

Id Cendoj: 28079110012009100473  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 2694/2004  
 Nº de Resolución: 454/2009  
 Procedimiento: Casación  
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO: constituye incumplimiento la entrega de dos apartamentos de superficie inferior a la pactada y con un retraso de varios meses respecto a lo acordado.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4 , por D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome , representados por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Angel Rodríguez López contra la Sentencia dictada, el día por dicha Audiencia, el 26 de enero de 2004, en el rollo de apelación nº 627/03, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos 650/01. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Carlos José Navarro, en nombre y representación de D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome , en calidad de parte recurrente. Asimismo comparece el Procurador D. Celso de Cruz Ortega, en nombre y representación de la mercantil "Maradentofish, S.L", en concepto de parte recurrida.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Arona, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, D<sup>a</sup>. Nicolasa , contra la entidad "MARADENTROFISH, S.L.". El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia por la que se acuerde:

1º) *Declarar resuelto el contrato firmado por la actora y la entidad demandada en S/C de Tenerife a Cinco de Marzo de 1998, declarando, a su vez, extinguidas las relaciones contractuales, con efectos desde que se produjo el requerimiento de resolución a la demandada.*

2º) *Establecer, como consecuencia de la anterior declaración, que cada parte reintegrará a la otra la contraprestación percibida por razón del acuerdo habido, por lo que la entidad demandada deberá restituir a nuestra representada en la posesión y titularidad del solar que le fue cedido y ésta deberá devolver a la demandada los 5.000.000 de pesetas que le fueron abonados en el momento de contratar.*

3º) *En cuanto a la estructura de la edificación existente en la actualidad en el solar, ésta pasará a ser de la única y exclusiva propiedad de la actora, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que evidentemente se le han causado a la misma, por causa del incumplimiento de la entidad demandada.*

4º) *Asimismo deberá obligarse a la entidad demandada a estar y pasar por dichas declaraciones y al pago de las costas procesales del presente procedimiento".*

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, formulando la representación de la entidad MARADENTROFISH, S.L cuestión de competencia por declinatoria en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "...dictar resolución dando lugar a la declinatoria interpuesta y declinar la competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia

*al que por reparto corresponda de la Ciudad de Santa Cruz de Tenerife, con expresa imposición de costas a la contraparte por haber dado lugar al presente".*

Por resolución de fecha 9 de noviembre de 2002, se acordó admitir a trámite la cuestión de competencia formulada, conferir traslado a la actora, y suspender el curso de la demanda principal hasta tanto no se decida sobre dicha cuestión.

La representación de D<sup>a</sup> Nicolasa , presentó escrito allanándose a la cuestión de competencia formulada de contrario. Por resolución de fecha 29 de enero de 2001, se acordó estimar la cuestión de competencia, y remitir las actuaciones al Juzgado Decano de Santa Cruz de Tenerife, previo emplazamiento de las partes.

La representación de D<sup>a</sup> Nicolasa , presentó escrito participando el fallecimiento de su representada, y personándose en nombre y representación de los herederos de la misma D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome , acordándose tener a los mismos por personados y partes, y en su nombre y representación al Proc. Sr. Alvarez Hernández.

Remitidas las actuaciones por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 1 de Arona, las mismas fueron turnadas al Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, acordándose por dicho Juzgado levantar la suspensión del procedimiento acordada y conferir traslado a la demandada para contestar la demanda principal.

La representación de la entidad MARADENTROFISH, S.L., alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: *"... dicte en su día Sentencia por la que desestime la demanda y todos y cada uno de los pedimentos contenidos en el suplico, con expresa condena en costas a la actora y lo demás a que en derecho haya lugar"*.

