



Roj: **STS 416/2017 - ECLI:ES:TS:2017:416**

Id Cendoj: **28079110012017100079**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2017**

Nº de Recurso: **2322/2014**

Nº de Resolución: **79/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11379/2014,**
STS 416/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 9 de febrero de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, interpuestos contra la sentencia dictada el 11 de julio de 2014, por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación nº 686/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 128772011, tramitados en el Juzgado de Instrucción nº 70 de Madrid. Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente Fercaber Construcciones, S.A.U., representada por el procurador de los tribunales don Jacinto Gómez Simón. Ha comparecido en calidad de parte recurrida el Instituto de la Vivienda de la Comunidad de Madrid (IVIMA), representado por el letrado de la Comunidad de Madrid.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia .*

1.- El procurador de los tribunales don Jacinto Gómez Simón en nombre y representación de la Administración Concursal de Fercaber Construcciones S.A.U., interpuso demanda contra el Instituto de la Vivienda de la Comunidad de Madrid (IVIMA), suplicando al Juzgado:

«Que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias, y los documentos anejos, tenga por interpuesta demanda de Juicio Ordinario frente al "Instituto de la Vivienda de Madrid" (IVIMA), admitiéndola, así como los documentos, teniéndome por parte en la representación que ostento, entendiéndose conmigo las actuaciones sucesivas, y que, previos los trámites legales oportunos, dice en su día sentencia por la que:

»DECLARE que el "Instituto de la Vivienda de Madrid" (IVIMA) está obligado a pagar a "Fercaber Construcciones, S.A.U." (FERCABER) como renta de todos y cada uno de los arrendamientos que tiene concertados y relacionados en esta demanda el importe íntegro de la cantidad que se ha comprometido a pagar en la adjudicación de los contratos y su formalización en posteriores escrituras públicas, y en concreto las siguientes: Promoción 962 MEJORADA DEL CAMPO 571.622,61 €, Promoción 967 PERI VENTILLA 870.265,53 €; Promoción 976 VENTILLA 587.400,00 €; Promoción 982 COLLADO-VILLALBA 581.300,00 €; 988 ENSANCHE DE VALLECAS 1 1.417.680,00 €; 993 VALDEMORO 636.120,00 €; 1003 ENSANCHE DE CARABANCHEL 292.896,00 €; 1004 ENSANCHE DE VALLECAS 2 688.833,00 €; 1005 ENSANCHE DE VALLECAS 3 980.655,00 €; 1006 VENTILLA 249.045,00 €; 1007 ENSANCHE DE VALLECAS 4 588.360,00 €; 1008 GETAFE 293.005,00 €; y Promoción 1043 PAU DE VALLECAS 473.687,00 €;



»ANULE en consecuencia las cláusulas que se contienen en los contratos de arrendamiento suscritos entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre las Fincas números 16.983, 16.985, 16.987 y 16.989 del Registro de la Propiedad nº 20 de Madrid de 245 viviendas y garajes en el Plan Parcial de Madrid "Ensanche de Vallecas" (Obra y alquiler número 988) por la que el IVIMA reduce la renta de 1416.80 euros a 118.140,00?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca número 33.503 del Registro de la (Propiedad Valdemoro de 90 viviendas y garajes (Obra y alquiler número 993); de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca número 57.857 del Registro de la Propiedad nº 15 de Madrid de 36 viviendas y garajes en el Ensanche de Carabanchel (Obra y alquiler número 1003) por la que el IVIMA reduce la renta de 292.896,00 ? a 24.408,00 ?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca número 52.069 del Registro de la Propiedad nº 19 de Madrid (tomo 786, folio 134) de 129 viviendas y 132 plazas de garaje en el ENSANCHE DE VALLECAS (Obra y alquiler número 1004) por la que el IVIMA reduce la renta de 688.833,00 ? a 57.402,75 ?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre las Fincas números 16.331, 16.333, 16.335 y 16.337 del Registro de la Propiedad nº 20 de Madrid de 174 viviendas de protección pública para jóvenes y mayores y 177 garajes en el Plan Parcial de Madrid "ENSANCHE DE VALLECAS" (Obra y alquiler número 1005) por la que el IVIMA reduce la renta de 980.655,00 ? a 81.721,25 ?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca número 6.322 del Registro de la Propiedad nº 34 de Madrid (tomo 922, libro 101, Sección 3, folio 41) de 30 viviendas y 35 plazas de garaje en LA VENTILLA DE MADRID (Obra y alquiler número 1006) por la que el IVIMA reduce la renta de 29.045,00 ? a 20.753,75 ?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito el entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre las Fincas números 16.265 y 16.267 del Registro de la Propiedad nº. 20 de Madrid de 87 viviendas para jóvenes y mayores y 89 garajes en el Plan Parcial de Madrid "ENSANCHE DE VALLECAS" (Obra y alquiler número 1007) por la que el IVIMA reduce la renta de 588.360,00? a 49.030,00 ?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca número 42.019 del Registro de la Propiedad nº 1 de GETAFE de 45 viviendas de integración social y 200 garajes y realizar urbanización complementaria (Obra y alquiler número 1008) por la que el IVIMA reduce la renta; Declare la nulidad de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca nº 17.418 del Registro de la Propiedad nº 20 de Madrid de 78 viviendas (Obra y alquiler número 1.043) por la que el IVIMA reduce la renta de 473.687,00 ? 39.473,92? y CONDENE al mencionado IVIMA a estar y pasar por la mencionada declaración.

»CONDENE al IVIMA a pagar a FERCABER 3.937.672,31 euros de rentas de los referidos arrendamientos pendientes de pago desde el inicio de cada arrendamiento hasta el 30 de junio de 2011, con intereses legales.

