

Roj: **STS 5221/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5221**Id Cendoj: **28079110012015100678**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/12/2015**Nº de Recurso: **1804/2013**Nº de Resolución: **712/2014**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 1035/2013,**
STS 5221/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil quince.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, numerada rollo 104/2013, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario, núm. 1858/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de la misma ciudad, recursos interpuestos por la procuradora doña Nuria Juste Puyol, personándose ante este Tribunal el procurador don José Pedro Vila Rodríguez en calidad de recurrente, en nombre y representación de Promociones Urbanas S.L.; compareciendo en calidad de recurrida la procuradora doña Soledad Sanmateo García, en nombre y representación de Zaragoza Plaza Center Campus Empresarial S.A..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** La procuradora D.ª Carmen Ibáñez Gómez, en nombre y representación de Zaragoza Plaza Center Campus Empresarial S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Promociones Urbanas S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dictara sentencia: *declarando resuelto el contrato de compraventa y condenando al demandado a pagar a la parte actora la suma de 63.760.-? en concepto de restitución de las cantidades entregadas, y asimismo se le condene a pagar los intereses legales devengados de dicha cantidad desde la notificación de la reclamación de su devolución con fecha 22 junio 2009 y los que se devengue hasta su completa restitución y todo ello con expresa condena de costas del procedimiento.*

2.- La Procuradora D.ª Nuria Juste Puyo, en nombre y representación de Promociones Urbanas S.L., contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia: *por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo de la misma a mi representada, todo ello con expresa imposición a la parte actora de las costas de este pleito.*

A su vez formuló demanda reconventional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes para terminar suplicando: *con íntegra estimación de esta demanda reconventional, condene a dicha entidad: 1.- A devolver a mi mandante la suma que pagó a cuenta del precio del contrato de compraventa de plazas de aparcamiento que quedó resuelto el 5 de febrero de 2010 más los intereses legales ya devengados, y por lo tanto a pagarle 904.911,20 euros. 2.- A devolver a mi mandante la suma pagada en exceso por la obra ejecutada según resulta de la liquidación final de la misma, y por lo tanto a pagarle 376.960,83 euros. 3.- A pagar a mi representada los intereses legales devengados por las dos sumas anteriores desde la fecha de la interpelación judicial. 4.- A abonar a mi mandante la indemnización por retraso en la ejecución de la obra de*



construcción del hotel, según el importe que resulte de la prueba pericial anunciada por esta parte y que en su momento se aportará. 5.- Imponga a la entidad demandante-reconvenida las costas de esta reconvencción.

3 .- La procuradora D.^a Carmen Ibáñez Gómez, en nombre y representación de Zaragoza Plaza Center Campus Empresarial S.A., contestó a la demanda reconvenccional oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *por la que se desestime en su totalidad la demanda reconvenccional instada contra mi principal por Promociones Urbanas S.L. absolviendo a Zaragoza Plaza Center Campus Empresarial S.A. de todos los pedimentos de los adverso, con expresa imposición de costas a la demandante de reconvencción.*

