. de sus obligaciones contractuales, estando ante un claro y evidente desistimiento unilateral e injustificado de la arrendataria en el cumplimiento de sus obligaciones arrendaticias.

"2.- Que, como consecuencia de dicha resolución unilateral y del incumplimiento del contrato por la arrendataria, se condene la mercantil demandada, Burguer King Spain, S.L. a indemnizar y a pagar a mi mandante por los daños y perjuicios causados las siguientes cantidades:

" + Por el lucro cesante consistente en el valor actual de la renta mínima que se hubiera obtenido por el contrato de arrendamiento la cantidad de 239.053 euros.

" + U todo ello más los intereses legales desde el 27 de mayo de 2.015 momento en el que Burguer King fue requerido por medio de burofax para el cumplimiento del contrato.

"3.- Que se condene al pago de las costas de este procedimiento a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 3 de marzo de 2017, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Javier (Murcia), se registró con el n.º 128/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María Botía Sánchez, en representación de Burger King Spain, S.L.U., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado "[...] dicte resolución por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta por Dianium, S.L., con expresa condena en costas a la Actora", y formuló reconvencción, suplicando al órgano judicial:

"[...] dicte sentencia por la que:



"- Declare el derecho de la demandada reconviniendo a exigir a la Actora la devolución de la fianza entrega, cuyo importe es de ocho mil euros (8.000 €) más los intereses legales desde el 1 de mayo de 2.015.

"- Condene a Dianium, S.L. al pago de ocho mil euros (8.000 €), más los intereses legales devengados desde el 1 de mayo de 2017 hasta el día en que se dicte sentencia.

"- Condene a la Actora reconvenida al pago de las costas".

La representación procesal de Dianium, S.L., contestó a la reconvencción mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia desestimando la misma, y condenado a la parte reconviene en las costas".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Javier, dictó sentencia de fecha 10 de septiembre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimo la demanda formulada por la mercantil Dianium, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales, D. Antonio Rentero Jover, contra la sociedad Burger King Spain, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales, Dña. María Botía Sánchez, y en su virtud:

"1º.- Declaro la resolución del contrato de arrendamiento, que está fechado el 1 de diciembre de 2.014, por incumplimiento de la mercantil demandada, Burger King Spain, S.L., de sus obligaciones contractuales.

"2º.- Debo condenar y condeno a Burger King Spain, S.L. a abonar a la mercantil Dianium S.L. la cantidad de 676.995 €, por los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, con imposición de los intereses de conformidad con el fundamento séptimo de la presente resolución.

"3º.- Con expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Burger King Spain, S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª (Cartagena) de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo tramitó con el número de rollo 622/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 5 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña María Botía Sánchez en nombre y representación de BURGER KING SPAIN S.L., representada contra la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2018 dictada por el Juzgado Primera Instancia nº 5 de San Javier, en los autos de Juicio Ordinario Número 128/2017 debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución en el sentido de reducir la indemnización que en la misma se fija a la suma de 112.990 € y suprimir la imposición de costas derivadas de la demanda principal sobre las que no se hace expresa imposición y que debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS los extremos de dicha resolución compatibles con los anteriores pronunciamientos, incluida la imposición al demandado reconviniendo de las costas derivadas de la reconvencción, todo ello sin expresa imposición de las costas de esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Antonio Rentero Jover, en representación de Dianium, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Motivo primero.- Infracción del artículo 1.106 CC y la jurisprudencia que lo interpreta.

"Motivo segundo.- Infracción del artículo 11 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, y la jurisprudencia que los interpreta.

"Motivo tercero.- Infracción del artículo 4.1 CC y la jurisprudencia que lo interpreta".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de junio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dianium S.L. contra la sentencia dictada, con fecha de 5 de febrero de 2019, por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, en



el rollo de apelación n.º 622/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 128/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Javier.

