

Roj: **STS 1202/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1202**Id Cendoj: **28079110012016100157**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/03/2016**Nº de Recurso: **2619/2013**Nº de Resolución: **144/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 2757/2013,**
STS 1202/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandado D. Pedro Jesús , representado ante esta Sala por el procurador D. Carlos Navarro Gutiérrez, contra la sentencia dictada el 12 de septiembre de 2013 por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación n.º 242/2013 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 746/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona, sobre incumplimiento de contrato de compraventa de vivienda. Ha sido parte recurrida el demandante D. Basilio , representado ante esta Sala por la procuradora D.ª Ana de la Corte Macías.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de septiembre de 2008 se presentó ante el Decanato de los juzgados de Arona demanda interpuesta por D. Basilio contra D. Pedro Jesús , solicitando se dictara sentencia en la que:

«Se condene al demandado comprar la vivienda apartamento radicado en el edificio denominado DIRECCION000 , designado en el orden interno con las siglas NUM001 , dúplex de tres habitaciones; así como la Plaza de Garaje designada en el orden interno con el número NUM000 , y el hueco que según el proyecto pertenece al NUM002 y NUM001 al 50%. Elevado el inmueble sobre la registral número NUM003 , libro NUM004 de Arona, folio NUM005 , tomo NUM006 del archivo, Registro de la Propiedad de Granadilla, a la Comunidad de bienes propietaria del mismo y posteriormente a otorgar la correspondiente escritura de compraventa con mi representado y en caso de que ello no resulte posible o se niegue a adquirir la finca, subsidiariamente, se le condene a indemnizar a mi representado en la cantidad de DOSCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS CON CINCUENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (207.435'59) que resultan de deducir de la cantidad de 230.860.-€ en que se ha tasado pericialmente el apartamento, los 20.434'41.-€ que restan por abonar para el pago completo del precio que se pactó, así como que se le condene al pago de los intereses legales y las costas que se están generando».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona, dando lugar a las actuaciones n.º 746/2008 de juicio ordinario, y emplazado el demandado, este compareció y contestó a la demanda solicitando se rechazara la demanda en su totalidad con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la juez sustituta del mencionado Juzgado dictó sentencia el 27 de mayo de 2010 con el siguiente fallo:



«Que apreciando la excepción de cosa juzgada y sin entrar en el fondo del asunto, debo absolver y absuelvo en la instancia al demandado de las pretensiones contra él deducidas por la Procuradora Dña. Belén Galindo Ramos actuando en nombre y representación de D. Basilio , todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno en materia de costas procesales».

CUARTO.- Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el n.º 19/2011 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife , esta dictó sentencia el 16 de febrero de 2011 con el siguiente fallo:

«1º. Estimamos el recurso formulado por la Procuradora Doña Belén Galindo Ramos, en nombre y representación de Don Basilio .

2º. Declaramos la nulidad de la sentencia recurrida, retro trayéndose las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, para que por el juzgado "a quo" se dicte sentencia entrando a conocer del fondo del asunto.

3º. No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas de ambas instancias».

QUINTO.- Devueltas las actuaciones al Juzgado, se dictó nueva sentencia el 31 de julio de 2011 con el siguiente fallo:

«Que debo ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Belén Galindo Ramos en representación de DON Basilio frente a DON Pedro Jesús , representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina Escuela Gutiérrez y en consecuencia;

1.º Debo condenar y condeno al demandado a indemnizar al actor en la suma de 13.855 euros.

2.º Debo condenar y condeno al demandado al pago de los intereses especificados en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución.

3.º Cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEXTO.- Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el n.º 242/2013 de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife , esta dictó sentencia el 12 de septiembre de 2013 con el siguiente fallo:

«Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Basilio , contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia n.º 2 de Arona, en el juicio ordinario seguido al n.º 746/08, en cuanto a la petición alternativa de indemnización, revocamos dicha resolución, con las siguientes declaraciones:

- Con estimación de la demanda en relación con la solicitud de indemnización, se condena al demandado D. Pedro Jesús a abonar al demandante la suma de 120.273,59 euros, más con los intereses legales correspondientes que se devengarán desde las fechas indicadas en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

- Las costas generadas en la primera instancia serán de cargo de la parte demandada».