»CONDENE al IVIMA a pagar desde el 1 de julio de 2011 las siguientes rentas: Promoción 967 PERI VENTILLA 870.265,53 ?; Promoción 976 VENTILLA 587.400,00 ?; 988 ENSANCHE DE VALLECAS 1 1.417.680,00 ?; 1003 ENSANCHE DE CARABANCHEL 292.896,00 ?; 1004 ENSANCHE DE VALLECAS 2 688.833,00 ?; 1005 ENSANCHE DE VALLECAS 3 980.655,00 ?; 1006 VENTILLA 249.045,00 ?; 1007 ENSANCHE DE VALLECAS 4 588.360,00 ? y Promoción 1043 PAU DE VALLECAS 473.687,00 E. Sin perjuicio de las actualizaciones que hayan procedido ya por incremento del índice de precios al consumo. CONDENE al IVIMA a pagar a FERCABER la cantidad de 11.263.104,36 ? por la reducción de plazo que ha operado de los referidos arrendamientos sobre Promoción 962 MEJORADA DEL CAMPO, Promoción 967 PERI VENTILLA; Promoción 976 VENTILLA; Promoción 982 COLLADO- VILLALBA; 988 ENSANCHE DE VALLECAS 1; 993 VALDEMORO; 1003 ENSANCHE DE CARABANCHEL; 1004 ENSANCHE DE VALLECAS 2; 1005 ENSANCHE DE VALLECAS 3; 1006 VENTILLA 3; 1007 ENSANCHE DE VALLECAS 4; 1008 GETAFE y Promoción 1043 PAU DE VALLECAS, con intereses legales.

»CONDENE al IVIMA a pagar intereses por mora procesal desde que se dicte Sentencia en primera instancia.»

2.- El letrado de la Comunidad de Madrid en representación del Instituto de la Vivienda de la Comunidad de Madrid (IVIMA), contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y tenga por presentada la presente contestación a la demanda, y en virtud de los argumentos en ella contenidos, y en virtud de ellos desestime las acciones ejercitadas por el demandante íntegramente.»

3.- El Juzgado dictó sentencia el 27 de mayo de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimo la demanda formulada por el Procurador don Jacinto Gómez Simón en nombre y representación de la Administración Concursal de FERCABER CONSTRUCCIONES S.A.U., contra el INSTITUTO DE LA VIVIENDA DE MADRID:



»1.- Declaro que el "Instituto de la Vivienda de Madrid" (IVIMA) está obligado a pagar a "Fercaber Construcciones, S.A.U." (FERCABER) como renta de todos y cada uno de los arrendamientos que tiene concertados y relacionados en esta demanda el importe íntegro de la cantidad que se ha comprometido a pagar en la adjudicación de los contratos y su formalización en posteriores escritura públicas, y en concreto las siguientes: Promoción 962 MEJORADA DEL CAMPO 571.622,61 ?; Promoción 967 PERI VENTILLA 870.265,53 ?; Promoción 976 VENTILLA 587.400,00 ?; Promoción 982 COLLADO-VILLALBA 581.300,00 ?; 988 ENSANCHE DE VALLECAS 1 1.417.680,00 ?; 993 VALDEMORO 636.120,00 E; 1003 ENSANCHE DE CARABANCHEL 292.896,00 E; 1004 ENSANCHE DE VALLECAS 2 688.833,00 ?; 1005 ENSANCHE DE VALLECAS 3 980.655,00 E; 1006 VENTILLA 249.045,00 ?; 1007 ENSANCHE DE VALLECAS 4 588.360,00 E; 1008 GETAFE 293.005,00 E; y Promoción 1043 PAU DE VALLECAS 473.687,00 E;

»2.- Anulo las cláusulas que se contienen en los contratos de arrendamiento suscritos entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre las Fincas números 16.983, 16.985, 16.987 y 16.989 del Registro de la Propiedad n.º 20 de Madrid de 245 viviendas y garajes en el Plan Parcial de Madrid "Ensanche de Vallecas" (Obra y alquiler número 988) por la que el IVIMA reduce la renta de 1.416.680 euros a 118.140,00 E; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca número 33.503 del Registro de la Propiedad de Valdemoro de 90 viviendas y garajes (Obra y alquiler número 993); de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA y el arrendamiento concertado sobre la Finca número 57.857 del Registro de la Propiedad n.º 15 de Madrid de 36 viviendas y garajes en el Ensanche de Carabanchel (Obra y alquiler número 1003) por la que el IVIMA reduce la renta de 292.896,00 ? a 24.408,00 ?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca número 52.069 del Registro de la Propiedad n.º 19 de Madrid (tomo 786, folio -134) de 129 viviendas y 132 plazas de garaje en el ENSANCHE DE VALLECAS (Obra y alquiler número 1004) por la que el IVIMA reduce la renta de 688.833,00 ? a 57.402,75 ?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre las Fincas números 16.331, 16.333, 16.335 y 16.337 del Registro de la Propiedad n.º 20 de Madrid de 174 viviendas de protección pública para jóvenes y mayores y 177 garajes en el Plan Parcial de Madrid "ENSANCHE DE VALLECAS" (Obra y alquiler número 1005) por la que el IVIMA reduce la renta de 980.655,00 ? a 81.721,25 ?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca número 6.322 del Registro de la Propiedad n.º 34 de Madrid (tomo 922, libro 101, Sección 3, folio 41) de 30 viviendas y 35 plazas de garaje en LA VENTILLA DE MADRID (Obra y alquiler número 1006) por la que el IVIMA reduce la renta de 249.045,00 ? a 20.753,75 ?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito el entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre las Fincas números 16.265 y 16.267 del Registro de la Propiedad n.º 20 de Madrid de 87 viviendas Para jóvenes y mayores y 89 garajes en el Plan Parcial de Madrid "ENSANCHE DE VALLECAS" (Obra y alquiler número 1007) por la que el IVIMA reduce la renta de 588.360,00 ? a 49.030,00 ?; de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca número 42.019 del Registro de la Propiedad n.º 1 de GETAFE de 45 viviendas de integración social y 200 garajes y realizar urbanización complementaria (Obra y alquiler número 008) por la que por la que el IVIMA reduce la renta; Declare la nulidad de la cláusula que se contiene en el contrato de arrendamiento suscrito entre FERCABER y el IVIMA por el arrendamiento concertado sobre la Finca n.º 17.418 del Registro de la Propiedad n.º 20 de Madrid de 78 viviendas (Obra y alquiler número 1.043) por la que el IVIMA reduce la renta de 473.687,00 ? a 39.473,92 ? y CONDENE al mencionado IVIMA a estar y pasar por la mencionada declaración.

