

Roj: **STS 3141/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3141**Id Cendoj: **28079110012016100445**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/06/2016**Nº de Recurso: **1375/2014**Nº de Resolución: **438/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 21905/2013,**  
**STS 3141/2016**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 29 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Vizcaína de Edificaciones S.A., representada por el procurador D. Fernando Ruíz de Velasco Martínez de Ercilla y bajo la dirección letrada de D. Jon Ezquerro Oteo; contra la sentencia dictada el 23 de diciembre de 2013, por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 971/2012; dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1431/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 86 de Madrid. Ha sido parte recurrida D. Casiano , D. Florian , D. Lorenzo , D. Samuel , D. Jesús María , D.ª Mercedes , D.ª Marí Luz , D.ª Coro , D.ª Loreto , D. Carmelo , D. Fidel , D.ª Verónica y D.ª Carmen , representados/as por la procuradora D.ª Mª del Mar Rodríguez Gil y bajo la dirección letrada de D. Pablo Castañeda Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª María del Mar Rodríguez Gil, en nombre y representación de D. Casiano , D. Florian , D. Lorenzo , en nombre y representación de D.ª Adelina , D. Samuel , D. Jesús María , D.ª Mercedes , D.ª Marí Luz , D.ª Coro , D.ª Loreto , D. Carmelo , D. Fidel , D.ª Verónica y D.ª Carmen , interpuso demanda de juicio ordinario contra Vizcaína de Edificaciones, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«estimando íntegramente la demanda, declare que la demandada incumplió gravemente el contrato formalizado mediante escritura de 31 de octubre de 1996, imposibilitando su cumplimiento material y legalmente de manera voluntaria por lo que el mismo ha quedado resuelto, y condenando a "Vizcaína de Edificaciones, S.A." con carácter principal al abono a mis representados de las siguientes indemnizaciones, referidas en el hecho quinto de la demanda, y consistentes en el valor que tendría la sociedad SEMORSA, S.A. a fecha de hoy una vez restada la parte del precio recibida:

Titular % Total indemnización

Casiano 36,41% 4.685.518,28?

Hnos Marí Luz Jesús María Samuel Mercedes 27,09% 3.486.096,02?

Florian 23,29% 2.997.181,36?

Adelina 5,40% 694.936,05?



Hnos. Fidel Coro Loreto Verónica Carmelo 5,40% 694.936,05?

Carmen 2,41% 310.187,31?

Total 100% 12.868.855,06?

»Y, en defecto de la anterior y con carácter subsidiario o alternativo, condenando a "VIZCAÍNA DE EDIFICACIONES, S.A." al abono a mis representados de las siguientes indemnizaciones referidas en el hecho sexto de la demanda, y consistentes en el valor que tendrían a fecha de hoy los metros cuadrados de edificación que la sociedad demandada tenía obligación de entregar:

Titular % Superficie (m2) Vv (?/m2) Vp(?)

Casiano 36/41% 441/16 3.461.617,81?

Hnos. Marí Luz Jesús María Samuel Mercedes 27,09% 328,23 2.575.534,92?

Florian 23,29% 282,19 2.214.256,49?

Adelina 5,40% 65,43 513.395,66?

Hnos. Carmelo Fidel Loreto Verónica Coro 5,40% 65,43 513.395,66?

Carmen 2,41% 29,20 229.126,58?

7.846,66?

Total (793,38+418,26) 100% 1.211,64 9.507.327,12?

En ambos casos las cantidades objeto de condena deberán ser incrementadas con el interés legal devengado desde la fecha de interposición de la demanda, y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada».