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO : Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la entidad mercantil Zaragoza Plaza Center Campus Empresarial, S.A., con CIF A-99035867, representada por la procuradora de los Tribunales D.^a M^a Carmen Ibáñez Gómez y asistida por el Letrado D. Alfonso Gracia Matute, contra la también mercantil Promociones Urbanas, S.L., con CIF B-28126126, representada por la procuradora de los Tribunales D.^a Nuria Juste Puyo y asistida por el Letrado D. Javier Sancho- Arroyo López Rioboo, quien a su vez formuló demanda reconvenccional contra la primera, la cual se desestima íntegramente, debo condenar y condeno a Promociones Urbanas, S.L., con CIF B-28126126, a: 1.- Pagar a Zaragoza Plaza Center Campus Empresarial, S.A., con CIF A-99035867 la cantidad de dos millones seiscientos seis mil ochocientos veinte euros con setenta y ocho euros (2.606.820,78.- euros), S.E.U.O., por el precio de la realización de las obras, más la cantidad a determinar en ejecución de sentencia 2 por parte del perito judicial en concepto de acondicionamiento de la fachada principal y plaza trasera del hotel, en la forma indicada en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, exclusivamente respecto de las partidas allí indicadas. 2.- Pagar a Zaragoza Plaza Center Campus Empresarial, S.A., con CIF A-99035867, la suma de 1.745.800.- euros, como precio pendiente de la compraventa del garaje al que se refiere el hecho sexto de la demanda, más el IVA vigente a la fecha del pago. 3.- Otorgar escritura pública de compra relativa al garaje que se detalla en el contrato privado de fecha 4 de julio de 2008 que constituye el documento 29 de la demanda rectora del presente procedimiento, previo abono de la cantidad a la que se refiere el punto 2 de este fallo. Todo ello más los intereses por mora procesal del artículo 576 de la L.E.C . desde la fecha de la presente resolución, respecto de las cantidades arriba mencionadas, y sin que proceda especial imposición de las costas procesales a ninguna de las partes respecto de la demanda principal, dada su estimación parcial, y con imposición a la demandada-reconviniente, respecto de las costas de la demanda reconvenccional, dada su íntegra desestimación.*

En fecha 10 de enero de 2013 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice: *Acuerdo: Estimar la petición formulada por la Procuradora María Carmen Ibáñez Gómez en nombre y representación de Zaragoza Plaza Center Campus Empresarial, S.A., de aclarar la sentencia dictada en el presente procedimiento en fecha 5-12-2012 en el sentido de que al pago de la cantidad de 2.606.820,78.- euros y a la que se obtenga en ejecución de sentencia, deberá adicionarse el impuesto sobre el valor añadido al tipo vigente.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia, por la representación procesal de PROMOCIONES URBANAS, S.L., en la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza se dictó sentencia con fecha 22 de mayo de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: 1.- Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Nuria Juste Puyo en nombre de Promociones Urbanas SL contra la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2.012 y auto de aclaración de 10 de enero de 2.013 recaídos en juicio ordinario nº 1858/2.010 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de esta Ciudad , y se revoca en parte dicha resolución, en lo que afecta a la demanda, y como consecuencia y en cuanto al extremo 1 del fallo: - A) se deja sin efecto la condena al acondicionamiento de la fachada principal y - B) se condena la sociedad demandada Promociones Urbanas SL a pagar a la sociedad actora la cantidad de 1.357.425,51.- euros. 2- Se confirma la sentencia en el resto de pronunciamientos. 3- Sin expresa imposición de costas del recurso. Con devolución del depósito constituido para recurrir.*

En fecha 19 de junio de 2013 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva acuerda: *No ha lugar a la aclaración de sentencia solicitada por la parte apelante.*

TERCERO .- 1.- La procuradora D.^a Nuria Juste Puyo, en nombre y representación de PROMOCIONES URBANAS, S.L., interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, apoyándose en los siguientes **MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: PRIMERO .-** Por el cauce del nº 2 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción del artículo 219.3 de la misma ley . **SEGUNDO .-** Por el cauce del ordinal 4º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución Española , en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva. **TERCERO .-** Por el cauce del ordinal 2º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción de los artículos 217 apartados 2 , 3 , y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **CUARTO .-** Por el cauce del



ordinal 2º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 218, apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN: ÚNICO:** Al amparo del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil.

2.- Por Auto de fecha 8 de julio de 2014, se acordó ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN y RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la procuradora D.ª Soledad Sanmateo García, en nombre y representación de ZARAGOZA PLAZA CENTER CAMPUS EMPRESARIAL S.A., presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se designó como nuevo ponente al Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz y se señaló para votación y fallo el día 15 de septiembre de 2015 suspendiéndose por enfermedad del Magistrado Ponente, se señaló nuevamente designando como nuevo ponente al Excmo. Sr. Arroyo Fiestas y para su votación y fallo el día 1 de diciembre de 2015 en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Constan como antecedentes no controvertidos que:

Las partes mantuvieron una larga y compleja relación, de ejecución de obra y compraventa, reflejada en varios contratos y, fundamentalmente, a los efectos de este proceso, en los siguientes:

- *Escritura pública de fecha 4-7-2.008*, por la que la sociedad actora ZARAGOZA PLAZA CENTER CAMPUS EMPRESARIAL S.A. vendió a la sociedad demandada PROMOCIONES URBANAS S.L. un edificio destinado a hotel y restaurante en construcción. El hotel formaba parte de la primera fase de un centro de negocios y servicios denominado ZGZ Plaza Center (doc. nº 11 de demanda).

- *Contrato privado de ejecución de obra de 4-7-2.008* por el que la sociedad demandada encargó a la sociedad actora la continuación de la ejecución del hotel (doc. nº 12 de demanda).

- *Contrato privado de fecha 9-4-2.007*, de reserva para la compraventa de plazas de aparcamiento situadas en el garaje E de la parcela cinco en la plataforma logística de Zaragoza por el cual la sociedad actora concedía a la sociedad demandada un derecho de compra de las plazas de aparcamiento que constituyen el garaje E, cifradas en 172 plazas en planta sótano 1 del garaje de unos 24.500 m² y 819 plazas de aparcamiento que la actora había proyectado en la plaza central del complejo empresarial (doc. nº 31 de demanda).

- *Contrato privado de 4-7-2.008* de compraventa de edificación futura (garaje PC-18), por el cual la sociedad demandada compraba a la sociedad actora como cuerpo cierto el local destinado a garaje de hotel restaurante PC-18, unidad registral 3/87.194 (doc. nº 29 de demanda).

La sociedad actora formuló *demanda* solicitando.

- 1) El pago de la cantidad de 2.611.668,96.- euros como precio por las obras de edificación y urbanización ejecutadas.
- 2) El pago de 2.060.044.- euros como precio pendiente de pago por la compra del garaje.
- 3) La cantidad de 1.405.088,25.- euros por intereses.
- 4) La condena a otorgar escritura pública por la compra del garaje

La parte demandada se opuso a la demanda, negando tener obligación de pago frente a la actora. Formuló *reconvención* solicitando:

- 1) La devolución de la cantidad de 904.911,20.- euros por el precio pagado por el garaje y sus intereses al haber quedado resuelta la compraventa el 5-2-2.010.
- 2) La devolución de la cantidad de 376.960,83.- euros pagados en exceso por la obra ejecutada.
- 3) Intereses legales de dichas cantidades.
- 4) El pago de una indemnización por el retraso en la obra de construcción del hotel y por el importe que resultara de la prueba pericial que se aportaría.

La sentencia del Juzgado estima en parte la demanda y condena:



- 1) Al pago de la cantidad de 2.606.820,78.- euros por la obra ejecutada, más la que se determine en ejecución de sentencia por el acondicionamiento de la fachada principal y plaza trasera del hotel según las partidas indicadas por el perito judicial más el IVA al tipo vigente.
- 2) Al pago de 1.745.800.- euros como precio pendiente por la compraventa del garaje más el IVA vigente a la fecha del pago.
- 3) A otorgar escritura pública de la compraventa del garaje (doc. nº 29 de demanda) previo pago del precio.

Desestima la reconvencción.

Dicha resolución es objeto de apelación por la parte demandada y reconviniendo.

SEGUNDO .- En la sentencia de la Audiencia Provincial se declara:

1. Debía reducirse la cantidad objeto de condena en la primera instancia en 99.443,63.- euros y 1.149.951,64.- euros, al ser partidas duplicadas.

2. En relación a las cantidades reclamadas por urbanización exterior y acondicionamiento de la zona de la fachada delantera del hotel, declara que la escritura pública, de 4 de julio de 2008, no ampara la reclamación de estos gastos, así también se deduce de la prueba testifical celebrada en el acto de juicio, así como de la licencia de actividad del Ayuntamiento, resultando por tanto la urbanización de la parcela actuación distinta de la ejecución del hotel y no resultando acreditado por ninguna de las pruebas practicadas la justificación que obligue a la parte demandada a su abono y no procede condena por este concepto.