SÉPTIMO.- Contra la citada sentencia de segunda instancia la parte demandada-apelada D. Pedro Jesús interpuso ante el propio tribunal sentenciador recurso de casación por interés casacional, articulado en dos motivos con la siguiente formulación:

«MOTIVO PRIMERO: Se interpone Recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción del artículo 1.101 y 1.107 del Código Civil por existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia.

SEGUNDO MOTIVO. Al amparo del artículo 477.2.3º por infracción del principio de enriquecimiento injusto y por existir interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

OCTAVO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 30 de septiembre de 2014, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la inadmisión del recurso por carecer de interés casacional o su desestimación por ser la sentencia recurrida ajustada a derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.

NOVENO.- Por providencia de 8 de febrero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 2 de marzo siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente litigio la parte compradora, hoy recurrida, interesó el cumplimiento de un contrato de compraventa y la condena del vendedor a adquirir los inmuebles objeto del contrato (pertenecientes a la sociedad de gananciales formada por el demandado y su esposa), otorgando escritura pública a su favor, y subsidiariamente, si lo anterior resultara imposible, la condena del vendedor a indemnizar al comprador en la cantidad resultante de restar al valor pericial de los inmuebles el importe que el demandante-comprador todavía adeudaba para el pago total del precio convenido. Esta pretensión subsidiaria fue la única estimada en ambas instancias, aunque en apelación se incrementó notablemente el importe de la indemnización, que se fijó en 120.273,59 euros frente a la suma de 13.855 euros reconocida por tal concepto en primera instancia, lo que ha determinado que el vendedor condenado recurra en casación por no estar conforme con la indemnización acordada.

Para la decisión del recurso debe partirse, en síntesis y por lo que ahora interesa, de los siguientes datos:

1.º En el año 2003 D. Basilio formuló una primera demanda de juicio ordinario contra D.ª Salvadora, D. Pedro Jesús y la comunidad de bienes formada por ambos ejercitando acción declarativa de dominio respecto del apartamento sito en el DIRECCION000 », C/ DIRECCION001, escalera NUM007, planta NUM008, puerta NUM008, inscrito en el registro de la propiedad de Granadilla de Abona, y respecto de la plaza de garaje n.º NUM000, así como acción declarativa de la plena eficacia del contrato privado de ratificación de cesión de derechos y novación de compraventa celebrado con fecha 25 de octubre de 1994 y acción de condena pidiendo la de los demandados a elevar a escritura pública dicho contrato y al pago de la suma de 600 euros en concepto de gestiones previas a la interposición de la demanda. En apoyo de dichas pretensiones el demandante adujo que dichos inmuebles eran de su propiedad pese a que como titular registral apareciera la Sra. Salvadora, pues esta los había vendido a D. Santiago, quien después cedió su derecho sobre los mismos al demandante mediante un contrato privado ulterior a cambio de unas acciones al portador en la sociedad anónima «Florida Food España», suscribiéndose finalmente entre el demandado Sr. Pedro Jesús y el demandante el referido contrato de ratificación de cesión de derechos y novación de compraventa del que traía causa su derecho sobre el inmueble.

2.º En ese litigio anterior seguido con el nº 85/2003 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Arona, se dictó sentencia el 30 de septiembre de 2003 (aportada a este pleito como doc. 1 de la demanda) absolviendo de la demanda a la Sra. Salvadora y a la comunidad de bienes, estimándola parcialmente respecto del Sr. Pedro Jesús, en rebeldía, declarando la eficacia del contrato privado de ratificación de cesión de derechos y novación de compraventa celebrado el 25 de octubre de 1994 entre dicho demandado, como vendedor, y el demandante Sr. Basilio, como comprador, y condenando también al demandado al pago de la suma reclamada (600 euros) en concepto de gestiones previas a la demanda. En lo que ahora interesa, la sentencia razonó que la acción declarativa de dominio ejercitada no podía prosperar por falta de prueba de la existencia del contrato privado suscrito entre el Sr. Basilio y el Sr. Santiago, invocado por el demandante como fundamento de tal pretensión declarativa. Por el contrario, sí se declaró válido y eficaz el contrato privado de ratificación de cesión de derechos y novación de compraventa suscrito entre el demandante, como comprador, y el Sr. Pedro Jesús como vendedor, con fecha 25 de octubre de 1994, precisándose al respecto que, como los inmuebles eran propiedad de la comunidad de bienes formada por el Sr. Pedro Jesús y su esposa Sra. Salvadora, careciendo el Sr. Pedro Jesús en el momento de la firma de poderes para actuar en nombre de aquella y de su cónyuge, el citado contrato solo podía ser eficaz entre las partes que lo habían celebrado (el Sr. Basilio y el Sr. Pedro Jesús). En suma, tratándose de una venta de cosa ajena, propiedad en este caso de la Sra. Salvadora según certificación registral, que la vendió al Sr. Santiago sin prueba de que este se la vendiera después al demandante, de este segundo contrato entre el Sr. Pedro Jesús y el Sr. Basilio solo se derivaban efectos obligacionales entre los firmantes, lo que impedía que pudiera servir al comprador como título para adquirir el dominio.

