

# El retraso en la entrega de un inmueble como daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato

**ASUNCIÓN ESTEVE PARDO**  
Profesora Agregada de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona

## RESUMEN

*Este artículo analiza el retraso en la entrega de un inmueble como posible daño indemnizable en el marco de la responsabilidad contractual. En particular, se estudia si la privación temporal de un inmueble que sufre el acreedor afectado por el incumplimiento comporta un daño indemnizable en el caso de que hubiera celebrado el contrato para destinarlo a su uso privado como vivienda. Dos recientes sentencias del Tribunal Supremo ilustran las principales cuestiones que se abordan en este trabajo.*

## PALABRAS CLAVE

*Incumplimiento contractual, daño, retraso en la entrega.*

## SUMMARY

*This paper deals with the consequences of late delivery of immovable property as breach of contract. It analyses if the purchaser is entitled to claim liquidated damages to the seller in case of late delivery of immovable property. Special mention is made to two recent decisions of the Supreme Court in Spain that deal with late delivery of immovable property which was intended to be used as private house by the purchaser.*

## KEYWORDS

*Breach of contract, right to damages, late delivery of goods.*

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Retraso en la entrega y resolución del contrato.*—3. *Lucro cesante derivado del retraso en la entrega del inmueble:* 3.1 El valor de los *fructus percipiendi*. 3.2 El lucro cesante por la privación de un inmueble. 3.3 Lucro cesante por la privación «del uso» de un inmueble.—4. *El retraso en la entrega de un inmueble como daño in re ipsa.*—5. *Conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, en concreto, la STS de 10 de septiembre de 2014 –ponente Javier Orduña Moreno– y la STS de 18 de noviembre de 2014 –ponente José Antonio Seijas Quintana–, se pronuncian sobre la admisión de pretensión indemnizatoria por retraso en la entrega de inmueble en razón de un contrato. Su análisis resulta interesante puesto que abordan la cuestión de la indemnización por privación temporal de la cosa a la que tiene derecho el acreedor, como posible daño derivado de responsabilidad contractual.

En ambos casos, la parte actora tenía derecho a la entrega en fecha cierta de unos inmuebles que el demandado debía construir y que la parte actora iba a utilizar como vivienda propia. En ambos casos se produce un retraso en esa entrega por parte del constructor o promotora, que no comporta un incumplimiento definitivo del contrato pero sí una prestación defectuosa<sup>1</sup>. En los dos supuestos la parte actora solicita una indemnización por la privación durante más de un año del inmueble y fija el valor de la indemnización en la renta mensual media de mercado de las viviendas, contabilizada desde la fecha en que las viviendas debían ser entregadas hasta la fecha de su definitiva recepción o de la interposición de la demanda.

A pesar de las múltiples coincidencias que, de entrada, se dan en ambos supuestos, las sentencias del Tribunal Supremo llegan a diferentes conclusiones. La STS de 10 de septiembre de 2014 (RJ 2014\4800) no admite la indemnización solicitada por considerar que la parte actora no ha demostrado que la privación temporal del inmueble le haya supuesto un lucro cesante consistente en la pérdida de ganancias concretas, mientras que la STS de 18 de

<sup>1</sup> El retraso en este supuesto no es un incumplimiento definitivo sino un incumplimiento defectuoso, consistente en una prestación mal ejecutada porque no se ajusta en alguna medida a las prestaciones pactadas por las partes en el momento de la celebración del contrato. *Vid.* DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual*, Cívitas, 1996, p. 392.

noviembre de 2014 (RJ 2014\5946) admite que tal retraso es un incumplimiento contractual que constituye en sí mismo un daño que no se debe probar y admite la indemnización solicitada por cada mes de retraso.

En el caso de la STS de 10 de septiembre de 2014, las partes –un matrimonio y una constructora– habían celebrado un contrato de permuta de solar por obra futura de dos inmuebles destinados a ser utilizados como vivienda por la actora y sus hijos. El retraso se debe a que faltaba construir una terraza en una de las viviendas y a que el constructor no había otorgado la escritura pública de entrega de las dos viviendas completamente legalizadas, de modo que su ocupación resultaba inviable. La parte actora ejercita una acción de cumplimiento contractual y solicita una indemnización por el retraso (prestación defectuosa) que asciende a 844,75 euros por cada mes de privación del inmueble desde la fecha en que debía haberse producido la entrega (402,26 euros de renta mensual por un piso y 442,29 euros por el otro) hasta que se produzca su efectiva entrega.

Por su parte, la STS de 18 de noviembre de 2014 resuelve una demanda interpuesta por una asociación de 108 afectados contra una promotora de viviendas por incumplir el plazo pactado para su entrega en los contratos de compraventa. La asociación solicita la ejecución de las obras necesarias para la entrega de las viviendas, garajes, trasteros y elementos comunes del edificio en las condiciones pactadas con la promotora y una indemnización por los daños y perjuicios directos sufridos como consecuencia del retraso en la entrega de dichos inmuebles, equivalente al valor de uso de las mismas durante el retraso, desde la fecha prevista para la entrega hasta la interposición de la demanda. Esta indemnización asciende a un total de 1.660.783 euros para todos los afectados. La actora solicita, además, una indemnización de 6.000 euros para cada uno de los afectados por los daños morales sufridos por el retraso en la entrega que se eleva a un total de 648.000 euros.

La argumentación que sigue la STS de 10 de septiembre de 2014 parte de que el daño derivado de la privación de un bien es un lucro cesante consistente en la obtención de unas ganancias concretas que el acreedor debe demostrar. Se refiere a la «*realidad y alcance del perjuicio irrogado*» a la «*prueba o realidad del daño*» y concluye que en el supuesto en cuestión el lucro cesante serían las ganancias futuras de «un hipotético contrato de arrendamiento», que la parte actora no demuestra haber visto frustrado con el retraso en la entrega, ya que su inicial propósito era desti-

nar el uso de los inmuebles como vivienda propia y de sus hijos. Este último argumento de la sentencia (que se encuentra al final de su Fundamento Jurídico Segundo) encierra la presunción de que la privación del uso personal de un bien derivado de un incumplimiento contractual no comporta un daño indemnizable. La segunda parte de la STS de 10 de septiembre de 2014 justifica la inadmisión de la aplicación al caso concreto de la doctrina del daño *in re ipsa*, según la cual, en determinados supuestos, el incumplimiento contractual comporta en sí mismo un daño que no debe demostrarse.

Por su parte, la STS de 18 de noviembre de 2014 se centra únicamente en argumentar la aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa* al supuesto que debe resolver. Sostiene, con cita de varias sentencias, que la doctrina que mantiene la posibilidad del nacimiento del deber de indemnizar por el simple incumplimiento se da en el caso de «daños patentes» o cuando del propio incumplimiento se deduce necesariamente «una frustración en la economía de la parte afectada, en su interés material o moral». Concluye que la falta de entrega de un inmueble es «un daño *in re ipsa*, cual es el representado por su valor de uso, que obliga a su indemnización». Confirma que la promotora debe pagar la indemnización equivalente al valor de uso de las viviendas hasta la interposición de la demanda pero no admite el daño moral.