"2º) Abrir el plazo de veinte días, para que la parte recurrida formalice, por escrito su oposición al recurso, encontrándose las actuaciones a su disposición en Secretaría, durante el citado plazo.

"Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

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

4.- Por providencia de 3 de noviembre de 2022 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 7 de diciembre del presente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente proceso hemos de partir de los siguientes antecedentes:

1.- *El objeto del proceso*

La entidad Dianium, S.L., ejerció contra Burguer King, S.L., una acción de cumplimiento de un contrato suscrito por las litigantes el 1 de diciembre de 2014, relativo al arrendamiento de un solar para la construcción de un edificio comercial, del que había desistido unilateralmente la demandada; y, subsidiariamente, de no ser posible el cumplimiento, se declarase la resolución de contrato, por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones, y, en consecuencia, se la condenase a indemnizar los daños causados, que cifra en las rentas adeudadas y en la realización de las construcciones e instalaciones necesarias para la explotación del negocio de restauración, toda vez que, en virtud de lo pactado, quedarían a disposición de la actora, al finalizar el plazo contractual mínimo de cinco años, susceptible de prórroga hasta 25 años, ascendiendo todo ello a la suma de 676.995 euros.

Frente a dicha pretensión, se opuso la demandada, la cual reconvino, ejercitando acción de reclamación del importe de la fianza entregada, ascendente a la suma de 8.000 euros, equivalentes a dos mensualidades de renta, más intereses legales. A la demanda reconvenida, se opuso, a su vez, la actora reconvenida, dado el incumplimiento de sus obligaciones por parte de Burger King, S.L.

2.- *El procedimiento en primera instancia*

El procedimiento se tramitó, por los cauces del juicio ordinario número 126/2017, ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Javier (Murcia), que dictó sentencia de 10 de septiembre de 2018, en la que se estimó la demanda, y rechazó la reconvenición.

Se fundamentó, para ello, en el incumplimiento por parte de la demandada de la condición suspensiva pactada en la cláusula quinta del contrato, conforme a la cual:

"El arrendador y la arrendataria, de común acuerdo, condicionan la validez y eficacia del presente contrato al cumplimiento de la condición suspensiva siguiente: Que por las autoridades administrativas competentes y en el plazo máximo de CINCO Meses desde la fecha de este contrato se conceda de forma expresa las licencias de obra y actividad precisas para la construcción y explotación del edificio reseñado en el dispositivo II de este contrato.

"Transcurridos los CINCO MESES desde el día de la fecha del presente contrato (incluido), sin que se hubiese cumplido la expresada condición suspensiva, que es irrenunciable para ambas partes, el presente contrato quedará sin efecto ni valor alguno, sin que las partes puedan presentar reclamación económica recíprocamente, por razón del presente contrato, debiendo devolver la propietaria a la arrendataria el importe de la fianza recibida a la firma del contrato".

El incumplimiento se produjo, toda vez que solicitadas las correspondientes licencias, la concesión de las mismas quedó condicionada al cumplimiento de un defecto fácilmente subsanable para la demandada, cual era justificar, en la memoria del proyecto presentado, el cumplimiento de la ley 6/2006, sobre incremento de medidas de ahorro y consumo de agua de la comunidad autónoma de Murcia, que no fue cumplimentado por la demandada, la cual remitió un burofax a la demandante el 8 de mayo de 2015, dando por resuelto el contrato, no aceptado por la actora.



Igualmente, la sentencia descartó que el solar tuviese vicios ocultos, que impidiesen la ejecución del proyecto de edificación.

En definitiva, entendió que no era susceptible de aplicación el art. 1119 del Código Civil (CC), ya que no puede tenerse por cumplida la condición suspensiva, porque el otorgamiento de las licencias constituye *condictio iuris*, que no puede alcanzarse por dicha vía. Además, el art. 1117 CC dispone que "la condición de que ocurra algún suceso en un tiempo determinado extinguirá la obligación desde que pasare el tiempo o fuera ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar", lo que supone entender, en este caso, que la obligación se ha extinguido y, por lo tanto, estima la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada.

