



Roj: **STS 80/2021 - ECLI:ES:TS:2021:80**

Id Cendoj: **28079110012021100007**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2021**

Nº de Recurso: **5027/2017**

Nº de Resolución: **6/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1689/2017,**  
**STS 80/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 6/2021**

Fecha de sentencia: 18/01/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5027/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/12/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA. SECCIÓN 3.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5027/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 6/2021**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 18 de enero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Josel S.L., representada por el procurador D. José Luis Sastre Santandreu y bajo la dirección letrada de D. Francisco Ramos Méndez, contra la sentencia n.º 307/2017, de 10 de octubre, dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el recurso de apelación n.º 301/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 616/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Palma de Mallorca, sobre reclamación de gastos derivados de la resolución de contrato de compraventa. Ha sido parte recurrida Endesa Distribución Eléctrica S.L., representada por la procuradora D.ª María del Rosario Victoria Bolívar y bajo la dirección letrada de D. José Antonio Rodríguez Álvarez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La mercantil Josel S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Endesa Distribución Eléctrica S.L., en la que solicitaba:

"Condenar a Endesa Distribución Eléctrica S.L. a pagar a mi mandante la cantidad de TRES MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE EUROS CON CUARENTA Y CINCO CÉNTIMOS (3.432.227,45 €), sin perjuicio de los **intereses** legales que se produzcan ulteriormente hasta la fecha de pago efectivo de la suma adeudada.

"Condenar a Endesa Distribución Eléctrica S.L. a realizar cuantas actuaciones sean precisas para sustituir los avales documentados en el hecho octavo de esta demanda **bien** por otros del mismo importe o **bien** de cualquier otra forma que permita la devolución de los avales por el Ayuntamiento de Palma".

2.- La demanda fue presentada el 6 de septiembre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Palma de Mallorca, fue registrada con el n.º 616/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Endesa Distribución Eléctrica S.L. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda formulada por Josel S.L. con imposición de las costas del proceso.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Palma de Mallorca dictó sentencia de fecha 18 de abril de 2017, con el siguiente fallo:

"Que, estimando parcialmente la demanda, debo condenar y condeno a Endesa Distribución Eléctrica S.L.U., a:

"I) Pagar a Josel S.L., la cantidad de 1.316.217,93 euros más **intereses** devengados, desde el 13 de junio de 2014, al tipo del **interés** legal del dinero (salvo para aquellos pagos efectuados por la actora con posterioridad a esa fecha, en los que el devengo se produce desde el pago). Esta suma comprende el importe al que ya se allanó Endesa Distribución Eléctrica S.L.U., y que ya fue entregado a la actora, por lo que en cuanto al mismo el cómputo de los **intereses** termina en el momento del ingreso en la cuenta del Juzgado.

"II) Realizar cuantas actuaciones sean precisas para sustituir los avales documentados en el Hecho Octavo de la demanda **bien** por otros del mismo importe o **bien** de cualquier otra forma que permita la devolución de los avales por el Ayuntamiento de Palma.

"Cada parte pechará con las costas causadas a su instancia más la mitad de las comunes".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Josel S.L. y Endesa Distribución Eléctrica S.L.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que los tramitó con el número de rollo 301/2017 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2017, con el siguiente fallo:

"1.º Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales D. José Luis Sastre Santandreu, en nombre y representación de "Josel S.L." contra la sentencia dictada el día 18 de abril del año en curso por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Palma, en el juicio ordinario del que el presente rollo dimana.

"2.º Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto contra la misma resolución por el procurador de los tribunales D. Frederic Ruíz Galmés, nombre y representación de "Endesa Distribución Eléctrica S.L.U.".



"3.º Se modifica la resolución recurrida en el único extremo de que la condena dineraria deberá reducirse en 173.030 €.

"4.º Se confirma la resolución recurrida en sus restantes extremos.

"5.º Se condena a "Josel S.L." al abono de las costas causadas en esta alzada por su recurso.

"6.º No se hace pronunciamiento sobre las costas causadas por el recurso de "Endesa Distribución Eléctrica S.L.U." en este segundo grado jurisdiccional".

**TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

**1.-** Josel S.L. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"MOTIVO 1.º: INEXISTENCIA DE COSA JUZGADO SOBRE GASTOS

"Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por infracción de sus arts. 222 y 400, producida en la sentencia de segunda instancia ( art. 469.2 LEC).

"MOTIVO 2.º: INEXISTENCIA DE CUESTIONES NUEVAS

"Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por infracción de sus arts. 218.1, 286, 412.2 y 460.2.3.º, producida en la sentencia de segunda instancia ( art. 469 LEC).

"MOTIVO 3.º: COSA JUZGADA SOBRE DEVENGO DE **INTERESES**

"Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por infracción de su art. 222.4.º LEC. Cometida en la sentencia de primera instancia (FD 9.º), denunciada en apelación (ap. VIII) y reiterada en la sentencia de segunda instancia (FD 7.º) ( art. 469.2 LEC).

"MOTIVO 4.º: INCONGRUENCIA POR NO RESPETAR HECHO ADMITIDO

"Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por infracción de su art. 218.1. Cometida en la sentencia de primera instancia (FD 9.º), denunciada en apelación (ap. VIII), reiterada en la sentencia de apelación (FD 7.º) ( art. 469.2 LEC).

"MOTIVO 5.º: INCONGRUENCIA POR ESTIMAR PRETENSIÓN EXTEMPORÁNEA

"Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por infracción de su art. 218.1. Cometida en la sentencia de primera instancia (FD 8.º), denunciada en apelación (ap. IX), reiterada en la sentencia de apelación (FD 8.º) ( art. 469.2 LEC).

"MOTIVO 6.º: INDEBIDA DISTRIBUCIÓN DE LAS COSTAS

"Amparado en el art. 469.1.4.º LEC, por infracción del art. 24.1 CE en relación con el art. 394.1 y 2 y 395.2 LEC. Cometida en la sentencia de 1.ª instancia (FD 10.º), denunciada en apelación (ap. X), reiterada en la sentencia de apelación (FD 9.º) ( art. 469.2 LEC).

"MOTIVO 7.º: VALORACIÓN FACTURA 2.500 €

"Amparado en el art. 469.1.4.º LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), que exige respeto a las reglas sobre la valoración de la prueba, sin incurrir en valoraciones ilógicas, no razonables o arbitrarias. La infracción, cometida en la sentencia de primera instancia (FD 5.º.I), se denunció en apelación (ap. VI) y reiterado en la sentencia de apelación (FD 5.º) ( art. 469.2 LEC).

Los motivos del recurso de casación fueron:

"MOTIVO 1.º: ERRÓNEA APLICACIÓN DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO

"Al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1124, 1303 y 1106 CC, por inaplicación o, subsidiariamente, por interpretación errónea.

"MOTIVO 2.º: *DIES A QUO* DEL DEVENGO DE **INTERESES**

"Amparado en el art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1124, 1303, 1101, 1106 y 1108 CC, por inaplicación o, subsidiariamente, por interpretación errónea.

MOTIVO 3.º: PROCEDENCIA DE LOS GASTOS DE SUCESIÓN PROCESAL

"Amparado en el art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1124, 1303 y 1106 CC, por inaplicación o, subsidiariamente, por interpretación errónea.

"MOTIVO 4.º: PROCEDENCIA DEL PAGO DEL IVA



"Amparado en el art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1124, 1303 y 1106 CC, por inaplicación o, subsidiariamente, por interpretación errónea.

"MOTIVO 5.º: RECUPERACIÓN GASTOS AVALES IBI

"Amparado en el art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1124, 1393 y 1106 CC, por inaplicación o, subsidiariamente, por interpretación errónea".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de septiembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la sociedad mercantil Josel S.L., contra la sentencia de fecha 10 de octubre de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 301/2017, dimanante de juicio ordinario n.º 616/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Palma de Mallorca".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 13 de noviembre de 2020 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de diciembre.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Antecedentes

El recurso tiene su origen en una demanda de reclamación de gastos e indemnización de daños interpuesta por el comprador frente al vendedor tras haber obtenido en otro procedimiento anterior una sentencia estimatoria de la resolución de una compraventa.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. La sentencia de esta sala 299/2014, de 13 de junio, confirmó el fallo de la sentencia de primera instancia que había estimado la demanda del comprador de resolución de la compraventa de una parcela por incumplimiento por el vendedor de la obligación de demoler un edificio ubicado en los terrenos vendidos. Esta obligación devino de imposible cumplimiento cuando, después de la celebración del contrato de venta de los terrenos, el edificio fue incluido en un catálogo de **bienes de interés cultural**.

En aquel procedimiento la compradora solicitó y obtuvo la restitución del precio con sus **intereses** desde el pago, la restitución de los gastos de otorgamiento de la escritura de compra (gastos notariales, registrales, impuesto de actos jurídicos documentados) y de los importes del impuesto sobre **bienes** inmuebles (IBI) desde la fecha de la compra hasta el otorgamiento de la escritura de formalización de la resolución.

