

Roj: **STS 3907/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3907**Id Cendoj: **28079110012014100496**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/09/2014**Nº de Recurso: **691/2012**Nº de Resolución: **290/2014**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GR 2382/2011,**
STS 3907/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Septiembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 451/2011 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 44/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Loja (Granada), cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Pablo Alameda Gallardo en nombre y representación de don Abilio y doña Encarna, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Antonio Albaladejo Martínez en calidad de recurrente y el procurador don Isacio Calleja García en nombre y representación de don Aquilino en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don José Manuel Ramos Rodríguez, en nombre y representación de don Aquilino que actúa en nombre y representación e sus padres don Eliseo y doña Rita interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Abilio y doña Encarna y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... 1. A construir la terraza contemplada en el proyecto presentado por el Arquitecto D. Héctor . Abril en el Ayuntamiento de Montefrío en base al que se otorgó la Licencia de Obras, a nivel de la Planta Primera, para la vivienda de los actores de tipo "A", reparando los daños que, en su caso, pudiera ocasionar dicha construcción-en el interior de la vivienda ya finalizada y todo ello en base a lo dispuesto en la cláusula segunda apartado segundo del referido contrato.

2. A otorgar a favor de los demandantes escritura pública de entrega de las dos viviendas permutadas, completamente *legalizadas*, con la correspondiente Licencia. Municipal de Primera Ocupación (simultáneo al pago por parte de la actora del importe de VEINTIÚN MIL EUROS conforme a lo pactado en la ampliación de contrato de 31/01/2008). Todo ello conforme a lo pactado en el apartado sexto del contrato de fecha 28/04/2006. Obligando a los demandados, a fin de obtener la legalización de las obras, a realizar cuantas modificaciones, demoliciones, actuaciones técnicas o administrativas sean necesarias para tal fin, conforme se indica en las Resoluciones e informes técnicos del Ayuntamiento de Montefrío.

3. A que indemnice a la parte actora por los daños y perjuicios ocasionados hasta el momento y en lo sucesivo, mediante la condena al pago de la renta media de mercado de las viviendas, desde el mes de octubre de 2008 y hasta que reciba las fincas en condiciones aptas para ser utilizadas normalmente, a razón de 844,75? mensuales, en base al informe que se aporta como documento nº 18 (cantidad que resulta de sumar los 402,26 ? de renta, en que se valora puede ascender el arrendamiento del piso NUM000 y los 442,49 ? de renta media valorados para el piso situado en la planta NUM001 .



4. Se condene a los demandados al pago de las costas causadas en el presente procedimiento, por ser todo ello justo que pido y espero".

2.- El procurador don Julio Ignacio Gordo Jiménez, en nombre y representación de don Abilio y doña Encarna , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la misma, todo ello con expresa imposición de costas a la adversa por su temeridad y mala fe."

Por providencia de fecha 27 de septiembre de 2010 se acordó acumular el juicio ordinario núm. 167/2010 y dar traslado a las partes de dicha acumulación. Dicho procedimiento se instó como consecuencia de la demanda interpuesta por el procurador don Pablo Alameda Gallardo, en nombre y representación de don Abilio , contra don Eliseo y doña Rita , alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando, se dicte sentencia por la que: "...se condene a los demandados a otorgar escritura pública de permuta de la citada finca registral nº NUM002 de Montefrío por obra nueva, así como de forma simultánea abonen a mi mandante el importe de 21.000 ? y procedan a la suscripción simultánea de acta notarial de entrega de las edificaciones nuevas convenidas por las partes como contraprestación de la finca registral referida, y todo ello en el plazo fijado por el juzgador, bajo apercibimiento de que si no procediese a ello, será el propio Tribunal quien lo sustituya y ordene la pertinente inscripción en el Registro de la Propiedad, y todo ello con expresa imposición de costas".

La procuradora doña María Isabel Olivares López, en nombre y representación de don Eliseo y doña Rita , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: "...se desestime la referida demanda con expresa condena en costas a la parte actora".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Loja (Granada), dictó sentencia con fecha 14 de febrero de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "...QUE ESTIMANDO COMO ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por don Aquilino en nombre. de don Eliseo y doña Rita contra don Abilio y doña Encarna , debo condenar y condeno a éstos últimos a dar cumplimiento a lo acordado en el contrato celebrado el 28/04/06, con la modificación hecha el 31/01/08, y en su virtud, a otorgar a favor de los demandantes escritura pública de entrega de las viviendas permutadas descritas en el Fundamento de Derecho Primero, completamente legalizadas, con la correspondiente Licencia Municipal de Primera Ocupación -y con simultáneo pago por parte de los actores del importe de 21.000-euros, absolviendo a los demandados del resto de pedimentos que son de ver en el suplico de la demanda, declarando las costas de oficio.