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a la Comparecencia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que tuvo lugar en el día y hora señalado y con la asistencia de las partes, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia, con fecha 2 de julio de 2003 , y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por los demandantes D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome , representados por el Procurador de los Tribunales D. MIGUEL RODRÍGUEZ LÓPEZ, contra el demandado ENTIDAD MERCANTIL MARADENTROFISCH, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> MARÍA EUGENIA GARCÍA GUERRERO:*

*1.- Declaro resuelto el contrato firmado por Dña. Nicolasa y la entidad demandada en Santa Cruz de Tenerife a 5 de marzo de 1998, por incumplimiento imputable única y exclusivamente a la entidad demandada.*

*2.- Condeno a la mercantil demandada MARADENTROFISCH, S.L. a abonar a los actores la cantidad de cuarenta y seis millones setecientos cincuenta mil -46.750.000 ó 280.973 euros-, en concepto de daños y perjuicios ocasionadas como consecuencia del incumplimiento declarado en el apartado anterior.*

*3.- No se hace expresa condena a ninguna de las partes litigantes al pago de todas las costas causadas en el presente procedimiento".*

La representación de D. Severiano . y D<sup>a</sup> Salome presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose por dicho Juzgado Auto con fecha 16 de julio de 2003 , y que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: *"DECIDO: HA LUGAR A ACLARAR la sentencia dictada en este procedimiento con fecha 2/7/2003 , por lo que el fallo dictado se rectifica y queda como sigue:*

*Que estimando en parte la demanda formulada por los demandante D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome , representados por el Procurador de los Tribunales D. MIGUEL RODRÍGUEZ LÓPEZ, contra el demandado ENTIDAD MERCANTIL MARADENTROFISCH, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Dña. MARIA EUGENIA GARCIA GUERRERO:*

*1.- Declaro resuelto el contrato firmado por Dña. Nicolasa y la entidad demandada en Santa Cruz de Tenerife a 5 de marzo de 1998, por incumplimiento imputable única y exclusivamente a la entidad demandada, denegando el reintegro de prestaciones dadas por los contratantes a la fecha de su celebración por las razones expuestas.*

2.- *Condeno a la mercantil demandada MARADENTRO FISCH, S.L. a abonar a los actores la cantidad de cuarenta y seis millones setecientas cincuenta mil -46.750.000 pts. ó 280.973 euros-, en concepto de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento declarado en el apartado anterior.*

3.- *No se hace expresa condena a ninguna de las partes litigantes al pago de todas las costas causadas en el presente procedimiento".*

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome .

La representación de la mercantil MARADENTROFISCH, S.L. presentó escrito formulando oposición al recurso de apelación y a su vez impugnando la referida sentencia. Sustanciada la apelación, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia, con fecha 26 de enero de 2004 , con el siguiente fallo: "*Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad Maradentro Fish, S.L. se acuerda:*

1. *Se revoca íntegramente la Sentencia dictada en primera instancia.*

2. *Se desestima íntegramente la demanda formulada por Don Severiano y Doña Salome contra la entidad Maradentro Fish, S.L., absolviendo a dicha demandada de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la misma.*

3. *Queda sin objeto el recurso de apelación interpuesto por los actores.* 4. *No se hace pronunciamiento condenatorio sobre costas en ninguna de las instancias".*

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal por D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome , representados por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Angel Rodríguez López, con fecha 22 de marzo de 2004, por dicha Audiencia se dictó Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: " LA SALA DECIDE: Inadmitir la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación presentado por Don Severiano y Doña Salome ".

Contra dicha resolución se interpuso por la representación de D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome , recurso de reposición previo al recurso de queja, que fue desestimado por Auto de fecha 30 de abril de 2004 .

Con fecha 5 de octubre de 2004, la Sala Primera de este Tribunal Supremo dictó Auto, que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "*ESTIMAR EL RECURSO DE QUEJA interpuesto por el Procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome , contra el Auto de fecha 22 de marzo de 2004 , que se deja sin efecto, por el que la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Cuarta) denegó tener por preparado recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia de 26 de enero de 2004 , debiendo comunicar este Auto a la referida Audiencia para que continúe la tramitación de dichos recursos y a la que se devolverá el rollo de apelación civil nº 627/2004".*

La representación de D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome , formalizó el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de con fundamento en los siguientes motivos:

*Recurso Extraordinario por Infracción Procesal:*

Único.- Al amparo del *art. 469.1 apartado 3º de la LEC* , por vulneración del derecho a una sentencia congruente, reconocido en el derecho a la tutela judicial efectiva del *artículo 24* de la Constitución.