3.º Tomando en consideración que la anterior sentencia de 2003 había declarado eficaz entre las partes el referido contrato privado de ratificación de cesión de derechos y novación de compraventa de 1994, en septiembre de 2008 el Sr. Basilio promovió contra el Sr. Pedro Jesús el presente litigio, interesando en su demanda la condena del demandado a comprar los inmuebles que debían ser objeto de entrega (apartamento, plaza de garaje y hueco anexo) y otorgar escritura pública a su favor o, subsidiariamente, a que le indemnizara en la cantidad de 207.435,59 euros, resultante de restar al valor pericial de los inmuebles (230.860 euros) el importe que el demandante-comprador todavía adeudaba para el pago total del precio convenido (20.434,41 euros).

4.º El demandado contestó oponiéndose a la pretensión principal por haber devenido imposible su cumplimiento, estando previsto en el propio contrato la indemnización sustitutiva, y en cuanto a los daños y perjuicios indemnizables adujo que el único perjuicio ocasionado al comprador demandante se correspondía



con la única cantidad pagada por este (2.300.000 pesetas o 13.855 euros), que el demandado admitía estar dispuesto a devolver.

5.º- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al Sr. Pedro Jesús a indemnizar al demandante en la cantidad de 13.855 euros, incrementada con los intereses del art. 576 LEC. Sus razones fueron las siguientes: a) En atención al efecto vinculante de cosa juzgada de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Arona (doc. 1 de la demanda), el contrato privado de 1994, declarado válido a efectos meramente obligacionales entre las partes, «no constituye título a efectos de adquirir la propiedad», razón por la cual no podía estimarse la pretensión principal comprensiva de una obligación de hacer (comprar la vivienda y otorgar escritura pública a favor del demandante) al desconocerse la persona que resultaba ser actual propietario del inmueble, quien en todo caso era un tercero ajeno al presente litigio; b) lo anterior determinaba que sí procediera la indemnización prevista para caso de que el cumplimiento del contrato resultara imposible, a la que ya se refirió la sentencia del anterior litigio en su fundamento jurídico cuarto; c) para cuantificar la indemnización era de aplicación el art. 1107 CC, que regula el incumplimiento no doloso y obliga a indemnizar únicamente los daños y perjuicios previstos o que fueran previsibles al constituirse una obligación, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la diferencia entre la promesa de vender y comprar y el contrato de compraventa, el único perjuicio indemnizable al comprador era la cantidad que constaba pagada por este (2.300.000 pesetas/13.855 euros), ya que pretender que se le indemnizara en el valor actual del inmueble supondría un enriquecimiento injusto, máxime cuando se desconocían los motivos por los que había tardado tanto en exigir el cumplimiento del contrato.