Resulta de particular interés contrastar ambas sentencias y profundizar en la jurisprudencia que citan para apoyar su argumentación jurídica. La jurisprudencia citada por la STS de 10 de septiembre de 2014 ayuda a comprender el concepto de lucro cesante que maneja esta sentencia para valorar el daño derivado de la privación de un inmueble y a apreciar el contenido económico que la sentencia atribuye al hecho de usar y disfrutar de una vivienda. En relación con la aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa* ambas sentencias citan distinta jurisprudencia para apoyar las diferentes conclusiones a las que llegan, por lo que su análisis permite reflexionar sobre la causa última que justifica considerar si del propio incumplimiento del contrato se deriva o no un daño.

Las principales cuestiones que tratan estas dos STS y que se exponen a continuación son: el retraso en la entrega de un inmueble como causa de resolución contractual, el lucro cesante derivado de la privación temporal de una vivienda y la aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa* por incumplimiento defectuoso de contrato en caso de retraso en la obligación de entrega de viviendas.

## 2. RETRASO EN LA ENTREGA Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La STS de 10 de septiembre de 2014 se detiene, en primer lugar, a valorar la importancia conceptual que tiene el retraso en la entrega de la cosa como posible incumplimiento del contrato. Para ello, cita la STS de 15 de julio de 2013 (RJ 2013\8090) que se pronuncia sobre un posible plazo esencial de entrega de una finca en un contrato de compraventa. La discusión se debía a que en el contrato se había previsto una cláusula penal en caso de incumplimiento contractual (10 por 100 del valor del precio de la venta). La STS de 15 de julio de 2013 resolvió que el plazo establecido en el contrato no constituía un plazo esencial, por lo que el retraso en la entrega de la finca comprada no implicaba un incumplimiento definitivo del contrato de compraventa.

Sin embargo, ésta no es la cuestión de fondo sobre la que debe pronunciarse la STS de 10 de septiembre de 2014 en el caso de la permuta de finca por obra futura de dos inmuebles. El problema de fondo que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014 no es si el retraso en la obligación de entrega de una cosa derivada de un contrato constituye o no un incumplimiento definitivo, sino si la privación del uso de un inmueble que sufre el acreedor, derivado de una prestación defectuosa, es un daño contractual indemnizable.

Destacada doctrina señala que, en el marco de la responsabilidad contractual, la privación del uso de la cosa no siempre comporta un daño indemnizable. Al respecto se indica que no se puede *«considerar daño el mero hecho de que el acreedor, por razón del incumplimiento no haya estado en condiciones de poder usar la cosa (conforme al derecho adquirido) si hubiera deseado hacerlo. Sólo hay daño si el acreedor ha tenido el propósito de utilizar la cosa y no ha podido hacerlo, porque le ha privado de ese uso el incumplimiento del otro contratante»*<sup>2</sup>.

En efecto, es distinta la frustración que produce al acreedor la entrega retrasada de un inmueble que pretendía arrendar o vender a un tercero frente a la situación que tiene que soportar el acreedor que ha comprado una vivienda para vivir en ella y se ve temporalmente privado de la misma por un retraso imputable al vendedor o al constructor. También hay supuestos en que el retraso en la entrega de cosa no comporta, previsiblemente, ningún tipo de daño al acreedor con derecho a recibirla. Piénsese en la irrelevante molestia que supone el retraso en la entrega de un cuadro comprado para

<sup>2</sup> Vid. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, 2010, p. 62.

decorar la habitación de un domicilio particular o el retraso en la entrega de un solar a un constructor, que pretende edificar sobre el mismo, pero que aún no ha sido declarado terreno urbanizable. Incluso en cada uno de estos supuestos podrían darse diversos y particulares intereses que motivaron a las partes a celebrar ese contrato, que justificarían si la prestación defectuosa del contrato consistente en el retraso en la entrega de la cosa comporta o no un daño para el acreedor. Así, por ejemplo, el retraso en la entrega del cuadro podría suponer la pérdida de una ventaja patrimonial para el comprador en el caso de que hubiera celebrado el contrato de compraventa para venderlo o exponerlo en una sala de arte y lo mismo podría ocurrir si el constructor hubiera comprado el solar no urbanizable para revenderlo<sup>3</sup>.

En términos generales se estima que corresponde al acreedor aquel beneficio que hubiera obtenido con el cumplimiento contractual o, por llamarlo de otra manera, el «beneficio del contrato»<sup>4</sup>. El artículo 1106 CC se refiere a este concepto como «ganancia», cuando indica que en caso de incumplimiento contractual «*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener*». Esa ganancia o lucro deben examinarse dentro de la economía contractual<sup>5</sup>, es decir, dentro del conjunto de ventajas que cada parte pretendía obtener con el contrato. De ahí que en el marco de la responsabilidad contractual, se destaque el papel que juega el interés positivo del contrato (fin de protección del contrato), es decir, los beneficios económicos y las ventajas que las partes pretendían lograr con la celebración del contrato y que se ven frustrados por el incumplimiento<sup>6</sup>.

Ésta parece ser la cuestión de fondo que plantea la demanda interpuesta por el dueño del solar que lo transmitió a un constructor a cambio de obra futura de dos viviendas y que se ve privado de ambas desde la fecha de su entrega y durante un plazo superior a un año. La STS de 10 de septiembre de 2014 llega a la conclusión de que, en este caso, el retraso en la entrega de las dos viviendas no ha ocasionado un daño a la parte actora porque no ha podido demostrar que tal retraso le haya supuesto la pérdida de unos ingre-

<sup>3</sup> Respecto a la pérdida ocasionada por la demora en la entrega de bienes destinados a la reventa en contrato de compraventa, *vid.* SOLER PRESA, S. A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, 1998, pp. 162–167.

<sup>4</sup> *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 6.ª edición, Cívitas, 2008, p. 791.

<sup>5</sup> *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, *op. cit.*, p. 791.

<sup>6</sup> *Vid.* SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, *op. cit.*, p. 82, MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, *op. cit.*, p. 18.

tos económicos concretos y factibles. Por tanto, para valorar el daño resarcible toma en consideración el lucro cesante al que atribuye un determinado contenido. Los argumentos de esta sentencia así como la jurisprudencia que cita resultan muy útiles para analizar si este criterio indemnizatorio resulta adecuado para valorar el daño derivado del retraso en la entrega de un inmueble en el marco de la responsabilidad contractual.

### **3. LUCRO CESANTE DERIVADO DEL RETRASO EN LA ENTREGA DEL INMUEBLE**

La STS de 10 de septiembre de 2014 concibe el daño resarcible por el retraso en la entrega del inmueble como pérdida de los *frutos* que la parte actora hubiera podido obtener con el inmueble desde la fecha de entrega. Se apoya para mantener esta postura en otras dos sentencias: la STS de 30 abril de 2013 que resuelve un supuesto de incumplimiento definitivo de contrato de compraventa y la STS de 18 de noviembre de 2013 que se centra en el concepto de lucro cesante como opuesto al de daño emergente.