»3.- Condono al IVIMA a pagar a FERCABER la suma de 3.937.672,31 euros de rentas de los referidos arrendamientos pendientes de pago desde el inicio de cada arrendamiento hasta el 30 de junio de 2011, e intereses legales de la citada cantidad desde la fecha de interposición judicial. Condono al IVIMA a pagar desde el 1 de julio de 2011 las siguientes rentas: Promoción 967 PERI VENTILLA 870.265,53 ?; Promoción 976 VENTILLA 587.400,00 ?; 988 ENSANCHE DE VALLECAS 1 1.417.680,00 ?; 1003 ENSANCHE DE CARABANCHEL 292.896,00 ?; 1004 ENSANCHE DE VALLECAS 2 688.833,00 ?; 1005 ENSANCHE DE VALLECAS 3 980.655,00 ?; 1006 VENTILLA 249.045,00 ?; 1007 ENSANCHE DE VALLECAS 4 588.360,00 ? y Promoción 1043 PAU DE VALLECAS 473.687,00 ?. Sin perjuicio de las actualizaciones que hayan procedido ya por incremento del índice de precios al consumo.

»5.- Condono al IVIMA a pagar a FERCABER la cantidad de 11.263.104,36 ? por la reducción de plazo que ha operado de los referidos arrendamientos sobre Promoción 962 MEJORADA DEL CAMPO, Promoción 967 PERI VENTILLA; Promoción 976 VENTILLA; Promoción 982 COLLADO-VILLALBA; 988 ENSANCHE DE VALLECAS 1; 993 VALDEMORO; 1003 ENSANCHE DE CARABANCHEL; 1004 ENSANCHE DE VALLECAS 2; 1005 ENSANCHE DE VALLECAS 3; 1006 VENTILLA 3; 1007 ENSANCHE DE VALLECAS 4; 1008 GETAFE y Promoción 1043 PAU DE VALLECAS, e intereses legales de la citada cantidad desde la fecha de interposición judicial.



»6.- Condeno a la parte demandada a abonar a la actora las costas causadas en el presente procedimiento.«

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación el Instituto de la Vivienda de la Comunidad de Madrid (IVIMA), representada por el Sr. Letrado de la Comunidad de Madrid, correspondiendo su conocimiento a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 11 de julio de 2014 , cuyo Fallo es como sigue:

« Desestimamos la causa de inadmisibilidad del recurso alegada por Fercaber Construcciones, SAU.

»Estimamos el recurso de apelación presentado por el Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) contra la sentencia dictada con fecha veintisiete de mayo de dos mil trece por el Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid , revocando la misma y acordando en su lugar:

»1º. Desestimar la demanda presentada por Fercaber Construcciones, SAU contra el Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA), absolviendo a este.

»2º. Condenar a la parte actora al pago de las costas causadas en primera instancia.

»3º. No hacer imposición de las costas causadas por el recurso de apelación.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.*

1.- Contra la anterior sentencia se interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación con base en los siguientes motivos:

1.- El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en cuatro motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 469.1.3º por infracción de los artículos 448 y 463 de la LEC ,

Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.2º y 4º de la LEC .

Tercero.- Al amparo del ordinal 469.1.4º LEC. Vulneración del artículo 24 CE .

Cuarto.- Al amparo del artículo 469.1.2º LEC .

2.- El recurso de casación se articula en un único motivo por infracción del artículo 8-Dos 5º y del artículo 75.Uno, 1º, segundo párrafo, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido , Infracción del artículo 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido , del artículo 77 del Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio , Artículos 1543 , 1555 , 1255 , 1256 y 1258 CC .

2.- La sala dictó auto el 17 de enero de 2016 cuya parte dispositiva dice:

»1º) NO ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de FERCABER CONSTRUCCIONES, S.A.U., contra la sentencia dictada, con fecha 11 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 686/13 , dimanante del juicio ordinario nº 1287/11 del Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid.

»2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de FERCABER CONSTRUCCIONES, S.A.U., contra la sentencia dictada, con fecha 11 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 686/13 , dimanante del juicio ordinario nº 1287/11 del Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid.

»3º) IMPONER las costas del recurso extraordinario procesal no admitido a la parte recurrente, quién perderá el depósito constituido para interponer este recurso.

»4º) Entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalicen su oposición al recurso de casación admitido, por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, el Abogado del Estado de la Comunidad de Madrid, en representación del Instituto de la Vivienda de la Comunidad de Madrid, impugnó el recurso formulado de contrario, alegando los hechos que estimó oportunos.

4.- La Sala dictó providencia el 16 de noviembre de 2016 por la que, al amparo del artículo 27.1.2 LEC , se le dio traslado a la parte recurrente para que alegase lo que tuviese por conveniente, a la par que se suspendía el señalamiento acordado para ese día.