*Recurso de Casación:*

Único.- Infracción por indebida aplicación de los *artículos 1124 y 1541* en relación con los *artículos 1469 y 1258, todos ellos del Código Civil* , e infracción de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 18/10/84; 30/1/88; 31/10/92; 17/5/94; 2/7/94 y 13/4/99 .

Por resolución de fecha 9 de diciembre de 2004, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Carlos José

Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome en concepto de parte recurrente. Asimismo se personó el Procurador D. Celso de Cruz Ortega, en nombre y representación de la mercantil "MaradentroFisch, S.L.", en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por Auto de fecha 15 de enero de 2008 , y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Celso de la Cruz Ortega, en nombre y representación de Maradentrofisch, S.L. , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintiocho de mayo de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de los hechos.

1º D<sup>a</sup> Nicolasa era propietaria de una casa en el barrio de La Caleta, en Adeje, Tenerife. El 1 de agosto de 1997 celebró un contrato de opción de compra con MARADENTROFISH, S.L., celebrándose la compraventa, en documento privado, el 5 de marzo de 1998. El precio de la venta fue de 5 millones de pesetas (30.050,61€), más dos apartamentos *"de similares condiciones a los que se proyecte realizar en la parcela"* , pero *"debiendo tener los dos apartamentos una superficie aproximada de sesenta metros cuadrados"* . Debía efectuarse la entrega en un *"plazo aproximado de 24 meses"* .

2º La construcción se demoró, de modo que cinco meses después de haber transcurrido los 24 meses después de la firma del contrato, el 13 abril 2000, la vendedora D<sup>a</sup> Nicolasa requirió a los compradores, manifestando su voluntad de resolver el contrato por incumplimiento, a lo que se opuso la compradora. Después de la interposición de la demanda en julio de 2000, el 27 de marzo de 2001 se pusieron a *disposición de la vendedora las llaves de dos apartamentos*, que rechazaron sus sucesores, por considerar que se había producido un incumplimiento dado el retraso y la falta de adecuación de la superficie pactada para cada apartamento con la efectivamente entregada.

3º D<sup>a</sup> Emelinda, sucedida a su fallecimiento por sus hijos y herederos D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome , demandó a MARADENTROFISH, S.L. por incumplimiento del contrato, pidiendo: a) la declaración de resolución del contrato de 1998; b) que se estableciera que cada parte debía reintegrar a la otra la contraprestación recibida, por lo que MARADENTROFISH debía reintegrar el solar y la demandante, los 5 millones de pesetas; c) la estructura del proyectado edificio debía pasar a ser propiedad de los demandantes en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, y d) las costas. La demandada MARADENTROFISH, S.L., contestó que el incumplimiento provenía de la demandante, que no había resuelto los problemas registrales al no estar inmatriculada la finca, a lo que se había comprometido la vendedora.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Sta. Cruz de Tenerife, de 2 julio 2003 , estimó en parte la demanda. Consideró que existió una manifiesta voluntad de incumplir de la demandada tendente a infringir el contrato y no ejecutar los apartamentos que se obligó a entregar, lo que se deducía de la prolongada inactividad del comprador. Dicha inactividad provocó la paralización de las obras desde abril de 1999, en que el Ayuntamiento suspendió y precintó la obra, hasta noviembre de 2000. Para la resolución por incumplimiento basta que éste frustre las legítimas aspiraciones de los contratantes, que se estima acreditada *"en el supuesto en el que se presume un interés económico en ambas partes como motivador del contrato"* . Sin embargo, y a pesar de constatar el incumplimiento, no dio lugar a la resolución, sino a la indemnización de los daños y perjuicios, que cifraba en 46.750.000 Ptas. (280.973,16€).