#### **3.1 EL VALOR DE LOS *FRUCTUS PERCIPIENDI***

La STS de 10 de septiembre de 2014 cita, en primer lugar, la STS de 30 abril de 2013 (RJ 2013\8001), que se pronuncia sobre el alcance indemnizatorio derivado de un incumplimiento definitivo de un contrato de compraventa, que ha supuesto para una de las partes la privación de un inmueble.

La parte vendedora entregó la vivienda pero la compradora sólo pagó una parte poco significativa del precio por lo que hubo un claro incumplimiento de su parte. El vendedor solicitaba, además de la resolución del contrato y la restitución de la vivienda, una indemnización por el daño que le había supuesto la privación del inmueble desde que lo entregó a la compradora. En particular, reclamaba 17.215 euros por la privación del inmueble durante el tiempo transcurrido desde que lo entregó a la compradora hasta que interpuso la demanda y, además, 717,29 euros por cada mes transcurrido desde la interposición de la demanda hasta el reintegro de la posesión del inmueble. La cuantía de esta indemnización se calculó sobre el valor de uso del inmueble, esto es, su renta media mensual.

La STS 30 de abril de 2013 confirma, en este supuesto, la resolución del contrato y la aplicación de las normas de la liquidación

del estado posesorio para determinar la indemnización que debe pagar la compradora por privar al vendedor de su inmueble. Descarta que la compradora deba pagar al vendedor los 17.215 euros por el tiempo de privación del inmueble hasta la interposición de la demanda puesto que, hasta entonces, la compradora había sido poseedora de buena fe (art. 451 CC) pero la condena a pagar 717,29 euros por cada mes transcurrido desde la interposición de la demanda, ya que desde entonces se convierte en poseedora de mala fe (art. 455 CC) y debe pagar los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir.

¿Cuál es la similitud entre este supuesto y el que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014? En principio, las normas de liquidación del estado posesorio no parecen aplicables a un supuesto de retraso en la entrega de un inmueble que el deudor debía construir. Es decir, el supuesto que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014 trata de un constructor que no entrega dos viviendas en la fecha convenida pero no las utiliza y usa para sí en perjuicio del poseedor legítimo, sino que impide a éste poseerlas por no haber finalizado a tiempo su construcción.

La razón por la que la STS de 10 de septiembre de 2014 cita la STS de 30 de abril de 2013 se debe a que esta última contiene un análisis sobre la indemnización que debe pagar el poseedor de mala fe por los *frutos* que el poseedor legítimo del inmueble hubiera podido percibir en caso de poseerlo (*ex art. 455*), de la que se sirve el Magistrado ponente de la STS de 10 de septiembre de 2014 para valorar la indemnización que debería pagar el constructor por haber privado a la parte actora de los dos inmuebles durante el retraso.

La STS de 30 de abril de 2013 valora del siguiente modo la indemnización que debe pagar el poseedor de mala fe –en su caso, la compradora de una vivienda– por privar al vendedor de su inmueble:

*«la posesión de mala fe no sólo no constituye título de atribución, sino que impide que el título de atribución que resulte produzca sus efectos sobre la propiedad de los frutos en toda su extensión; de ahí que el artículo 455 del Código Civil señale que el poseedor de mala fe no sólo tiene que abonar los frutos percibidos, sino también los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (fructus percipiendi). En el presente caso, el valor de la ocupación o disfrute de la cosa desde el momento en que los compradores perdieron su condición de poseedores de buen fe y siguieron poseyendo la cosa en perjuicio del legítimo poseedor, debiendo ser resarcido a través de esta obligación de restitución». (Fundamento Jurídico Segundo, punto 5, STS de 30 de abril de 2013 –la negrita es nuestra–).*



A ello podría hacerse una primera objeción que es equiparar dentro de la categoría de «frutos» el valor de la ocupación y el valor de los frutos de un inmueble. La ocupación es una utilidad distinta de los frutos que pueden obtenerse de un bien. Es un uso propio. Pero lo que resulta más llamativo es que la STS de 10 de septiembre de 2014 haga referencia a la obligación de pagar los «frutos» de la cosa que establecen las normas de liquidación del estado posesorio como criterio para fijar la indemnización por el daño que experimenta quien se ve privado de un bien por un retraso. Comporta equiparar el daño derivado de la privación del uso de un bien con la pérdida de sus frutos. Sin embargo la privación de un bien no sólo comporta la posible pérdida de frutos sino también la pérdida de su disponibilidad por quien tiene derecho a poseerla. Como subraya la doctrina, la pérdida que experimenta el acreedor en los casos de demora en la entrega de bienes destinados al uso es *«la falta de disponibilidad en sí del bien en cuestión, pérdida que debe diferenciarse nítidamente de los posibles lucros que el uso efectivo del bien hubiera podido reportar al acreedor»*<sup>7</sup>.

Da la impresión de que tanto la STS de 30 de abril de 2013 como la STS de 10 de septiembre de 2014 (del mismo Magistrado ponente) consideran que la privación de un inmueble derivada de un incumplimiento contractual sólo produce un daño al acreedor si éste demuestra que le ha ocasionado la pérdida de «frutos». La STS de 10 de septiembre de 2014, apoyada en este criterio, concluye en su fallo que la parte actora no puede reclamarle al constructor una indemnización con motivo del retraso en la entrega de las mismas, ya que no demostró ni la oferta ni los tratos preliminares de «un hipotético contrato de arrendamiento», al haber declarado que su propósito inicial era destinar las dos viviendas para uso propio y de sus hijos<sup>8</sup>.

Esta conclusión entraña el riesgo de asumir que sólo hay daño derivado de un incumplimiento contractual por prestación defectuosa de la obligación de entrega de un inmueble en la fecha prevista si se demuestra que tal retraso ha ocasionado al acreedor la pérdida de unos frutos. Sin embargo, como se verá a continuación, el retraso en la entrega del inmueble puede ocasionarle al acreedor un daño tanto si frustró sus expectativas de obtener con él unas rentas o beneficios concretos, como si pensaba utilizarlo como vivienda privada y se ve privado de su disponibilidad. De ahí la importancia de subrayar las *ventajas* que el acreedor pretendía obtener con el contrato para defi-

<sup>7</sup> Vid. SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, op. cit., p. 171.

<sup>8</sup> Vid. Fundamento Segundo, *in fine*, de la STS de 10 de septiembre de 2014.

nir las *ganancias* que pretendía obtener y que pierde con el retraso (lucro cesante).

### 3.2 EL LUCRO CESANTE POR LA PRIVACIÓN DE UN INMUEBLE

La STS de 10 de septiembre de 2014 cita también la STS de 18 de noviembre de 2013 (RJ 2014\2388) para fortalecer su concepto de lucro cesante como pérdida de ganancias derivadas de los frutos del inmueble. La STS de 18 de noviembre de 2013 se pronuncia sobre la resolución de un contrato de obra por mutuo disenso entre el Colegio de Arquitectos de Burgos y una constructora.