La sentencia estima que los daños y perjuicios ocasionados por el desistimiento unilateral e injustificado llevado a cabo por la demandada, consisten en las rentas dejadas de percibir durante los cinco años de duración del contrato (239.053 euros), así como el importe de la valoración de la construcción a recibir por la demandante, al haberse convenido que quedaría en propiedad de la actora, concepto por el que reclama la suma de 437.942 euros, tras aplicar un coeficiente de depreciación a los cinco años. En total, 676.995 euros, conforme al informe pericial emitido por el perito economista D. Ángel Daniel, que se fundamentó, a su vez, en otro de ingeniería, sobre el valor de la construcción.

3.- El procedimiento en segunda instancia

Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la entidad demandada, el cual fue resuelto por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena. El tribunal estimó, en parte, el recurso de apelación interpuesto, en el sentido de reducir la indemnización a la suma de 112.990 euros, y suprimir la imposición de costas derivadas de la demanda principal.

El tribunal confirma el incumplimiento del deber de conducta por parte de la arrendataria, consistente en poner los medios para obtener las preceptivas autorizaciones administrativas y de la obligación de construir un edificio determinado para explotarlo como negocio de restauración, lo que conlleva el deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados de su frustración. Cosa distinta es que la indemnización deba comprender la totalidad de lo solicitado, por lo que procede a su moderación, y, de esta manera, al considerar aplicable al caso la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de abril de 2012, modera la indemnización fijándola en 112.990 euros. Para ello razona:

"Fijaremos la indemnización procedente con los mismos criterios adaptándolos a las particularidades del presente caso. La única diferencia importante con el caso contemplado en la resolución comentada es que aquí existe la obligación de llevar a cabo una construcción que quedará en beneficio del arrendador. Pero ello no impide aplicar los mismos criterios, si tenemos en cuenta que nos hallamos ante un arrendamiento complejo "ad aedificandum" en que la construcción sustituye en parte al precio ordinario del arrendamiento. Por eso, equipararemos los 437.942 € en que se valora la construcción proyectada a una renta por cinco años que complementa la pactada en metálico. En consecuencia se concederán cinco mensualidades de renta correspondientes a los cinco meses transcurridos hasta el cumplimiento de la condición resolutoria y otras cinco mensualidades de renta por los cinco años de duración mínima del contrato. Y esto lo haremos, tanto con los 4.000 € mensuales pactados de renta, como con los 7.299 € correspondientes a la mensualidad resultante de la equiparación señalada. Por tanto, con estimación parcial del recurso, la indemnización quedará fijada en la suma de 112.990 €".

4.- Recurso de casación

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandante el recurso de casación cuya decisión nos compete.

SEGUNDO.- *Los motivos del recurso de casación y síntesis de su desarrollo.*

Los motivos del recurso de casación interpuesto, por razón de interés casacional, son los tres siguientes, que pasamos a exponer:

2.1.- Motivo primero

En el motivo primero, se alega la infracción del art. 1106 CC, y la oposición a las sentencias de esta Sala, que declaran que la fijación de la indemnización por desistimiento unilateral del arrendatario, en el caso de arrendamiento de local de negocio, debe fijarse en atención a las circunstancias del caso, y que, para la aplicación del criterio de moderación, es preciso tener en cuenta las concurrentes desde una doble perspectiva; por un parte, la del arrendador cuyas legítimas expectativas no cabe frustrar; y, por otra, la del arrendatario al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada, cuando su comportamiento no es arbitrario. No es posible la aplicación analógica del art. 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), en los supuestos en los que existen elementos probatorios suficientes que justifiquen la existencia de perjuicios de mayor calado, y así quedó probado en la sentencia de primera instancia.