2. El 6 de septiembre de 2016, después de la ejecución de la mencionada sentencia 299/2014, la compradora interpone nueva demanda contra la vendedora en la que solicita en total la condena al pago de 3.432.227,45 € más los **intereses** hasta su efectivo pago. Las cantidades que reclama se corresponden, fundamentalmente, con los gastos desembolsados para la ejecución del proyecto urbanístico de las parcelas, la impugnación de la catalogación del edificio, la defensa de los **intereses** urbanísticos de las parcelas (impugnaciones de las sucesivas modificaciones del planeamiento, impugnación de cuotas urbanísticas, avales, reclamación al Ayuntamiento de los gastos del proyecto) y la sucesión procesal de la vendedora en los contenciosos pendientes, todo ello con sus **intereses** desde la fecha de los respectivos pagos. Solicita también la sustitución por la vendedora de unos avales prestados por la compradora para evitar la ejecutividad de unas liquidaciones de cuotas urbanísticas.

La demandante decía ejercitar una acción de "reclamación de gastos derivados de la resolución del contrato" con fundamento en el art. 1124 CC, "que atribuye al perjudicado por la resolución de una obligación recíproca el resarcimiento de los daños ocasionados, con abono de **intereses**".

Argumentaba que, en el caso, la materialización de los daños derivados de la resolución de la compraventa celebrada el 12 de enero de 2005 se habría producido en diversas etapas: los documentados en la escritura fueron objeto del procedimiento que culminó con la sentencia 299/2014, de 13 de junio, y el resto de los daños solo se habrían materializado cuando la mencionada sentencia reconoció a la resolución efectos *ex tunc*, como si el contrato no hubiera existido.



Añadió que la mayoría de los gastos derivaban de actuaciones en vía administrativa y contencioso-administrativa posteriores a la incoación del juicio civil de resolución contractual que no habría realizado de no existir el contrato resuelto. Razonó que era irrelevante si los gastos aprovechaban o no a Endesa después de la resolución, pues estaban en función del contrato y se dirigían a garantizar la indemnidad *ex tunc* de Josel. Frente a la eventual defensa de Endesa en el sentido de que algunos recursos en la vía contenciosa habían fracasado, agregó que no se había podido aminorar el daño y que Endesa conservaba un soporte jurídico para recobrar los gastos del Ayuntamiento. Finalmente, afirmó que, en su mayor parte, los gastos reclamados comportaban un beneficio para la demandada y, de no ser restituidos, darían lugar a un enriquecimiento injusto; también que, en último extremo, los gastos reclamados serían reintegrables al amparo del art. 1902 CC.

**3.** Endesa contestó a la demanda y solicitó su íntegra desestimación.

En primer lugar, explicó que en el procedimiento anterior seguido entre las partes se resolvió el contrato de compraventa a pesar de no existir incumplimiento contractual por Endesa, a la que no cabía hacer reproche culpabilístico porque ninguna de las partes podía prever las modificaciones de la normativa urbanística que afectaron a las parcelas vendidas; invocó cosa juzgada, porque la demandante ya había ejercido en el anterior proceso que culminó con la sentencia 299/2014, de 13 de junio, una acción de daños y perjuicios al amparo de los arts. 1124 y 1106 CC; que pudo reclamar los gastos en aquel procedimiento, ya que muchos son incluso de fecha anterior a la presentación de la primera demanda e, incluso, los que son posteriores se basan en la misma causa de pedir y era previsible que continuaran aumentando.

De manera subsidiaria, para el caso de que no se apreciara cosa juzgada, alegó que algunos de los gastos que se reclamaban (los de desarrollo urbanístico) pudieron reclamarse como responsabilidad patrimonial, tal y como hicieron otros propietarios al amparo del art. 121 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, cosa que la demandante hizo extemporáneamente, tal y como resulta de las sentencias de lo contencioso-administrativo que se dictaron, por lo que la demandante incumplió su deber de mitigar el daño y no podía hacer responder de ello a la demandada; añadió que en vía contenciosa incluso pedía menos de lo que le reclamaba ahora a la demandada y que carecía de justificación que pretendiera el reembolso de los gastos que le ocasionó la defensa extemporánea; que Endesa ya no podía recuperar esos gastos del Ayuntamiento. Además, discutió que estuvieran debidamente acreditados muchos de los gastos que se reclamaban y alegó que algunos no estaban vinculados con la concreta promoción inmobiliaria, pues eran posteriores a que se suspendieran las licencias, o eran gastos que a su vez la demandante había reclamado a terceros, o fianzas que podía recuperar.

Endesa manifestó que nunca había rechazado abonar los gastos que estuvieran justificados y que fueran necesarios para la defensa jurídica de la finca o de las fincas atribuidas como consecuencia del proceso de transformación urbanística de la finca originariamente vendida, o sus derechos de aprovechamiento, si **bien** no había conseguido que la ahora demandante le enviara la oportuna justificación (defensa de los **intereses** urbanísticos de los terrenos, impugnación de las modificaciones de los terrenos, impugnación de las cuotas urbanísticas, avales). En particular, se opuso a los gastos derivados de los incidentes de sucesión procesal instados por la demandante (y, subsidiariamente, alegó la improcedencia de partidas concretas que consideraba que no estaban justificadas).

De manera subsidiaria alegó la necesaria minoración de la cantidad reclamada en atención a lo que consideraba errores de la demandante (al incluir el IVA de las facturas, no descontar el efecto financiero positivo que supone diferir una mayor cuota en el impuesto de sociedades, minoración de **intereses**, cálculo conforme al **interés** legal).

**4.** En la audiencia previa, Endesa solicitó el requerimiento a Josel para que aportara como prueba más documental sobre las actuaciones practicadas en diversos procedimientos contenciosos.

Acordada por el juzgado la diligencia de exhibición documental, Josel aportó nueva documentación y, tras su examen, Endesa se allanó parcialmente en el acto del juicio y, mediante posterior escrito, ratificó su allanamiento al pago de 553.186,40 euros. En particular, el allanamiento se refería a los procedimientos contenciosos en materia de planeamiento o de cuotas de urbanización relativos a la finca vendida o a los derechos resultantes del proceso de su transformación urbanística terminados (entre los que se incluían las actuaciones contra la catalogación del edificio GESA) o en tramitación y respecto de los cuales Endesa había podido suceder a Josel.

**5.** El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a Endesa, además de a la sustitución de los avales, a pagar a Josel la cantidad de 1.316.217,93 euros más **intereses** devengados desde el 13 de junio de 2014 (fecha de la sentencia que estimó la demanda de resolución), al tipo del **interés** legal del dinero (salvo para aquellos pagos efectuados por la actora con posterioridad a esa fecha, en los que el devengo se produce desde el pago); respecto del importe al que se había allanado Endesa, y que estaba comprendido en la cantidad a la



que se condenaba, la sentencia precisó que el cómputo de los **intereses** terminaba en el momento del ingreso en la cuenta del juzgado (FD 11.º).

Interponen recurso de apelación ambas partes.

6. La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por Josel y estima en parte el recurso de apelación interpuesto por Endesa con la consecuencia de que modifica la sentencia de primera instancia "en el único extremo de que la condena dineraria deberá reducirse en 173.030 €". Esta cantidad se corresponde con los denominados gastos de sucesión procesal reclamados por Josel y que la Audiencia considera que no deben ser reembolsados por Endesa.

7. La demandante interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación. Solicita la casación parcial de la sentencia de segunda instancia y la estimación de todas las pretensiones de su demanda.

8. En su escrito de oposición la recurrida solicita la desestimación de los recursos y la confirmación de la sentencia de segunda instancia.

### Recurso por infracción procesal

**SEGUNDO.** El recurso por infracción procesal consta de siete motivos.

1. *Planteamiento del primer motivo.* El primer motivo, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia infracción de los arts. 222 y 400 LEC.

En su desarrollo argumenta que la infracción se ha producido en la sentencia de segunda instancia ( art. 469.2 LEC) al apreciar que existe cosa juzgada en la reclamación de los gastos profesionales de los proyectos, tasas urbanísticas y de las comisiones por avales relativos a las impugnaciones de las cuotas del IBI.

El motivo se desestima por lo que decimos a continuación.

2. *Decisión de la sala. Desestimación del primer motivo.* A la demanda de resolución se pueden acumular las pretensiones accesorias de restitución e indemnización de daños, pero la acumulación es una facultad y no una obligación ni una carga. En el caso, se solicitó la declaración de resolución contractual por incumplimiento y la restitución de las prestaciones más los gastos de otorgamiento del contrato y el IBI pagado por la compradora. Ahora lo que se pide es, fundamentalmente, el abono de los gastos desembolsados por la compradora que resolvió en relación con el desarrollo urbanístico y el planeamiento hasta que se hizo efectiva la restitución, por lo que no hay cosa juzgada ni preclusión. Hay que añadir además que, en el caso, la demandada, que en su contestación a la demanda invocó cosa juzgada con apoyo fundamentalmente en la tesis de que despliega sus efectos tanto respecto de las cuestiones deducidas como de las deducibles en el primer proceso, posteriormente se allanó a la reclamación de diversas partidas reclamadas.