QUE DESESTIMANDO COMO DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Abilio contra don Eliseo y Doña Rita , debo absolver y absuelvo a éstos de todos los pedimentos que son de ver en el suplico de la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte actora".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte don Abilio y doña Encarna , así como el interpuesto por la representación procesal de don Aquilino , la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**: "... 1.- Estimando en parte el recurso interpuesto por el procurador D. José Manuel Ramos Rodríguez en la representación que lo hace, debemos revocar y revocamos la sentencia en cuanto desestima la pretensión indemnizatoria contenida en el apartado 3 del suplico de su demanda, y en su lugar condenamos a D. Abilio y doña Encarna a abonar a don Eliseo y doña Rita , la cantidad mensual de ochocientos cuatro euros con setenta y cinco céntimos (804,75 ?) con efectos desde el día 6-10-2010 y hasta que se ofrezca la entrega de los inmuebles en las condiciones expresadas en la sentencia, que se confirma en todo lo demás, sin que proceda condena en las costas de este recurso".

2.- Se desestima el recurso interpuesto por don Abilio y doña Encarna , condenándoles al pago de las costas del mismo".

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de don Abilio y doña Encarna con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Único.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 6 de noviembre de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El procurador don Isacio Calleja García, en nombre y representación de don Aquilino y de doña Paula presentó escrito de impugnación al mismo.



QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de mayo del 2014, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado la sentencia en el plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. El presente caso, en un supuesto de acción de cumplimiento del contrato de permuta de solar por obra futura plantea, como cuestión de fondo, el posible alcance del retraso en la entrega de la vivienda para operar, de forma automática, la pretensión indemnizatoria por "lucrum cessans" (lucro cesante) dentro del marco del denominado daño "ex re ipsa" (de la propia cosa), todo ello con relación al valor de uso o arrendamiento de la vivienda.

2. En síntesis, el procedimiento se inicia por la propietaria del solar y, en lo que aquí interesa, ejercita una acción de cumplimiento del contrato al amparo de lo dispuesto por el artículo 1124 del Código Civil solicitando, entre otros extremos, que se le indemnice en la cantidad de 844,75 euros cada mes hasta la entrega de las viviendas en condiciones aptas para su uso. La sentencia de Primera Instancia considera que no se han probado los daños y perjuicios derivados del retraso en la entrega de los pisos y que, al respecto, no es suficiente la aportación de una tasación de parte sobre el valor de uso o arrendamiento de los inmuebles. La Audiencia Provincial, por su parte, con cita y reseña parcial de las sentencias de esta Sala, de 27 de julio de 2007 y de 26 de mayo de 1990 , procede a la pretensión solicitada considerando aplicable al presente caso la doctrina del daño "ex re ipsa".

Recurso de casación.

Incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado. Lucro cesante y daño "ex re ipsa" (de la propia cosa). Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO .- 1. La parte demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación por interés casacional con base a la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales (477.3 LEC) señalando, con expresa cita de las sentencias de las Audiencias, la existencia de dos líneas jurisprudenciales; una a favor de la innecesidad de probar el perjuicio derivado del lucro cesante por su consideración de daño derivado de la propia cosa (ex re ipsa), y otra que establece la necesidad de probar y cuantificar dicho perjuicio.

La parte recurrente considera que es más acorde con el artículo 1106 esta última interpretación que casa con la naturaleza compensatoria y no punitiva de la indemnización. Solicita que la Sala declare que en los casos de incumplimiento de la entrega de la vivienda en el plazo pactado, no procede otorgar la indemnización por lucro cesante de forma automática, sino que incumbe la carga de la prueba de su existencia y cuantía a quien la reclama, dado que el incumplimiento no lleva consigo en todo caso la producción de los daños, sin que pueda considerarse prueba suficiente la aportación del informe de tasación donde un perito tasa el valor del arrendamiento hipotético de la vivienda en cuestión. Todo ello, articulado en un *único motivo* .

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser estimado.

2. La reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala se ha ocupado de la importancia conceptual que, si lugar a dudas, tiene el retraso de la entrega de la cosa en orden a la valoración del incumplimiento de la obligación. No obstante, en esta línea, también se ha señalado, con carácter general, que en nuestro sistema el alcance de dicho concepto debe ser evaluado en la dinámica contractual operada conforme a lo pactado por las partes pues del mero retraso, considerado en abstracto, no se infiere una concreta transcendencia jurídica de un modo automático. De ahí, que esta Sala haya declarado que el mero retraso, por sí solo, no resulta determinante de la resolución del contrato (STS de 15 de julio de 2013, núm. 465/2013) y cuando ésta se produce, o se declara, el alcance indemnizatorio que pueda derivarse debe ser convenientemente separado y diferenciado del efecto restitutorio, con la consiguiente prueba y cuantificación del mismo. (STS de 30 de abril de 2013, núm. 275/2013).