5º Ambas partes apelaron. La sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, de 26 enero 2004 , estimó el recurso presentado por MARADENTROFISH, S.L., considerando que por ello, quedaba sin objeto el recurso de la demandante. Deben examinarse los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la resolución del contrato en base al *Art. 1124 CC* . Señala la sentencia que *"no todo incumplimiento puede producir el nacimiento bien de la facultad de pedir la resolución o de exigir el cumplimiento"* , ya que puede *"tratarse de un cumplimiento defectuoso o que afecte a cuestiones accesorias"*. a) Respecto de la superficie de los apartamentos, la sentencia dice que de acuerdo con lo pactado, no se había incumplido el contrato porque a lo que se comprometió la compradora fue a proporcionar dos que fueran similares *"en cuanto a sus características, calidades constructivas y superficies a los otros dos proyectados"*, ya que los términos del contrato no son tan estrictos y lo entregado no los inhabilita para ninguno de los usos proyectados; b) la falta de licencia de primera ocupación no es un

incumplimiento contractual, porque, además, no puede imputarse a la constructora por falta de prueba. Por ello concluye la sentencia que "[...] en el presente caso no se da un incumplimiento esencial, sino accesorio, defectuoso, inexacto o deficiente de las obligaciones asumidas por el demandado, circunscrito a un inapreciable retraso o demora en la entrega de los apartamentos, si atendemos al momento decisivo en que se le comunica la resolución del contrato [...] así como que la superficie de los apartamentos que el demandado se había obligado a construir y entregar no se ajusta exacta y completamente a las medidas pactadas, lo que solo podría conceptuarse como una desviación entre lo pactado pero no un incumplimiento, ya que no puede considerarse que les prive de ningún elemento esencial relativo a la estructura, características y uso a que pueden ser destinados los apartamentos que iban a adquirir, lo que podría dar lugar únicamente a la indemnización de daños y perjuicios, lo que podrá reclamar en otro procedimiento [...]"

6º D. Severiano y Dª Salome presentaron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, que fueron admitidos por el auto de esta Sala de 15 de enero 2008 .

### **I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

**SEGUNDO.** El *único motivo* del recurso extraordinario por infracción procesal se formula al amparo del Art. 469.1, 3º LEC , por vulneración del derecho a una sentencia congruente, reconocido en el derecho a la tutela judicial efectiva del Art. 24 CE . Dicen los recurrentes que la Audiencia Provincial niega que haya aportado pruebas para acreditar las alegaciones efectuadas relativas a la paralización de la obra, y ponen de manifiesto que se ha ignorado la prueba documental en relación a: a) estado de la obra; b) la paralización de la obra, que constaban ambas en documentos públicos; c) la licencia de primera ocupación, por lo que entienden que la sentencia recurrida no ha concedido a los documentos públicos aportados y que se relacionan en el recurso ningún valor probatorio. Por ello, la infracción efectuada en la valoración de la prueba documental tiene una grave repercusión en el pleito, produce indefensión y obliga a declarar la nulidad de la sentencia.

*El motivo se desestima.*

El problema que plantean los recurrentes se refiere fundamentalmente a la valoración de los documentos aportados en relación con las diversas vicisitudes de la obra en cuestión. Lo que hace la sentencia recurrida es valorar dichos documentos de acuerdo con los criterios aceptados y por ello no se produce la indefensión que se denuncia, porque una cosa es la prueba a que se refiere el Art. 319.2 LEC , referida a los documentos administrativos que se mencionan en el motivo y otra muy distinta que estos hechos no deban ser valorados y analizados por el Tribunal en cuanto deba determinarse si ha existido o no un incumplimiento de contrato (STS de 29 mayo 2008 , entre muchas otras, que en ella se citan).