En cuanto a los gastos de zona de servidumbre o zona de la parte trasera del hotel en la escritura, de 4 de julio de 2008, se hizo constar que la demandada debía asumir el acondicionamiento de esta zona y además amueblarla, centrándose la controversia de las partes en lo que debe incluirse por acondicionar y declara que a tenor de la prueba pericial el acondicionamiento incluye obras de acabado final en cuanto que es medio para preparar la zona para el uso propio del hotel, y por tanto corresponde su pago.

En relación al contrato de compra-venta de 172 plazas de garaje, declara la Audiencia Provincial, en su resolución, que el 9 de abril de 2007 las partes suscribieron un contrato de reserva para la compra venta de las plazas de garaje de aparcamiento en el garaje E, por el cual la sociedad actora vendía a la sociedad demandada como cuerpo cierto el local destinado a garaje del hotel restaurante denominado PC -18, fijándose la entrega para el día 15 de noviembre de 2008 y se pactó, igualmente, que salvo por razones ajenas al control de la actora si esta no hubiese entregado la edificación en el plazo previsto la demandada podría optar por conceder a la actora un nuevo plazo para acabar la edificación o por resolver el contrato. En el caso de optar por esto último debería enviar notificación con preaviso de 15 días comunicándole la resolución contractual si persistía el incumplimiento. De la prueba practicada se extrae que el aparcamiento o estaba terminado para noviembre de 2008 o la parte lo tenía a su disposición aunque fuera con defectos y por tanto la resolución contractual efectuada en el 2010 no resulta muy coherente con el incumplimiento contractual que se atribuye en noviembre de 2008, lo que unido a que la demandada no haya explicado cómo es posible ofertar al público un establecimiento de sus características si en realidad no disponía del número de plazas exigible según licencia, es por lo que se declara que no hubo incumplimiento en este punto.

En cuanto a la indemnización por retraso en la obra de construcción del hotel, quedando constancia que se emitió un fin de obra parcial en junio de 2008 para obtener los beneficios de la calificación de hotel de la Expo y que de las actas de reuniones sucesivas queda constancia que la obra estaba prácticamente acabada en febrero de 2009 y no resultando precisos ni los concretos conceptos indemnizables ni probado el concreto perjuicio, no es posible reconocer el derecho al cobro de la cantidad reclamada.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

TERCERO .- *Motivo primero. Por el cauce del nº 2 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 219.3 de la misma ley.*

Se desestima el motivo.

Se alega por el recurrente que se infringe el art. 219.3 LEC, al diferir para ejecución de sentencia la cuantificación de los gastos de acondicionamiento de la fachada principal y parte trasera del hotel.

En la sentencia del Juzgado, de acuerdo con el perito judicial, se concreta el acondicionamiento en el recrecido, impermeabilización, parte proporcional de sumideros y tuberías de evacuación y el solado instalado. Con un coste mínimo de 185.- euros/m2 para la fachada principal, descontando un acabado superficial.



En la sentencia de la Audiencia se concreta que la superficie a medir debe partir de que en la escritura se fija como aproximada de 2.289,23.- metros, por lo que en la resolución recurrida se rechazaba la infracción del art. 219 LEC, dado que la cantidad se ha de concretar con una simple operación.

Esta Sala declara que no procede estimar el motivo al definirse los conceptos en que consiste la reparación, de forma minuciosa, los precios por metro cuadrado y la superficie aproximada, que se ha de concretar.

En sentencia de 17 de abril de 2015, rec. 728 de 2014, se declaró:

Esta Sala en la STS, del Pleno, de 16 de enero de 2012, RIC núm. 460/2008, que reiteran las de 28 de junio, 11 de julio y 24 de octubre de 2012; 9 de enero y 28 de noviembre 2013, ha declarado -en interpretación de los artículos 209. 4.º LEC y 219 LEC-, que el contenido de estos preceptos debe ser matizado en aquellos casos en los que un excesivo rigor en su aplicación puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, provocando indefensión. Esto puede suceder cuando, por causas ajenas a ellas, a las partes no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción al legítimo interés de las partes. No es aceptable que deba denegarse la indemnización por falta de un instrumento procesal idóneo para su cuantificación.