- 5.- La parte recurrente, tras el anterior traslado, presentó escrito de alegaciones y aportó documental en descargo de la aportada de contrario, también al amparo del artículo 271.2 LEC , consistente en varias resoluciones judiciales y administrativas.
- 6.- La sala dictó providencia el 21 diciembre 2016 por la que se acordó dar traslado de tal documental a la parte recurrida para que alegarse lo que tuviese por conveniente.
- 7.- Esta parte presentó escrito, en contestación al anterior traslado, oponiéndose a la incorporación de los documentos aportados por el recurrente.
- 8.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el día 7 de febrero de 2017 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

- 1.- Fercaber Construcciones, SAU (en adelante Fercaber) formuló demanda, a través de su administración concursal, contra el Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA).
- 2.- El litigio trae causa de negocios jurídicos complejos por los que, sustancialmente, IVIMA constituye un derecho de superficie sobre terrenos de su propiedad a favor de Fercaber, a cambio de que ésta construya en esos terrenos viviendas de protección oficial, que se arrendarían al IVIMA hasta la extinción del derecho de superficie, por cuyo arrendamiento pagaría este Instituto la renta pactada.
- 3.- La actora solicitaba en su demanda: (i) que se declare que el IVIMA está obligado a pagar por las promociones que se enumeran la renta que se determinó al adjudicarse los contratos, que se fijó IVA incluido; (ii) que se anulen las cláusulas de cada contrato de arrendamiento que se especifican en la demanda, en virtud de las cuales el IVIMA redujo la renta; (iii) la condena al IVIMA al pago de 3. 937. 672, 31 Euros por rentas devengadas hasta el 30 de junio de 2011, más intereses legales; (iv) que se condene al IVIMA a pagar por rentas desde el 1 de julio de 2011 las cantidades que se detallan para cada promoción de viviendas, sin perjuicio de las actualizaciones que hayan procedido ya por incremento del índice de precios al consumo.
- 4.- Además se solicitaba en la demanda que se condenase al IVIMA a pagar a Fercaber la cantidad de 11.263.104,36 ? por la reducción del plazo que ha operado el IVIMA en los arrendamientos de las promociones que enumera, con intereses legales.
- 5.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en su totalidad con la siguiente motivación:
 - (i) De la estipulación cuarta de las escrituras públicas sobre constitución del derecho de superficie se colige que el arrendamiento forma parte del contenido esencial de tal derecho, así como que el IVA estaba incluido en el precio de la renta anual que el IVIMA debía pagar por tal arrendamiento.
 - (ii) Por tanto se asumía el riesgo por parte del adjudicatario con un precio cerrado, aceptando que el IVA pueda variar, ya sea el tipo mayor o menor, baje o suba el tipo, pero siendo la renta la fijada. La variación en el régimen del IVA afectaría a las dos partes y ambas son las que asumen en su caso las ventajas y los perjuicios.
 - (iii) Tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de los contratos, con hincapié en el artículo 1281 CC , concluye que no existe duda que en los contratos se pactó un precio global de arrendamiento anual con IVA incluido, por lo que la actora asumía el riesgo de la posible variación en uno u otro sentido del IVA, y el IVIMA se comprometía a abonar una cantidad expresamente señalada en el contrato, debiendo la parte actora posteriormente liquidar el IVA como sujeto pasivo de conformidad como no podía ser de otro modo del tipo que legalmente correspondiera. Pacto que es posible de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad que recoge el artículo 1255 del Código Civil , máxime cuando el redactor de los pliegos con que se licitó es la parte demandada, y por tanto el contrato plasmado en escritura pública obliga como Ley entre las partes y, entre otras estipulaciones, al pago del precio pactado no a otro distinto sin que pueda posteriormente modificarse a través de contratos privados las condiciones expresamente fijadas en la escrituras públicas, por lo que la única discusión posible en los contratos firmados, pero que no es objeto del presente procedimiento es el tipo impositivo que Fercaber tendrá que abonar a la AEAT, pero el IVIMA no puede discutir que tiene que abonar el importe alzado de renta que pacto en todas las escrituras públicas, no pudiendo fijar el IVIMA aleatoriamente el tipo del IVA, ya que como he señalado reiteradamente es indisponible para las partes, será el que legalmente corresponda.



(iv) Respecto de la segunda pretensión se razona que reproducido consta igualmente en las escrituras públicas firmadas por las partes que estas pactaron libremente en la adjudicaciones de los contratos y en las escrituras que formalizaron un plazo mínimo de duración de los contratos de arrendamiento, por lo que la actora debe ser indemnizada por el incumplimiento del IVIMA de los plazos fijados en los respectivos contratos, indemnización que queda determinada igualmente en el informe pericial aportado a las actuaciones emitido por don Felipe (documento nº 48 de la demanda), que no ha sido contradicho por prueba en contrario, ni debatido en la contestación a la demanda, sin que la parte demandada haya desplegado prueba alguna en el presente procedimiento para acreditar las meras manifestaciones subjetivas relativas a la falta de construcción en el tiempo pactado por Fercaber.

6.- La representación procesal de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo conocer de él a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 11 de julio de 2014 estimatoria del recurso y desestimatoria, por ende, de la demanda.

7.- La sentencia del Tribunal de apelación hace dos clases de consideraciones para hacer ver cuáles son las discrepancias de las partes dentro del objeto del litigio:

(i) La primera es que previéndose, como es legalmente preceptivo, que la renta a pagar era «IVA incluido» - previsión que consta en los pliegos de cláusulas administrativas, en las resoluciones de adjudicación y en las escrituras públicas de constitución del derecho de superficie -, resulta que los contratos de arrendamiento no están sujetos al pago de IVA.

El IVIMA pretende que la renta fijada se reduzca descontando el IVA, que se había incluido, mientras que Fercaber sostiene que debe pagarse la renta fijada con IVA, incluido tal y como consta en las resoluciones de adjudicación y escrituras de derecho de superficie, aunque se sepa que no se devenga IVA por los arrendamientos.

