



Roj: **STS 129/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:129**

Id Cendoj: **28079110012019100041**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2019**

Nº de Recurso: **3527/2015**

Nº de Resolución: **42/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP HU 286/2015,**
STS 129/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 42/2019

Fecha de sentencia: 22/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3527/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA. SECCIÓN 1.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3527/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 42/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 22 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Enrique , D.^a Yolanda , D.^a Araceli y D.^a Belen , representados por el procurador D. Marcos Juan Calleja García, bajo la dirección letrada de D. Francisco Vallejo Crespo, contra la sentencia n.º 133 dictada en fecha 28 de octubre de 2015 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Huesca en el recurso de apelación n.º 99/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 167/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Monzón, sobre resolución de contrato. Ha sido parte recurrida Promotora Euroaragonesa S.A., representada por el procurador D. Isacio Calleja García y bajo la dirección letrada de D.^a Pilar Gracia Mur.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Enrique , D.^a Yolanda , D.^a Araceli y D.^a Belen interpusieron demanda de juicio ordinario contra Promotora Euroaragonesa S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se acordara:

"1.- Declarar que la parte demandada ha incumplido con la obligación pactada en el contrato de fecha 10.05.1991 relativa a la entrega a mi mandante del local que debía de construir en la tercera fase de 57'25 metros cuadrados por su acceso por la Calle B, al haber transcurrido el plazo de 2 años ordenado en la sentencia que se acompaña de documento nº 6 de la presente demanda.

"2.- Declarar la resolución parcial, por imposibilidad de cumplimiento por la demandada de la obligación referida en el punto anterior, del contrato de fecha 10.05.1991 que se acompaña de documento n.º UNO de la presente demanda sobre la parte del solar (Finca registral NUM000) que no ha sido objeto de edificación y sobre la que se iba a construir la tercera fase de una superficie de 489'36 m2 según título y 517 m2 según reciente medición, con los siguientes efectos:

"2A.- Revertir la propiedad de la parte de dicho solar (Finca registral NUM000) sobre la que se iba a construir la tercera fase de una superficie de 486'36 m2 según título y 517 m2 según reciente medición, a mis mandantes condenando a la parte demandada para que firme cuantos documentos públicos sean necesarios para ello y realizándose las modificaciones registrales precisas para ello.

"2B.- Acordar fijar como importe a devolver por mis mandantes a la demandada por el exceso de precio abonado según el contrato de pactado la cantidad de 61.453'01 euros.

"3.- Condenar a la parte demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

"4.- Condenar a la parte demandada a indemnizar a mi mandante en concepto de daños y perjuicios por el retraso en la entrega del local de 57'25 m2 correspondientes a la tercera fase, desde la fecha que debió entregarlo hasta la fecha de resolución del contrato, por el importe de 50.817 Euros que correspondería hasta el 31.12.2011, más 357 Euros mensuales, hasta el cumplimiento de la obligación o resolución del contrato en su caso.

"5.- Para el caso de estimación de la resolución parcial interesada, compensar el importe que mi mandante tiene que pagar a la demandada en concepto de devolución del precio por importe de 61.453'01 Euros, con el importe que la parte demandada debe de abonar en concepto de daños y perjuicios indicado en el punto 4 de este suplico, compensación que deberá de determinarse en ejecución de sentencia, debiendo condenarse a la parte que resulte beneficiada de dicha compensación a abonar a la otra la diferencia que resulte de dicha compensación.

"6.- Imponer a la parte demandada las costas del presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 5 de marzo de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Monzón y fue registrada con el n.º 167/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Promotora Euroaragonesa S.A. (PEASA) contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara en su día sentencia por la que:

"desestimando íntegramente la demanda en los términos en que viene promovida, se absuelva a mi mandante de lo pedido en ella, acordándose en la misma:

"1.º- La subsistencia del contrato de compraventa suscrito por los litigantes el 10 de mayo de 1991.



"2.º- Como consecuencia de tal pronunciamiento, y a la vista de la imposibilidad de cumplir la obligación " *in natura* ", condene a la mercantil Promotora Euroaragonesa S.A., al cumplimiento de la obligación de entregar un local de 57 metros y 25 decímetros cuadrados, con acceso por la Calle Santo Domingo Savio (en el contrato denominada Calle B), mediante la entrega del equivalente a su valor en metálico, que asciende a 62.746.-€.

