



Roj: **STS 4156/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4156**

Id Cendoj: **28079110012018100682**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2018**

Nº de Recurso: **3548/2015**

Nº de Resolución: **691/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 691/2018**

Fecha de sentencia: 11/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3548/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla (8ª)

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3548/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 691/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 11 de diciembre de 2018.



Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 698/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcalá de Guadaíra (Sevilla); cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Campocierto S.L., representada ante esta sala por la procuradora doña Andrea de Dorremochea Guiot, bajo la dirección letrada de don Nicolás González-Cuellar Serrano; siendo parte recurrida Transbidasoa S.A., representada por el procurador don Manuel Márquez de Prado Navas, bajo la dirección letrada de don Juan de la Fuente Gutiérrez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de Campocierto S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcalá de Guadaíra, contra Transbidasoa S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia demanda, por la que se condene al demandado a:

"PETICIÓN PRINCIPAL CONDENA DECLARATIVA:

"1º.- que se declare que conforme a los hechos descritos el contrato de arrendamiento que une a las partes, tras su resolución inicial con efectos de 31 de diciembre de 2011, el contrato fue prorrogado por otros cinco años hasta el 31 de diciembre de 2016.

"2º.- que se declare que tras su renovación el inquilino ha incumplido el pago de las rentas dando lugar a la resolución del contrato por falta de pago y, conforme a la cláusula decimotercera del contrato se declare resuelto el contrato y la obligación del arrendatario de pagar todas las rentas hasta la finalización de la prórroga el 31 de diciembre de 2016.

"3º.- que se declare la obligación de hacer frente a los daños existentes en la nave determinados por nuestro perito o en el importe que determine el perito judicial que se designe.

"4º.- que se declare la obligación de pagar una penalización de 1.000,00€ diarios por cada recibo de renta pendiente de pago y por cada día que trascurra hasta su completo pago.

"CONDENA DINERARIA susceptible de ser evaluada a fecha de interposición de la demanda y de conformidad con la petición declarativa.:

"1º.- Si se considera el contrato renovado, y siendo la renta mensual y demás derechos económicos por importe de 32.765,446, desde julio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2016, son 54 meses lo que suma un importe de 1.769.333,76€ a cuyo pago deberán ser condenados.

"2º.- que se les condene en concepto de daños causados a la nave al importe de 1.357.064,56€ o el importe que determine el perito judicial que se designe al efecto.

"3º.- que se les condene en concepto de penalización por impago de las rentas a los 1.000,00€ diarios por cada recibo de renta conforme a la cláusula 13 del contrato, por lo que se han devengado hasta la fecha de la presente demanda, 02/04/2013, la cantidad de 1.252.000,00€ más los 1.000,00€ diarios por cada recibo de renta que se continúan devengando desde la interposición de la demanda hasta su completo pago.

"PETICIÓN SUBSIDIARIA; CONDENA DECLARATIVA:

"1º.- Subsidiariamente y si no se considera renovado el contrato tras su resolución inicial que se declare la obligación de pago de la renta desde julio de 2012 hasta enero de 2013, INCLUIDO, en que se entregó la posesión.

"2º.- que se declare la obligación de hacer frente a los daños existentes en la nave determinados por nuestro perito o en el importe que determine el perito judicial que se designe.

"3º.- que se declare la obligación de pagar una penalización de 1.000,00€ diarios por cada recibo de renta impagado y por cada día que trascurra hasta su pago.

"4º.- que se declare la obligación del inquilino de hacer frente a los daños y perjuicios (lucro cesante) causados por los daños existentes y el mal estado de la nave hasta que se hagan frente al coste de dichos daños. Los daños y perjuicios serán de 3.000,00€ diarios conforme a la cláusula 13 del contrato o el importe mensual de la renta conforme a reiterada jurisprudencia, siendo el dies a quo la entrega de la posesión, 22/01/2013, y el dies



a quem el día que paguen el importe de los daños en la nave, más veintiún (21) meses que se corresponden con el tiempo estimado para reparar la nave.

"CONDENA DINERARIA susceptible de ser evaluada a fecha de interposición de la demanda y de conformidad con la petición declarativa:

"1°.- De no considerarse el contrato renovado, en todo caso se deben las rentas y cantidades asimiladas desde julio de 2012 que dejó de pagar la renta hasta enero de 2013 que entregó la posesión, que son 7 meses a 32.765,44€ lo que suman 229.358,08€ a cuyo pago deberá ser condenado el demandado.

"2°.- En concepto de daños causados a la nave el importe de 1.357.064,56€ o el importe que determine el perito judicial que se designe al efecto.