(ii) La segunda es la atinente a si el IVIMA en los arrendamientos de determinadas promociones de viviendas, que se enumeran, ha reducido el plazo mínimo de duración, indemnizándose, de ser así, el tiempo en que se haya reducido la duración pactada.

8.- La sentencia recurrida considera, al motivar su decisión sobre la primera discrepancia, que cuando se determina la renta del arrendamiento especificando que será la cantidad x, IVA incluido, es meridiano que parte de la cantidad es renta y otra parte IVA. Si la Dirección General de Tributos, en consulta vinculante, y el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de abril de 2011, rec.1107/2006, de la Sala de lo Contencioso -Administrativo, afirman que los contratos de arrendamientos de que se trata no estaban sujetos al pago del IVA porque el negocio complejo ya había quedado sujeto al pago de IVA por la entrega de bienes que suponía la reversión de las edificaciones al IVIMA una vez extinguido el derecho de superficie, si bien el devengo del impuesto (IVA) se anticipaba al momento de constitución del derecho de superficie, la conclusión es que la determinación de la renta se vio afectada.

9.- Al no aplicarse IVA a los arrendamientos la renta quedó necesariamente modificada, pues no tendría sentido que se siguiera pagando IVA por unos arrendamientos que no estaban sujetos al pago de tal impuesto.

10.- Tal reducción no supone ninguna modificación de lo pactado por las partes ni de la contraprestación por el arrendamiento, sin que el arrendador pueda pretender que sufre un perjuicio por esa reducción, pues es claro que el IVA no es un concepto con el que se lucre el arrendador, sino que este es un mero intermediario que cobra el IVA del arrendatario (cuando procede) para después ingresarlo en Hacienda. Por ello, la reducción de la renta de que se trata no perjudica a Fercaber. Lo contrario sería un notorio perjuicio para la parte arrendataria.

11.- Para alcanzar tal interpretación sostiene la sentencia recurrida, como *ratio decidendi* de su discurso, que «no pueden equipararse los supuestos de alza o baja del IVA aplicable con el supuesto de no devengo de IVA». Añade, para clarificar su decisión, que «en los primeros (alza o baja), es claro que el precio fijado contractualmente no puede variar, de manera que la futura modificación del IVA, ya sea subiendo el tipo, ya bajándolo, es un riesgo que debe soportar el adjudicatario (Fercaber), dado que se licitan las obras determinando un precio fijo, inamovible, con independencia de cuáles sean los impuestos aplicables. Pero los casos de alza o baja no son iguales que los de «inexistencia». Si no hay IVA aplicable, debe reconocerse al organismo público la facultad de realizar la oferta de precio de acuerdo con esas condiciones reales, o dicho de otra forma, debe admitirse que el precio que se pactó «IVA incluido» no es adecuado a las circunstancias del caso porque las partes han considerado una circunstancia (la aplicación del IVA) que no responde a la realidad.»

12.- La segunda discrepancia versa, según se ha dicho, sobre la duración de los contratos de arrendamiento y la sentencia recurrida motiva su decisión del siguiente tenor:



(i) «Desde la constitución del derecho de superficie por las partes, este dura 20 años, según consta en las escrituras otorgadas a tal efecto; el final del derecho de superficie coincide con el final del arrendamiento; en general, se concedió un plazo de construcción de 24 meses y un período mínimo de arrendamiento de 18 años, completándose así los 20 años que duraba el derecho de superficie. De no construirse y obtenerse toda la documentación (calificación, licencias, escritura de división horizontal) en esos 24 meses, obvio es que se reducía el plazo del arrendamiento, que ya no podría ser de 18 años. De ahí que deba decidirse quién fue responsable de que no se pudiera cumplir ese plazo mínimo de arrendamiento.»

(ii) En contra de lo que sostiene la sentencia de primera instancia sí consta en autos prueba de que Fercaber incumplió los plazos de construcción, lo que ha motivado que los correspondientes contratos de arrendamiento no pudieran cubrir el plazo mínimo que debían tener.

La responsabilidad en el retraso es de Fercaber, sin que, además, ésta haya acreditado que el retraso en la firma del contrato de arrendamiento se debiese a causa imputable al IVIMA, e incluso ni siquiera alega tal hecho, limitándose a negar el derecho al período mínimo de arrendamiento, pero silenciando las causas.

13.- Fercaber interpuso contra la anterior resolución recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por el cauce del ordinal 2º del artículo 477.2 LEC .

14.- El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en cuatro motivos:

El motivo primero al amparo del artículo 469.1.3º por infracción de los artículos 448 y 463 de la LEC , al haber procedido la Audiencia Provincial a admitir indebidamente el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Madrid, que no fue parte en la primera instancia y que no tiene legitimación pasiva como demandada.

El motivo segundo al amparo del artículo 469.1.2º y 4º de la LEC , porque la sentencia no cita los artículos de las leyes para fundamentar su decisión. Infracción de los artículos 209 de la LEC , 248 de la LOPJ , 1 del Código Civil y 120.3 y 4 de la Constitución Española (sentencia puramente voluntarista).

El motivo tercero al amparo del ordinal 469.1.4º LEC. Vulneración del artículo 24 CE . Arbitrariedad y falta de motivación de la sentencia al considerar que la aclaración testifical de D. Vidal es suficiente para suplir toda alegación y toda prueba por la demandada para determinar y cuantificar los supuestos incumplimientos de "Fercaber Construcciones, S.A.U."

El motivo cuarto, al amparo del artículo 469.1.2º LEC por haber invertido la Audiencia Provincial las reglas de la carga de la prueba. Infracción del artículo 217 de la LEC que infringe la ley al tiempo que causa indefensión a la demandante.