2.- La demanda fue presentada el 6 de octubre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 86 de Madrid y registrada con el núm. 1431/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Fernando Ruíz de Velasco Martínez de Ercilla, en representación de Vizcaína de Edificaciones, S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dictar sentencia en la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la demanda, con imposición de costas a la contraparte».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 86 dictó sentencia de fecha 6 de septiembre de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por la procuradora María del Mar Rodríguez Gil, en nombre y representación de Casiano , Florian , Lorenzo , que actúa en representación de Adelina , Samuel , Jesús María , Mercedes , Marí Luz , Coro , Loreto , Carmelo , Fidel , Verónica y Carmen , contra la Vizcaína de Edificaciones, S.A., a quien representa el procurador Fernando Ruiz de Velasco Martínez Ercilla, debo condenar y condeno a la mercantil demandada a que satisfaga a Casiano la cantidad de 547.100,43 euros (91.029.852 ptas.), a Florian la de 349.916,40 euros (58.221.190 ptas.), a los Hermanos Samuel , Jesús María , Mercedes y Marí Luz , herederos de Eugenio , la de 407.105,78 euros (67.736.703 ptas.), a los hermanos Coro , Loreto , Carmelo , Fidel y Verónica 81.120,27 euros (13.497.277 ptas.), y a Carmen 36.167,12 euros (6.017.703 ptas.), cantidades que deberán ser actualizadas, como deudas de valor que son, con el IPC desde el 31-10-1996, fecha de su fijación, y las resultantes devengarán el interés legal desde la interpelación judicial, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en costas».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Vizcaína de Edificaciones, S.A. y de D. Casiano , D. Florian , D. Lorenzo , quien actúa en representación de D.ª Adelina , los hermanos D. Samuel , D. Jesús María , D.ª Mercedes y D.ª Marí Luz , los hermanos D.ª Coro , D.ª Loreto , D. Carmelo , D. Fidel y D.ª Verónica y D.ª Carmen .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que los tramitó con el número de rollo 971/2012 ; y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 23 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Rodríguez Gil, en representación de don Casiano , don Florian , don Lorenzo , en representación de doña Adelina , don Samuel



, don Jesús María , doña Mercedes y doña Marí Luz , doña Coro , doña Loreto , don Carmelo , don Fidel y doña Verónica y doña Carmen y desestimando el recurso de apelación presentado por el Procurador Sr. Ruíz de Velasco Martínez de Ercilla, en representación de Vizcaína de Edificaciones, S.A., contra la sentencia dictada en autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 86 de Madrid, bajo el número 1431 de 2011, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS en parte dicha resolución, declarando que Vizcaína de Edificaciones, S.A. incumplió gravemente el contrato formalizado mediante escritura de 31 de octubre de 1996, y declarando por tanto la resolución del contrato, condenando a dicha mercantil a pagar a los demandantes la cantidad de siete millones quinientos treinta mil quinientos cuarenta y cuatro euros con noventa y dos cms. (7.530.544,92 ?), en los porcentajes respectivos de un 36,41% para don Casiano , 23,29% para don Florian , 5,4% para doña Adelina , 27,09% para los hermanos don Samuel , don Jesús María , doña Mercedes y doña Marí Luz , 5,4% para los hermanos doña Coro , doña Loreto , don Carmelo , don Fidel y doña Verónica y 2,41% para doña Carmen , con el interés legal devengado desde la fecha de interposición de la demanda hasta su completo pago, sin hacer expresa condena en el pago de las costas causadas en la primera instancia, como tampoco de las ocasionadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial».

La estimación parcial del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial».

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

1.- El procurador D. Fernando Ruíz de Velasco Martínez de Ercilla, en representación de Vizcaína de Edificaciones, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia ( artículo 469.1.2º de la LEC ) por infracción del artículo 218.2, en relación con el artículo 386.1, ambos de la LEC , por la presunción de certeza de hechos improcedentemente operada.

»Segundo.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia ( artículo 469.1.2º de la LEC ) por la infracción del artículo 218.2 de la LEC , por la arbitrariedad y el apartamiento de las reglas de la lógica y de la razón en la valoración de la prueba.

»Tercero.- La vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española ( artículo 469.1.4º de la LEC ), por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por infracción del artículo 386.1 de la LEC , debida a la presunción de certeza de hechos improcedentemente operada.

»Cuarto.- La vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española ( artículo 469.1.4º de la LEC ) por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la arbitrariedad y el apartamiento de las reglas de la lógica y de la razón en la valoración de la prueba».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del mismo, en cuanto a la preferencia del tenor literal de los términos de un contrato como primer criterio aplicable para su interpretación, en relación con los artículos 1.137 , 1.274 y 1.446 del mismo Código en cuanto al alcance del negocio jurídico establecido en el contrato.

»Segundo.- Infracción del párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del mismo, en cuanto a la preferencia del tenor literal de los términos de un contrato como primer criterio aplicable para su interpretación, en relación con el artículo 1.273 del mismo Código , en cuanto al alcance de la obligación asumida por Vizcaína respecto a la entrega de viviendas.

»Tercero.- Infracción del artículo 1.283 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del mismo, respecto a la imposibilidad de entender comprendidas en el objeto de un contrato cosas distintas sobre las que las partes se propusieron contratar, con relación a los artículos 348 y 381 del mismo Código y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.



»Cuarto.- Infracción del artículo 1.125 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del mismo, sobre el momento de exigibilidad de la obligación, con relación al artículo 1.124 del mismo Código sobre el incumplimiento de las obligaciones recíprocas y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

»Quinto.- Infracción del artículo 1.152 del Código Civil y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del mismo, con relación al artículo 1.124 del mismo Código ».