Sin embargo, el motivo no puede ser estimado porque la sentencia de la Audiencia no basa en la existencia de cosa juzgada su decisión desestimatoria de la reclamación de los conceptos a que se refiere en este motivo la recurrente, sino que es un argumento que añade a otras consideraciones materiales.

Así, por lo que se refiere a los gastos de proyectos y tasas de licencias la Audiencia se basa en el deber de mitigación del daño a cargo del perjudicado, sobre el que argumenta ampliamente, y considera que en el caso Josel actuó con falta de diligencia, ya que las sentencias de lo contencioso administrativo desestimaron la acción de responsabilidad patrimonial por su ejercicio extemporáneo, al haber dejado Josel pasar el plazo de prescripción. También advierte que las afirmaciones de Josel acerca de que no se han agotado las posibilidades de reclamación de tales gastos por parte de Endesa son contradichas por las consideraciones de Endesa. Solo al final añade que se trata de una cuestión cubierta por el efecto de la cosa juzgada material que emana de la sentencia dictada en el anterior proceso.

Que la sentencia recurrida ha tomado en consideración argumentos de fondo para desestimar las pretensiones de la demandante queda confirmado por la impugnación que lleva a cabo la recurrente en el primer motivo de su recurso de casación. En definitiva, aunque la sentencia recurrida contenga afirmaciones que podrían ser incorrectas por lo que se refiere a la cosa juzgada y a la preclusión, en la medida en que no han sido las razones de su decisión, no procede la estimación del motivo, dado que su apreciación carecería de efecto útil.

Por lo que se refiere a las comisiones por los avales para las reclamaciones del IBI, para desestimar el motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandante, que reprochó al juzgado que no se refiriera expresamente a estos gastos, la Audiencia toma en consideración que fue la demandante quien incluyó este concepto en el hecho segundo de su demanda, bajo el epígrafe de gastos incurridos en el desarrollo urbanístico (cuya reclamación se rechaza por incumplimiento del deber de mitigar el daño) y añade que, para incluirlo como gasto, la demandante debía acreditar el menoscabo que sufrió con el desembolso, la diferencia entre la



reducción del IBI de que se benefició y el importe de los avales, sin que haya acreditado nada al respecto. Solo después alude a que se trata de una cuestión cubierta por el efecto negativo de la cosa juzgada.

En este caso, por tanto, aun cuando en el procedimiento anterior se reclamó y se obtuvo la condena a Endesa a pagar el IBI correspondiente al tiempo transcurrido desde la compra de la finca hasta que se hiciera efectiva la restitución, y cabría pensar que entonces debió solicitar que esa cantidad se incrementara en la cuantía de los gastos en los que había incurrido Josel para que esas cantidades fueran tales y no las inicialmente giradas por la Administración, lo cierto es que no hubiera podido hacer valer tal reclamación porque las comisiones son posteriores a la demanda de resolución del contrato, en la que se solicitó el pago de las cuotas pagadas y las que se devengarán hasta la restitución de la finca. Con todo, la sentencia recurrida contiene afirmaciones de fondo que, de hecho, son impugnadas por la recurrente en el motivo quinto de casación por lo que, de ser incorrecta la afirmación de la sentencia recurrida sobre la cosa juzgada y la preclusión, la estimación del motivo carecería de efecto útil.

En consecuencia, el motivo primero se desestima.

**3. Planteamiento del segundo motivo.** El segundo motivo, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia infracción de los arts. 218.1, 286, 412.2 y 460.2.3.º LEC.

En su desarrollo alega que la infracción se ha producido en la sentencia de segunda instancia ( art. 469 LEC), al apreciar que son cuestiones nuevas, no alegables en apelación, la posibilidad de que la demandada recupere los gastos del proyecto y tasas al amparo de la legislación urbanística y del convenio suscrito con el Ayuntamiento y la posibilidad de que el proyecto y las tasas pagadas puedan resultar útiles a la demandada. Argumenta que ambas cuestiones se plantearon en la demanda y fueron objeto de discusión entre las partes, primero en la contestación de la demanda de Endesa y luego en su oposición al recurso de apelación.

El motivo se desestima por lo que decimos a continuación.

**4. Decisión de la sala. Desestimación del motivo segundo.** Es doctrina reiterada que la sentencia no puede apartarse de la causa de pedir y no puede decidir por causa diferente a aquella por la que se pide, aunque lo pedido pudiera ser procedente por la causa distinta, ya que, en otro caso, se colocaría al demandado en indefensión. A lo expuesto debe añadirse que, como declara la sentencia 491/2006, de 18 de mayo, reiterada en la 669/2011, de 4 de octubre,

"las acciones deben ser ejercitadas con claridad y precisión, sin que quepa el efecto sorpresivo, ni someter a la contraparte y al tribunal al esfuerzo de averiguar el fundamento de lo que realmente se pretende en la demanda. Por ello, aun cuando la individualización e identificación de la *causa petendi* tiene lugar por los hechos jurídicos relevantes a tal efecto, sin embargo, cuando son equívocos o permiten diversas perspectivas jurídicas, debe concretarse la norma jurídica cuyo efecto se pretende". El ordenado desarrollo del proceso, unido a la necesidad de evitar la indefensión que podría provocar a la contraparte, es determinante de la prohibición de modificar lo que sea objeto del proceso una vez fijado en la demanda y en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, a cuyo efecto el art. 412 LEC prohíbe su alteración, de tal forma que, de acuerdo con los clásicos brocardicos *lite pendente nihil innovetur* y *non mutatio libelli*, no cabe posteriormente mutar la demanda (en este sentido, sentencia 345/2011, de 31 de mayo), afirmándose en la sentencia 499/2008, de 4 de junio que "su alegación posterior fuera de los escritos rectores, es extemporáneo y va contra los principios procesales de igualdad de armas, y desde luego, provoca una situación procesal anómala".

Partiendo de las anteriores premisas, el motivo debe ser desestimado.

En función de la causa por la que se solicite el abono de los gastos e inversiones realizados en la cosa que se restituye, la utilidad obtenida por la otra parte puede ser un dato relevante ( arts. 453.II, 1518.2.º, 1652.I CC, de una parte, frente a lo que resulta de la aplicación de los arts. 1123.II, 11211.6.ª y 487 CC, o 1573 CC, que excluyen toda compensación por las mejoras). Por ello, incumbía a la demandante, ahora recurrente en casación, fijar con claridad los hechos y la causa jurídica que amparaba su pretensión.

En primer lugar, por lo que se refiere a los gastos de arquitectos, licencias, profesionales y demás detallados en la demanda, literalmente la demandante dijo en su demanda que "es irrelevante que puedan aprovechar o no a Endesa. Lo cierto es que son gastos realizados en función del contrato" y, si **bien** a continuación, de manera preventiva ante la posible defensa de Endesa, mencionó que había intentado sin éxito eliminar gastos reclamando contra la Administración, y también que "en su mayor parte" los gastos relacionados con la defensa de los **intereses** de la propiedad en el desarrollo de la gestión de la finca comportaban un beneficio para la demandada, relacionó esa afirmación con la invocación genérica de un enriquecimiento injusto, sin concretar a qué gastos se refería de todos los solicitados, ni en qué consistiría ese beneficio ni con qué fundamento jurídico debía exigirse a Endesa su pago.



En su contestación a la demanda la demandada no se refirió a la utilidad de los gastos, sino que adujo la causa por la que la demandante invocó la resolución del contrato en el primer procedimiento seguido entre las partes (el incumplimiento de la obligación de la vendedora de demoler un edificio que estaba en los terrenos vendidos), los efectos lesivos que para los propietarios tuvo la modificación del planeamiento por el Ayuntamiento y cómo otros propietarios, al amparo de la regulación existente, reclamaron con éxito contra la Administración exigiendo su responsabilidad patrimonial, lo que la demandante realizó sin éxito por haber realizado su reclamación de manera extemporánea. En su escrito por el que ratificó el allanamiento parcial que adelantó en el juicio verbal, la demandada se allanó a abonar gastos de defensa de la propiedad y gastos útiles, pero reiteró su rechazo al abono de los gastos de desarrollo del proyecto (y los gastos relativos al recurso contencioso-administrativo seguido para su reclamación frente a la Administración) fundamentalmente con el mismo argumento de que fue la negligencia de Josel lo que le impidió recuperar estos gastos de la Administración.