El Colegio de Arquitectos de Burgos tenía su sede colegial en un inmueble del que era propietario y había encargado la construcción de un nuevo edificio con la intención de trasladar allí su sede y arrendar las oficinas del nuevo inmueble que quedaban libres. Debido a la paralización de las obras por falta de entendimiento entre las partes, el Colegio de Arquitectos de Burgos solicitó, además de la resolución del contrato, una indemnización por lucro cesante que englobaba una indemnización por la pérdida de la disponibilidad de los locales de la nueva sede que quedaban libres y otra indemnización por haber tenido que continuar en los anteriores locales y no poder trasladarse a la nueva sede colegial.

Es decir, el Colegio de Arquitectos alegaba que la privación del edificio que albergaría su nueva sede le suponía un doble lucro cesante: por un lado, la pérdida del valor de los frutos que habría obtenido con el alquiler o venta de las oficinas de la nueva sede —que quedaban libres— y por otro lado, la pérdida de los frutos por el alquiler o venta de la antigua sede —que ya no iba a utilizar—.

Para asimilar correctamente el contenido del fallo de la STS de 18 de noviembre de 2013 se hace preciso remontarse a la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 5 de enero de 2011 que resolvió este supuesto<sup>9</sup>. La SAP de Burgos no admitió en este caso la indemnización por la pérdida de disponibilidad de las oficinas de la nueva sede que quedarían libres puesto que se fundamentaba en una mera hipótesis. Señala esta sentencia que:

*«no se ha acreditado cuál hubiera sido el destino final de las oficinas (arrendar o vender) y no se puede determinar el alcance concreto de los perjuicios; máxime en el ámbito del lucro cesante donde constante jurisprudencia insiste en que el cálculo del lucro cesante no debe hacerse de forma automática sino que «requiere una demos-*

<sup>9</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.ª) de 5 de enero de 2011 (RJ 2011\105597).

*tración mínima de realidad» (STS 5-XII-2008) y de su cuantía y su imputación para evitar que se indemnicen como verdaderos perjuicios, lo que únicamente constituiría sueños de fortuna». (Fundamento Jurídico Noveno, SAP de Burgos de 5 de enero de 2011).*

Sin embargo, la SAP de Burgos sí que admitió la indemnización reclamada por el Colegio de Arquitectos por la pérdida de la disposición de la antigua sede calculada sobre el valor de la renta de alquiler respecto a la que estableció que:

*«en este caso la cuantía reclamada no es una expectativa, ni un daño posible, ni un daño que precise una teoría de probabilidad (STS 5-06-008;5-XII-2008) sino que son daños tangibles, reales, efectivos y constatados. La entidad promotora no pudo acudir a su nueva sede abandonando la antigua y dejando de pagar las rentas por el alquiler correspondiente en tanto en cuanto que el nuevo edificio no estaba concluido. Ello supone que este hecho debe ser tenido en cuenta en la liquidación de la extinción del contrato entre las partes. En consecuencia y en aplicación del artículo 1103 CC, invocado en el recurso de apelación que se analiza, debe ser estimado». (Fundamento Jurídico Noveno, SAP de Burgos de 5 de enero de 2011).*

La STS de 18 de noviembre de 2013 revocó esta última indemnización concedida por la SAP de Burgos por considerar que incurrir en una interpretación errónea del contenido indemnizatorio dispuesto en el artículo 1006 del Código Civil e indica que:

*«dicha partida se concede en concepto de rentas de alquiler abonadas por el uso de la antigua sede cuando, en realidad, su solicitud responde a la pretensión de indemnización por las cantidades que hubiera podido percibir el Colegio de haberse terminado correctamente la nueva obra y haber dispuesto de la antigua sede para su alquiler». (Fundamento Jurídico Primero, punto 1, STS de 18 de noviembre de 2013).*

Y añade que el pronunciamiento de la SAP de Burgos no resulta congruente con la pretensión determinada en la causa de pedir (lucro cesante) por la siguiente razón:

*«La sentencia recurrida otorga el tratamiento de *damnum emergens* (daño emergente) a lo que en realidad es una pretensión de indemnización de un *lucrum cessans* (ganancia dejada de obtener), esto es, la reclamación por el valor en renta por la ganancia dejada de obtener por el Colegio en el caso hipotético de que hubiese podido alquilar su antigua sede; extremo que, aunque participa conceptualmente del contenido general indemnizable dispuesto por el artículo 1006 del Código Civil, exige su debida diferenciación y tratamiento, máxime cuando el perjuicio por dicho concepto, atendido a 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 proyectan sobre ganancias futuras o expectativas de las mismas».* (Fundamento Jurídico Segundo, punto 7, STS de 18 de noviembre de 2013).

De todo ello se desprende, de nuevo, que tanto esta STS de 18 de noviembre de 2013 como la propia STS de 10 de septiembre de 2014 (ambas sentencias son del mismo Magistrado ponente) parten del lucro cesante como «*ingresos concretos dejados de obtener*» para apreciar un daño por incumplimiento contractual derivado de la privación del inmueble.

Sin embargo, este concepto de lucro cesante resulta insuficiente para cubrir otro tipo de ventajas de contenido económico que también pueden resultar de la privación de un bien. Como señala la doctrina, la utilidad o provecho de la cosa comprende tanto la obtención de sus frutos, naturales, industriales o civiles (o si se prefiere, su productividad), como el uso personal de ella, en los casos en que los que el acreedor decida darle ese destino<sup>10</sup>.

El concepto restringido de lucro cesante como «*ingresos concretos dejados de obtener*» que manejan la STS de 30 de abril de 2013, de 18 de noviembre de 2013 y de 10 de septiembre de 2014 se corresponde *sólo* con la pérdida de frutos causada por la privación de un inmueble. El supuesto que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014 lo protagoniza un matrimonio que había cedido un solar a un constructor a cambio de dos viviendas que iban a ser utilizadas como vivienda propia por el matrimonio y sus hijos. ¿Significa ello que el retraso en la entrega de las viviendas no puede comportar un daño patrimonial para el matrimonio al no pretender alquilarlas ni venderlas? La cuestión requiere examinar hasta qué punto el uso particular de un bien al que tiene derecho el acreedor le aporta una ganancia o ventaja patrimonial distinta de la de sus frutos.

### 3.3 LUCRO CESANTE POR LA PRIVACIÓN «DEL USO» DE UN INMUEBLE

El Colegio de Arquitectos de Burgos alegó, con base en el artículo 1006 CC, que le fuera indemnizado (1) el daño resultante de la pérdida de las ganancias que habría podido obtener con el alquiler de las oficinas que quedaban libres en la nueva sede –por ejemplo, 7.000 euros mensuales– y (2) el daño por la pérdida de la renta mensual que habría cobrado al alquilar la antigua sede puesto que era su propietario –por ejemplo, 4.000 euros mensuales–.