6.º- Recurrída dicha sentencia en apelación por el demandante, la sentencia de segunda instancia, estimando el recurso «en cuanto a la petición alternativa de indemnización», revocó la de primera instancia para elevar la cuantía de la indemnización hasta 120.273,59 euros. En lo que ahora interesa razonó, en síntesis, lo siguiente: a) El presente litigio trae causa de la sentencia dictada en 2003 que declaró la plena eficacia del contrato privado suscrito entre los actuales litigantes, por el cual el ahora demandado Sr. Pedro Jesús decía transmitir al ahora demandante Sr. Basilio la propiedad de un apartamento, resultando no ser titular registral del mismo y carecer de poder para actuar en representación de su propietario; b) tratándose de una venta de cosa ajena, en apelación el demandante insiste en su pretensión principal de que se declare la obligación del vendedor de adquirir el referido apartamento, y solo subsidiariamente solicita que se le condene a indemnizar al demandante en el valor de tasación actual del inmueble (140.708 euros) menos la cantidad pendiente de pago (20.434,41 euros) o, en último caso, que se le condene a devolver las cantidades satisfechas hasta entonces por el comprador (30.651,62 euros); c) según la sentencia de 2003 y la propia sentencia apelada, el contrato celebrado en 1994 tan solo obligaba a las partes, sin que en virtud del mismo pudiera obligarse a un tercero, el verdadero propietario del apartamento, a vendérselo al Sr. Pedro Jesús, quien por esto mismo no podía ser condenado a cumplir una prestación de hacer (adquirirlo y otorgar escritura pública de venta a favor del ahora demandante) cuyo cumplimiento devenía imposible, debiéndose estar a lo declarado por la sentencia de 2003 en cuanto a que el contrato de 1994 no constituye título válido para adquirir la propiedad, d) eliminada la posibilidad de cumplimiento del contrato en sus propios términos, procede examinar la pretensión subsidiaria de indemnización, que la sentencia apelada estimó en 13.855 euros; e) esta suma es insuficiente porque, así calculada, no deja de tener un efecto meramente restitutorio, situando a las partes del contrato en la misma situación que tenían antes de suscribirlo, sin cubrir ningún perjuicio que haya podido sufrir el demandante-apelante, razón por la cual «se estima más apropiado el criterio del demandante, si bien en cuanto al valor del inmueble, se estará al determinado por el perito judicial, actualizado y debidamente ratificado por su autor, acogiendo así la pretensión que se incluye en tercer lugar en el suplico del recurso», de tal forma que de dicho valor de tasación (140.708 euros) debe deducirse la cantidad que el comprador todavía adeudaba para el pago total del precio convenido (20.434,41 euros), lo que da como resultado una indemnización de 120.273,59 euros; f) dicha suma se debe incrementar con los intereses legales previstos en el art. 576.2.º LEC, que se devengarán desde la fecha de la sentencia de primera instancia (31 de julio de 2011) en cuanto a la suma a cuyo pago se condena en ella (13.855 euros) y desde la fecha de esta resolución en cuanto al resto (106.418,59 euros).

7.º- Contra dicha sentencia el vendedor, demandado-apelado, interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC y articulándolo en dos motivos.

SEGUNDO.- El motivo primero se funda en infracción de los arts. 1101 y 1107 CC en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entiende el recurrente que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de esta Sala interpretativa de dichos preceptos según la cual, a diferencia del deudor doloso, el deudor de buena fe solo responde de los daños previstos o que debieran haberse previsto al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria del incumplimiento, de modo que ha de «reparar el daño salvando el perjuicio que ha sufrido el acreedor por incumplimiento», por lo que, «en todo caso, debe ser probado el daño tanto en la cuantía como en el nexo causal». Con arreglo a la jurisprudencia que dice vulnerada, considera que los únicos daños producidos susceptibles de indemnización son los que reconoció la sentencia de primera instancia (que



fijó la indemnización en la suma de 13.855 euros) y que no es ajustada a Derecho la afirmación contenida en la sentencia recurrida relativa a que la indemnización no puede tener efectos meramente restitutorios, ya que lo que se pretende precisamente con la indemnización de daños es reponer el patrimonio del demandante comprador a su estado anterior. Para justificar el interés casacional se citan numerosas sentencias de esta Sala relativas a que el incumplimiento por sí mismo no es generador de daños y perjuicios, a que la finalidad de la indemnización es la reparación o la compensación y a que los daños han de resultar probados. También alega que ha de tenerse en cuenta la evidente previsión contenida en el contrato según la cual, si no se consumaba, el vendedor debía devolver únicamente lo percibido a cuenta del precio.

El motivo segundo se funda en infracción del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto y oposición a la jurisprudencia que lo regula. Entiende el recurrente que la indemnización concedida supone un auténtico enriquecimiento injusto para el demandante, ya que compró un apartamento por 8 millones de pesetas, cuyo precio ni siquiera llegó a pagar por completo, y ahora pretende una suma muy superior (140.708 euros), supuesto precio actual del inmueble.