"3.º- Condene a la actora, a las costas ocasionadas por el presente procedimiento".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 dictó sentencia de fecha 30 de enero de 2014, con el siguiente fallo:

"Que DEBO ESTIMAR la demanda presentada por la representación procesal de D. Enrique , D.ª Yolanda , D.ª Araceli y D.ª Belen contra Promotora Euroaragonesa S.A. y en consecuencia, ACUERDO:

"1.- DECLARAR el incumplimiento de la obligación pactada en el contrato de fecha 10 de mayo de 1991 y materializada en la sentencia de 23 de junio de 2008 , relativa a la entrega a la actora del local que debía construir en la tercera fase de 57,25 metros cuadrados por su acceso por la Calle B, al haber transcurrido el plazo de 2 años ordenado en la sentencia indicada sin entregarlo.

"2.- DECLARAR la resolución parcial por incumplimiento por la demandada de la obligación referida en el punto anterior, sobre la parte del solar (finca registral NUM000) que no ha sido objeto de edificación y sobre la que se iba a construir la tercera fase de una superficie de 486,36 metros cuadrados según título y 517 metros cuadrados según reciente medición, con los siguientes efectos:

"2A.- PEASA DEBE restituir la propiedad de la parte de dicho solar (finca registral NUM000) sobre la que se iba a construir la tercera fase de una superficie de 486,36 metros cuadrados según título y 517 metros cuadrados según reciente medición, a la parte actora. SE CONDENA a PEASA a que firme cuantos documentos públicos sean necesarios para ello y realice las modificaciones registrales precisas para ello.

"2B.- El importe a devolver por la parte actora a la demandada por el exceso del precio abonado según el contrato pactado asciende a 61.490,53 euros.

"3.- CONDENAR a PEASA a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

"4.- CONDENAR a PEASA a indemnizar a la parte demandante en concepto de daños y perjuicios por el retraso en la entrega del local de 57,25 metros cuadrados correspondientes a la tercera fase, desde la fecha que debió entregarlo (18 de octubre de 2010) hasta la fecha efectiva de resolución de contrato, en la cantidad de 14.073,37 euros, más 357 euros mensuales desde febrero de 2014 (incluido), hasta la efectiva resolución del contrato.

"5.- PROCEDE COMPENSAR el importe que la actora tiene que pagar a la demandada en concepto de devolución del precio por importe de 61.453,01 euros, con el importe que la demandada debe de abonar en concepto de daños y perjuicios indicado en el punto 4, compensación que deberá determinarse en ejecución de sentencia, CONDENANDO a la parte que resulte beneficiada de dicha compensación a abonar a la otra la diferencia que resulte de dicha compensación.

"6.- CONDENAR a la demandada a las costas del procedimiento".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Promotora Euroaragonesa S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Huesca, que lo tramitó con el número de rollo 99/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de octubre de 2015 , con el siguiente fallo:

"1.- ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la demandada, Promotora Euroaragonesa S.A. contra la sentencia referida, que REVOCAMOS.

"2.- En su lugar, ESTIMAMOS parcialmente la demanda formulada por D. Enrique , D.ª Yolanda , D.ª Araceli y D.ª Belen y CONDENAMOS a la demandada Promotora Euroaragonesa S.A. a que pague a los actores la cantidad de 62.746 euros, más los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente sentencia.

"3.- No hacemos especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las dos instancias".

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

1.- D. Enrique , D.ª Yolanda , Araceli y D.ª Belen interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.



Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMERO.- Por infracción del artículo 222 de la LEC regulador de la cosa juzgada material tanto en lo relativo a la resolución del contrato como en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento ordenando en la sentencia del primer procedimiento.

"SEGUNDO.- La sentencia infringe el artículo 406 LEC relativo a la reconversión implícita y el artículo 218 LEC relativo a la incongruencia *extra petita*, provocando además esa infracción una situación de grave indefensión a mi mandante".

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

"Interés casacional al oponerse la sentencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo citada relativa al apartado segundo párrafo segundo del artículo 1124 CC".