<sup>10</sup> Vid. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 62.

Desde esta perspectiva la disposición de la nueva sede hubiera supuesto para el Colegio un incremento patrimonial de 11.000 euros mensuales respecto a la situación anterior, que se ven frustrados por cada mes de retraso en la entrega. Estos serían los daños derivados de la privación del inmueble respecto a sus frutos. El TS considera que no se han demostrado tales pérdidas ni en uno ni en otro caso, por lo que no admite su indemnización.

Ahora bien ¿supone la privación del mero uso de la nueva sede un daño para el Colegio de Arquitectos de Burgos? Esta cuestión no se plantea en ningún momento en este pleito, ni siquiera por el propio Colegio. Parece que la respuesta sería negativa, puesto que el Colegio ya dispone de una sede en propiedad, por lo que el retraso en poder usar para sí el inmueble como nueva sede no le hubiera ocasionado, en sí mismo, la pérdida de una ventaja patrimonial. Pero ¿cuál sería la respuesta si el Colegio de Arquitectos de Burgos fuera arrendatario de su antigua sede y pagara por ella una renta de 4.000 euros mensuales? En tal caso, el traslado del Colegio a la nueva sede hubiera supuesto dejar de pagar la renta anterior. Por tanto, si se dieran estas circunstancias, el retraso en la entrega de la nueva sede comportaría un daño para el Colegio de Arquitectos ya que supondría la pérdida de una ventaja patrimonial. ¿Se hubiera descartado entonces el daño derivado de la privación del inmueble porque no supone una pérdida de frutos?

Es evidente que la privación de una cosa comporta un lucro cesante al acreedor en relación con los frutos económicos tangibles que hubiera podido obtener con ella, pero ¿engloba el lucro cesante también el daño derivado de *la privación del uso personal* de la cosa? Según la doctrina, esta cuestión pone a prueba, de algún modo, el propio concepto de lucro cesante<sup>11</sup>. Si lucro cesante es la privación de una ventaja, valorable en dinero, a la que tiene derecho el acreedor conforme al contrato, la privación del uso de la cosa supondría en tal caso un lucro cesante; si el lucro cesante implica un flujo patrimonial o incremento del patrimonio, la privación del uso no comportaría un lucro cesante<sup>12</sup>. Por ello, si el Colegio de Arquitectos de Burgos hubiera demostrado que la privación temporal de la ocupación o uso de la nueva sede le comporta la pérdida de una ventaja patrimonial –dejar de pagar la renta de alquiler por la antigua– entonces se apreciaría un daño indemnizable derivado de responsabilidad contractual.

<sup>11</sup> Vid. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 63.

<sup>12</sup> Vid. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 63.

Como señala la doctrina especializada el concepto de lucro cesante no está definido en el CC<sup>13</sup>; aunque se identifique y distinga del daño emergente, está embebido en el concepto unitario de daño (art. 1106 CC)<sup>14</sup>. Por ello es posible admitir que la privación del uso personal de un inmueble sea un daño que también consiste en un lucro cesante en la medida en que ha ocasionado al acreedor la pérdida de una ventaja económica que hubiera podido obtener de la cosa. Y dicha ventaja económica puede ser la mera disponibilidad del bien, su uso, de forma que el retraso constituye una carencia cuando el uso temporal del bien sea objeto de mercado<sup>15</sup>. Ello implicaría asumir que la pérdida del uso de la vivienda con motivo de un retraso en la entrega puede, en determinados supuestos, constituir la pérdida equivalente a su renta mensual media de mercado.

Si, desde esta perspectiva, se analiza el supuesto que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014 sobre permuta de solar por obra futura de dos inmuebles, se llega a la conclusión de que el fallo de la sentencia parece correcto porque si bien la parte actora celebró el contrato con el propósito de utilizar los inmuebles como vivienda propia, no ha demostrado que ello le reportaba un beneficio desde el día obligado de su entrega y que ha perdido tal beneficio o ventaja con cada mes de retraso.

Aquí entra en liza la última cuestión que aborda la STS de 10 de septiembre de 2014 en relación con el daño derivado de la privación de un inmueble y que es la justificación de su prueba. Esta sentencia anuló la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 25 de noviembre de 2011<sup>16</sup> que admitió que el propietario del solar que lo había permutado a cambio de la construcción de dos viviendas tenía derecho a una indemnización sin necesidad de demostrar el daño, por aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa*; la sentencia de la Audiencia entendió que la falta de entrega de las viviendas producía de suyo un daño mínimo cual es el representado por su valor de uso. No obstante, tal pronunciamiento fue revocado por la STS de 10 de septiembre de 2014 que consideró que la pretensión indemnizatoria no se deriva, por sí sola, de la acción de cumplimiento del contrato.

Frente a esta postura de la STS de 10 de septiembre de 2014, la STS de 18 de noviembre de 2014, que también resuelve un supues-

<sup>13</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, op. cit., pp.791-792.

<sup>14</sup> Vid. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 64.

<sup>15</sup> Vid. SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, op. cit., p. 168.

<sup>16</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 25 de noviembre de 2011 (RJ 2012\348273)

to de retraso en la entrega de viviendas en el marco de un contrato de compraventa celebrado con una promotora, sí que admite que el retraso en la entrega del inmueble supone un incumplimiento defectuoso que comporta por sí mismo un daño.

Por este motivo se exponen a continuación los argumentos y la jurisprudencia citados por la STS de 10 de septiembre de 2014 y la STS de 18 de noviembre, así como por las correspondientes sentencias de las Audiencias Provinciales sobre las que se pronuncian, para justificar o rechazar que el retraso en la entrega de una vivienda constituya en sí mismo un daño *in re ipsa*, representado por su valor de uso, que no necesita prueba.

#### 4. EL RETRASO EN LA ENTREGA DE UN INMUEBLE COMO DAÑO *IN RE IPSA*

Como ya se ha mencionado, en el caso de la permuta de solar por obra futura de dos viviendas que resuelve la STS de 10 de septiembre de 2014, la SAP de Granada admitió que el acreedor afectado por el retraso en la entrega fuera indemnizado por el valor de uso de las viviendas durante el tiempo que duró el retraso. La SAP de Granada se basaba fundamentalmente en la STS de 23 de julio de 1997 que aplica la doctrina del daño *in re ipsa* o *ex re ipsa* en relación con el retraso en la entrega de una vivienda en el marco de un contrato de compraventa.

Esta STS de 23 de julio de 1997 (RJ 1997\5808) se encuentra citada con profusión por la jurisprudencia de Audiencias y del Tribunal Supremo que reconoce que el retraso en la obligación contractual de entregar una vivienda constituye un daño *in re ipsa*. De hecho, la STS de 23 de julio de 1997 se pronuncia sobre un supuesto muy similar al que resuelven la SAP de Granada y la STS de 10 de septiembre de 2014.