No se puede reprochar a la demandada que se opusiera a los argumentos desarrollados por la demandante en su recurso de apelación acerca de la utilidad para Endesa del proyecto y las licencias porque podría aprovecharlos para la explotación de las nuevas parcelas, y el hecho de que las sentencias de lo contencioso se dictaran durante el tiempo de tramitación del procedimiento civil no excluye que la demandante hubiera podido invocar ya en su demanda la beneficiosa finalidad perseguida por sus actuaciones. Por esta razón, no resulta incorrecta la observación de la Audiencia de que la utilidad de los gastos realizados era "un tema nuevo" no planteado en el escrito rector instaurador de la *litis*. Con todo, hay que observar que la Audiencia no dejó de pronunciarse sobre el fondo del asunto y descartó la procedencia del reembolso de los gastos de profesionales, tasas y licencias del proyecto por lo que consideró incumplimiento de Josel de su deber de mitigar el daño y la extemporaneidad con que ejercitó la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración, de modo que la recurrente ha podido impugnar el acierto de la valoración de la sentencia recurrida en el recurso de casación (motivo primero).

En segundo lugar, la Audiencia afirma también que es cuestión nueva introducida en la alzada y, por tanto, excluida del ámbito de la apelación ( art. 456.1 LEC), la referida a la subsistencia de las posibilidades de Endesa de recuperar del Ayuntamiento los gastos que la demandante reclamó al Ayuntamiento, a pesar de que, a efectos de relativizar la posible defensa de Endesa del incumplimiento del deber de mitigar el daño, la demandante aludió tímidamente a esta cuestión en su demanda cuando dijo que Endesa podría recuperar los gastos en virtud del convenio urbanístico firmado el 13 de enero de 2003 (antes de la compraventa) con el Ayuntamiento.

Sin embargo, la recurrente omite que la alusión de la Audiencia a la existencia de cuestión nueva va seguida de un razonamiento en cuanto al fondo en el que, tras valorar las alegaciones de Endesa en su oposición al recurso (en el que la demandante sí desarrolló las razones por las que Endesa podía reclamar exitosamente contra el Ayuntamiento), la Audiencia concluye que "a pesar del esfuerzo argumentativo de la parte apelante, no se observa que en la actualidad Endesa pueda intentar las vías de resarcimiento que Josel halló cerradas, y ello porque carece a tal efecto de la correspondiente legitimación activa que no se deriva de la condición de propietario de la finca registral n.º 96.213, sino de la de perjudicado por la actuación administrativa, posición que solo puede ocupar Josel".

En definitiva, el motivo segundo se desestima porque aunque se pudiera considerar que, a pesar de la falta de precisión de la demanda, no era totalmente exacta la apreciación de cuestión nueva, la estimación del motivo carecería de efecto útil, pues la Audiencia rechazó la pretensión de la demandante de reclamar los gastos de que ahora se trata por motivos de fondo diferentes de los que se invocan en este recurso por infracción procesal.

En consecuencia, el motivo segundo se desestima.

**5. Planteamiento del tercer motivo.** El tercer motivo, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia infracción del art. 222.4.º LEC.

En su desarrollo alega que la infracción se produjo en la sentencia de primera instancia (FD 9.º), fue denunciada en apelación (ap. VIII) y reiterada en la sentencia de segunda instancia (FD 7.º) ( art. 469.2 LEC). Argumenta que las sentencias de instancia, al fijar los **intereses** desde la fecha de la sentencia que declaró la resolución del contrato, desconocen el efecto positivo de la cosa juzgada, ya que, en aquella sentencia, para las cantidades que se restituyeron, se fijó el devengo de **intereses** desde el pago.

El motivo se desestima por lo que decimos a continuación.

**6. Decisión de la sala. Desestimación del motivo tercero.** La cuestión del momento del devengo de los **intereses** en caso de condena al pago de una cantidad de dinero es cuestión jurídica que está en función de la





acción ejercitada y, por tanto, es ajena al objeto propio del recurso por infracción procesal. No vincula en este procedimiento el criterio adoptado en el anteriormente seguido por las mismas partes y en el que se reconocieron unas pretensiones diferentes a las que aquí se discuten. La misma parte recurrente plantea como cuestión jurídica en el motivo segundo del recurso de casación la referida al *dies a quo* del devengo de **intereses**.

En consecuencia, el motivo tercero se desestima.

**7. Planteamiento del motivo cuarto.** Al amparo del art. 469.1.2.º LEC denuncia infracción del art. 218.1 LEC.

En su desarrollo alega que la infracción se produjo en la sentencia de primera instancia (FD 9.º), fue denunciada en apelación (ap. VIII) y reiterada en la sentencia de apelación (FD 7.º) ( art. 469.2 LEC).

Argumenta que la sentencia recurrida incurre en incongruencia al no admitir un hecho aceptado sin discusión por ambas partes, el del pago de los **intereses** desde la fecha de cada factura.

El motivo se desestima por lo que decimos a continuación.

**8. Decisión de la sala. Desestimación del motivo cuarto.** La admisión de hechos relevantes para la decisión del asunto vincula al juzgador por cuanto los excluye del objeto de la prueba, la cual solo ha de recaer sobre los hechos controvertidos ( art. 281.3 LEC). Por tanto, caso de concurrir, el desconocimiento por el juzgador de la doctrina relativa al carácter vinculante de los hechos admitidos por las partes no se podría suscitar como vulneración del principio de la congruencia, que hace referencia a la armonía entre lo pretendido y lo resuelto, por lo que realmente la infracción denunciada debió haberse articulado con otra base procesal, tal y como advirtió la sentencia 952/2011, de 4 enero.

Sucede por otra parte que la determinación del momento del devengo no es un hecho, sino una cuestión jurídica que la recurrente plantea nuevamente en el recurso de casación. Por lo demás, si lo que se quiere decir es que la demandada se conformó con el pago de **intereses** desde la fecha de cada factura de las cantidades reclamadas (lo que realmente no se desprende de la petición principal de desestimación íntegra de la demanda) el motivo tampoco podría ser estimado, porque no estaríamos ante la infracción que se denuncia de vulneración por el juzgador del carácter vinculante de los hechos admitidos.

En consecuencia, el motivo cuarto se desestima.

**9. Planteamiento del quinto motivo.** El motivo quinto, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia infracción del art. 218.1 LEC, según se dice, cometida en la sentencia de primera instancia (FD 8.º), denunciada en apelación (ap. IX), y reiterada en la sentencia de apelación (FD 8.º) ( art. 469.2 LEC).

En su desarrollo alega que la sentencia incurre en incongruencia por estimar una pretensión extemporánea de la demandada que ha supuesto una rebaja de la condena, cuando para ejercer esa pretensión Endesa debió reconvenir o reservarse su pretensión para un procedimiento posterior. Alega que la existencia de un contrato de arrendamiento concertado por la demandante con la empresa Malla, y en cuya virtud la demandante obtuvo unos presuntos frutos de las fincas, fue un hecho nuevo que no fue objeto de contradicción en el momento procesal oportuno al no ser invocado por la demandada en su contestación a la demanda.

El motivo se desestima por lo que decimos a continuación.

**10. Decisión de la sala. Desestimación del motivo quinto.** Respecto de la cantidad que se descontó de lo reclamado por la demandante y referido a los ingresos que había obtenido por un contrato de cesión, la Audiencia rechazó la alegación de la demandante ahora recurrente de que había sido invocada de modo extemporáneo por Endesa y de que era un hecho notorio la existencia de las vallas. La Audiencia utilizó el siguiente argumento: "Resultaba difícil, más **bien** imposible, para Endesa conocer de la existencia del contrato de arrendamiento generador de esos ingresos de 55.890 euros en el momento de contestar la demanda ya que se trataba de un hecho nacido en el giro o tráfico propio de Josel al que Endesa no podía tener acceso y que, de hecho, solo pudo constatarse con certeza mediante diligencia final".

La existencia de las vallas no permite concluir que Endesa supiera de la existencia de los contratos de arrendamiento y conociera los ingresos de Josel por ese concepto. Examinadas las actuaciones, esta sala debe concluir, al igual que hizo la Audiencia que, en efecto, Endesa (que en su contestación a la demanda solicitó que se descontaran de lo reclamado lo que ella valoraba como beneficios obtenidos por la demandante) solo pudo tener conocimiento de la cesión por parte de Josel de espacios publicitarios en la finca a raíz de la aportación en la audiencia previa por parte de Josel de un documento consistente en un acta notarial de remisión de documentos y respecto del cual Josel, en su demanda, solicitó el reintegro de los honorarios del notario. Rechazado este gasto por Endesa en su contestación a la demanda por considerar que no estaba acreditado que se refiriera a los gastos solicitados, Josel aportó el acta con unas cartas remitidas a empresas,



entre las que se hacía referencia al contrato de cesión de espacios publicitarios a la empresa Malla. Al amparo del art. 286.3 y 435.ª LEC se practicó prueba como diligencia final consistente en la aportación por Malla de los contratos de arrendamientos y las facturas emitidas, y en ese momento pudo Josel alegar y desvirtuar la realidad y exactitud de las facturas ( art. 236.3 LEC).