**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 la Sala y personadas las partes ante la misma, por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 11 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la sociedad mercantil Vizcaína de Edificaciones, S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 23 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), en el rollo de apelación nº 971/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1431/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 86 de Madrid».

**3.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

**4.-** Por providencia de 27 de abril de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de junio de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

**1.-** El 31 de Octubre de 1996, D. Casiano , D. Florian , Dña. Carmen , Dña. Adelina , D. Fidel , Dña. Coro , Dña. Loreto , D. Carmelo , D. Fidel y Dña. Verónica , titulares de la totalidad de las acciones de la compañía mercantil Semorsa, S.A., otorgaron escritura pública a favor de las sociedades Urbanismo y Ciudad, S.A. (Urbanismo) y Promociones Inmobiliarias Chamartín, S.L. (Pich), en la que transmitían el cien por cien de aquellas acciones de la siguiente manera: la venta de una parte de las acciones de Semorsa a Urbanismo, mediante precio cierto e íntegramente satisfecho; y la permuta del resto de las acciones de Semorsa a Urbanismo y Pich, a cambio de determinada superficie construida en las parcelas que eran propiedad de la sociedad de los transmitentes, sitas en el A.P.E. Colonia Campamento, de Madrid, sobre las cuáles Pich y Urbanismo proyectaban realizar promociones inmobiliarias.

**2.-** En 2006, Vizcaína de Edificaciones, S.A., absorbió a Urbanismo, que a su vez, había absorbido en el año 2004 a Pich, posteriormente denominada Indesa Desarrollos Inmobiliarios, S.L. (Indesa). Igualmente, mediante escritura otorgada el 14 de Junio de 2004, Semorsa fue absorbida por Urbanismo.

**3.-** En la escritura de 31 de octubre de 1996, Pich y Urbanismo se comprometieron a la entrega futura de 793'38 metros cuadrados de viviendas totalmente terminadas sitas en los inmuebles a edificar, más al menos una plaza de garaje por cada 100 metros cuadrados de edificación, y en cualquier caso una plaza de garaje por vivienda. Añadía el contrato que:

«la contraprestación acordada está basada en los parámetros urbanísticos y edificabilidad asignada en el PERI de 1988, actualmente en vigor. Por ello, en el supuesto de que esta edificabilidad se modificase, las partes acuerdan las siguientes regularizaciones: si la edificabilidad actual final superase la edificabilidad reconocida en el PERI actual, la superficie construida a entregar como contraprestación a los actuales accionistas de Semorsa aumentaría a razón proporcional del 10% del exceso (...) La entrega de las viviendas que resulten de los 793'38 m2 tendrá lugar no más tarde de dieciséis meses después de la fecha en que se obtenga por las sociedades intervinientes la Licencia de Obra Mayor para la construcción de la primera edificación de viviendas (...).».

**4.-** El volumen de edificabilidad fue incrementado, por lo que el número previsto de metros cuadrados a entregar debería aumentarse en el equivalente al 10% del incremento.

**5.-** Los transmitentes de las acciones y/o sus causahabientes presentaron demanda contra Vizcaína de Edificaciones, S.A., en la que ejercitaron una acción de reclamación de indemnización por incumplimiento, con restitución de la sociedad transmitida Semorsa, con sus activos, y la devolución del precio parcial abonado. En forma alternativa, reclamaron los daños y perjuicios derivados de no poder exigirse el cumplimiento del contrato, exigiendo la entrega de la edificación comprometida, y siendo equivalente la indemnización al valor de la edificación que debía entregarse a los actores.



6.- Opuesta a dicha pretensión la parte demandada, la sentencia de primera instancia consideró que se había incumplido el contrato por la parte demandada, pero no por la venta del terreno a terceros, pues hasta el momento de cumplir el deudor podía obtener la edificabilidad pactada, sino por el enorme retraso en el inicio de la construcción, sin que se pueda obligar a los demandantes a esperar *sine die* para pretender la indemnización por incumplimiento. Entendió que era de aplicación la cláusula cuarta del contrato, prevista para el caso de incumplimiento, convirtiendo tales indemnizaciones tasadas en prestaciones alternativas y por tanto principales ( arts. 1131 y ss. Cc ) por imposibilidad de cumplimiento, que se entiende acaecido en el supuesto enjuiciado. Por ello, estimó en parte la demanda, condenando a Vizcaína al pago de las cantidades que se han reseñado en los antecedentes de hecho.