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 ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 24 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Enrique, D.^a Yolanda, D.^a Araceli y D.^a Belen, contra la sentencia dictada con fecha 28 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 99/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 167/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Monzón".

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 3 de diciembre de 2018 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 enero de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes para la decisión de los recursos*

El presente litigio tiene en su origen un contrato atípico (al que las partes denominaron "compraventa") de cesión de un solar a cambio de una suma de dinero y varios inmuebles de los edificios que se iban a construir en tres fases. La promotora construyó las dos primeras fases de la edificación y entregó los inmuebles correspondientes (varios pisos, garajes y locales), pero dejó de construir la tercera fase y no entregó el local ubicado en esa fase.

La cedente del suelo inició un primer procedimiento en el que se dictó sentencia firme por la que se desestimó su pretensión principal dirigida a resolver parcialmente el contrato y recuperar la parte de solar no edificada. La sentencia estimó la pretensión subsidiaria ejercida y condenó a la promotora a cumplir el contrato y entregar el local en el plazo de dos años.

Transcurrido el plazo de dos años sin que la promotora comenzara las obras, la cedente del solar presentó nueva demanda contra la promotora en la que solicitó la resolución parcial del contrato por incumplimiento. En primera instancia se estimó la demanda, se declaró la resolución parcial del contrato celebrado por las partes y se condenó a la promotora demandada a restituir la parte del solar sobre el que no había realizado la construcción comprometida. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por la promotora y consideró que había cosa juzgada, pero aceptó el ofrecimiento de la promotora (demandada-apelante) de cumplir por equivalente, y la condenó a pagar a la cedente el valor del local.

La demandante (cedente del solar) interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

Son antecedentes necesarios, tal y como han quedado acreditados en la instancia, los siguientes:

1.- El 10 de mayo de 1991, D. Enrique, D.^a Yolanda, D.^a Araceli y D.^a Belen celebraron con Promotora Euroaragonesa S.A. (en adelante Peasa) un contrato atípico, al que denominaron de compraventa, por el que los primeros cedían un solar de 1.444,79 metros cuadrados a cambio de diez millones de pesetas en metálico y veinticinco millones en inmuebles que debían construirse en tres fases según el proyecto de ejecución. Se preveía el plazo máximo de entrega de cuatro años para las dependencias ubicadas en la primera fase y se añadió que los locales ubicados en la segunda y tercera fase, de 52,55 m² y 57,25 m² respectivamente, se entregarían al terminar las correspondientes fases.



Peasa terminó en 1993 la primera fase del edificio y entregó a los demandantes las viviendas, plazas de garaje, trasteros y el local comprometido. Peasa terminó en 1995 la construcción de la segunda fase y entregó a los demandantes el local comprometido correspondiente a dicha fase.

2.- El 23 de octubre de 2006, D.^a Yolanda, D.^a Araceli y D.^a Belen (en adelante, los demandantes) interpusieron una demanda contra Peasa en la que solicitaron la resolución parcial del contrato suscrito el 10 de mayo de 1991, al no haberse entregado el local correspondiente a la tercera fase, cuya construcción no se había iniciado. Subsidiariamente, solicitaron el cumplimiento de la obligación de entrega del local en el plazo que se fijara judicialmente más una indemnización por la diferencia producida durante el tiempo transcurrido entre la revalorización del solar en la parte no construida y el local no entregado.

3.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Monzón dictó sentencia el 23 de junio de 2008 por la que estimó parcialmente la demanda: i) La sentencia rechazó la pretensión principal de resolución parcial porque consideró que, a tenor de las pruebas periciales practicadas, la falta de entrega del local representaba un porcentaje inferior al 10% del precio total de la operación y porque la falta de entrega del local no era la contraprestación de un tercio del solar vendido, sino una parte de la contraprestación pactada a la entrega de la totalidad del solar. ii) El juzgado consideró en cambio que era posible el cumplimiento "in natura" y estimó la demanda en el siguiente sentido: "condeno a la referida entidad demandada al cumplimiento del contrato de fecha 10 de mayo de 1991 y, en consecuencia, a que en el plazo de dos años a partir de la fecha de la presente resolución entregue a los actores en la tercera fase de ejecución proyectada un local de 57 metros y 25 decímetros cuadrados". iii) El juzgado rechazó que procediera la indemnización solicitada porque partía de la consideración de que el contrato se limitaba a la permuta de la parte de solar no construido por la parte de local no entregado, cuando no era esa la voluntad contractual definida y, en cambio, no alegó ni justificó las bases que hubieran permitido conceder una indemnización por la no entrega del local.