En definitiva, contra lo que dice la ahora recurrente, la solicitud de que se tuvieran en cuenta las cantidades ingresadas por cesión de los espacios publicitarios no se introdujo de manera extemporánea.

Por lo demás, tanto si se considera que se trata de la aplicación de la excepción *compensatio lucri cum damno* en sede de liquidación de los daños indemnizables a la hora de fijar cuál es el daño realmente sufrido como si se trata de la liquidación de una situación posesoria en la que la vendedora abonó los **intereses** del precio desde el momento del pago y la compradora restituye los beneficios obtenidos por el alquiler de las vallas publicitarias, no estaríamos ante una nueva pretensión de la demandada frente a la demandante, por lo que no sería exigible la reconvención ni la reserva para un proceso ulterior, y lo cierto es que, como ha quedado dicho, la cuestión pudo ser debidamente controvertida por la ahora recurrente cuando se alegó.

En consecuencia, el motivo quinto se desestima.

**11. Planteamiento del sexto motivo.** El sexto motivo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, denuncia infracción del art. 24.1 CE en relación con los arts. 394.1 y 2 y 395.2 LEC.

En su desarrollo alega que la infracción fue cometida ya por la sentencia de 1.ª instancia (FD 10.º), denunciada en apelación (ap. X) y reiterada en la sentencia de apelación (FD 9.º) ( art. 469.2 LEC), por indebida distribución de las costas de la primera instancia. Argumenta que "en la demanda se ejercitan varias acciones acumuladas sobre diversos daños ocasionados por hechos distintos perfectamente identificados y cuantificados" y que se han estimado unas acciones y desestimado otras, por lo que procede un pronunciamiento individualizado de las costas para cada una de las acciones ejercitadas. En particular, reprocha a la sentencia recurrida que no se hayan impuesto a Endesa las costas de su allanamiento parcial cuando, según argumenta, el art. 395.2 LEC no distingue entre allanamiento total o parcial.

El motivo se desestima por lo que decimos a continuación.

**12. Decisión de la sala. Desestimación del motivo sexto.** Respecto de la infracción de los artículos sobre costas en el recurso por infracción procesal es doctrina reiterada de la sala, sintetizada en el auto de fecha 26 de septiembre de 2018 (rec. 1470/2016), que su vulneración no encaja en ninguno de los motivos tasados en el art. 469.1 LEC,

"dado que el pronunciamiento relativo a las costas no se regula en la ley de enjuiciamiento dentro de las normas sobre las resoluciones judiciales, en los arts. 206 a 215, sino que es tratado en diferente Libro de la ley (Libro II, Título I, Capítulo VIII, arts. 394 a 398 LEC), donde se establecen las disposiciones relativas a la condena en costas, que, evidentemente, no tienen cabida en el motivo segundo, del art. 469.1 LEC, referido únicamente a normas reguladoras de la sentencia, ni tampoco en el motivo tercero del mismo precepto, atinente a normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad o hubiere podido producir indefensión; obviamente la falta de un motivo en que tenga encaje la vulneración de las normas sobre costas es razón bastante para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes, ni siquiera para el control del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el régimen de la LEC de 1881, pues ya era reiterada la doctrina sobre la exclusión de toda revisión del criterio subjetivo, en orden a la concurrencia o no de circunstancias relativas a temeridad o buena fe, para atemperar el criterio objetivo, sustentar la condena o relevar de la misma en los casos regidos por el criterio subjetivo. La exclusión del recurso extraordinario por infracción procesal es, por otra parte, acorde con el reforzamiento de la naturaleza instrumental del proceso, por ello no es de extrañar que cuestiones adjetivas de tanta amplitud como las correspondientes a la ejecución, no puedan acceder a este medio de impugnación, es más, incluso están excluidas como regla general del recurso de apelación (cfr. art. 562.1 LEC); de ahí que sea coherente con este sistema de recursos el que se exceptúe del extraordinario procesal la denuncia de vulneraciones de las normas reguladoras de las costas. Corroboración esta conclusión la explícita previsión del recurso de apelación sobre costas, en el art. 397 LEC, de modo que la LEC 1/2000, de 7 de enero, ha optado porque la función de unificación que corresponde a los órganos jurisdiccionales no vaya más allá del ámbito de cada Audiencia Provincial, a través de las resoluciones que dicten en grado de apelación; asimismo esa expresa referencia al recurso de apelación en materia de costas, sin mención del recurso extraordinario patentiza que sólo se contempla el devolutivo ordinario. Criterio el expuesto que constituye doctrina reiterada de esta Sala".



Las sentencias 607/2018, de 6 noviembre, y 56/2019, de 25 enero, tras recordar la subsistencia de esta doctrina, han admitido que puede sin embargo revisarse la decisión del tribunal de apelación, por verse afectada la tutela judicial efectiva, en aquellos supuestos en que se aparte de las reglas generales sobre vencimiento en materia de condena en costas y, sin embargo, no motive su decisión.

Nada de esto sucede en el presente caso.

La sentencia de primera instancia consideró que, al estimarse parcialmente la demanda, no procedía la imposición de costas a ninguna de las partes ( art. 394.2 LEC). Previamente, el juzgado, en el auto de 1 de febrero de 2017 dictado al amparo del art. 21.2 LEC, no hizo ningún pronunciamiento sobre costas, al entender que debía quedar diferido al momento en que se dictara sentencia, cuyo pronunciamiento sobre costas se extendería a la primera instancia en su integridad. Basó esta decisión en que el art. 395.2 LEC se remite al art. 394.1 LEC, que adopta como criterio principal el del rechazo o la estimación total de las pretensiones en la primera instancia de modo que, no siendo posible conocer si finalmente en primera instancia se producirá la estimación íntegra de la demanda o solo parcial, procede aguardar a la decisión final sobre la primera instancia. La demandante no recurrió en apelación este auto.

La sentencia de la Audiencia que resolvió el recurso de apelación contra la sentencia del juzgado confirmó el criterio del juzgado y desestimó el motivo de apelación de la demandante dirigido a que se dividieran las costas. Para ello tuvo en cuenta que, en el caso, no existe acumulación de acciones sino una única acción de resarcimiento de los daños que son consecuencia de una resolución contractual; que la jurisprudencia citada por la demandante en la que se admitía la división de las costas se refería a supuestos de acumulación subjetiva de acciones y en un caso como el de autos, que a lo sumo sería de acumulación objetiva de acciones, las costas generadas para cada una de las distintas pretensiones son inescindibles y no se ve posible distinguir las ocasionadas por cada una de las actuaciones procesales a los efectos de llevar a cabo la distribución solicitada; finalmente, y en cuanto al allanamiento parcial, porque se produce el efecto de diferir el pronunciamiento sobre la estimación total o parcial de la demanda al final del litigio y a ese mismo momento procesal se pospone el pronunciamiento en costas causadas en la totalidad del pleito, con aplicación de las reglas generales del art. 394 LEC.

En definitiva, no hay infracción de la tutela judicial por falta de motivación ni esta es arbitraria. Ni el art. 21.2 ni el art. 395 LEC se ocupan de las costas en caso de allanamiento parcial y la Audiencia ha considerado que la resolución sobre las costas debe ser unitaria, posponiendo el pronunciamiento único sobre costas al momento en que se ha de dictar la resolución definitiva, en atención a que todas las pretensiones nacen del mismo título y están muy conectadas entre sí aunque puedan ser objeto de pronunciamientos diferentes.

En consecuencia, el motivo sexto se desestima.

**13. Planteamiento del séptimo motivo.** El motivo séptimo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), que exige respeto a las reglas sobre la valoración de la prueba, sin incurrir en valoraciones ilógicas, no razonables o arbitrarias. Se alega que la infracción fue cometida en la sentencia de primera instancia (FD 5.º.I), se denunció en apelación (ap. VI) y fue reiterado en la sentencia de apelación (FD 5.º) ( art. 469.2 LEC). En su desarrollo cita el art. 326.2 LEC (fuerza probatoria de los documentos privados).

El motivo se refiere a la valoración de la factura de 2.500 € de fecha 29 de marzo de 2011 aportada como documento 126 de la demanda. Explica que, por un error burocrático, aportó el justificante de pago por otra empresa de una factura diferente (el mismo error se cometió en la audiencia previa al aportar erróneamente el documento 126 bis), que subsanó el error al aportar el documento 126 ter en el recurso de apelación, y que en el informe del auditor aportado como documento 299 estaba acreditado el pago de la factura. Argumenta que, al no considerar acreditado el gasto, la sentencia recurrida incurre en una valoración ilógica, no razonable y arbitraria. Considera que, en todo caso, la atención se ha desviado hacia el pago, cuando lo relevante es que la factura iba a su nombre.

El motivo se desestima por lo que decimos a continuación.