Se cita como opuestas a la recurrida las SSTS de 11 de febrero de 2016, 26 de septiembre de 2007 y 14 de julio de 2006. Critica que la sentencia recurrida considere que la indemnización debe ser moderada, atendiendo a lo dispuesto en STS de 9 de abril de 2012 y a tenor del art. 11.2 LAU, que contienen una pauta orientativa, y la fije en una cantidad equivalente a una mensualidad de renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir, cuando constan perjuicios de mayor entidad.

En definitiva, se señala, que a la demandante le corresponde el derecho a reclamar las rentas dejadas de percibir y el valor de la edificación, que debía construir en la parcela objeto del contrato, la cual quedaría en beneficio de la mercantil demandante, según los términos pactados.

2.2.- Motivo segundo

En el motivo segundo, se alega la infracción del art. 11 LAU, por aplicación indebida y oposición a la jurisprudencia contenida en las SSTS de 23 de julio de 2018 y 3 de octubre de 2017. Combate que la resolución recurrida fundamente la cuantificación de los daños y perjuicios con apoyo analógico en el art. 11 LAU, de aplicación exclusiva a los arrendamientos de vivienda, y no para los arrendamientos para uso distinto, como el que nos ocupa, toda vez que no concurre identidad de razón.

2.3.- Motivo tercero

En el motivo tercero, se alega la infracción del art. 4.1 CC, en tanto en cuanto la sentencia recurrida aplica analógicamente el art. 11 LAU, previsto para los arrendamientos de vivienda a un supuesto de arrendamiento para uso distinto, careciendo de identidad de razón. Alega oposición a la jurisprudencia contenida en SSTS de 21 de noviembre de 2000 y 7 de octubre de 2010 en materia de analogía.

2.4.- Motivos de inadmisión al recurso de casación interpuesto

La parte demandada se opone a la admisión del recurso de casación, lo que basa en la carencia manifiesta de fundamento del recurso, por alteración de la base fáctica de la sentencia de la Audiencia, así como por ausencia de interés casacional.

Es criterio jurisprudencial asentado, el que proclama que, en el recurso de casación, sólo es posible el planteamiento de cuestiones jurídicas desde el respeto a los hechos o base fáctica de la sentencia impugnada, sin que puedan mutilarse, ser sustituidos, ni adicionados con otros, no tenidos en cuenta, de forma explícita o implícita, por la sentencia recurrida (SSTS 263/2012, de 25 de abril, 616/2012, de 23 de octubre, 690/2012, de 21 de noviembre). Según hemos reiterado, en la STS 2/2019, de 8 de enero, los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración de la prueba; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la resolución del tribunal provincial considere acreditados.

Mas, en el caso que enjuiciamos, se plantea, ante este Tribunal, una cuestión jurídica, relativa a la correcta aplicación del art. 1106 del CC, sin cuestionar, para ello, la base fáctica de la sentencia, que parte del incumplimiento contractual de la entidad demandada y de la aceptación de los términos del contrato suscrito, de lo que se discrepa es de la corrección jurídica de la forma de determinación de los daños y perjuicios causados.

El segundo motivo, por falta de interés casacional, no se cuestiona que se hayan incumplido los requisitos de formalización del recurso, sino la cuestión de fondo concerniente a si se ha infringido doctrina jurisprudencial, lo que es propia del recurso de casación.

Por otra parte, conforme a la doctrina sobre las causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del Pleno de esta Sala de 6 de noviembre de 2013 (recurso 485/2012), asumida en resoluciones posteriores como las sentencias 351/2015, de 15 de junio; 550/2015, de 13 de octubre; 577/2015, de 5 de noviembre; 188/2016, de 18 de marzo; 331/2016, de 19 de mayo; 579/2016, de 30 de septiembre; 667/2016, de 14 de noviembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 2/2017, de 10 de enero; 49/2017, de 2 de marzo; 292/2017; de 12 de mayo; o más recientemente 142/2021, de 15 de marzo; 629/2021, de 27 de septiembre; 658/2021, de 4 de octubre; 843/2021, de 9 de diciembre, o 283/2022, de 4 de abril, entre otras muchas:

"[...] puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo del recurso, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia (sentencias 667/2016, de 14 de noviembre, con cita de la 439/2013, de 25 de junio; 2/2017, de 10 de enero y 149/2017, de 2 de marzo)".