El comprador recurrido se ha opuesto al recurso en su integridad alegando, en primer lugar, que debió inadmitirse por no haberse identificado ni acreditado interés casacional alguno al no concretarse la doctrina infringida, pues el recurrente se limita a la mera invocación de diversas sentencias sin indicar en cada caso en qué sentido su doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida, y en todo caso por inexistencia de interés casacional al consistir el problema jurídico planteado en un tema de interpretación contractual en función de las concretas circunstancias concurrentes, cuya revisión en casación no es posible al no resultar la realizada por el tribunal sentenciador ilógica, arbitraria ni contraria a la ley. En segundo lugar se ha opuesto a su estimación alegando en síntesis, en cuanto al fondo, que la controversia atañe únicamente a la interpretación doctrinal del art. 1101 CC, puesto que el art. 1107 CC no ha sido invocado en el recurso, que las sentencias citadas en el recurso se refieren a supuestos distintos del ahora enjuiciado, que ante la imposibilidad de que el comprador pueda adquirir el apartamento tiene derecho a ser resarcido de todos los perjuicios ocasionados, siendo en tal sentido insuficiente la mera devolución de las cantidades entregadas a cuenta dado que con ellas no se cubren los perjuicios ligados a la frustración de sus expectativas contractuales (de adquirir una vivienda de unas características y de un valor determinados), que acoger la tesis de la parte recurrente permitiría que la parte vendedora se desligase del contrato en función únicamente de sus intereses, pudiendo vender lo que debía entregar o ni siquiera comprarlo sin ninguna consecuencia, que el sistema de indemnización contemplado en la doctrina sentada por las SSTs de 20 de octubre de 2006 y 5 de febrero de 2014 es favorable a la reparación *in natura*, que la prueba de los daños no ha sido impugnada, y, en fin, que lejos de probarse una contradicción doctrinal, lo que intenta el recurrente es sustituir el criterio del tribunal sentenciador por el suyo propio, argumentos que entiende aplicables a ambos motivos puesto que el motivo segundo carece, en su opinión, de entidad propia.

TERCERO.- Con carácter preliminar se han de examinar los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida referentes a la supuesta falta de identificación, y en su caso de acreditación, del interés casacional, que además se dice inexistente por depender el problema jurídico planteado de la concreta interpretación contractual realizada, que se califica de no ilógica, ilegal ni arbitraria.

Dichos óbices carecen de fundamento porque, como se analizará a continuación, la controversia jurídica aparece identificada con suficiente claridad en los dos motivos del recurso en torno al alcance o extensión de la indemnización sustitutoria del incumplimiento en un caso en que deudor (vendedor) debe ser considerado de buena fe en los términos que contempla el art. 1107 CC, precepto que, contrariamente a lo que se alega, sí se cita expresamente en el recurso para ponerlo en relación con el más general del art. 1101 CC y con la doctrina que prohíbe el enriquecimiento injusto, en la medida que la tesis del recurrente es que los daños objeto de resarcimiento, como previsibles por el vendedor, han de ser en todo caso y únicamente los que el comprador pueda haber acreditado, faltando en este caso la causa que justifique el incremento patrimonial que obtendría el comprador con la restitución del valor actualizado del inmueble en la medida en que no ha probado que la no entrega de la vivienda le haya causado un perjuicio mayor que el inherente a la falta de disposición durante este tiempo de las cantidades entregadas a cuenta del precio (que por ello, sigue diciendo, bastaría con devolver incrementadas con sus intereses).

CUARTO.- Tratándose de un caso de venta de cosa ajena en el que ha resultado acreditado que devino imposible la adquisición y posterior entrega del inmueble al comprador, la controversia en casación ha quedado restringida, no a su procedencia -que las partes no discuten-, sino al examen del concreto alcance que en este caso debe tener la indemnización que ha de satisfacer el vendedor al comprador, quien la solicitó en su demanda de forma subsidiaria respecto de la pretensión principal de cumplimiento.