**14. Decisión de la sala. Desestimación del motivo séptimo.** En nuestro sistema procesal civil, como regla general, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el art. 469 LEC. Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24CE -en este sentido, SSTs 101/2011, de 4 de marzo, 263/2012, de 25 de abril y 123/2016 de 3 marzo, entre otras muchas-.



En el presente caso, el juzgado consideró que de la documentación aportada resultaba que el pago se había efectuado por un tercero, y no por Josel. La Audiencia confirmó que no estaba justificado que Josel hubiera efectuado el pago de la mencionada factura, rechazó que pudiera tenerse por aportado un documento nuevo sin ni siquiera haberse propuesto prueba en la alzada y señaló que la forma adecuada para acreditar un gasto que se reclama es la factura debidamente abonada, lo que no podía suplirse por las manifestaciones del auditor. La recurrente entiende que se ha incurrido en error en la valoración de la prueba y que debe ser reembolsada del gasto recogido en la mencionada factura.

El motivo adolece de una deficiente formulación, lo que ya sería por sí solo causa de desestimación. Así, junto con el error de la valoración de la prueba que invoca, en su desarrollo acumula cuestiones diferentes, como el que no se tuviera por presentado en la apelación el documento justificativo del pago (lo que, en caso de haberse solicitado, lo que no se hizo, y denegado indebidamente, por concurrir los requisitos del art. 270 LEC, debería ser objeto de una denuncia diferente del error de la valoración de la prueba). También cuestiona que se atienda a quién ha pagado, cuando lo relevante, según dice, sería a nombre de quién va la factura, con independencia de las relaciones pendientes entre quien paga y el obligado (lo que sería cuestión jurídica de fondo relativa a los presupuestos del reembolso, ajena al recurso por infracción procesal).

Por lo demás, centrada la denuncia en el error en la valoración de la prueba, el motivo también debe desestimarse, pues la valoración de la prueba entra dentro del ámbito de la sana crítica, y no resulta ilógico ni arbitrario considerar que, partiendo del único documento aportado en el momento procesal oportuno (la factura a nombre de Josel sin aportar justificante de pago alguno), no quedó acreditado el gasto que se reclamaba, sin que la inclusión de la factura por el auditor entre los gastos de la empresa pudiera suplir la falta del justificante de pago. La naturaleza extraordinaria con que se admite la denuncia del error de la valoración de la prueba en el recurso por infracción procesal excluye que esta sala se convierta en una tercera instancia y, en el caso, no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico ni existe error patente.

En consecuencia, el motivo séptimo se desestima.

### Recurso de casación

**TERCERO.** El recurso consta de cinco motivos.

**1. Planteamiento del primer motivo.** Al amparo del art. 477.1 LEC, denuncia infracción de los arts. 1124, 1303 y 1106 CC, por inaplicación o, subsidiariamente, por interpretación errónea del deber de mitigar el daño.

En su desarrollo razona que, al considerar que no procede la restitución de los gastos profesionales de desarrollo de los proyectos y de las tasas de las licencias porque no prosperó la reclamación de Josel frente al Ayuntamiento para la restitución de estas partidas, se infringe la doctrina del "pleno resarcimiento de los gastos y daños y perjuicios producidos en caso de resolución contractual por incumplimiento de lo pactado".

El motivo va a ser desestimado por lo que se dice a continuación.

**2. Decisión de la sala. Desestimación del motivo primero.** La recurrente invoca a favor de su tesis la doctrina del pleno resarcimiento de "gastos y daños y perjuicios", pero una cosa es la restitución y consiguiente liquidación de la relación contractual resuelta y otra el resarcimiento de daños. En Derecho español el art. 1124 CC reconoce al contratante que resuelve, además de la restitución de las prestaciones (que carece de una regulación específica, lo que ha dado lugar a numerosas dudas acerca del régimen aplicable a la restitución de las prestaciones y a la liquidación de la relación por lo que se refiere al régimen de frutos, gastos y mejoras), el resarcimiento de daños (que debe entenderse referida a los parámetros del art. 1106 CC). En particular, si **bien** se admite que no es presupuesto de la resolución que el incumplimiento sea imputable, de modo que la facultad de resolución procede también en caso de imposibilidad sobrevenida fortuita, no sucede lo mismo con el resarcimiento de daños, ya que no procede la indemnización de daños cuando el incumplimiento resolutorio no es imputable al deudor.

En el caso, la sentencia 299/2014, de 13 de junio, confirmó la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación del vendedor de demoler un edificio que se encontraba en la finca vendida como consecuencia de su declaración como **bien** de **interés cultural**, es decir, que el cumplimiento devino imposible sobrevenidamente por causa no imputable al vendedor. En la demanda que da lugar a este recurso, la compradora dijo ejercitar la acción al amparo del art. 1124 CC, "que atribuye al perjudicado por la resolución de una obligación recíproca el resarcimiento de los daños ocasionados, con abono de **intereses**". Es decir, se decía ejercitar una acción de indemnización de daños y, si **bien** las cantidades que se reclamaban se corresponden con gastos en los que había incurrido la compradora en relación con la finca adquirida y sus derechos de aprovechamiento urbanístico, no se invocó en la demanda la aplicación de las reglas de liquidación de la relación contractual resuelta. La alusión en la demanda a que era irrelevante la utilidad para Endesa de los



gastos que se reclamaban podría interpretarse como que, siendo inútiles se reclamaban como daños, porque tampoco se invocó que se tratara de gastos necesarios que permitieran conservar el valor de la finca que se había restituido, aunque al mismo tiempo se apuntó que "eran gastos relacionados con la defensa de los **intereses** de la propiedad en el desarrollo de la razonable gestión de una finca destinada a promoción inmobiliaria, que en su mayor parte comportan, además un beneficio manifiesto para la demandada", y Endesa ha admitido el reintegro de aquellos gastos que considera necesarios o útiles siempre que la demandante no hubiera podido recuperarlos a través de una tempestiva reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En efecto, como ha quedado dicho al analizar el motivo primero del recurso por infracción procesal, la demandada se opuso al reembolso de los gastos de desarrollo del proyecto porque la demandante pudo recuperarlos de la Administración como consecuencia de la suspensión de las licencias de obras mediante acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Palma de 16 de julio de 2007 y al amparo del art. 121 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que reconoce a los peticionarios de licencias solicitadas con anterioridad a la publicación del acuerdo de suspensión el derecho a ser indemnizados del coste oficial de los proyectos y a la devolución de las tasas municipales. En el caso, Josel interpuso la reclamación de la cantidad de 1.088.097,54 euros contra el Ayuntamiento de Palma el 28 de junio de 2011 de manera extemporánea, y su reclamación fue desestimada por silencio administrativo y luego en la jurisdicción contenciosa, primero por el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Palma 2 en los autos 32/2017 y luego por sentencia del Tribunal de Superior de Justicia de Islas Baleares en la sentencia 480/2015, de 7 de julio, que confirmó que la reclamación se había interpuesto fuera de plazo.

Tanto el juzgado como la Audiencia acogieron estos argumentos de la demandada y en las dos instancias se ha desestimado la pretensión de la demandante referida al reembolso de tales gastos. Frente a esta decisión se alza la demandante argumentando que en el caso no se podía aplicar o que se ha aplicado incorrectamente la doctrina de la mitigación del daño.

Su recurso no puede prosperar.

Argumenta en primer lugar la recurrente que no se le puede imputar el deber de mitigar el daño porque Endesa debió aceptar la resolución del contrato sin necesidad de acudir a juicio; cita la sentencia de esta sala 123/2015, de 4 de marzo, de la que resultaría que es la autora de una conducta antijurídica quien corre con la carga de probar que la demandante con su actuación agravó injustificadamente el daño que reclama.

Este razonamiento no puede ser aceptado por dos razones.

De una parte porque en el presente caso, esta sala no aprecia ilicitud ni conducta antijurídica por parte de Endesa al oponerse a la resolución del contrato, pues si **bien** la sentencia 299/2014, de 13 de junio, entendió que procedía la resolución por incumplimiento y rechazó las alegaciones de Endesa, no era revelador de una conducta abusiva oponerse a la resolución del contrato argumentando que no hubo incumplimiento por su parte, que la demolición del edificio no era una obligación esencial, que no se pactó una condición resolutoria explícita, que la demolición del edificio devino imposible al haber sido declarado BIC después de la compraventa y de las modificaciones del planeamiento, cuando los riesgos sobre el solar se habían trasladado a la compradora (tal como recoge el primer fundamento de la mencionada sentencia) y, en fin, que no hubo frustración del fin del contrato.

De otra parte, hay que observar que, contra lo que afirma la recurrente, la sentencia recurrida no invierte la carga de la prueba (que, en su caso, además, tampoco sería cuestión jurídica propia del recurso de casación) pues, acreditado que la razón por la que la sentencia 480/2015, de 7 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (autos 32/2012) desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial ejercitada por Josel fue su ejercicio cuatro años después de la suspensión de las licencias, concluye que Josel no fue diligente en el cumplimiento de su carga de mitigar el daño.