"3°.- que se les condene en concepto de penalización por impago de las rentas a los 1.000,00€ diarios por cada recibo de renta conforme a la cláusula 13 del contrato, por lo que se han devengado hasta la fecha de la presentación de la demanda, 02/04/2013, a la cantidad de 1.252.000,00€ más los 1.000,00€ diarios por cada recibo de renta y día que se continúan devengando desde la interposición de la demanda hasta su completo pago.

"4°.- Desde la entrega de la posesión de la nave a mi mandante, debido a los daños existentes y el mal estado de la nave, mi mandante sufre daños y perjuicios debidos a la necesidad de ejecutar unas reparaciones que mi representada no puede acometer, por lo que el demandado debe ser condenado en concepto de daños y perjuicios (lucro cesante) al importe de:

"- 3.000,00€ diarios conforme a la cláusula 13 del contrato, que a fecha de la presente, 02/04/2013 asciende a 210.000,00€ más 3.000,00€ diarios hasta que paguen los daños causados para poder reparar la nave, más veintiún (21) meses que se corresponden con el tiempo estimado para reparar la nave.

"- O subsidiariamente al pago de una renta mensual 32.765,44€ por cada mes que trascurra hasta que pague los daños. Conforme a esta petición desde la entrega de la posesión enero de 2013 hasta la presentación de la demanda abril de 2013, son 3 meses que suman 98.296,326, más el importe de 32.765,446 mensuales desde abril de 2013 hasta el pago de los daños causados para poder reparar la nave, más veintiún (21) meses que se corresponden con el tiempo estimado para reparar la nave."

**1.-2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

"sentencia desestimando íntegramente la demanda, con independencia de que se estime o no la nulidad de las penalizaciones contenidas en la cláusula decimotercera del contrato, con expresa imposición de las costas."

Al tiempo que formulaba reconvenición, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado:

"dicte sentencia declarando constituida fianza por el indicado importe de 81.270 euros y condenando a la demandada reconvenida a su devolución o, subsidiariamente, si de la demanda principal resultare cantidad líquida a abonar a la actora, se proceda a su compensación, con devolución de la diferencia si la hubiere."

**1.-3.-** Dado traslado de la reconvenición a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que:

"...previos los trámites legales oportunos se desestime la misma con expresa imposición de costas."

**1.-4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcalá de Guadaíra, dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Se ESTIMA PARCIALMENTE la demanda, interpuesta por la Sra. Procuradora Doña Consuelo Cubero Huertas, actuando en nombre y representación de la entidad "Campocierto S.L.", con CIF B82074485, contra la entidad "Transbidasoa S.A.", con CIF A31503949, representada por el Sr. Procurador Don Íñigo Ramos Sáinz.

"Se ESTIMA PARCIALMENTE la reconvenición, interpuesta por el Sr. Procurador Don Íñigo Ramos Sáinz, actuando en nombre y representación de la entidad "Transbidasoa S.A.", con CIF A31503949, contra la entidad "Campocierto S.L.", con CIF B82074485, representada por la Sra. Procuradora Doña Consuelo Cubero Huertas.

"Se condena a la entidad "Transbidasoa S.A." al pago a la entidad "Campocierto S.L.", de las siguientes cantidades:



"a) 229358,08 euros, en concepto de rentas debidas y no pagadas correspondientes a los meses de julio de 2012 a enero de 2013. Esta cantidad habrá de incrementarse, en concepto de cláusula penal por impago de la renta, en una cantidad equivalente a la aplicación a la cantidad debida del tipo de interés vigente en cada momento, de acuerdo con lo previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, computado desde la fecha de impago de cada mensualidad hasta aquella en la que se proceda a su efectivo pago o consignación.

"b) 378480,24 euros, en concepto de indemnización y perjuicios sufridos por la nave arrendada.

"c) 393185,28 euros, en concepto de cláusula penal por lucro cesante.

"No se condena en costas a ninguna de las partes."

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación la representaciones procesales de la demandada y la actora, y sustanciada la alzada, la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

"Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por TRANSBIDASOA S.A contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alcalá de Guadaíra con fecha 1 de septiembre de 2014 en el Juicio Ordinario nº 698/13, en el único sentido de eliminar del fallo de la sentencia recurrida la partida relativa al lucro cesante, manteniéndose el resto de la condena.

"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por CAMPOCIERTO SL contra la referida sentencia.

"No se hace pronunciamiento alguno con respecto a las costas causadas en ambas instancias."