En el supuesto que resuelve la STS de 23 de julio de 1997 la parte actora había cedido un solar a cambio de obra futura de vivienda, trastero y parking. La entrega de la vivienda y trastero estaba ya realizada materialmente por el demandado pero faltaba otorgar la escritura pública. No se indica en la sentencia que la parte actora hubiera celebrado el contrato para utilizar personalmente la vivienda, el trastero y el parking o con la finalidad de alquilarlos o venderlos. Señala la STS de 23 de julio de 1997 que:

*«Es obvio que esa falta de entrega implica que, en el peor de los supuestos, dejaron de percibir las rentas correspondientes, y siendo el objeto de la entrega viviendas de protección oficial, la renta de la misma está fijada legalmente. Ha de tenerse en cuenta*

*que el incumplimiento de una obligación, cuando no sea doloso, obliga a indemnizar los daños y perjuicios previstos “o que fueran previsibles al constituirse una obligación” (art. 1107, párrafo 1.º, CC). La falta de entrega de un inmueble produce de suyo un daño mínimo al acreedor, cual es el representado por su valor de uso. Es un daño in re ipsa, que obliga a su indemnización».* (Fundamento Jurídico Cuarto STS de 23 de julio de 1997).

La STS de 23 de julio de 1997 presume, por tanto, que la privación de la vivienda acaecida por un retraso en su entrega constituye de por sí un daño resarcible que no necesita prueba. Concede a los actores la indemnización por el valor de uso de vivienda, el trastero y el parking sin necesidad de demostrar que celebraron el contrato porque tenían expectativas concretas de alquilarla, venderla o vivir en ella y que tales expectativas se hayan visto frustradas por el retraso en la entrega.

En segundo lugar, la SAP de Granada cita también la STS de 26 de mayo de 1990 (RJ 1990\4852) que se pronuncia sobre la aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa* en un supuesto de incumplimiento contractual en los siguientes términos:

*«en los casos en que de los hechos demostrados se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, no es preciso acreditar su realidad además de la de los hechos que inexcusablemente lo han causado, “sin que se excluya la idea de que el incumplimiento constituya per se un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, sobre todo si se tiene en cuenta que en los casos de incumplimiento contractual no ha de exorbitarse la prueba de los daños cuando los mismos se pueden apreciar como necesariamente derivados de los hechos base del incumplimiento y de la propia naturaleza de la expectativa que se ha visto frustrada”, a lo que sólo ha de añadirse que, según Sentencias de 9 de mayo y 27 de junio de 1984, hay casos en los que el mero incumplimiento constituye un daño in re ipsa».* (Fundamento Jurídico Quinto, STS de 26 de mayo de 1990).

No obstante, esta STS de 26 de mayo de 1990 resuelve un supuesto de compraventa de local de negocio que iba a ser utilizado por el comprador como Cafetería Bar–Heladería en Peñíscola pero que al ser objeto de un expediente de infracción urbanística, se impidió su apertura y utilización por el comprador. Se trata, por tanto, de circunstancias muy concretas que evidencian que el comprador podía obtener unos ingresos patrimoniales por la explotación de su negocio en ese local desde prácticamente el día mismo de la entrega del inmueble y que, probablemente, celebró para ello el contrato, por lo que uno de los riesgos derivados del retraso en la entrega era la pérdida de dichas ganancias.



Este riesgo de sufrir la pérdida de unos ingresos o flujos patrimoniales en caso de retraso en la entrega del inmueble no se da en el contrato de permuta del solar por obra futura de dos inmuebles que debe resolver la SAP de Granada, ya que la parte actora declaró que pretendía utilizarlos como vivienda. Pero es posible que el contrato previera otros riesgos, ya que la pérdida de la disponibilidad de un bien puede constituir también la pérdida de una ventaja distinta de la obtención de un incremento patrimonial. Desde esta perspectiva puede observarse la importancia que adquiere tomar en consideración las ventajas que el contrato aporta a las partes, así como los daños previsibles por el deudor al tiempo de contratar para apreciar la existencia de daño contractual derivado de un incumplimiento<sup>17</sup>.

Como anteriormente se ha adelantado, la STS de 10 de septiembre de 2014 casa el pronunciamiento de la SAP de Granada sobre la aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa* en el supuesto de permuta de solar por obra futura de dos inmuebles y señala al respecto que:

*«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)».* (Fundamento Jurídico Segundo, punto 3, STS de 10 de septiembre de 2014).

Cabe destacar que la STS de 24 de octubre de 2012 (RJ 2013\1545) hace referencia a un supuesto de infracción de un modelo industrial de la empresa «Vileda» –la pieza diseñada por «Vileda» para acoplar el mocho de sus fregona a sus palos– que fue utilizada sin licencia por la empresa «Spontex» para vender sus mochos de fregonas, de forma que permitía su acoplamiento a los palos de fregona de «Vileda» y a los palos de fregona de «Spontex». Las circunstancias son, por tanto, muy distintas al supuesto que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014, ya que no se trata de un incumplimiento contractual sino de una infracción de derechos de propiedad industrial. La doctrina y la jurisprudencia especializada en esta materia señalan que la infracción de derechos de patente, modelos de utilidad y marcas motiva, por sí sola, la

<sup>17</sup> Vid. SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, op. cit., pp. 43–61.

obligación de indemnizar sin imponer al titular del derecho la obligación de probar el perjuicio<sup>18</sup>.

La STS de 10 de septiembre de 2014 parece traer a colación el argumento de que el daño *in re ipsa* se produce en caso infracción de derechos de propiedad industrial para justificar la inadecuación de trasladar este criterio a un supuesto de incumplimiento contractual. Considera que el incumplimiento contractual no constituye un daño *in re ipsa*, ya que la pretensión indemnizatoria debe ser probada y diferenciada de la acción de cumplimiento en los siguientes términos:

*«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».* (Fundamento Jurídico Segundo, punto 3, STS de 10 de septiembre de 2014).

La conclusión de la STS de 10 de septiembre de 2014 sobre la inaplicabilidad de la doctrina del daño *in re ipsa* a un incumplimiento contractual parece del todo acertada pero hubiera sido deseable que aclarara por qué, en el caso concreto que resuelve, no debe inferirse un daño del mero incumplimiento contractual y resulte necesaria la prueba del lucro cesante. Esta tendencia de nuestra jurisprudencia a invocar la prueba del lucro cesante para desestimar la pretensión indemnizatoria ha impedido el debate

<sup>18</sup> Vid. ROY PÉREZ, C., «Cómputo de daños en el ejercicio de la acción indemnizatoria por infracción de patente», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2/2009, pp. 355-380 y MASAGUER FUENTES, J., «Algunas consideraciones sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios en procedimientos de infracción de marcas», *Homenaje al Profesor D. Juan Luís Iglesias Prada, Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º extraordinario 2011, pp. 101 a 107.

acerca de si los daños pueden o no ser objetivamente imputados al deudor por su incumplimiento<sup>19</sup>.