Tampoco desvirtúan las conclusiones de la sentencia recurrida las afirmaciones de la recurrente de que la acción ejercitada es civil y debe resolverse al amparo del art. 1124 CC con independencia del resultado de la acción que Josel interpuso para recuperar en la vía contenciosa los gastos, ni que sea irrelevante el éxito de la acción porque en cambio se ha condenado a pagar los gastos correspondientes a la impugnación de la catalogación del edificio GESA, a pesar de que se desestimó la demanda, así como los gastos de otras pretensiones urbanísticas pendientes de resolución definitiva. En el ámbito del reembolso de estos gastos (a los que Endesa se allanó) no concurre la razón por la que se rechaza el abono de los gastos que ahora nos ocupan y que, como hemos venido reiterando, es la carga de minimizar los daños que incumbe al acreedor lo que, como advirtió la sentencia 471/2003, de 14 mayo, es una obligación de todo acreedor basada en la buena fe.



Insiste la recurrente en que no se han agotado las posibilidades de reclamación que tiene Endesa contra la Administración y que tales gastos son útiles para Endesa, pero estos argumentos tampoco pueden ser atendidos ahora en casación. Respecto de la primera cuestión la sentencia recurrida llegó a la conclusión, a la vista de los argumentos de Endesa, de que ya no era posible reclamar a la Administración los gastos que Josel reclamo extemporáneamente. Respecto de la segunda cuestión, ya hemos dicho al resolver el motivo segundo del recurso por infracción procesal que, dada la falta de claridad de la demanda sobre el fundamento de su petición, no resulta incorrecta la alusión de la Audiencia a que la valoración de la utilidad de estos gastos era una cuestión nueva no planteada de forma debida en la demanda.

Respecto del importe de 116.507,41 euros que no fueron objeto de reclamación contra el Ayuntamiento en el procedimiento contencioso-administrativo 32/2012 del Juzgado de Palma, no es verdad lo que afirma la recurrente de que la sentencia recurrida ni los examina ni condena a su pago, pues lo cierto es que la sentencia explica al final de su segundo fundamento de derecho que, "si no cabe resarcir a Josel por los daños tardíamente reclamados menos cabrá resarcirle por daños que ni siquiera ha reclamado, con palmaria desatención a la carga de mitigar el daño que sobre ella recaía". Por lo demás, si la recurrente creía que la apreciación de la Audiencia respecto de estos gastos no estaba motivada o requería un pronunciamiento diferente debió plantear un motivo de infracción procesal que, ciertamente, también hubiera estado avocado al fracaso, porque era a ella a quien incumbía precisar en su demanda la causa por la que debe atribuirse a la demandada el pago de cada una de las partidas que reclamaba.

Por todo ello el motivo primero es desestimado.

**3. Planteamiento del segundo motivo.** Al amparo del art. 477.1 LEC, denuncia infracción de los arts. 1124, 1303, 1101, 1106 y 1108 CC, por inaplicación o, subsidiariamente, por interpretación errónea del *dies a quo* del devengo de **intereses**.

En su desarrollo argumenta que los **intereses** deben abonarse desde cada pago realizado por Josel y no desde la fecha de la sentencia de 13 de junio de 2014 que resolvió el contrato, porque así resulta de los preceptos legales y de la finalidad de restaurar la situación existente en el momento de la celebración del contrato. Añade que la sentencia aplica la superada doctrina *in illiquidis non fit mora*, en contra del criterio legal.

El motivo va a ser desestimado por lo que se dice a continuación.

**4. Decisión de la sala. Desestimación del motivo segundo.** La sentencia recurrida confirmó el criterio de la sentencia del juzgado que condenó a pagar **intereses** moratorios, no desde su fecha, sino desde la fecha de la sentencia de esta sala que estimó la demanda de resolución del contrato. De esta forma, la Audiencia desestimó los recursos de apelación de ambas partes, el de la vendedora, que impugnó la procedencia de fijar **interés** alguno, y el de la compradora. Recurre en casación únicamente la compradora demandante y pretende que se le abonen los **intereses** de los gastos que se le van a reembolsar desde el momento en que se efectuó cada pago. El motivo no puede ser estimado.

En primer lugar, hay que advertir que, contra lo que sostiene la recurrente, no vincula en este procedimiento el criterio adoptado en el procedimiento anterior seguido entre las partes y en la que la sentencia de esta sala 299/2014, de 13 de junio, confirmó la sentencia de primera instancia que, estimando la demanda resolutoria, reconoció el derecho del comprador a que se le restituyera el precio abonado con sus **intereses**, lo que por lo demás no fue discutido en casación en ese procedimiento ni naturalmente es objeto de revisión en el presente recurso. Lo que solicita ahora la recurrente es algo diferente, el reembolso de gastos que ha venido haciendo después de la compraventa y en relación con la finca adquirida y hay que advertir que, de alguna manera, el criterio seguido en las instancias es coherente con la argumentación de la propia demandante que, a pesar de solicitar **intereses** desde cada pago, para justificar la razón por la que no pidió en el primer procedimiento los gastos que solicita en este, argumentó que los gastos que solicitaba "se materializan tan solo cuando se dicta la STS reconociendo plena virtualidad a la resolución contractual con efectos *ex tunc*, como si el contrato no hubiera existido".

En segundo lugar, contra lo que entiende la recurrente, la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la sala, pues para fijar la fecha a partir de la que se devengan los **intereses** moratorios de las cantidades que se reclaman tiene en cuenta la jurisprudencia de esta sala, que cita, sobre el canon de la razonabilidad de la oposición a su pago por parte de la demandada. Así, dice la sentencia recurrida que, en el caso, "se entiende que era razonable la oposición de Endesa al abono extrajudicial de las sumas reclamadas por Josel, con relación a importantes partidas, tal y como el resultado del litigio ha puesto en evidencia, con una sustancial rebaja de las cantidades pretendidas. Ello unido a la alta conflictividad de las relaciones entre las partes contratantes y a la actitud de Josel de falta de comunicación total a Endesa de los documentos acreditativos de los gastos reclamados".

Como con claridad explicó la sentencia 790/2008, de 24 de julio, enlazando con algunas anteriores y seguida después por otras (como las sentencias 55/2009, de 18 de febrero, y 265/2009, de 6 de abril), "la más moderna jurisprudencia de esta sala ha seguido el criterio con arreglo al cual, prescindiendo del alcance dado a la regla *in illiquidis non fit mora*, atiende al canon de razonabilidad en la oposición a la reclamación del actor para decidir la procedencia o no de condenar al pago de **intereses** y para la concreción del *dies a quo* del devengo. Este moderno criterio, según precisan las sentencias de 16 de noviembre de 2007 - que cita las de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007- y de 19 de mayo de 2008, entre las más recientes, da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los **intereses** en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado, y demás circunstancias concurrentes".

Por todo ello el motivo segundo es desestimado.

**5. Planteamiento del tercer motivo.** Amparado en el art. 477.1 LEC, denuncia infracción de los arts. 1124, 1303 y 1106 CC, por inaplicación o, subsidiariamente, por interpretación errónea, acerca de la procedencia de los gastos de sucesión procesal.

En su desarrollo argumenta que después de la sentencia de 299/2014, de 13 de junio, y ante la pasividad de Endesa, Josel se vio en la necesidad de poner en conocimiento en los diversos procedimientos contencioso-administrativos que estaba siguiendo la resolución del contrato y su falta de **interés** sustancial, por lo que esos gastos le tienen que ser abonados. Razona que la interpretación de la sentencia de los arts. 17 LEC y 22 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, es demasiado formalista, y lo relevante es que en el caso, tras la resolución, cada parte recuperó la posición jurídica que tenía antes de contratar y que Josel ha incurrido en unos gastos que han quedado justificados hasta que consiguió que Endesa se posicionara debidamente.

El motivo va a ser desestimado por lo que se dice a continuación.

**6. Decisión de la sala. Desestimación del motivo tercero.** La sentencia recurrida ha desestimado la petición de reembolso de lo que la demandante denomina gastos de sucesión procesal porque ha considerado que, de acuerdo con los preceptos que la regulan, se trata de una facultad de quien esté interesado en suceder y que, en todo caso, si Josel hubiera sufrido algún daño como consecuencia de la pasividad que atribuye a Endesa debería haber reclamado tales daños, pero no unos gastos que, en todo caso, Josel habría asumido en **interés** propio.

La sala comparte este razonamiento pues, en contra de lo que argumenta la recurrente, no queda desvirtuado por el hecho de que estemos ante una resolución contractual, ya que se trata de un coste asumido por la recurrente para desvincularse de unos procedimientos que inició cuando era propietaria y cuya reclamación sería la de un daño en un caso en el que la resolución se ha declarado por imposibilidad sobrevenida no imputable al vendedor.