### **II. RECURSO DE CASACIÓN.**

**TERCERO.** El *único motivo* del recurso de casación se formula al amparo del Art. 477.2.2 LEC . Se plantea por indebida aplicación de los Arts. 1124, 1541 en relación con Arts. 1469 y 1258 CC , así como las SSTs de 18 octubre 1984, 30 enero, 1988, 31 octubre 1992, 17 mayo 1994, 2 julio 1994 y 13 abril 1999 . Los argumentos del único motivo son los siguientes:

a) en relación con el retraso en la entrega de los apartamentos, la sentencia recurrida niega que se trate de un incumplimiento porque se produjo una demora inapreciable en el momento de instarse la resolución, o bien de diez meses a un año si se atiende a los hechos posteriores. Dicen los recurrentes frente a este argumento que la existencia del incumplimiento que daría lugar a la resolución del contrato es manifiesta, tal como se estimó en 1ª Instancia, de modo que cuando se instó la resolución, las obras llevaban más de un año paralizadas, tal como se probó en diversos documentos públicos aportados. Por ello, en este momento había ya transcurrido el plazo pactado, sin que se hubieran entregado los apartamentos, frustrando claramente las expectativas de la demandante/vendedora. Por ello insisten en que el retraso de más de un año en la entrega, no puede considerarse una simple demora, porque tuvo como causa la negligencia de la demandada, que provocó la paralización y el precintado de la obra.

b) Respecto a si cumplen con lo previsto en el contrato privado en relación a la superficie que cada apartamento debía tener, señalan que en el proyecto que se presentó se preveían dos apartamentos y se construyeron cuatro, lo que supone un porcentaje superior al 10% en relación a la menor cabida de lo pactado, debiéndose aplicar lo dispuesto en el Art. 1469 CC .

c) En relación a la falta de licencia de primera ocupación, se señala que frustra el interés que perseguía la actora, porque las viviendas no son habitables y por ello, no se puede tener un beneficio

económico con la venta o arrendamiento de estos apartamentos. Únicamente la demandada/recurrida es responsable de esta circunstancia.

Todo lo anterior determina, según los recurrentes, que ha existido un incumplimiento grave del contrato imputable únicamente a la demandada, por lo que debe tener lugar la resolución solicitada.

*El motivo se estima .*

La cuestión que se plantea en el recurso de casación viene referida a determinar si existió un incumplimiento resolutorio que de lugar a aplicar los remedios establecidos en el *Art. 1124 CC* . Dicho artículo reconoce al contratante perjudicado una facultad para resolver las obligaciones recíprocas cuando uno de ellos no cumpliera aquello a que se había comprometido. Hay que partir, pues, de la existencia de obligaciones recíprocas, en las que una de las partes ha cumplido y la otra no. Pero frente a los supuestos en que se ha producido una absoluta falta de prestación por parte de quien estaba obligado a ello, se producen otros en que la prestación a que se ha obligado el deudor se ha cumplido tarde, es decir, se ha producido un retraso en el cumplimiento y además se ha cumplido defectuosamente. En este caso nos encontramos ante los dos supuestos descritos, puesto que los apartamentos que forman parte del precio pactado en la compraventa se han entregado con un retraso considerable en relación con el pactado y además, a pesar de una cierta ambigüedad de la *cláusula donde se establecía la superficie de dichos apartamentos, se han entregado dos de una superficie un 10% inferior a lo pactado, incluso teniendo en cuenta dicha falta de precisión*. Por ello se va a examinar cada uno de estos elementos, para después de la valoración conjunta, determinar si se ha producido o no el incumplimiento que puede dar lugar a la resolución del contrato.

**CUARTO.** La jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Para que el retraso pueda considerarse como supuesto de incumplimiento se requiere que con él se frustre el fin del contrato, como se afirma en las sentencias de 9 marzo y 26 junio 1990 , entre otras.

La otra cuestión alegada para ejercer la acción resolutoria se refiere a la discrepancia entre lo pactado, ( "*dos apartamentos de entorno a 60 m<sup>2</sup>*") y lo realmente entregado -dos apartamentos de 50 y 43 m<sup>2</sup> respectivamente. Debemos examinar aquí si ha existido lo que la jurisprudencia denomina "incumplimiento esencial" que permite la resolución.