15.- El recurso de casación se articula en un motivo único en el que se alegan por apartados las siguientes infracciones:

(i) Error jurídico de la sentencia al resolver de modo prejudicial que los contratos de arrendamiento suscrito entre el IVIMA y "Fercaber Cosntrucciones, S.A.U., no están sujetos al IVA. Infracción del artículo 8- Dos 5º y del artículo 75. Uno, 1º, segundo párrafo, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª).

(ii) Las leyes tributarias y de contratación pública obligan de modo indisponible a las Administraciones Publicas a fijar precio cierto en sus contratos como si el IVA no existiera. Infracción del artículo 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido , del artículo 77 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, y de la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

(iii) La sentencia de la Audiencia Provincial no respeta la libertad contractual de las partes al pactar "IVA incluido". La libertad de pactos para la determinación del precio de los arrendamientos, aunque la sentencia no cita artículo alguno, infringe los artículos 1543 , 1555 (arrendamientos), 1255 y 1258 (contratos en general) del Código Civil de la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre el contenido jurídico del pacto "IVA incluido".

(iv) El IVIMA ha operado como "potentior persona" en vía civil. La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Infracción del artículo 1256 del Código Civil .

(v) Interpretación del contrato sobre el precio pactado manifiestamente arbitraria sobre la virtualidad del pacto «IVA incluido». Infracción de los artículos 1281 , 1282 , 1283 , 10285 y 1288 CC .

(vi) El período mínimo de duración está fijado en los contratos e integra el precio que el Instituto de la Vivienda de Madrid ha de pagar a Fercaber. Libertad de pactos para la determinación de un plazo mínimo por contrato.



Infracción de los artículos que establecen la libertad de pactos 1543 (arrendamientos), 1255 y 1258 (contratos) CC.

(vii) Interpretación del contrato sobre el precio pactado manifiestamente arbitraria sobre la duración de los contratos de arrendamiento hecha sin tener en cuenta la condición de potentior persona del IVIMA. Infracción de los artículos 1281 , 1282 , 1283 , 1285 y 1288 CC .

16.- La parte recurrente al amparo del artículo 271.2 LEC , aportó ante la Sala sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) dictada el 31 marzo 2015 en el rollo de apelación número 103/2014 dimanante del juicio ordinario nº 210/2013 seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, promovido por Santander S.A, como concesionario del crédito de Fercaber, contra el IVIMA, que resuelve en sentido contrario.

17.- La Sala dictó auto el 27 de enero de 2016 acordando no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación. Se acordó que en cuanto al documento aportado con fecha 14 de septiembre de 2015 por la parte recurrente, y las alegaciones efectuadas por la parte recurrida oponiéndose a la aportación del mismo, a tenor del artículo 271 LEC el tribunal resolverá en sentencia sobre su admisión y alcance.

18.- Tras el oportuno traslado la parte recurrida presentó escrito oponiéndose a la estimación del recurso de casación, aportando al amparo del artículo 271.2 LEC una sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta, de 18 de enero de 2016 , por tratarse de una sentencia esencial para la desestimación de la casación interpuesta de contrario.

19.- La Sala dictó providencia el 16 de noviembre de 2016 por la que, al amparo del artículo 27.1.2 LEC , se le dio traslado a la parte recurrente para que alegase lo que tuviese por conveniente, a la par que se suspendía el señalamiento acordado para ese día.

20.- La parte recurrente, tras el anterior traslado, presentó escrito de alegaciones y aportó documental en descargo de la aportada de contrario, también al amparo del artículo 271.2 LEC , consistente en varias resoluciones judiciales y administrativas.

La sala dictó providencia el 21 de diciembre de 2016 por la que se acordó dar traslado de tal documental a la parte recurrida para que alegase lo que tuviese por conveniente.

Esta parte presentó escrito por el que, en contestación al anterior traslado, se oponía a la incorporación de los documentos aportados por el recurrente.

21.- Por providencia de 16 de enero 2016 la sala señaló para votación y fallo del recurso el día 7 de febrero de 2017.

Recurso de Casación.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala sobre la primera discrepancia de la sentencia recurrida con la sentencia de la primera instancia*

1.- Como se ha recogido en el resumen de antecedentes la razón de decidir de la sentencia recurrida para estimar el recurso de apelación y, por ende, desestimar la demanda en este extremo, consiste en tener por cierto que los arrendamientos no devengan IVA, cuestión distinta a que estando sujetos a dicho impuesto este fluctuase al alza o a la baja en el transcurso de los años de vigencia del arrendamiento.

2.- Como se ocupa de clarificar la sentencia, si fuese esto último lo acaecido es claro que el precio fijado contractualmente no puede variar, de manera que la futura modificación del IVA, ya sea subiendo el tipo, ya sea bajando, es un riesgo que debe soportar el adjudicatario (Fercaber), dado que se licitan las obras determinando un precio fijo, inamovible, con independencia de cuáles sean los impuestos aplicables.

3.- La sentencia reconoce y no se aparta de la preceptiva previsión legal que la renta a pagar sea con IVA incluido, y así consta en los pliegos de cláusulas administrativas, en las resoluciones de adjudicación y en las escrituras públicas de constitución de derecho de superficie. Tampoco ignora, según lo recogido, que si el contrato se encuentra sujeto a IVA no es posible modificar la renta de las condiciones de licitación por los avatares de aquel impuesto, al alza o a la baja del tipo impositivo.

4.- Se colige de todo ello que la sentencia no contradice la legislación administrativa ni la sustantiva del Código Civil cuando hace tales consideraciones; por lo que algunas de las infracciones que se denuncian en el motivo único del recurso de casación no pueden estimarse.