Frente a esta postura, la STS de 18 de noviembre de 2014 admite que el retraso de una promotora en la entrega de las viviendas es un incumplimiento contractual que constituye por sí mismo un daño que no debe ser demostrado y se apoya para ello en la jurisprudencia –más aislada– que postula que la doctrina del daño *in re ipsa* puede aplicarse a supuestos de incumplimiento contractual. Frente a esta postura ondulante de nuestra jurisprudencia sobre la obligatoriedad de demostrar o no la pérdida de ganancias con motivo del incumplimiento, señala la doctrina la dificultad de saber dónde corre la línea divisoria entre los casos en que debe aplicarse la regla general –carga de la prueba del daño que pesa sobre el demandante– y los casos en que el rigor de la carga de la prueba se suaviza y el daño es consecuencia natural e inevitable del incumplimiento<sup>20</sup>.

Quizás la diferencia en las conclusiones a que llegan estas dos STS en supuestos tan similares se explica si se toman en consideración las circunstancias que rodearon en cada caso la celebración de los contratos, el perfil de las partes y la finalidad con que se celebró el contrato. Los tribunales que enjuiciaron ambos supuestos contaron con una información que no queda del todo reflejada en las sentencias y que les permitió atribuir significado jurídico a un conjunto de elementos que rodearon la celebración de los contratos y establecer el contenido específico de cada uno de ellos. Esta interpretación les permitió delimitar el interés positivo que el cumplimiento del contrato suponía para la parte que sufre el retraso y, por tanto, el daño que el retraso le ocasiona. Por ello se exponen a continuación las circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato que analiza la STS de 18 de noviembre de 2014 desde la información que suministra la propia sentencia y la sentencia de la Audiencia Provincial que resolvió el mismo supuesto.

La STS de 18 de noviembre de 2014 resuelve sobre el incumplimiento defectuoso de contrato de una promotora por retraso en la entrega de viviendas. La demanda la interpone una asociación de 108 afectados que habían celebrado con ella contratos de compraventa de vivienda. La asociación solicita el cumplimiento de los contratos y una indemnización por el daño patrimonial derivado del retraso, equivalente al valor de uso de las mismas durante el

<sup>19</sup> Vid. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, op. cit., p. 24, SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, op. cit., p. 75.

<sup>20</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, op. cit., p. 794.

tiempo de la demora (un total de 1.660.783 euros) y una indemnización de 6.000 euros por daño moral para cada uno de los afectados.

La sentencia del JPI condenó a la promotora a cumplir los contratos suscritos y a indemnizar 6.000 euros por daño moral a cada uno de los afectados pero no admitió la indemnización por daño patrimonial por falta de prueba de lucro cesante. En cambio, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 25 de abril de 2012 que resolvió este supuesto<sup>21</sup> aplicó la doctrina del daño *in re ipsa* y admitió la indemnización solicitada por el valor de uso de las viviendas. Entiende la SAP de Cádiz que la sentencia del JPI acudió a los criterios aplicados a la reclamación del lucro cesante y a concluir que no se ha probado la existencia de un perjuicio indemnizable. La SAP de Cádiz se aparta de esta interpretación y considera que se debe aplicar el criterio de la STS de 23 de julio de 1997 –antes citada– sobre el daño *in re ipsa* en caso de retraso en la entrega de vivienda y señala que:

*«Ese razonamiento, que compartimos, nos lleva a concluir que el retraso en la entrega de los inmuebles provoca un perjuicio evidente que debe ser indemnizado conforme a la regla «res ipsa loquitur» que no es aplicable con carácter general pero sí lo es en determinadas materias, entre las que está la producción de un daño patrimonial por el retraso en la entrega de un inmueble».* (Fundamento Jurídico Cuarto SAP de Cádiz de 25 de abril de 2012).

La SAP de Cádiz también se apoya en la STS de 21 de diciembre de 2011 (RJ 2012\3528) que aplica la doctrina del daño *in re ipsa* a un incumplimiento de un contrato de compraventa celebrado entre dos empresas por el retraso de más de veinte meses en la entrega de dos viviendas. Señala la STS de 21 de diciembre de 2011 que:

*«no implica que sea necesaria –como no lo es en el caso– la condición de consumidor en el comprador para que sufra un perjuicio indemnizable por el retraso en la entrega y, a efectos de una adecuada aplicación de lo dispuesto por los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, cabe destacar cómo la sentencia recurrida cita con acierto la de esta Sala de 23 de julio de 1997 (RJ 1997, 5808) en cuanto afirma que «la falta de entrega de un inmueble produce de suyo un daño al acreedor, cual es el representado por el valor de uso; es un daño in re ipsa que obliga a su indemnización, porque – como también afirma dicha sentencia– “ha de tenerse en cuenta que el incumplimiento de una obligación, cuando no sea doloso, obliga a indemnizar los daños y perjuicios previstos ‘o que fueran previsibles al constituirse una obligación’” ( artículo 1107, párrafo 1.º, CC )».* (Fundamento Jurídico Sexto STS de 21 de diciembre de 2011).

<sup>21</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8.ª), de 25 de abril de 2012 (RJ 2012\345177).

La STS de 18 de noviembre de 2014 confirma en su totalidad la SAP de Cádiz. Señala que para la aplicación del artículo 1101 CC debe concurrir como requisito necesario, además del incumplimiento de la obligación por culpa o negligencia, la prueba de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre la conducta del agente y los daños producidos. Sin embargo, señala que:

«La doctrina que mantiene la posibilidad de nacimiento del deber de indemnizar por el simple **incumplimiento** se refiere a supuestos en que el **incumplimiento** determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando su existencia se deduce necesariamente del **incumplimiento** o se trata de daños patentes (SSTS de 26 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1992, 29 de marzo de 2001)». (Fundamento Jurídico Tercero STS de 18 de noviembre de 2014).

A su vez, la STS de 18 de noviembre de 2014 cita dos sentencias para justificar su criterio de admitir que el incumplimiento contractual consistente en el retraso de la promotora en entregar las 108 viviendas produce en sí mismo un daño *in re ipsa*. Se trata de la STS de 12 de abril de 2012 (RJ 2012\5899) y de la STS de 21 de octubre de 2014 (RJ 2014\4900).

La STS de 12 de abril de 2012 se pronuncia sobre una demanda interpuesta por una comunidad de propietarios contra la promotora por vicios ruinosos e incumplimientos derivados de los contratos de compraventa. El daño, en este caso, es el derivado de la deficiente instalación por parte de la promotora de una lámina asfáltica en la parte superior del edificio de viviendas sobre la que debía colocar una cubierta de chapa de acero. La comunidad tuvo que pagar la reparación de la tela asfáltica y la cubierta de la misma por unas tejas de cerámica. La STS de 12 de abril de 2012 admite que basta la demostración del incumplimiento para admitir que se ha producido en este caso *per se* un daño. En este caso, no obstante, la promotora había llevado a cabo su prestación de forma claramente defectuosa al producir un daño patente, mientras que en el caso que debe resolver la STS de 18 de noviembre de 2014 la promotora ha incurrido en un retraso en la entrega y la evidencia del daño no es tan patente. Lo que la STS de 18 de noviembre de 2014 debería aclarar es qué circunstancias concretas que rodean la celebración del contrato justifican que el retraso en la entrega de las viviendas en que incurre el promotor comporte el reconocimiento automático a los afectados de un derecho a ser resarcidos por daño.