**TERCERO.-** La procuradora doña Consuelo Cuberos Huertas, en nombre y representación de Campocierto S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero -al amparo del artículo 469.1.4.º LEC- en la infracción del artículo 24 CE por arbitrariedad de la valoración probatoria.

Por su parte el recurso de casación contiene los siguientes motivos:

- 1.- Por infracción del artículo 1152 del Código Civil.
- 2.- Por infracción de los artículos 1106 y 1561 del Código Civil.
- 3.- Por infracción de los artículos 1566, 1255 y 1256 del Código Civil.

**CUARTO.-** Esta sala dictó auto de fecha 20 de junio de 2018 por el que se admitieron ambos recursos, salvo el motivo tercero del recurso de casación. Dado traslado, se opuso a la estimación de los recursos la parte recurrida Transbidasoa S.A. mediante escrito que presentó en su nombre el procurador don Manuel Márquez de Prado Navas.

**QUINTO.-** No habiendo solicitado vista las partes, se señaló para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Campocierto S.L. interpuso demanda contra Transbidasoa S.A. reclamando las rentas debidas por el arrendamiento de naves industriales según contrato celebrado entre las partes en fecha 2 de enero de 2007, así como una indemnización de daños y perjuicios por los desperfectos que presentaban las naves y la cuantía correspondiente a las penalizaciones que se recogen en la cláusula decimotercera del contrato de arrendamiento.

La arrendataria se opuso a la demanda y formuló reconvencción para reclamar la devolución de las fianzas derivadas del contrato de arrendamiento o su compensación con las cantidades a cuyo abono se le condene.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y también la reconvencción, condenando a la demandada Transbidasoa S.A. a satisfacer a la demandante: a) por las rentas debidas y no pagadas correspondientes a los meses de julio de 2012 a enero de 2013, la cantidad de 229.358,08 euros, la que deberá incrementarse en concepto de cláusula penal por impago de la renta con el interés vigente en cada momento, de acuerdo con lo previsto en la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, computado desde la fecha de impago de cada mensualidad hasta aquélla en que se proceda a su efectivo pago o consignación; b) en concepto de indemnización de daños y perjuicios sufridos por la nave arrendada, la cantidad de 378.480,24 euros; c) en concepto de cláusula penal por lucro cesante, 393.185,28 euros.

Se interpuso recurso de apelación por ambas partes y la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª) dictó sentencia por la que desestimó el recurso interpuesto por la arrendadora demandante y estimó en parte el



recurso interpuesto por la arrendataria demandada, en el sentido de eliminar del fallo de la sentencia recurrida la partida c) relativa al lucro cesante, manteniéndose el resto de la condena.

Contra dicha sentencia recurre por infracción procesal y en casación la demandante Campocierto, S.L.

**SEGUNDO.-** El recurso por infracción procesal se desarrolla en un solo motivo, en el que se denuncia la infracción del artículo 24.1 CE, por valoración arbitraria de la prueba realizada por la resolución recurrida que, según la parte recurrente, no supera el test de razonabilidad. Se precisa en la formulación del motivo que dicho recurso extraordinario por infracción procesal quedaría sin objeto si se estima el primer motivo del recurso de casación. De ahí que hayan de examinarse en primer lugar los motivos primero y segundo del recurso de casación que son los únicos admitidos.

**TERCERO.-** El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 1152 CC. La recurrente plantea que, a tenor de la cláusula decimotercera del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, no cabe dejar de aplicar ni moderar la cláusula penal directamente ni mediante el subterfugio de la invocación de un supuesto abuso de derecho, con cita de las sentencias de esta sala de 17 de enero de 2011 y 21 de febrero de 2012.

La cláusula 13.<sup>a</sup> del contrato establecía que "si dentro de los plazos señalados no se efectuase el pago, la arrendataria abonará una penalización de 1.000 euros por cada día de retraso en el pago de cada factura pendiente ya de rentas u otros importes económicos a los que estuviese obligada. Si a la finalización del contrato no quedase la nave libre en las mismas condiciones en que se recibe, se pagará la cantidad de 3.000 euros por cada día de demora en dejar libre la nave y/o los días que se tarde en acondicionarla al estado en que se encontrará (sic), una vez realizadas las obras de acondicionamiento".

La sentencia recurrida, acogiendo lo decidido en primera instancia, viene a confirmar que la cantidad a satisfacer a la parte demandante por rentas impagadas "deberá incrementarse en concepto de cláusula penal por impago de la renta con el interés vigente en cada momento, de acuerdo con lo previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, computando desde la fecha de impago de cada mensualidad hasta aquélla en que se proceda a su efectivo pago o consignación".