Peasa presentó en 2009 un incidente de ejecución de la sentencia de 23 de junio de 2008 en el que alegó falta de capacidad económica para cumplir como consecuencia de la crisis inmobiliaria y propuso alternativas de cumplimiento (entrega de otro local en la fase segunda o pago de una suma de dinero). Este incidente fue inadmitido a trámite por auto de 7 de julio de 2009. Posteriormente, en un acto de conciliación celebrado el 21 de octubre de 2009 a instancias de Peasa, esta reiteró sus propuestas, para lo que no hubo avenencia.

4.- El 5 de marzo de 2012, los demandantes presentaron nueva demanda contra Peasa, que es la que da lugar al presente procedimiento.

En la demanda solicitaron: i) la declaración de que la demandada había incumplido con la obligación pactada en el contrato de 10 de mayo de 1991 relativa a la entrega del local que debía de construir en la tercera fase al haber transcurrido el plazo de 2 años ordenado en la sentencia de 23 de junio de 2008; ii) la declaración de resolución parcial por imposibilidad de cumplimiento del contrato de 1991 sobre la parte del solar que no ha sido objeto de edificación, con los siguientes efectos: reversión de la propiedad de la parte de dicho solar sobre la que se iba a construir la tercera fase, con devolución por los demandantes a la demandada del exceso de precio abonado según el contrato; iii) la indemnización de daños por el retraso en la entrega del local y la condena al pago del importe de la renta que hubiera podido obtenerse desde la fecha en que debió entregarse, que en el contrato se fijó como máximo en el año 1997.

5.- En su escrito de contestación, la demandada se opuso a la demanda y solicitó que se declarara la subsistencia del contrato celebrado el 10 de mayo de 1991 y, como consecuencia de tal pronunciamiento, y a la vista de la imposibilidad de cumplir la obligación "in natura", que se le condene al cumplimiento de la obligación del equivalente al valor en metálico del local, actualizado a la fecha actual, lo que cifraba en 62.746 euros.

En apoyo de su postura alegó que la demandante debió pedir la ejecución de la sentencia de 23 de junio de 2008 y no iniciar un nuevo procedimiento; que no cabía una resolución parcial porque la sentencia de 2008 declaró que el contrato celebrado por las partes debía considerarse como un acuerdo global; explicó también que para entregar el local debía construir un edificio con un coste de tres millones de euros y que el incumplimiento procedía de no haber obtenido financiación para construir la tercera fase como consecuencia de la crisis inmobiliaria, de modo que en 2009, vista la imposibilidad de construir, ofreció a la demandante la entrega del equivalente en dinero del valor actualizado del local o bien, a su elección, la entrega de un solar de la misma superficie en el edificio perteneciente a la fase II ya construida, de mayor valor que el proyectado en la fase III por tener acceso a una de las principales arterias de la localidad, lo que la demandante no aceptó, demostrando que nunca tuvo interés real en el cumplimiento al pretender recuperar la propiedad del solar cuando, sumado el valor de cumplimiento de las dos primeras fases, la demandada había cumplido un 81% de sus obligaciones.

6.- El juzgado estimó la demanda y declaró la resolución parcial por incumplimiento de la demandada. Apoyó esta decisión en las siguientes razones: i) que no había cosa juzgada por lo que se refería a la resolución contractual porque la sentencia de 23 de junio de 2008 lo que juzgó fue el incumplimiento parcial del contrato