2.5.- Tratamiento conjunto de los motivos del recurso de casación

Dada la íntima conexión de los motivos del recurso de casación interpuesto, serán examinados de forma conjunta.

TERCERO.- Examen de los motivos de casación interpuesto

La parte recurrente sostiene que le corresponde la indemnización correspondiente a las rentas dejadas de percibir y el valor de la edificación, que la demandada debía construir, en la parcela objeto del contrato, al entender que la STS de 9 de abril de 2012, tiene un simple carácter orientativo, y no es aplicable al caso. Se considera infringida la doctrina de las sentencias de 14 de julio de 2006, 26 de septiembre de 2007 y 11 de febrero de 2016, así como la dimanante de las sentencias de 3 de octubre de 2017 y 23 de julio de 2018.

La primera de las referidas sentencias, es la 738/2006, de 14 de julio, en un caso de incumplimiento de un contrato de ejecución de obras, en la que se señala que:

"[...] por más que, en efecto, sea indemnizable el lucro cesante, se requiere necesariamente una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala (Sentencias de 17 de julio de 2002, 27 de octubre de 1992, 8 de julio y 21 de octubre de 1996, entre tantas otras), pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes, como ha dicho la Sentencia de 29 de diciembre de 2000, precedida y seguida de muchas otras (30 de noviembre de 1993, 8 de junio de 1996, 15 de julio y 5 de noviembre de 1998, 14 de julio de 2003, etc)".

La segunda, es la sentencia 1020/2007, de 26 de septiembre, que versaba sobre la determinación del lucro cesante derivado de la ruina de un inmueble, por causa de la negligente actuación del arrendador, en esta sentencia se estableció:

"Como señala la sentencia de 14 de julio de 2006, por más que sea indemnizable el lucro cesante, se requiere necesariamente una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS 17 de julio de 2002, 27 de octubre de 1992, 8 de julio y 21 de octubre de 1996, entre tantas otras), pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes (SSTS 29 de diciembre de 2000; 14 de julio de 2003, entre otras muchas), y que únicamente se puede establecer mediante una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (STS 27 de julio 2006)".

Por último, la sentencia 42/2016, de 11 de febrero, proclama, por su parte, que:

"La resolución recurrida se apoya principalmente en la sentencia de esta Sala de 9 de abril de 2012 que aplicó como criterio orientativo la indemnización fijada en el art. 11.2 de la LAU de 1994 (en su anterior redacción), es decir, una mensualidad por año que restaba de duración del contrato.

"La resolución recurrida reconocía que era una solución legal prevista para la vivienda y no para un local de negocio.

"Esta Sala debe declarar que la sentencia de 9 de abril de 2012 se dictó en supuesto en que no constaba la existencia de perjuicios de mayor calado.

"Esta Sala entiende infringido el art. 1106 del C. Civil y jurisprudencia que lo interpreta (sentencia de 26 de septiembre de 2007 y 9 de abril de 2012), en el sentido de que constan perjuicios de mayor nivel cuantitativo dado que:

"1. El contrato tenía una duración de diez años, habiéndose suscrito el 31 de enero de 2008.

"2. Se dio por resuelto por el arrendatario el 1 de diciembre de 2011, cuando el plazo de duración era hasta el 1 de febrero de 2018.

"3. En la resolución recurrida se reconoce la dificultad de obtener un nuevo arrendatario y el descenso de las rentas en el mercado, aunque considera que son argumentos insuficientes.