La segunda sentencia citada por la STS de 18 de noviembre de 2014 es la STS de 21 de octubre de 2014. Esta sentencia resuel-

ve sobre una indemnización reclamada por los daños y perjuicios causados como consecuencia de haberse mantenido una anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad sobre una finca del actor. Esta sentencia declara que:

*«no existe jurisprudencia alguna sobre el carácter inherente o inseparable del daño al hecho de la anotación preventiva de demanda, ni se aprecian razones suficientes para que esta Sala hubiera de hacer una formulación de carácter general en tal sentido excluyendo la aplicación del principio general según el cual quien alega haber sufrido un daño o perjuicio ha de acreditar su existencia».* (Fundamento Jurídico Cuarto, STS de 21 de octubre de 2014).

Como se observa, la sentencia citada no reconoce el daño y trata de un supuesto ajeno a los incumplimientos contractuales. Por tanto, la STS de 18 de noviembre de 2014 cita dos sentencias que no aportan base jurídica suficiente para justificar por qué entiende que el retraso en la entrega de las viviendas en que incurre la promotora comporta en sí mismo un perjuicio a los 108 afectados que debe resarcirse.

Parece que sobre el fallo de la STS de 18 de noviembre de 2014 pesan las circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato de compraventa, así como el elevado número de afectados, el hecho de que se hayan asociado como consumidores y el enorme retraso en la entrega de la vivienda que sufren algunos de ellos para concluir que la promotora tiene que indemnizarles por el valor de uso de sus viviendas durante el tiempo de retraso, al margen de que demuestren que han sufrido o no un daño patrimonial. Además, uno de los factores que parece determinante para obligar al resarcimiento es que la parte demandada sea una promotora de viviendas. La actividad profesional propia de la promotora y el hecho de que la otra parte del contrato sea un particular evidencia cuál era la finalidad del contrato y el concreto interés positivo que tenía cada particular al celebrarlo. Ello facilita concluir en el fallo que, en este caso concreto, el interés de cada uno de los particulares que compraron una vivienda a la promotora se ve automáticamente lesionado con el retraso en la entrega.

En nuestra doctrina se defiende que la carencia del bien que experimenta el acreedor en casos de demora en la entrega de bienes destinados al uso es una pérdida que, en principio, debe ser resarcida, salvo que el deudor pruebe que en concreto no la ha sufrido el comprador puesto que no habría utilizado el bien durante el período de demora<sup>22</sup>. Esta postura parte de presumir que el agraviado

<sup>22</sup> Vid. SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, op. cit., p.168.

habría utilizado por sí o por otros la cosa desde la fecha en que debió entregarse y que, por tanto, la demora en la entrega le habrá ocasionado la falta de disponibilidad; se trataría de una presunción rebatible en todo caso por el deudor que consiga acreditar que al no pretender el acreedor la utilización de la cosa en el período conflictivo, o no estar en condiciones de hacerlo, la discutida pérdida no se ha producido<sup>23</sup>.

Parece no obstante necesario justificar, en función de la información suministrada por el propio contrato y las circunstancias que lo rodearon, la presunción de que el acreedor afectado por el retraso habría utilizado por sí o por otros la cosa desde la fecha en que debió entregarse. Se insiste de nuevo en la posibilidad de que se celebre un contrato para adquirir un inmueble con la finalidad de utilizarlo y que su privación temporal por culpa del deudor que se retrasa en la entrega no comporte necesariamente un daño al acreedor.

Un inmueble puede comportar para el acreedor que tiene derecho a él la obtención de sus frutos, si el destino que quiere darle es venderlo o alquilarlo. Si el acreedor pretende usar el inmueble para desplegar en él su actividad profesional, la disponibilidad del inmueble le aportará ventajas patrimoniales, como serían los ingresos derivados de su actividad profesional en él desplegada, que perderá si no dispone del inmueble en la fecha convenida en el contrato. En estos casos, es claro el lucro cesante que puede experimentar el acreedor con la privación temporal del inmueble por culpa del deudor, pero deberá probarlo.

El lucro cesante más complejo es, precisamente, el que abordan las SSTs de 10 de septiembre de 2014 y 18 de noviembre de 2014: el derivado de un incumplimiento de contrato celebrado por el acreedor para adquirir un inmueble con la finalidad de utilizarlo como vivienda. Es tarea del tribunal examinar en cada supuesto si el acreedor celebró el contrato con el propósito de utilizar ese inmueble como vivienda desde el día de la fecha convenida para la entrega. Puede haber casos en que el acreedor haya comprado o encargado la construcción de un inmueble con la finalidad de utilizarlo como vivienda pero no tenía interés en utilizarlo inmediatamente, porque ya disponía de otra vivienda propia.

Por lo tanto no puede extenderse sin más el principio general de que la privación temporal de una vivienda comporta para el acreedor un daño consistente en su valor de uso. La doctrina del daño *in re ipsa* no parece apropiada para los casos de incumplimiento defectuoso de contrato por retraso en la obligación de entrega de

<sup>23</sup> Vid. SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, op. cit., p.171.

un inmueble. Es necesario contextualizar sus circunstancias y apreciar si tal retraso produce o no una desventaja patrimonial para el acreedor.

## 5. CONCLUSIÓN

El análisis de las SSTS de 10 de septiembre de 2014 y de 18 de noviembre de 2014 permite advertir la dificultad que entraña determinar si el retraso en la entrega de un inmueble destinado a ser usado por el acreedor comporta un daño indemnizable en el marco de la responsabilidad contractual. La doctrina del daño *in re ipsa* aplicada a estos supuestos asume que, en los supuestos en que el acreedor iba a utilizar el inmueble como vivienda, el retraso en la entrega es un incumplimiento defectuoso de contrato que comporta, de suyo, un daño resarcible al acreedor. Esta conclusión es matizable. En primer lugar, porque no es el incumplimiento del contrato la causa directa del supuesto daño sino la falta de entrega del bien a su debido tiempo al acreedor. En segundo lugar, porque resulta muy discutible señalar que en el ámbito de la responsabilidad contractual todos los supuestos de retraso del deudor en la entrega de inmuebles destinados a ser usados como vivienda por el acreedor comporten automáticamente un daño indemnizable. Hay que interpretar el contrato celebrado en cada caso, atender a las circunstancias concretas que motivaron su celebración y a las partes que lo celebraron para determinar el contenido del contrato en cada supuesto. A partir de ahí se podrá establecer si el interés del acreedor ha sido lesionado o no, y si por tanto el retraso en la entrega del inmueble le da derecho a ser resarcido por un lucro cesante.