de 1991 y fijó la obligación de cumplimiento en el plazo de dos años, y es el incumplimiento de esta obligación nacida de la sentencia la que se considera incumplida y da pie a la resolución que ahora se solicita; ii) que se daban los requisitos jurisprudenciales para resolver conforme al art. 1124 CC, lo que justificó distinguiendo el incumplimiento ahora denunciado, que era del total de la obligación de entregar el local impuesta por la sentencia de 2008, frente a lo que sucedía en los hechos que dieron lugar a esa sentencia, que consideró que el incumplimiento no era grave porque entonces era respecto de todas las obligaciones del contrato; que la demandada no construyó por dificultades económicas, porque no le interesó empresarialmente construir, no por imposibilidad; que pudo alegar esa situación económica en el anterior procedimiento, lo que refleja una actitud obstativa al cumplimiento y que si hubiera cumplido cuando se comprometió tampoco se hubiera visto afectada por la crisis económica; iii) que desde que la sentencia de 2008 fijó plazo para la entrega del local en la fase III esa obligación adquiere entidad propia, ya que el local adquiere la cualidad de precio de la tercera parte del solar cedido.

Por lo que se refiere a los efectos de la resolución parcial, el juzgado consideró que procedía la restitución íntegra de las prestaciones, lo que concretó en la restitución a la demandante del solar sobre el que se debía ejecutar la fase III y la restitución a la demandada del exceso de precio abonado correspondiente a esa parte del solar.

El juzgado rechazó la propuesta de la demandada de cumplir su obligación mediante el equivalente porque no la había articulado mediante reconvencción y porque tal posibilidad procedería en caso de imposibilidad de restitución en forma específica, que en el caso no se daba.

Por lo que se refiere a la indemnización por el retraso, el juzgado aceptó la pretensión de la parte actora basada en la renta mensual que se hubiera obtenido desde que debió entregarse el local según la sentencia de 2008 hasta la fecha de la propia sentencia del juzgado que estimaba la resolución parcial (30 de enero de 2014).

7.- La demandada interpuso recurso de apelación en el que alegó: i) que no procedía la resolución parcial del contrato por el carácter ínfimo del incumplimiento, porque la obligación era indivisible y por la imposibilidad de segregar la superficie que se corresponde con el precio del local de la tercera fase; ii) que dadas las circunstancias la restitución constituiría un abuso de derecho y un enriquecimiento injusto para los demandantes; iii) que todas estas cuestiones fueron ya resueltas por la sentencia de 23 de junio de 2008, que constituye cosa juzgada material y que el único extremo que difiere en el actual procedimiento es si cabe cumplir la obligación mediante la prestación equivalente, que es la pretensión de la apelante; razonó que la prestación equivalente a satisfacer más la indemnización de daños y perjuicios debía consistir o bien en el precio del local de la tercera fase, más la actualización del precio de venta, en cuyo caso la cantidad a entregar ascendía a 62.746 euros (lo mismo que había argumentado en la contestación a la demanda), o bien (de acuerdo con la solicitud de la demandante) en el precio pactado del local de la tercera fase, más las rentas devengadas desde octubre de 2010 (fecha en que debía cumplirse el contrato según la sentencia de 2008), en cuyo caso la cantidad a entregar asciende a 13.813,27, más las rentas de 357 euros mensuales que sucesivamente se devenguen desde febrero de 2014 hasta la efectiva resolución del contrato.

8.- La Audiencia estimó el recurso de apelación de la demandada, revocó la sentencia del juzgado y estimó parcialmente la demanda en el sentido de condenar a la demandada a pagar la cantidad de 62.746 euros más los intereses del art. 576 LEC.

Basó su decisión en las siguientes razones: i) la demanda plantea una pretensión ya ejercitada y asumida en el anterior procedimiento, por lo que se trata de una cosa ya juzgada que podía haber dado lugar a la oportuna ejecución forzosa (arts. 699 y 712 LEC); ii) la pretensión de daños y perjuicios por desocupación del local es novedosa, pero sobre la base de hechos que ya se habían iniciado cuando se presentó la primera demanda, a raíz del incumplimiento por la falta de entrega del local correspondiente a la tercera fase constructiva; en concreto, en la demanda que ha dado origen al presente pleito, en el hecho duodécimo (páginas 12 y 13 de la demanda), aparte del informe pericial en que se apoya (f. 152), el día inicial para calcular los perjuicios se sitúa en enero de 1998; por consiguiente, esta pretensión podía haberse deducido en el primer pleito, por lo que también se da una situación de cosa juzgada, de acuerdo con el criterio antes desarrollado; iii) lo expuesto no debe conducir a la desestimación de la demanda tras la estimación del recurso sobre la excepción de cosa juzgada porque la propia apelante ofrece el cumplimiento por equivalente tras mantener que la obligación no la puede cumplir "in natura" porque no va a construir, lo que se acepta de acuerdo con el contenido de la sentencia de apelación recogido en el art. 465.4 LEC ; asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1992 (ROJ: STS 1556/1992 o 12662/1992), 27 de mayo de 1994 (ROJ: STS 22375/1994 o 4134/1994), 24 de septiembre de 2004 (ROJ: STS 5931/2004), 20 de junio de 2007 (ROJ: STS 4286/2007) y 27 de noviembre de 2007 (ROJ: STS 7775/2007), entre otras, admiten el resarcimiento económico por imposibilidad de cumplir la condena "in natura" aunque no hubiera sido solicitado en la demanda.