La pretendida "moderación" de la cláusula penal en este caso no llega a ser tal, pues la aplicación de una ley contra la morosidad, dotada por su naturaleza de carácter general, significa en realidad la negación de efectos a la cláusula penal, lo que evidentemente sería contrario a lo dispuesto por el artículo 1152 CC y la jurisprudencia sentada por la sala en las sentencias citadas y en otras muchas. No obstante, aunque proceda la estimación del motivo, una vez que esta sala asume la instancia queda habilitada para interpretar el alcance de la cláusula penal a estos efectos; y en tal sentido considera que su aplicación no ha de extenderse al caso ahora enjuiciado ya que, como razona la propia demandada en su escrito de contestación (folio 349 de los autos), la finalidad de dicha cláusula es compeler al arrendatario a no demorarse en el pago de las rentas debidas durante el desarrollo normal del contrato de arrendamiento, sin que quepa entender que contemplaba un caso como el presente en el cual se ha tratado en realidad de una controversia acerca de la duración del contrato, aunque haya dado lugar a que finalmente se haya entendido que la entidad demandada estaba obligada a pagar las rentas desde julio de 2012 a enero de 2013. Por ello, en lo que se refiere a la demora en el pago de rentas, el motivo carece de efecto útil.

Respecto de la penalidad por lucro cesante -derivado del tiempo en que no se pudo disponer de las naves por las necesarias obras de reparación- que la Audiencia ha rechazado por considerar que su aplicación exige la prueba concreta de la ganancia dejada de obtener, se ha de tener en cuenta que se trata de una indemnización que, en el contrato, se fijó en tres mil euros diarios mediante el establecimiento de una cláusula penal, lo que significa que las partes aceptaron ya inicialmente la existencia del perjuicio, por lo que no cabe dejar de aplicar dicha cláusula libremente establecida. La sentencia de primera instancia razonaba en el sentido de que tal aplicación comportaba triplicar el pago de la renta, lo que suponía un resultado desproporcionado para la situación creada, por lo que entendió oportuno reducir los efectos de la cláusula fijando una indemnización equivalente a una anualidad de renta, o sea la cantidad de 393.185,28 euros, que era el tiempo previsible para la realización de los trabajos de reparación de acuerdo con el criterio manifestado por el perito Sr. Benigno, el cual ponía de manifiesto el lamentable estado en que había quedado el inmueble arrendado.

El Juzgado, al concretar la indemnización -negada por la Audiencia- en el importe de una anualidad de renta, obvia la aplicación de la cláusula penal que fijaba una cantidad diaria de 3.000 euros y dice:

"la pretensión en este punto de la actora no puede calificarse como un ejercicio normal y ajustado de su derecho, sino como un auténtico ejercicio antisocial del mismo, reclamando una ganancia desorbitada y desproporcionada, como se deduce de la propia documentación aportada con la demanda. Por ello, también esta reclamación ha de reducirse a términos más equitativos y conceder únicamente una indemnización



equivalente al valor de una anualidad de renta, período en el que, de acuerdo con el criterio del Sr. Benigno . tardarían en llevarse a cabo las obras de acondicionamiento del local arrendado. y que se estima razonable dado que el importe final que esta resolución reconoce en concepto de indemnización por daños en el bien arrendado es bastante cercano al recogido en el informe de dicho perito judicial. Para calcular el importe de la anualidad se toma como referencia mensual el importe de 32.765,44 euros, que se propone en la propia petición subsidiaria sobre este punto recogida en la demanda".

Sin embargo, esta sala mantiene como doctrina la necesidad de mantener el pacto que las partes hayan establecido al valorar el daño o perjuicio causado por el incumplimiento, salvo que se den los supuestos necesarios para poder proceder a la moderación en la aplicación de la cláusula ( artículo 1154 CC), esto es cuando la obligación ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, supuesto al que no se ajustan los casos -como el presente- en que lo que se indemniza es el retraso que existe o no de un modo objetivo.