"Por lo expuesto, esta Sala estimando parcialmente la casación, asume la instancia, manteniendo la indemnización fijada por el Juzgado, de cinco mensualidades de renta, por año que restaba del contrato, cantidad que se reconoce como proporcionada, para un supuesto de resolución de contrato, de las características del analizado, máxime cuando el Juzgado estableció el cobro de la indemnización, siempre y cuando no volviera a arrendarse el local mientras el arrendador perciba mes a mes (hasta abril de 2014) la indemnización por impago de rentas, como consta en los antecedentes de hecho de la presente resolución, al transcribirse el fallo del Juzgado".



En la más reciente sentencia 481/2018, de 23 de julio, igualmente citada en el recurso, se señaló, en un esfuerzo de delimitación de casos, que:

"En base al art. 1124 del C. Civil, el arrendador podía solicitar el cumplimiento del contrato, como ha hecho, exigiendo el pago de las rentas adeudadas y las que quedaban por vencer.

"Igualmente podía instar la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios, pero no optó por esa vía.

" Esta sala en sentencia 183/2016 de 18 de marzo y en la 297/2017 de 16 de mayo declaró:

"Los tres grupos de casos que se han presentado en la jurisprudencia de la sala que son:

"1. Casos en los que existe en el contrato de arrendamiento de local de negocio una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de resolver (rectius: desistir unilateralmente) el contrato, quedando obligado a pagar al arrendador una determinada cantidad de dinero (multa penitencial) (sentencias de 23 de diciembre de 2009 (rec. 1508 de 2005), 6 de noviembre de 2013 (rec. 1589 de 2011), 10 de diciembre de 2013 (rec. 2237 de 2011) y 29 de mayo de 2014 (rec. 449 de 2012).

"2. Casos en los que dicha cláusula no existe y el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento, pero el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato (sentencia de 26 de junio de 2002; rec. 54/1997). Es el caso que ahora analizamos.

"3. Casos en los que dicha cláusula tampoco existe pero el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento y el arrendador acepta o acaba por aceptar la resolución del mismo reclamando indemnización de los daños y perjuicios provocados por la resolución (sentencia de 9 de abril de 2012; rec. 229 de 2007).

"Sentado que estamos ante un caso del grupo segundo, debemos convenir con el recurrido y con la resolución recurrida que no procede moderación en la indemnización de daños y perjuicios, pues lo solicitado y concedido no fue una indemnización sino el pago de las rentas adeudadas, al promover el demandante (hoy recurrido), exclusivamente, el cumplimiento del contrato (art. 1124 CC), unido a que no se aceptó la resolución ni se pactó cláusula penal que permitiese la moderación".

"El presente caso se subsume en el segundo de los supuestos descritos, pues no se pactó el desistimiento unilateral y no consta que el arrendador lo aceptase, razón por la que no cabe moderación de indemnización, pues no fue ésta lo pedido sino el cumplimiento del contrato con el pago de las rentas.

"Es más, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, sería necesario algo más que el silencio o la no recepción de las llaves, para considerar aceptada la resolución unilateral en este sentido, sentencia 571/2013, de 27 de septiembre, recurso 959/2011.

"En conclusión, al no haberse pactado el desistimiento unilateral del arrendatario, ni aceptado el mismo por el arrendador procede la estimación la acción de cumplimiento del contrato con condena al pago de las rentas pendientes, en la forma solicitada en la demanda y en el recurso de casación".

CUARTO.- Estimación del recurso

El recurso debe ser estimado.

En efecto, en este caso, nos encontramos ante un contrato complejo de cesión de parcela para construcción de un edificio comercial, bajo fórmula de arrendamiento, de fecha 1 de diciembre de 2014, obrante en autos, y admitido por las partes, en el que se incumplió la obligación principal, que correspondía al arrendatario, de presentar la documentación pertinente para la concesión de las oportunas licencias administrativas de obra y actividad, precisas para la construcción y explotación de un establecimiento de restauración, con carril de servicio de vehículos, cuyas características eran: uso de restaurante Burger King, S.L., modelo "Free Standing con Autoking", en los términos especificados en el anexo III del contrato.