En este sentido, los hechos probados de los que debe partirse en casación determinan que el apartamento litigioso no era propiedad del vendedor demandado Sr. Pedro Jesús cuando el 25 de octubre de 1994,



interviniendo en tal condición, celebró con el demandante Sr. Basilio el contrato privado «de cesión de derechos y novación de compraventa», así como que dicho contrato fue declarado válido y eficaz entre las partes hoy litigantes con efectos meramente obligacionales por sentencia firme de 30 de septiembre de 2003 dictada en un litigio precedente, a la que se ha atribuido efecto vinculante prejudicial en el presente litigio, y, finalmente, que el vendedor aquí demandado no pudo cumplir su obligación de entrega del inmueble, pese a lo cual el comprador sí que cumplió con sus obligaciones de pago abonando las sumas previstas a cuenta del precio en los distintos plazos estipulados, salvo el último pago porque estaba previsto para el acto de otorgamiento de la escritura.

Pues bien, aunque hay sentencias de esta Sala, como la de 9 de marzo de 2012 (recurso 415/2009), que en casos de doble venta, no de venta de cosa ajena como es el presente, cifran el importe de la indemnización no en el valor actual de la finca sino en el que esta tuviera al tiempo de ser vendida por segunda vez, distinto desde luego del precio pagado en su momento por el perjudicado primer comprador, también las hay que, al tratar de la responsabilidad de un abogado por haber privado negligentemente a su cliente de la casa cuya compra le encargó, optan por el valor actualizado de esta (STS de 19 de febrero de 2014, recurso 928/2010).

Por otra parte, referida más concretamente al cumplimiento por equivalencia y a la indemnización de daños y perjuicios, la STS 10 de marzo de 2009 (rec. 989/2003) contiene los siguientes razonamientos:

«A) La obligación de indemnizar que se establece en el fallo de la sentencia recurrida corresponde a una situación de imposibilidad sobrevenida en este caso imputable al deudor. La indemnización reclamada responde, en efecto, al hecho de resultar imposible en términos jurídicos el acceso a la propiedad de las fincas a cuya adjudicación se había comprometido el deudor que incumplió la obligación, por la existencia de un tercero protegido por el Registro de la Propiedad que adquirió los inmuebles cuando ya se había agotado el plazo de cumplimiento.

»El derecho del acreedor, en una obligación de entregar cosa determinada, a compeler al deudor a que realice la entrega, consagrado en el artículo 1096 CC como independiente del derecho a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios, determina que la imposibilidad de cumplimiento *in natura* [en la sustancia original], cualquiera que sea su causa -siempre que no comporte la extinción de la obligación (como ocurre en el caso de pérdida de la cosa por causa no imputable al deudor no moroso: artículo 1182 CC)-, puede ser objeto de un cumplimiento por equivalencia mediante la restitución de su valor, el cual no necesariamente forma parte de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que establece el artículo 1101 CC .

»El contenido de ese cumplimiento, en el caso examinado, consiste en restituir a los demandantes el equivalente económico al ejercicio del derecho de adjudicación en los términos favorables previstos en el contrato para que la parte que sufre la imposibilidad de ejecución quede compensada de las consecuencias desventajosas de la frustración de la finalidad del contrato mediante la obtención de un contenido económico equivalente al que corresponde a la ejecución del contrato *in natura* .

»El valor que ha de tenerse en cuenta para determinar el importe del cumplimiento por equivalencia es, según se deduce de su naturaleza, el correspondiente al momento en que debió producirse dicho cumplimiento (*aestimatio rei* o precio o valoración de la cosa). Ahora bien, el principio de pleno resarcimiento de los perjuicios causados, este sí ligado a la aplicación del art. 1101 CC (y, por consiguiente, a la concurrencia del algún género de dolo o culpa por parte del deudor en el incumplimiento, como es el caso), exige que para determinar los perjuicios sufridos por la imposibilidad de adjudicarse los inmuebles en las condiciones pactadas se tengan en cuenta, entre otros posibles factores, los cambios de valor producidos hasta la fecha en que se satisfaga la indemnización. El incumplimiento lleva consigo, en el caso examinado, un retraso en el abono del equivalente económico con respecto del momento en que la obligación debió ser cumplida y, con ello, cuando menos, un mayor costo del negocio de reemplazo necesario para la restitución del acreedor a la situación equivalente a la que hubiera obtenido mediante el cumplimiento *in natura* . Este mayor costo supone un menoscabo patrimonial para el acreedor y entra en el terreno de los perjuicios indemnizables. Para que la indemnización alcance a cubrir, además de la imposibilidad de cumplimiento *in natura* , los perjuicios que han sido alegados como conectados al retraso en el incumplimiento, con independencia de otros que se examinarán, es necesario incrementar la cuantía ajustándola al cálculo que resulta del valor económico que tenga el negocio de reemplazo en el momento de fijarla. No puede decirse propiamente que estemos en presencia de una deuda de valor -pues esta, constituyendo una obligación nueva nacida del incumplimiento, sólo comportaría en abstracto la actualización del valor de la moneda-, sino de una ejecución por reemplazo de la obligación (subsistente en virtud del principio *perpetuatio obligationis* [perpetuación de la obligación]) y del abono de los perjuicios dimanantes del retraso en su cumplimiento -cifrados en la cuantía que supone la actualización de los costos económicos de la operación-.