9.- La parte demandante interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO.- *Motivos y razones en que se apoyan los recursos*

1.- El recurso por infracción procesal se funda en dos motivos.

1.º) En el primero se denuncia infracción del art. 222 LEC sobre la cosa juzgada, tanto por lo que se refiere a la resolución del contrato como por lo que se refiere a la indemnización.

Por lo que se refiere a la resolución, la parte recurrente razona que no existe identidad entre el primer y el segundo procedimiento pues en el primero se ejercitó la acción de resolución al amparo del art. 1124.I CC (por no ser el incumplimiento esencial y resultar posible el cumplimiento) y en el segundo al amparo del art. 1124.II segunda parte (el cumplimiento ya no es posible, aun después de haberse optado primero por el cumplimiento).

Por lo que se refiere a la indemnización, la parte recurrente alega que lo que se solicita es la reparación de los daños producidos por el incumplimiento de la obligación fijada en la sentencia de 2008, que no pudieron pedirse en el primer procedimiento en el que se dictó esa sentencia.

2.º) En el segundo motivo se denuncia infracción del art. 406 LEC relativo a la reconversión implícita y del art. 218 LEC relativo a la incongruencia "extra petita".

En su desarrollo la parte recurrente razona que se ha estimado una prestación por equivalente que no pidió de manera subsidiaria para el caso de que no se estimara su pretensión de resolución y que ello fue intencionadamente, porque le resultaba preferible volver a estar en la situación reconocida por la sentencia dictada en el primer procedimiento y que le permite exigir el cumplimiento del contrato. Añade que la demandada no reconvino, lo que le hubiera permitido oponerse a la pretensión de cumplimiento por equivalente y que está prohibida la reconversión implícita.

2.- El recurso de casación se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del apartado segundo párrafo segundo del art. 1124 CC . En su desarrollo razona que es posible optar por la resolución después de haber optado por el cumplimiento si este deviene imposible, como es el caso, lo que hace que pueda pedirse la resolución en un nuevo procedimiento.

3.- En el suplico del recurso, la parte recurrente solicita la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, anulando la sentencia impugnada por infracción del art. 222 de la LEC relativo a la cosa juzgada material y se acuerde la remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca para que dicte sentencia sobre el fondo del asunto; subsidiariamente, que se case la sentencia por entender que no concurre la cosa juzgada y estimando los argumentos indicados en el primer motivo de casación por interés casacional por infracción del art. 1124 ap. 2.º par. 2.º se anule la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca y se confirme íntegramente la sentencia de fecha de 30 de enero de 2014 dictada en el presente procedimiento por el Juzgado de la Instancia n.º 2 de Monzón.

Para el caso que se estime la excepción de cosa juzgada, solicita que se anule y case la parte de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en el presente procedimiento que concede la prestación por equivalencia por importe de 62.746 euros y, en su lugar, se acuerde desestimar íntegramente la demanda interpuesta por esta parte, permitiendo a esta parte exigir el cumplimiento del contrato tal y como prevé la sentencia de fecha 23 de junio de 2008 dictada en el procedimiento ordinario 467/2006 del Juzgado de la Instancia n.º 1 de Monzón.

TERCERO.- *Decisión de la sala.*

1.- *Desestimación del primer motivo del recurso por infracción procesal. Cosa juzgada.* En el primer motivo se denuncia infracción del art. 222 LEC . Por las razones que se exponen a continuación, el motivo va a ser desestimado.