Estas precisiones, en sede general, cobran mayor importancia, conforme también a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, cuando el daño o perjuicio alegado cursa por la vía del lucro cesante o ganancia dejada de obtener (lucrum cessans), cauce que, aunque participa conceptualmente del contenido general indemnizable dispuesto por el artículo 1106 del Código Civil , exige su debida diferenciación y tratamiento; máxime, cuando el perjuicio por dicho concepto, atendido un juicio de probabilidad objetivable, debe de ser probado con una razonable verosimilitud, particularmente en aquellos supuestos, como el del presente caso, que fuera de



ganancias ya existentes, con anterioridad, se proyecten sobre ganancias futuras o expectativas de las mismas, entre otras, STS de 18 de noviembre de 2013 (núm. 681/2013).

Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado. Daño ex re ipsa.

3 . La aplicación de la doctrina expuesta exige las siguientes precisiones en orden a la estimación del motivo planteado. En primer lugar debe señalarse que la aplicación al presente caso de la denominada doctrina del daño "ex re ipsa" resulta forzada o no ajustada a Derecho de cuerdo con la doctrina general expuesta. En efecto, aunque en la prueba del daño debe tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha flexibilizado el rigor de este presupuesto por la propia expansión conceptual del incumplimiento como proyección in re ipsa del propio daño o perjuicio alegado, extensible, con mayor argumento, al incumplimiento doloso, debe precisarse que dicho planteamiento no supone el abandono de la doctrina general acerca de la necesidad de diferenciar, causalmente en la dinámica contractual, la realidad y alcance del perjuicio irrogado tras el incumplimiento de la obligación; pues esta flexibilización o presunción jurisprudencial del daño irrogado se refiere en atención a aquellos supuestos en donde el incumplimiento determina, por sí mismo, la relevancia del daño con una clara frustración en la economía contractual de la parte afectada, ya material o moral, o bien, porque dicha presunción viene implícita en la norma que anuda la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica del incumplidor, STS de 24 de octubre de 2012 (núm. 541/2012).

Se comprende, en segundo lugar, que cuando el incumplimiento, en la naturaleza y objeto de la relación contractual, o en la propia consideración de la norma, no se exteriorice con la relevancia anteriormente expuesta debe exigirse al demandante acreedor que aporte la debida prueba de los extremos que justifican su pretensión indemnizatoria. Esto es lo que ocurre en el presente caso, en donde de la acción de cumplimiento del contrato no se deriva, por sí sola, la propia relevancia o transcendencia jurídica del retraso como pretensión indemnizatoria que debe ser, por tanto, convenientemente diferenciada de la acción de cumplimiento, que se ejercita de modo principal y, a su vez, objeto de prueba y de cuantificación a tenor de su conexión causal con la dinámica del contrato celebrado. Prueba o realidad del daño que, como acertadamente declara la sentencia de Primera Instancia, no resulta acreditada con la mera aportación de un informe de tasación de parte relativo al valor de uso de la vivienda, sino que requiere, conforme a la doctrina de esta Sala en el ámbito de la indemnización derivada por el lucro cesante (*lucrum cessans*), sentencia citada de 18 de noviembre de 2013 , que dicho perjuicio, atendido un juicio de probabilidad objetivable, se pruebe con una razonable verosimilitud, particularmente, caso que nos ocupa, en aquellos supuestos en que, fuera de ganancias ya existentes, el lucro cesante se proyecta sobre ganancias futuras o meras expectativas; esto es, sobre un hipotético contrato de arrendamiento, sin oferta o trato preliminar al respecto, y tras haber declarado su inicial propósito de que la vivienda fuera utilizada o disfrutada por sus padres e hijos.

TERCERO .- Estimación del recurso y costas.

1. La estimación del motivo planteado comporta la estimación del recurso de casación interpuesto.
2. Por aplicación del artículo 398.2 LEC no procede hacer expresa imposición de costa del recurso de casación.
3. Por aplicación del artículo 394.1 LEC en relación con el artículo 398.1, tras la desestimación del recurso de apelación de don Eliseo y doña Rita , procede hacer expresa imposición de costas a los citados apelantes.

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Abilio y doña Encarna contra la sentencia dictada, con fecha 25 de noviembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, en el rollo de apelación nº 451/2011 , que casamos y anulamos, a los efectos de desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Eliseo y doña Rita , confirmando en su lugar el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, nº 2 de Loja, con fecha 14 de febrero de 2011 , dimanante del juicio ordinario nº 44/2010.
2. Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en los casos de incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado, no procede otorgar el resarcimiento derivado por el lucro cesante (*lucrum cessans*) de forma automática, por aplicación de la doctrina del daño ex re ipsa (de la propia cosa), incumbiendo la carga de su realidad y alcance a la parte que lo reclame.
3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.
4. Procede hacer expresa imposición de costas del recurso de Apelación interpuesto por don Eliseo y doña Rita .



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala NUM001 del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