Como se examinó en la citada STS del Pleno, cuando se produce esta situación cabe acudir a dos criterios que impidan la indefensión de las partes. Es posible remitir la cuestión a otro proceso o, de forma excepcional, permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución. Ambas soluciones han sido utilizadas en sentencias de esta Sala atendiendo a las circunstancias singulares de cada caso».

CUARTO .- *Motivo segundo. Por el cauce del ordinal 4º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva.*

Se desestima el motivo.

Entiende la recurrente que en la sentencia de la Audiencia se declaró probado que la obra no se terminó en plazo y que las habitaciones del hotel fueron entregadas progresivamente lo que de por sí denota la existencia de un perjuicio. Reconoce que el informe pericial no convenció a la Audiencia sobre la concreción de los perjuicios ni sobre la existencia de los daños y que no puede discutir en esta sede el referido informe, pero entiende que debió dejarse su determinación para ejecución de sentencia.

Esta Sala debe declarar que en la sentencia recurrida se mantiene que el informe pericial de la demandada-reconviniente incluye más período que el determinado por la recurrente, que no refleja el uso escalonado de las habitaciones, no consta certeza sobre que el hotel debiese estar a pleno rendimiento, no se exponen las razones por las que parte de que las habitaciones estuviesen bloqueadas, pues bien pudo ser por infrautilización, no se concreta el beneficio por habitación, ni lo que denomina intereses-subactividad y coste personal que une al primer concepto. El concepto por visitas de obra no se justifica por los incumplimientos contractuales. No motiva la demandada que los conceptos de alquiler casa de obreros y limpieza de obra, correspondiese a la actora. Se pretende el importe de la maquinaria de cocina, cuando pudo ser utilizada.

Se concreta en la sentencia recurrida que no puede concederse una cantidad menor de la solicitada pues "tampoco resultan precisados ni los conceptos indemnizables ni probado el concreto perjuicio".

Por lo expuesto, esta Sala debe rechazar el motivo dado que, pese al incumplimiento parcial que se reconoce en la sentencia recurrida, la parte reconviniente no acredita los perjuicios, ni las bases sobre los que asentarlos, lo que nos impide hacer uso del art. 219 LEC en base a lo cual debemos declarar que en la sentencia recurrida se ha tutelado de forma efectiva el derecho del justiciable (art. 24 de la Constitución).

QUINTO .- *Motivo tercero. Por el cauce del ordinal 2º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de los artículos 217 apartados 2, 3, y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Se desestima el motivo.

Entiende la recurrente que se ha alterado la carga de la prueba porque se le exigió determinar el número de habitaciones de las que no pudo disponer.

El alegato cae por su propio contenido, pues el que solicita la indemnización debe acreditar los concretos perjuicios que padece (art. 217 LEC) y como se dijo en la resolución del Juzgado, asumida por la Audiencia, no acreditó la progresión con la que fue disponiendo de las habitaciones ni que debiera rechazar reservas por falta de habitaciones, extremos cuya prueba incumbía a la reconviniente, hoy recurrente.



SEXTO .- *Motivo cuarto. Por el cauce del ordinal 2º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción del artículo 218, apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .*

Se desestima el motivo .

Entiende la recurrente que hubo de afrontar directamente parte de las obras para acelerar la terminación antes de la Expo de Zaragoza y pide el pago de las mismas. La sentencia le reconoció el importe de dichas obras, pero al precio del presupuesto y la recurrente solicita el gasto que efectivamente realizó pues el sobre coste debería pagarlo el reconvenido, sobre lo cual no consta motivación en la sentencia recurrida.