7.- Recurrída en apelación dicha sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial dictó sentencia estimatoria del recurso de la parte demandante y desestimatoria del recurso de la demandada. La Audiencia consideró resumidamente que: (i) La escritura otorgada el 31 de octubre de 1996 documentaba un negocio jurídico o contrato único, y no dos contratos diferenciados. (ii) En la escritura pública se pactó una figura mixta, incluyendo una relación de arrendamiento de obra, en cuya virtud los adquirentes de las acciones se comprometieron a la construcción de viviendas en los terrenos adquiridos (o en los correspondientes de reemplazo) para su entrega a los transmitentes, ajustando esa construcción a los términos pactados; (iii) El incumplimiento de la parte demandada es esencial; (iv) De conformidad con la pretensión principal de la demanda, Vizcaína debe reintegrar a los demandantes el valor de las acciones de Semorsa, pues éstas ya no existen, y correlativamente tiene derecho al reintegro del precio en su día satisfecho, actualizado con el IPC.

#### **Recurso por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal.*

*Planteamiento :*

1.- Vizcaína de Edificaciones, S.A. formula un primer motivo de infracción procesal, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , por la infracción de los arts. 218.2 y 386.1 LEC , respecto de la indebida presunción de que las parcelas sometidas al proceso urbanístico serían sustituidas por las correspondientes parcelas de resultado.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce resumidamente que la sentencia no expresa el razonamiento lógico por el que llega a presumir la certeza de que, al existir un proceso urbanístico de compensación pendiente, el cumplimiento del contrato suponía necesariamente la construcción en las específicas fincas de resultado que en su día sustituyeran a las parcelas originalmente aportadas al proyecto de urbanización y que figuran en la escritura de 31 de octubre de 1996.

*Decisión de la Sala:*

1.- En relación con el control de la apreciación de la prueba de presunciones por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, tiene afirmado esta Sala, verbigracia en sentencias núm. 215/2013 bis, de 8 de abril , y 836/2005, de 10 de noviembre , que las infracciones relativas a la prueba de presunciones solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas. Pero no en aquellos casos, como el presente, en los cuales el tribunal se ha limitado a obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a los elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso, sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica ( sentencias núm. 586/2013, de 8 de octubre ; 647/2014, de 26 de noviembre ; y 23/2016, de 3 de febrero ).

2.- En la sentencia recurrida no se realiza una aplicación expresa de la prueba de presunciones, ni se contiene mención alguna a los arts. 385 y 386 LEC , donde se regula dicho medio probatorio, sino que el tribunal da como probado, tras interpretar la escritura pública que documentó la relación negocial entre las partes, que se pactó una figura mixta, que incluía un arrendamiento de obra, en cuya virtud las sociedades que luego fueron absorbidas por la hoy recurrente se comprometieron a la construcción de viviendas en los terrenos adquiridos o en los resultantes de la urbanización, para su entrega a los transmitentes. Lo que hace la Audiencia Provincial es valorar diversas estipulaciones de dicho contrato y relacionarlas con la figura jurídica de la permuta de solar por obra futura, para llegar a la conclusión de que las adquirentes habían asumido la obligación de edificar con arreglo a lo pactado, pero sin utilizar para ello la prueba de presunciones.

3.- Al igual que en los casos resueltos por las sentencias de esta Sala antes citadas , en el presente, ni la parte propuso la aplicación de presunción alguna, ni el tribunal hizo otra cosa que obtener las conclusiones de hecho que consideró más adecuadas con arreglo a las pruebas practicadas y realizar las valoraciones jurídicas que estimó oportunas en relación a tales hechos. Por ello, no se ha aplicado el art. 386.1 LEC , ni por tanto puede



haber sido infringido. Del mismo modo que tampoco se ha vulnerado el art. 218.2 LEC , por cuanto la sentencia explica de manera clara y razonada los motivos por los que llega a la conclusión discutida.

En consecuencia, este primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado, sin perjuicio de la revisión de tales consideraciones jurídicas que proceda al resolver el recurso de casación.

**TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal.**

*Planteamiento :*

1.- Se formula también al amparo del art. 469.1.2º LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en especial, el art. 218.2 LEC , por la arbitrariedad y el apartamiento de las reglas de la lógica y la razón en la valoración de la prueba.

2.- Al desarrollar el motivo, argumenta la parte que el tribunal de instancia da por buenos unos cálculos y operaciones periciales erróneos para la determinación del valor de los terrenos que eran propiedad de Semorsa y que resultan contrarios a la Orden Ministerial ECO/805/2003; al tiempo que aplica un coste de urbanización por metro cuadrado que aparece en el convenio urbanístico de gestión de 1995, sin actualización de ningún tipo al momento actual.