5.- Funda su decisión el Tribunal de apelación en la «inexistencia» de IVA, pues si no hay IVA aplicable, se debe reconocer al organismo público la facultad de realizar la oferta de precio de acuerdo con las condiciones



reales, o lo que es lo mismo que se admita que el precio que se pactó con IVA incluido no es adecuado a las circunstancias del caso porque las partes han tomado en consideración una circunstancia (la aplicación del IVA) que no responde a la realidad. Si se obra así y se modifica el precio no se modifican las condiciones del contrato porque la renta que sigue percibiendo Fercaber es la misma, ya que la que se computase como IVA no la cobra el arrendador para sí sino que la recauda para Hacienda.

6.- Llegados a este estadio del discurso se aprecia que el núcleo del debate se contrae a la interpretación sobre la naturaleza jurídica de los contratos concertados por las partes, y su incidencia en las obligaciones tributarias nacidas de ellos.

7.- Según la parte recurrente se trata de un contrato complejo en el que operan prestaciones de muchas figuras jurídicas. En síntesis, el IVIMA, dueño de una parcela, constituye un derecho de superficie de 20 años y, sujetándose a la Ley de contratos de las administraciones públicas para la licitación, adjudica sobre ésta un contrato mixto en el que el adjudicatario del derecho de superficie se obliga a construir viviendas de protección pública de régimen especial (VPO) que el IVIMA le paga por medio de un contrato de arrendamiento con un plazo determinado y un precio fijo. Luego el IVIMA subarrienda esas viviendas a personas menos pudientes, que cumplen con los requisitos para ser adjudicatarios de VPO.

Según la parte recurrida, al formular declinatoria reconoce que es propietario de unas parcelas, y en relación con las mismas celebra un negocio jurídico complejo con la empresa demandante Fercaber, en cuya virtud el IVIMA constituyó un derecho de superficie sobre dichos terrenos a favor de la demandante, no sólo a cambio de un canon, sino también con la obligación del superficiario de construir unas viviendas de protección oficial, así como la de cederlas en arrendamiento al Instituto de la Vivienda de Madrid en las condiciones pactadas.

La sentencia recurrida reconoce, en sintonía con las partes (FD Segundo), que el litigio se proyecta sobre negocios jurídicos complejos consistentes en que sobre terrenos propiedad del IVIMA éste constituye un derecho de superficie de 20 años de duración a favor de Fercaber a cambio de que Fercaber construya en ese terreno viviendas de protección oficial. Tales viviendas se arriendan al IVIMA hasta que se extinga el derecho de superficie. Por dicho arrendamiento el IVIMA paga la renta que se ha pactado.

8.- A pesar de que tanto las partes como la sentencia recurrida califiquen el contrato de negocio jurídico complejo, sin embargo ésta incurre en el error de detenerse en los meros contratos de arrendamiento para alcanzar conclusiones sobre su sujeción o no al IVA, sin apreciar que en la estipulación cuarta de las escrituras se recoge que: «Este arrendamiento forma parte del contenido esencial del derecho de superficie y a tal efecto las partes se obligan a concertar el correspondiente contrato con arreglo a...».

Por tanto se está en presencia de contratos complejos que incluyen arrendamientos pero anudados a la construcción de los inmuebles.

9.- El citado error encadena el siguiente, pues el Tribunal de apelación en vez de plantearse y responder si el negocio jurídico complejo se encuentra o no sujeto al IVA, se limita a decidir si están o no sujetos a dicho impuesto los contratos de arrendamiento singular y aisladamente considerados.

10.- La conclusión que alcanza es que los contratos de arrendamiento de que se trata no estaban sujetos al pago del IVA, y para ello se funda en lo establecido por la dirección General de Tributos en consulta vinculante y en lo declarado por la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de abril de 2011, rec. 1107/2006 .

Sin embargo, la sentencia recurrida no extrae de tales decisiones que el negocio jurídico complejo está sujeto a IVA, que Fercaber soporta y ha de repercutir, si bien exista una regla especial de devengo.

11.- La citada sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2011 contiene, como pronunciamientos relevantes para el presente supuesto en que el propietario del suelo pasa a ser el arrendatario de la edificación desde el momento de la construcción hasta que llegase el momento de la reversión, los siguientes:

(i) Según los contratos celebrados, el constructor superficiario se comprometía a ceder en arrendamiento al IVIMA las construcciones edificadas a cambio de un canon arrendaticio predeterminado y actualizable anualmente, fijado para toda la duración de los mismos, por lo que el arrendamiento formaba parte del contenido del derecho de superficie.

(ii) Ante tal circunstancia, no puede dejarse de reconocer que la Dirección General de Tributos viene manteniendo que la cesión de edificación en arrendamiento por parte del superficiario al propietario del terreno tiene la calificación de entrega de bienes.

(iii) En estos supuestos la Ley del Impuesto considera que se trata de entrega de bienes con una regla de devengo especial contenida en el artículo 75. Uno, 1ª, segundo párrafo.



(iv) Al aceptarse este criterio, la parte de la contraprestación del derecho de superficie que se corresponde con la entrega del edificio construido se devenga en el momento en que el edificio se pone en posesión del arrendamiento, careciendo de trascendencia los pagos realizados en virtud de arrendamiento, a efectos del Impuesto, al haberse devengado éste de manera anticipada.

12.- La sentencia, cuyos pronunciamientos relevantes hemos destacado, no declara que el negocio jurídico complejo no se encuentre sujeto al IVA y, por tanto, la inexistencia de este impuesto.

Lo que persigue cuando se afirma que los pagos realizados en virtud de arrendamiento no se encuentran afectos al impuesto, es evitar una doble imposición.