Por todo ello, el motivo tercero es desestimado.

**7. Planteamiento del cuarto motivo.** Amparado en el art. 477.1 LEC, denuncia infracción de los arts. 1124, 1303 y 1106 CC, por inaplicación o, subsidiariamente, por interpretación errónea, por lo que se refiere al pago del impuesto sobre el valor añadido (IVA).

En su desarrollo sostiene que debe abonarse el importe total de las facturas, incluido el IVA satisfecho, con independencia de las oportunas regularizaciones fiscales que cada parte deberá realizar.

El motivo va a ser desestimado por lo que se dice a continuación.

**8. Decisión de la sala. Desestimación del motivo cuarto.** Para las cantidades a cuyo reembolso condena, la sentencia de primera instancia consideró que no se puede reclamar lo pagado como IVA, puesto que se trata de sumas que Josel ya ha recuperado al deducirlas de las cuotas del impuesto devengadas por las operaciones que Josel S.L. ha realizado en el desempeño de su actividad empresarial. De acuerdo con el criterio de Endesa, el juzgado razonó que, en caso contrario, se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Josel. La Audiencia comparte este razonamiento y, con apoyo en la doctrina de esta sala (cita las sentencias de 15 de enero y 10 de diciembre de 2013, 21 de octubre de 2014 y 3 de junio de 2015), concluye que la actora debe percibir la condena dineraria como indemnización por gastos derivada de la liquidación de una situación posesoria, sin que se entienda su explicación de que ya procedería a una "refacturación" del IVA.

Frente a este criterio de las sentencias de instancia, la recurrente argumenta que debe seguirse el mismo que tuvo en cuenta la sentencia de esta sala 299/2014, de 13 de junio, que condenó a Endesa a restituir el precio de la compraventa sin excluir el IVA, de modo que también los gastos soportados por Josel, en su mayor



parte facturas de profesionales, deben ser reembolsados con el IVA adicional satisfecho, de modo que será al término de este litigio cuando cada parte deba realizar las oportunas regularizaciones fiscales que sean procedentes.

Su tesis no puede ser acogida.

En el procedimiento anterior se solicitó el reintegro de las prestaciones entre las partes (la finca, de un parte, y el precio, más el IVA, por otro). Como explica Endesa en su escrito de oposición al recurso, reiterando la postura que ha mantenido a lo largo del procedimiento, se trataba de cantidades ingresadas por Endesa que debían ser ingresadas posteriormente a Hacienda con la liquidación de IVA que debía realizar Endesa. Una vez resuelta la compraventa, Endesa emitió la correspondiente factura rectificativa (que le permitió recuperar, en la correspondiente liquidación de IVA, la cantidad reintegrada a Josel). Como observa la Audiencia es distinta la situación que se da en el supuesto en el que ahora nos encontramos: la indemnización por daños y perjuicios no se encuentra sujeta a IVA ( art. 78, apartado 3, número 1.º de la Ley 37/1992) por lo que si, siguiendo la tesis de Josel, se condenara a reembolsar los gastos incluyendo el IVA, no procedería repercusión alguna del tributo por la parte beneficiada por la eventual condena a la condenada al pago, ya que no hay operación sujeta al tributo que sustente dicha repercusión. Es decir, Josel, al recibir la indemnización no tendría que emitir la correspondiente factura, Endesa abonaría un IVA que no podría recuperar, y Josel, que pudo deducirse el IVA soportado cobraría nuevamente el IVA sin tener que repercutirlo a la administración tributaria.

Este razonamiento es conforme con la doctrina de esta sala. La sentencia 787/2013, de 10 de diciembre, recuerda que la inclusión de la cantidad correspondiente al IVA en la indemnización derivada de un incumplimiento contractual es una cuestión que puede dar lugar a controversia en los litigios de naturaleza civil, y la sentencia 646/2015, de 16 de noviembre, recapitula sentencias en las que se distingue entre la cuestión civil que afecta al cumplimiento de obligaciones entre las partes y las que están sometidas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Más concretamente, la sentencia 803/2012, de 15 de enero de 2013, confirmó que la cantidad acordada en concepto de indemnización por las obras de sustitución de unos manguitos defectuosos que realizó la recurrida debía incluir el IVA porque la recurrente, a su vez, le había suministrado previamente los manguitos incluyendo ella misma en las facturas el correspondiente IVA; es decir, en el caso se trataba del ámbito de las relaciones contractuales entre las empresas litigantes, entre las que, según dice la sentencia, el pago del IVA entre ellos no suscitaba controversia alguna. En dos supuestos en los que se reconoce que la indemnización de vicios constructivos a la comunidad de propietarios comprende la cantidad íntegra pagada a un tercero que prestó el servicio, se advierte que no puede plantearse el enriquecimiento injusto de la comunidad por no ser sujeto pasivo del impuesto y no poder compensar en declaración tributaria lo abonados ( sentencias 347/2014, de 26 de junio, y 558/2014, de 21 de octubre).

En el presente caso, como se ha dicho, se trata de los gastos pagados por Josel a terceros, no de liquidar las relaciones entre empresas que se suministran entre sí productos y servicios, y puesto que Josel ha podido recuperar las cantidades que reclama como IVA al deducirlas de las cuotas del impuesto devengadas por las operaciones que ha realizado en el desempeño de su actividad empresarial, no procede que Endesa se las abone, pues no puede considerarse que haya tenido tal gasto ni, por tanto debe reembolsársele.

El motivo cuarto, por ello, es desestimado.

**9. Planteamiento del quinto motivo.** Amparado en el art. 477.1 LEC, denuncia infracción de los arts. 1124, 1303 y 1106 CC, por inaplicación o, subsidiariamente, por interpretación errónea, por lo que se refiere a las comisiones por avales para la reclamación de las cuotas del impuesto sobre **bienes** inmuebles (IBI), por un importe de 2.712,74 euros.

En su desarrollo explica que la disminución de los IBI inicialmente girados no compensa el coste de los avales y que el éxito de la impugnación simplemente regularizó el importe correcto que debía pagarse y de ello se ha beneficiado Endesa, porque ha pagado los IBI que legalmente corresponden y no los inicialmente girados.

El motivo va a ser estimado por lo que se dice a continuación.

**10. Decisión de la sala. Estimación del motivo quinto.** Al resolver el motivo primero del recurso por infracción procesal hemos dicho que en el procedimiento anterior en el que la demandante solicitó la resolución del contrato pidió, y obtuvo, el reembolso de los pagos satisfechos por el IBI, pero que no hubiera podido solicitar entonces las cantidades correspondientes a las comisiones que tuvo que pagar por los avales que se le exigieron para poder impugnar las cuotas del IBI que se le giraron porque los pagos de tales comisiones (de fecha 23 de octubre de 2009 y 27 de septiembre de 2010) son posteriores a la demanda de resolución del contrato (de fecha 9 de enero de 2009). La razón de fondo por la que la Audiencia niega el derecho de Josel al reembolso de estas comisiones es porque considera que Josel debía acreditar el menoscabo que sufrió con su desembolso, la diferencia entre la reducción del IBI de que se benefició y el importe de los avales.





Endesa no ha invocado otro argumento en defensa de su negativa al pago y reitera en su escrito de oposición el razonamiento de la sentencia recurrida que, sin embargo, no puede ser aceptado si se parte de la obligación de Endesa de reintegrar a Josel las cuotas de IBI.

En efecto, tal y como dice Josel, Endesa ha pagado las cantidades de las cuotas de IBI que corresponden legalmente y no las superiores que inicialmente giró la Administración, y ello como consecuencia de las impugnaciones de las liquidaciones efectuadas por Josel, por lo que no es correcto entender que el coste de los avales compensa para Josel la disminución del IBI, pues partiendo de la obligación de Endesa de pagar el IBI deben correr de su cuenta también los gastos de los avales empleados para exigir su correcta liquidación.

Por ello, el motivo quinto se estima.

#### **CUARTO. Costas**

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina la imposición de las costas devengadas a la parte recurrente ( arts. 398.1 y 394.1 LEC).

La estimación parcial del recurso de casación determina que no se impongan las costas de este recurso ( art. 398.2 LEC).

La estimación del recurso de casación determina la estimación parcial del recurso de apelación de Josel y, por tanto, que no se impongan las costas de su recurso de apelación ( art. 398.2 LEC).

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Josel S.L. contra la sentencia de fecha 10 de octubre de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 301/2017, dimanante de juicio ordinario n.º 616/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Palma de Mallorca.

**2.º-** Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la citada sentencia en el único extremo de declarar que a las cantidades que Endesa Distribución Eléctrica S.L.U. debe abonar a Josel S.L. debe añadirse la cantidad de 2.712,74 euros.

**3.º-** Imponer a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

**4.º-** No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la restitución del depósito constituido para su interposición.

**5.º-** No imponer las costas de ninguno de los recursos de apelación y mantener la no condena en costas de la primera instancia.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.