La duración del contrato era, al menos, de cinco años, para ambas partes, transcurridos los cuales podría prorrogarse a voluntad de la arrendataria hasta una duración máxima de 25 años.

Igualmente se pactó, al amparo de la libre autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), en la cláusula 10.^a, que:

"Una vez extinguido, resuelto o expirado el arrendamiento sobre la finca objeto del presente contrato, todas las construcciones, edificaciones, mejoras con sus instalaciones de servicios, revertirán íntegramente al propietario y quedarán en beneficio del inmueble libre de cargas, gravámenes, inquilinos u ocupantes, sin que el propietario tenga que indemnizar o compensar con cantidad alguna a la arrendataria. Siendo esta estipulación



también de aplicación en caso de resolución contractual, abandono de la parcela o cualquier otro motivo de extinción del presente contrato, sea por la causa que fuere".

Es obvio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1091 del CC, que "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos", que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio" (art. 1254 CC), así como que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" (art. 1256 CC).

Se señala, por la parte recurrida, que no es de aplicación la doctrina de las sentencias reseñadas, a la que podemos añadir la 539/2017, de 3 de octubre, toda vez que la resolución del contrato fue consentida por la parte arrendataria.

No podemos compartir tal argumento, toda vez que la actora no aceptó el desistimiento del contrato impuesto unilateralmente por la parte demandada, lo que rechazó expresamente mediante oportunos escritos, para terminar reclamando judicialmente el cumplimiento del contrato (art. 1124 CC), que no fue acordado por el juzgado, mediante la invocación del art. 1117 del CC, al ser indudable que la condición impuesta (cláusula quinta) no podía ya cumplirse por causa imputable a la demandada.

Tampoco se pactó, en el contrato litigioso, una cláusula que otorgara al arrendatario la facultad de resolver (*rectius*: desistir unilateralmente) del contrato, quedando obligado a pagar al arrendador una cantidad de dinero determinada (multa penitencial).

Por otra parte, la cláusula décima opera, tanto en los casos de extinción, como resolución o expiración del plazo contractual o por "cualquier otro motivo ... sea por la causa que fuere". Y el incumplimiento voluntario de sus obligaciones, por la parte demandada, es evidente, ni tan siquiera se cuestiona.

En la sentencia 221/2012, de 9 de abril, la Sala consideró que establecer una equivalencia entre los perjuicios económicos futuros, con el importe íntegro de la renta dejada de percibir durante los seis años establecidos para la vigencia mínima del contrato, presumiendo implícitamente que el bien arrendado no pudo ser objeto de explotación económica alguna durante esos años, significa desconocer la razonabilidad económica de la posibilidad de que la arrendadora concertase un nuevo arrendamiento, en principio por una renta similar, transcurrido un período razonable, desde el momento de la resolución unilateral del contrato por parte de la arrendataria, u obtuviese un beneficio o renta por el bien mediante operaciones económicas de otro tipo.

Al asumir la instancia, dicha sentencia proclamó que:

"Para formular esta conclusión se tiene en cuenta que nada consta en las actuaciones acerca de la imposibilidad de realizar esta u otras operaciones similares. Antes al contrario, se declara en la sentencia de primera instancia, y no consta nada en contrario en la de apelación, que la arrendadora pudo disponer del inmueble desde el momento en que se le comunicó, a los ocho meses de celebrado el contrato, la resolución.

"La Sala tiene en este caso en cuenta, como pauta de carácter orientativo, entre otros preceptos de la misma Ley, lo dispuesto en el artículo 11, párrafo segundo, LAU 1994 para los arrendamientos de vivienda de duración pactada superior a cinco años, en el cual se fijan los criterios con arreglo a los cuales puede pactarse en favor del arrendador una indemnización en los supuestos de desistimiento por parte del arrendatario. Dando por supuesto que el artículo no es aplicable al caso, debe presumirse que en la fijación de estos criterios el legislador ha tenido en cuenta pautas económicas adecuadas para fijar como promedio el alcance de lucro cesante derivado de la frustración de la percepción de las rentas correspondientes a un contrato de arrendamiento prematuramente extinguido".