El efecto de la cosa juzgada de las sentencias firmes, es su aspecto negativo, excluye un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico (art. 222 LEC). La cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dice y a sus herederos (art. 223 LEC). En el presente caso, existe identidad subjetiva entre las partes de este procedimiento y el que dio lugar a la sentencia de 23 de junio de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Monzón y también concurre la identidad objetiva.

i) La parte recurrente argumenta que, a pesar de que en los dos procedimientos se ha instado la resolución parcial por el incumplimiento derivado de la falta de entrega del local, en el primero todavía era posible el cumplimiento del contrato y el incumplimiento no era esencial, pues se refería solo a una fase de la construcción, pero tras la sentencia de 2008 la falta de entrega del local se convierte en un incumplimiento esencial de la obligación establecida en la sentencia.



Este modo de razonar no es correcto.

La recurrente ha mantenido desde su demanda que la sentencia de 2008 dio lugar a una obligación nueva sometida a su propia exigencia de cumplimiento, pero basta leer la demanda que está en el origen del presente recurso, sus alegaciones y su suplico, para comprobar que lo que se pretende y se solicita, al igual que se hizo en la demanda que dio lugar a la previa sentencia de 2008, es la resolución parcial del contrato celebrado en 1991. Es lógico que así sea porque la sentencia que reconoce el derecho de cumplimiento del contrato constituye un título con efectos propios, en particular por lo que se refiere a su ejecución, pero el derecho a la prestación consistente en la entrega del local no se desvincula del título material del que nace, el contrato celebrado entre las partes en el año 1991.

Por este motivo, tampoco podemos prescindir de la razón por la que la sentencia de 2008 no estimó la pretensión principal de resolución parcial del contrato ejercida en aquel procedimiento y reiterada en la demanda que da origen al presente recurso. La sentencia de 2008 rechazó que procediera la resolución parcial del contrato porque, al interpretarlo, afirmó que el local no entregado no tenía la cualidad de precio de la tercera parte del solar cedido y cuya restitución se pedía entonces y se pide ahora. La parte demandante se aquietó con esa decisión, que quedó firme, y a ella debemos estar en el actual procedimiento, sin que ahora resulte posible variarla.

Cierto que el art. 1124 CC permite optar por la resolución después de haber optado por el cumplimiento cuando este resultare imposible pero, en el caso, la actora ya optó inicialmente por la resolución parcial y fue la sentencia de 2008 la que consideró que tal resolución era improcedente en atención a que la obligación era indivisible. No cuestionamos la posibilidad de una resolución parcial de los contratos con prestaciones recíprocas divisibles, pero en el presente supuesto esta situación no se da, puesto que mediante sentencia firme quedó establecido que se trataba de un negocio jurídico global.

Por ello, si ahora admitiéramos que tras la sentencia de 2008 es posible la resolución parcial del contrato celebrado por las partes fundada en el incumplimiento de la entrega del local entraríamos en contradicción con los hechos declarados probados en dicha sentencia en el sentido de que la entrega del local no se corresponde con la entrega de la parte del solar en el que debía construirse la tercera fase.

ii) Por lo que se refiere a la indemnización, en su primera demanda, la ahora recurrente pidió una indemnización dirigida a equilibrar las prestaciones en función de los precios de mercado del solar y del local, con apoyo en su idea de que eran prestaciones equivalentes y fue la propia sentencia de 2008 la que, al desestimar esa pretensión, hizo notar que lo que podía haber pedido, pero no pidió ni sentó las bases para una posible condena, eran los daños por no haber podido explotar el local como consecuencia del retraso en su entrega.

Estos son los daños que reclama ahora y, aunque la demandante dice en su actual recurso que se refiere al retraso desde la sentencia de 2008, lo cierto es que de la lectura de la demanda resulta con claridad que lo que se está pidiendo es una indemnización por el retraso desde que según el contrato se debió entregar el local y hasta que se resuelva, por lo que tiene razón la Audiencia cuando declara que la pretensión de daños y perjuicios por no haber podido obtener rendimientos del local es novedosa, pero sobre la base de hechos que ya se habían iniciado cuando se presentó la primera demanda.