»B) No se advierte que tenga sentido establecer como límite del valor fijado por equivalencia, sumado al de los perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento de la obligación, la suma que los demandantes estaban obligados a satisfacer en concepto de precio por la cesión que daba acceso a su adjudicación. Nada impide que hipotéticamente el perjuicio ocasionado por la diferencia entre el valor de los inmuebles en el momento de la fijación de la indemnización y el que puedan haber alcanzado en el momento de la aplicación de la indemnización determine la fijación de una cuantía por ambos conceptos que sea superior.»

QUINTO.- Aplicando este criterio jurisprudencial al presente recurso, este debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) Contra lo que parece alegarse en el recurso, el contrato de 1994 no contenía ninguna previsión de que, en caso de incumplimiento del vendedor, este quedase obligado únicamente a devolver la cantidad recibida a cuenta del precio. Su cláusula tercera se limitaba a remitirse al art. 1124 CC, que permite al perjudicado optar por el cumplimiento del contrato o su resolución, pero en ambos casos «con el resarcimiento de daños y abono de intereses», y, además, en el recurso no se ha incluido ningún motivo relativo a la interpretación del contrato de 1994.

2.ª) El demandante, perjudicado por el incumplimiento del demandado, ha pretendido siempre, e insistentemente, el cumplimiento del contrato, es decir la entrega de la casa que compró en su día, y pese a ello el demandado ha dejado transcurrir el tiempo sin procurar la entrega de la casa vendida ni de su valor, cualquiera que fuese la referencia temporal para fijarlo.

3.ª) En suma, mientras el demandante ha tenido que promover, en 2003 y en 2008, hasta dos litigios diferentes para obtener el reconocimiento judicial de sus derechos derivados del contrato de 1994, el demandado, en cambio, ha mantenido una actitud pasiva, rebeldía en el litigio de 2003 y, en el presente, ofrecimiento de restituir únicamente la cantidad percibida en 1994 a cuenta del precio.

4.ª) Todo lo anterior determina que la sentencia recurrida, lejos de oponerse a la doctrina jurisprudencial, se ajuste plenamente a la más específicamente apropiada para casos como el presente, porque aun cuando no se considere al demandado deudor doloso, sí es indiscutible que se obligó frente al demandante en 1994, que en 2003 se le declaró judicialmente obligado en virtud del contrato de 1994 y que, pese a todo, no actuó en consecuencia para entregar al demandante lo mismo que este tenía derecho a recibir según el contrato, o bien su equivalente en dinero. Por tanto, solo a su negligencia cabe atribuir que la cantidad que ha de satisfacer al demandante deba ser ahora muy superior al precio de la casa en 1994, y ningún enriquecimiento sin causa puede haber en una indemnización cuya causa es el contrato mismo y la negligencia del demandado en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

SEXTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, y al apdo. 9 de la d. adicional 15.ª LOPJ, procede imponer las costas al recurrente, que además perderá el depósito constituido.

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

FALLAMOS

1.º - Desestimar el recurso de casación por interés casacional interpuesto por el demandado D. Pedro Jesús contra la sentencia dictada el 12 de septiembre de 2013 por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación n.º 242/2013.

2.º - E imponer las costas del recurso a dicho recurrente, que perderá el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y 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 Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz. Fernando Pantaleon Prieto. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.