Al respecto, en sintonía con las sentencias citadas por la parte recurrente (singularmente, la Sentencia núm. 93/2012, de 21 febrero), cabe citar como más reciente la sentencia núm. 126/2017, de 24 febrero, la cual se expresa en los siguientes términos:

"1.- Como recoge la reciente sentencia de 25 de enero de 2017, recurso número 1471/2014, tiene declarado la Sala, entre otras muchas, en la sentencia 366/2015, de 18 de junio (rec.1429/2013), con cita de la sentencia 8/2014, de 21 de febrero rec. 406/2013 SIC, que el mandato del artículo 1154 C.C está condicionado a la concurrencia del supuesto en él previsto, esto es, a que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; por lo que: "En los demás casos la jurisprudencia - sentencias 585/2006, de 14 de junio 170/2010, de 31 de marzo, 470/2010, de 2 de julio, entre otras-, respetando la potencialidad creadora de los contratantes - artículo 1255 del Código Civil - y el efecto vinculante de la "lex privata" - artículo 1091 del Código Civil: "pacta sunt servanda" rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento -total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación- que se hubiera producido. La sentencia 585/2006, de 14 de junio, recordó que es doctrina constante de esta Sala que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del repetido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido -sobre ello, las sentencias 962/2008, de 15 de octubre, 211/2009, de 26 de marzo, 384/2009 de 1 de junio y 170/2010, de 31 de marzo, entre otras-. Esta doctrina ha sido recogida también en las SSTs de Pleno de 15 de abril de 2014, rec. no 2274/2012, y 21 de abril de 2014, rec. n° 1228/2012".

En este caso el retraso de un año en poder disponer la recurrente de las naves industriales por razón de las obras de reparación necesarias, según el informe pericial referido, ha de comportar la plena aplicación de la cláusula penal y por tanto la determinación de una indemnización que ha de resultar de multiplicar la cantidad de tres mil euros por los trescientos sesenta y cinco días del año, en total un millón noventa y cinco mil euros, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda ( artículo 1108 CC).

Estimado parcialmente este primer motivo de casación, resulta innecesario tratar del recurso por infracción procesal según puso de manifiesto la propia parte recurrente, dado que está en íntima relación con lo ahora razonado.

**CUARTO.-** El segundo de los motivos del recurso se formula por infracción de los artículos 1106 y 1561 del Código Civil, en relación con la determinación del plazo para el cálculo de la cuantía de la indemnización por lucro cesante establecida por la sentencia de primera instancia en la cantidad de 393.185,28 euros.

El motivo queda vacío de contenido si se tiene en cuenta que dicha indemnización por lucro cesante (apartado "c" del fallo de la sentencia de primera instancia) quedó sin efecto en virtud de la sentencia dictada por la Audiencia que, en este punto, estimó el recurso de apelación interpuesto por Transbidasoa S.A.

El recurso extraordinario se ha de referir a la sentencia dictada en apelación y no a la de primera instancia, que ha quedado sustituida por la dictada por la Audiencia quedando subsistente únicamente en lo que esta última acepte y resuelva. Como afirma con toda claridad la sentencia núm. 5/2009, de 14 enero "la resolución recurrida en casación es la de apelación sin que quepa fundamentar su impugnación a través de un juicio comparativo con la de primera instancia, por lo que las únicas apreciaciones de interés, cuando son disconformes, son las de la sentencia de la Audiencia". Igualmente, la Sentencia núm. 1300/2007 de 10 diciembre, ya decía que "el recurso de casación se da contra la sentencia dictada en apelación y no contra la de primera instancia, sin que puedan reproducirse en el mismo cuestiones que no se plantearon en la alzada



y que, en consecuencia, integran cuestiones nuevas". De modo tajante la sentencia núm. 603/2008, de 23 junio, según la cual "el objeto del recurso extraordinario no es la sentencia de primera instancia, que ha sido sustituida y eliminada del mundo jurídico por la de segunda instancia, incluso si ésta se remite a aquélla, que existirá jurídicamente por la remisión y no por sí misma".

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

**QUINTO.-** La estimación parcial del recurso de casación comporta que no se formule condena en las costas causadas por el mismo y, por la especialidad de su formulación en el caso presente, tampoco respecto del extraordinario por infracción procesal ( artículos 394 y 398 LEC). Igualmente se mantiene el pronunciamiento de la sentencia de apelación sobre costas de ambas instancias, en cuanto no impone su pago a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

## FALLO

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

**1.º-** Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la procuradora doña Consuelo Cuberos Huertas, en nombre y representación de Campocierto S.L., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª) en fecha 13 de octubre de 2015, en Rollo de Apelación n.º 2663/2015.

**2.º-** Casar parcialmente la sentencia recurrida a los solos efectos de condenar además a la demandada Transbidasoa S.A. a indemnizar a Campocierto S.L. en la cantidad de un millón noventa y cinco mil euros (1.095.000 €) por lucro cesante, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda, manteniendo en sus términos los demás pronunciamientos que contiene.

**3.º-** No hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas por los recursos de apelación.

**4.º-** No formular condena sobre las costas causadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, con devolución de los depósitos constituidos.

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

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

Así se acuerda y firma.