En el presente caso se produce la entrega de una cosa distinta de la realmente pactada. Efectivamente, a pesar de que la redacción de la cláusula relativa a la superficie de los apartamentos que debían entregarse como parte del precio permitía una oscilación en torno los 60m<sup>2</sup>, lo que se ha probado es que uno de los apartamentos tiene una superficie de 50 m<sup>2</sup> y el otro de 43 m<sup>2</sup>, lo que constituye claramente un cumplimiento defectuoso y la solución dada por la sentencia recurrida no se ajusta a los cánones interpretativos de las cláusulas de los contratos.

Concurren, en consecuencia, los elementos para declarar que ha concurrido incumplimiento.

Sin embargo, la estimación de concurrencia de incumplimiento no comporta la resolución de dicho contrato, sino la indemnización, con reposición de la sentencia de primera instancia, ya que la devolución de las cosas al mismo instante en que se hallaban en el momento de la celebración del contrato resulta imposible, al haberse derruido la primitiva casa y construido un nuevo edificio en el terreno resultante, obra que si se optara por la resolución, debería ser abonada por los demandantes, en virtud del principio del enriquecimiento injusto. Por ello, debe reponerse la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia de Sta. Cruz de Tenerife, de fecha 2 julio 2003 , que decidió en el sentido de declarar la resolución del contrato y conceder a los afectados por la misma una indemnización, sin el reintegro de las prestaciones de cada uno de los contratantes.

**QUINTO.** La estimación del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Severiano y D<sup>a</sup> Salome comporta la casación de la sentencia recurrida y la reposición de la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 4 Sta. Cruz de Tenerife, de 2 julio 2003 , que estimó en parte la demanda.

**SEXTO.** Respecto de las costas, se imponen a los recurrentes las costas generadas por el recurso extraordinario por infracción procesal de acuerdo con el *Art. 398.2 LEC* . No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, en aplicación del *Art. 398.1 LEC* , que se remite a lo dispuesto en

el Art. 394 LEC .

Se imponen las costas del recurso de apelación a la recurrente MARADENTROFISH, S.L.

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

## FALLAMOS

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Severiano y Dª Salome contra la sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, de 26 enero 2004 , dictada en el rollo de apelación nº 627/03.

2º Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Severiano y Dª Salome contra la sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, de 26 enero 2004 , que se casa y se anula.

3º En su lugar se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 Sta. Cruz de Tenerife, de 2 julio 2003 , que fue aclarada por Auto de fecha 16 de julio de 2003 , que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "*DECIDO: HA LUGAR A ACLARAR la sentencia dictada en este procedimiento con fecha 2/7/2003 , por lo que el fallo dictado se rectifica y queda como sigue: Que estimando en parte la demanda formulada por los demandantes D. Severiano y Dª Salome , representados por el Procurador de los Tribunales D. MIGUEL RODRÍGUEZ LÓPEZ, contra el demandado ENTIDAD MERCANTIL MARADENTROFISCH, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Dña. MARIA EUGENIA GARCÍA GUERRERO:*

*1.- Declaro resuelto el contrato firmado por Dña. Nicolasa y la entidad demandada en Santa Cruz de Tenerife a 5 de marzo de 1998, por incumplimiento imputable única y exclusivamente a la entidad demandada, denegando el reintegro de prestaciones dadas por los contratantes a la fecha de su celebración por las razones expuestas.*

*2.- Condeno a la mercantil demandada MARADENTROFISCH, S.L. a abonar a los actores la cantidad de cuarenta y seis millones setecientas cincuenta mil -46.750.000 pts. o 280.973 euros-, en concepto de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento declarado en el apartado anterior.*

*3.- No se hace expresa condena a ninguna de las partes litigantes al pago de todas las costas causadas en el presente procedimiento".*

4º Se imponen a los recurrentes D. Severiano y Dª Salome las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5º No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

6º Se imponen a la recurrente MARADENTROFISH, S.L. las costas de la apelación.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Roman Garcia Varela .- Francisco Marin Castan .- Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta .- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, 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 Secretario de la misma, certifico.