2.- Estimación del segundo motivo del recurso por infracción procesal. Incongruencia. El motivo ha de estimarse porque basta con leer el suplico de la demanda que figura en los antecedentes de hecho de esta sentencia para comprobar que no se solicitó el cumplimiento por equivalente de manera subsidiaria respecto de la acción de resolución parcial que es, sin embargo, lo concedido por la sentencia recurrida.

Por si hubiera alguna duda, que no la hay, es llamativo que, a la vista del previo comportamiento de la demandada, que intentó promover sin éxito una ejecución de la sentencia de 2008 modificando la condena en el sentido de entregar un local diferente o su valor económico, la demandante expresamente explicó en su demanda las razones por las que, para el caso de que no se estimara la resolución parcial del contrato pretendida, no solicitaba el cumplimiento por equivalente, ya que consideraba que le resultaba más beneficioso volver a la situación que estableció la sentencia dictada en el primer procedimiento.

Lo cierto es que, salvo en los casos en que la ley lo permita, la regla es que el deudor no tiene la posibilidad de liberarse de su incumplimiento ofreciendo al acreedor un cumplimiento equivalente. Es a la parte demandante a quien corresponde valorar las opciones que mejor satisfacen su interés, bien porque, a la vista de todo lo acontecido, considere que todavía es posible que la demandada construya por sí misma o ceda a un tercero la facultad de hacerlo, bien porque considere que puede obtener una compensación superior en una negociación, bien porque, como argumenta en su recurso, crea que puede obtener en el incidente de ejecución de la sentencia de 2008 un importe superior al que la demandada ha fijado de forma unilateral para el caso de que se considere que es imposible el cumplimiento "in natura".



La Audiencia, al acoger los argumentos de la demandada para estimar la demanda mediante la condena a una indemnización por equivalente que no ha sido pedida por la demandante cita algunas sentencias en las que supuestamente se ha procedido de la misma manera. Pero no es así. En las sentencias citadas por la Audiencia, o bien sí se pidió en la demanda lo concedido (sentencias de 26 de febrero de 1992, rc. 2414/1998 ; de 27 de mayo de 1994, rc. 1985/1991 ; 1275/2007 de 27 noviembre), o se trata de supuestos en los que se resuelve en función de los criterios materiales de la acción ejercida, más allá de la denominación (sentencias 907/2004, de 24 de septiembre ; 720/2007, de 20 de junio). Nada de eso sucede en el presente caso, pues ni la demandante solicitó expresamente la prestación por equivalente ni puede deducirse tal petición de la solicitud de una suma de dinero, ya que las cantidades reclamadas en la demanda lo fueron en un concepto diferente, el de daños por el retraso en el cumplimiento.

Por todo ello, el motivo del recurso por infracción procesal que denuncia incongruencia debe ser estimado.

3.- Desestimación de la demanda. La estimación del recurso por infracción procesal no determina en el presente caso que valoremos lo alegado en el recurso de casación porque el mismo se dirige a que se declare la resolución parcial del contrato al amparo del art. 1124 CC y, como hemos dicho al desestimar el primer motivo del recurso por infracción procesal, existe cosa juzgada.

En el presente caso, la estimación del recurso por infracción procesal determina, en consecuencia, la desestimación de la demanda.

CUARTO.- Costas y depósitos

La estimación del recurso por infracción procesal determina que no se impongan las costas de dicho recurso. Tampoco se impone las del recurso de casación, dado que no ha sido preciso entrar en su resolución.

Procede acordar la devolución de los depósitos constituidos.

Dada la desestimación de la demanda, procede imponer las costas de primera instancia a la demandante.

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 el recurso por infracción procesal interpuesto por D. Enrique , D.ª Yolanda , D.ª Araceli y D.ª Belen , contra la sentencia dictada con fecha 28 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 99/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 167/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Monzón.

2.º- Dictar nueva sentencia por la que desestimamos la demanda interpuesta en su día por D. Enrique , D.ª Yolanda , D.ª Araceli y D.ª Belen contra Promotora Euroaragonesa S.A.

3.º- Imponer a la demandante las costas de primera instancia y no hacer expresa imposición de costas de la segunda instancia ni de las de los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

4.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos por infracción procesal y casación.

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.