En el supuesto litigioso, la actora presentó demanda en la que solicitó se condenase a la demandada a la observancia de lo pactado. El juzgado estimó la resolución, pero por imposibilidad de cumplimiento, dada la oposición de la demandada a hacer honor al compromiso asumido.

El incumplimiento voluntario de sus obligaciones contractuales, por la mercantil interpelada, causó un daño indiscutible a la sociedad demandante, lo que tampoco cuestiona la recurrida, aunque sí la forma de su determinación y cuantificación. La medida de la indemnización deberá ser condigna con la cantidad que permita a quien sufre el daño y perjuicio contractual reponer su patrimonio a la situación que tendría en el caso de que el deudor hubiera hecho honor a sus compromisos asumidos. Cubre el daño sufrido y la ganancia futura de la que la parte cumplidora, en este caso la entidad demandante, se ha visto privada, la cual contaba con unas previsiones de percepción de cinco anualidades de renta, que reclamó al exigir el cumplimiento del contrato y no aceptar la resolución, así como la percepción de una edificación de características especificadas, que operaría, fuera cual fuera la causa de extinción del vínculo convencional, de la manera antes indicada.



Por otra parte, la posibilidad de encontrar una operación comercial de reemplazo razonable es, en el caso enjuiciado, altamente dificultosa, y de una previsibilidad remota, dada la naturaleza de un contrato complejo en que se cedía un solar para una construcción de un edificio con fines de restauración que, además, debería de servir de motor para la explotación de una zona comercial, bajo fórmula de arrendamiento. No se trata del simple alquiler de una vivienda supuesto contemplado en el art. 11 de la LAU, desde luego no susceptible de ser aplicado analógicamente a un supuesto como el presente. Además, no existe elemento de prueba alguno acreditativo de la explotación económica ulterior de la parcela, y la edificación no fue construida, para su entrega a la demandante, como se había pactado, fuera cual fuera la causa del incumplimiento.

Por todo ello, asumiendo la instancia, debemos confirmar la sentencia de primera instancia, que condena a la demandada en los términos postulados, al abono de las rentas dejadas de percibir, así como al valor de la edificación, pericialmente determinado, con la aplicación de un coeficiente de devaluación por transcurso de los cinco años de duración mínima del contrato, el cual no fue cuestionado por otro alternativo más sólido o consistente, hallándose aquel debidamente fundado, y cuya cuantificación es aceptada, tanto por el juzgado como por la Audiencia, que parte precisamente de ella para fijar la indemnización que estimó procedente.

QUINTO.- Costas y depósito

La estimación del recurso trae consigo que no se haga especial condena en costas y que proceda la devolución del depósito constituido para recurrir, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC, y disposición adicional 15.ª, número 8, de la LOPJ.

Las costas del recurso de apelación, al ser desestimado, se imponen a la parte apelante, así como la pérdida del depósito para apelar (art. 398 LEC y disposición adicional 15.ª, número 9, de la LOPJ).

FALLO

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

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dianium, S.L., contra la sentencia n.º 41/2019, de 5 de febrero, dictada por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, en el rollo de apelación n.º 622/2018, todo ello sin imposición de costas y devolución del depósito constituido para recurrir.
- 2.º- Casar la sentencia recurrida, y con desestimación del recurso de apelación interpuesto, confirmar la sentencia de 10 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de Primera instancia n.º 5 de San Javier, en los autos de juicio ordinario n.º 128/2017.
- 3.º- Todo ello con imposición de las costas de segunda instancia a la parte apelante y pérdida del depósito constituido para apelar.

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

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

Así se acuerda y firma.