Esta Sala declara que en la sentencia recurrida se remite tal cuestión a la de instancia que asume, en este aspecto. En la sentencia del Juzgado se motiva adecuadamente la cuestión al entender que el reconviniente no acreditaba la razón del incremento del sobre coste sobre lo presupuestado, dado que la diferencia entre lo presupuestado y concedido en la sentencia es 1.683.649,02.- euros y lo reclamado es 2.398.590,18.- euros. Es decir, la gran diferencia en el incremento que se pretende y reclama carece de justificación suficiente y no fue objeto de análisis pericial que debió solicitar quien hoy recurre, y no lo hizo, por lo que procede rechazar el motivo al concurrir motivación suficiente y lógica (art. 218 LEC).

RECURSO DE CASACIÓN.

SÉPTIMO .- *Motivo único. Al amparo del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil .*

Se desestima el motivo .

Entiende la recurrente que en la sentencia de la Audiencia se declaró probado que la obra no se terminó en plazo y que las habitaciones del hotel fueron entregadas progresivamente lo que de por sí denota la existencia de un perjuicio. Reconoce que el informe pericial no convenció a la Audiencia sobre la concreción de los perjuicios ni sobre la existencia de los daños y que no puede discutir en esta sede el referido informe, pero entiende que debió dejarse su determinación para ejecución de sentencia.

Como dijimos al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal esta Sala debe declarar que en la sentencia recurrida se mantiene que el informe pericial de la demandada-reconviniente incluye más período que el determinado por la recurrente, que no refleja el uso escalonado de las habitaciones, no consta certeza sobre que el hotel debiese estar a pleno rendimiento, no se exponen las razones por las que parte de las habitaciones estuviesen bloqueadas, pues bien pudo ser por infrautilización, no se concreta el beneficio por habitación, ni lo que denomina intereses-subactividad y coste personal que une al primer concepto. El concepto por visitas de obra no se justifica por los incumplimientos contractuales. No motiva la demandada que los conceptos de alquiler casa de obreros y limpieza de obra, correspondiese a la actora. Se pretende el importe de la maquinaria de cocina, cuando pudo ser utilizada.

Se concreta en la sentencia recurrida que no puede concederse una cantidad menor de la solicitada pues "tampoco resultan precisados ni los conceptos indemnizables ni probado el concreto perjuicio".

De lo expuesto se deduce que el recurrente pretendía una cantidad por lucro cesante, próxima al concepto de "sueños de ganancia", y como se dice en la sentencia del Juzgado, asumida por la Audiencia, hasta el 15 de junio de 2008 solo tenía obligación de entregar una planta (44 habitaciones) y lo hizo, quedando pospuesta la entrega del resto hasta el 15 de noviembre de 2008, por lo que el informe pericial de la reconviniente yerra al pretender acreditar perjuicios por la totalidad de las habitaciones, ya que solo desde noviembre de 2008 podría reclamar por las que quedasen sin terminar. A lo que hay que añadir que no se acredita porqué se entiende que el hotel podría haber estado completo, es decir, con todas las habitaciones ocupadas. Por ello se declaró en la instancia, asumida por la sentencia recurrida, que la crisis económica rompió con las previsiones empresariales del demandado y que ese riesgo empresarial no puede repercutirlo sobre la actora.

Esta Sala no puede proceder a la "integración del *factum* en casación", pues ha de partir de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida al no estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal y tampoco puede diferirse a ejecución de sentencia la determinación del lucro cesante al carecer de las bases que permitirían mediante una simple operación aritmética concretar la cantidad correspondiente.

Para ello habría sido preciso conocer el escalonamiento de entrega de las habitaciones; su disponibilidad, en el caso de ser necesarias reparaciones; la ocupación media de un hotel de sus características en las misma fecha y ciudad y nada de ello aporta PROMUR por lo que debe desestimarse su recurso (art. 219 LEC y 1106 del C. Civil).

OCTAVO .- Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).



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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y el RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por PROMOCIONES URBANAS S.L., representada por el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, contra sentencia de 22 de mayo de 2013 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación al recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.