Esto es que el IVIMA, de ser así, tendría que repercutir el IVA sobre el canon y el valor de la edificación a revertir y, a su vez, soportaría el IVA con ocasión del pago de las cuotas periódicas durante la duración del arrendamiento por un importe equivalente al precio de la edificación.

13.- Existe, pues, un contrato complejo con una regla de devengo especial que anticipa el impuesto de toda la operación, en la que se incluye el arrendamiento, que es precisamente como se paga la construcción. Por tanto no estamos ante un supuesto de inexistencia de IVA sino de negocio jurídico sujeto a tal impuesto, cuyos avatares, según reconoce la sentencia recurrida para tal hipótesis, es un riesgo que debe soportar las partes pero sin influencia en el precio pactado, según consta en los pliegos de cláusulas administrativas, en las resoluciones de adjudicación y en las escrituras públicas de constitución del derecho de superficie.

De ahí que la única defensa de la recurrida, y ello no se plantea en las sentencias de las instancias, es que se hubiere visto sometida a la doble imposición a que se ha hecho mención.

La parte recurrente afirma que ha pagado millones de euros al fisco por IVA en el momento del devengo a que se ha hecho mención, pero en las sentencias de las instancias no consta como probado que tales pagos se repercutiesen a la demandada y ésta las abonase.

14.- Por todo ello se estima el recurso de casación sobre esta primera discrepancia entre la sentencia recurrida y la de primera instancia.

Consecuencia de lo anterior es la desestimación del recurso de apelación sobre este extremo, confirmando los cuatro primeros pronunciamientos de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia.

TERCERO.- *Decisión de la Sala sobre la segunda discrepancia de la sentencia recurrida con la sentencia de la Primera Instancia.*

1.- Se plantea si el IVIMA ha reducido el plazo mínimo de duración en los arrendamientos de determinadas promociones. De ser así habría de indemnizar a la demandante por el tiempo en que se haya reducido la duración pactada, a juicio de esta parte.

2.- Como ya hemos tenido ocasión de exponer el IVIMA adjudicó por concurso a Fercaber los derechos de superficie sobre diferentes parcelas. De acuerdo con los pliegos de condiciones del concurso los derechos de superficie se constituyeron por un plazo de 20 años, transcurrido el cual el IVIMA haría suyo lo edificado sin indemnización. Fercaber, como superficiario, venía obligado a construir los inmuebles de viviendas y garajes así como a cederlos en arrendamiento al IVIMA, quien satisfaría, como contraprestación al arrendamiento, el precio pactado en la adjudicación del concurso.

3.- Jurídicamente el final del derecho de superficie, que era de 20 años según las escrituras otorgadas al efecto, coincidía con el final del arrendamiento, pues no sería compatible que el dueño del suelo hiciese suyo lo edificado y lo siguiera poseyendo a título de arrendatario.

Por lo general se concedió un plazo de construcción de 24 meses y un periodo mínimo de arrendamiento de 18 años, completando así los 20 años que duraba el derecho de superficie.

4.- La interpretación que lleva a cabo la sentencia recurrida al respecto no es ni ilógica ni arbitraria, en el sentido de que si el tiempo de duración del arrendamiento venía interrelacionado con el de duración de la construcción y puesta a disposición al arrendatario del inmueble, si esta puesta a disposición, física y jurídica, excedía de esos 24 meses, la consecuencia era que el arrendamiento habría de ser inferior a los 18 años.

5.- De ser así, y por no poderse rebasar el plazo máximo de 20 años que dura el derecho de superficie, sólo cabría indemnizar a Fercaber, y así lo pide ésta en la demanda y lo concede la sentencia de la primera instancia.

6.- En este orden metodológico del discurso la interrogante que surge es si Fercaber ha incumplido los plazos de construcción de los inmuebles a que concreta su pretensión, y si a consecuencia de su incumplimiento se ha visto reducido el plazo de arrendamiento inicialmente previsto.



7.- La sentencia recurrida alcanza la conclusión de naturaleza fáctica, y por ende inalterable al no haberse admitido el recurso extraordinario por infracción procesal, de que consta en autos prueba de esos incumplimientos por parte de Fercaber con independencia de que en los casos de ausencia de prueba incumbiría a Fercaber la carga de acreditar que el retraso obedeció a causa imputable a IVIMA, prueba ésta que no ha logrado y, además, ha silenciado las causas de la reducción del período mínimo del arrendamiento; por lo que cabe concluir la falta de pruebas sobre la responsabilidad del IVIMA en tales retrasos y consiguiente disminución del período de arrendamiento.

8.- Por todo ello no puede prosperar el recurso de casación sobre el extremo objeto de impugnación.

CUARTO.- La documental aportada por ambas partes en la tramitación del recurso de casación, se tiene por unida a los autos a los meros efectos ilustrativos para la Sala, en el buen entendimiento, en atención a lo razonado, que no es condicionante ni decisiva para resolver el recurso.

QUINTO.- Habiéndose estimado parcialmente el recurso de casación, parcialmente recurso de apelación y parcialmente la demanda, procede, en aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 LEC, no hacer imposición de costas a la parte recurrente en el recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir, y no hacer expresa condena a ninguna de las partes de las costas de las instancias.

FALLO

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

1.º.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Fercaber Construcciones, S.A.U., contra la sentencia dictada el 11 de julio de 2014, por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación nº 686/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 128772011, tramitados en el Juzgado de Instrucción nº 70 de Madrid. 2.º.- A consecuencia de tal estimación parcial, procede estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) contra la sentencia dictada con fecha 27 de mayo de 2013 por el juzgado de primera instancia número 70 de Madrid, que se confirman en los cuatro primeros pronunciamientos de su parte dispositiva, revocándose el quinto. 3.º.- No se impone a la parte recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito para recurrir. 4.º.- No se hace expresa condena a ninguna de las partes respecto de las costas de ambas instancias. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.