*Decisión de la Sala :*

1.- El motivo, tal y como ha sido formulado y desarrollado, impugna valoraciones realizadas por el tribunal de instancia, unas relativas a la determinación de los hechos y otras jurídicas, con la pretensión de que se vuelva a revisar el enjuiciamiento de la cuestión litigiosa como si se tratara de un recurso ordinario que permitiera un nuevo enjuiciamiento en la instancia. Y al socaire de una pretendida vulneración de las normas reguladoras de la sentencia ( art. 469.1.2º LEC ), a lo que realmente se refiere es a una pretendida valoración ilógica y arbitraria de la prueba ( art. 469.1.4º LEC ).

2.- Tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala (verbigracia, sentencia 169/2016, de 17 de marzo ), que la lógica a que se refiere el art. 218.2 LEC es la de la argumentación -entramado argumentativo-, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa so capa de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación ( sentencias 888/2010, de 30 de diciembre ; 232/2012, de 23 de abril ; 586/2013, de 8 de octubre ; 215/2013 bis, de 8 de abril ; y 634/2015, de 10 de noviembre , entre otras muchas). Es decir, como precisó la sentencia 705/2010, de 12 de noviembre , la exigencia del art. 218.2, *in fine* , LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica, ni la conclusión de este orden extraída, efectuadas por la resolución recurrida, pues las mismas se tratarían de cuestiones de fondo propias del recurso de casación.

3.- La valoración de las pruebas periciales es función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en instancia, que no es verificable en el recurso extraordinario, salvo que se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad. La sentencia de esta Sala núm. 309/2005, de 29 abril , recoge una reiterada jurisprudencia en el sentido de que, como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas, la conclusión que resulta es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. Excepcionalmente, cabrá la revisión cuando en los informes de los peritos o en la valoración judicial se aprecie un error patente, ostensible o notorio, cuando se extraigan conclusiones contrarias a datos fácticos evidentes, se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia, se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falseen arbitrariamente sus dictados o se aparten del propio contexto del dictamen pericial ( sentencias de esta Sala núm. 58/2010, de 19 febrero ; 28/2013, de 30 de enero ; y 163/2016, de 16 de marzo ; entre otras).

4.- En contra de lo afirmado por la recurrente, la sentencia recurrida expresa claramente de forma argumentada las razones por las que da mayor o menor credibilidad a los distintos informes periciales obrantes en las actuaciones. Este recurso no puede convertirse en una tercera instancia, a efectos de que esta Sala revise las conclusiones a las que llega la Audiencia Provincial, entrando a discernir sobre partidas de obra, costes y precios de ejecución. Lo determinante es que no se aprecia que la sentencia incurra en errores de apreciación evidentes, ni que tergiversen o falseen las conclusiones de los peritos. Incluso aunque se apreciase (a efectos meramente dialécticos) una supuesta infracción de la norma administrativa invocada por la recurrente -la Orden Ministerial ECO/805/2003-, ello no sería revisable en este recurso, sino que, en su caso, y con las



limitaciones propias de la invocación de normas administrativas, podría ser verificable en el recurso de casación, a fin de comprobar si las valoraciones jurídicas (que no fácticas) de la sentencia se ajustan a derecho.

Como consecuencia de lo cual, este segundo motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

**CUARTO.- Tercer motivo de infracción procesal.**

*Planteamiento :*

1.- Se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC , por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , al infringirse el art. 386.1 LEC , dada la presunción de certeza de hechos indebidamente realizada.

2.- En el desarrollo del motivo, se arguye sintéticamente que la sentencia recurrida presume la existencia de una obligación para la recurrente, consistente en edificar en las fincas de resultado que se generen tras la reparcelación y urbanización, sin razonar la existencia del enlace preciso y directo entre el hecho indiciario y el presumido.

*Decisión de la Sala :*

1.- En tanto en cuanto que este motivo supone una reformulación del primer motivo, ya analizado y desestimado, no tenemos sino que remitirnos a lo ya argumentado para su desestimación, a fin de evitar indeseables reiteraciones.

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 artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . 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 artículo 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. 24 CE . En *nuestras sentencias* núm. 101/2011, de 4 de marzo , 263/2012, de 25 de abril , 418/2012, de 28 de junio , 262/2013, de 30 de abril , y 235/2016, de 8 de abril , tras reiterar la admisibilidad de un excepcional control de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de la segunda instancia, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, recordamos que:

«[n]o todos los errores en la valoración de la prueba tienen relevancia constitucional [...], dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales» .

2.- Aquí ni siquiera es posible ese control sobre la valoración de la prueba de presunciones, dado que la misma no se ha practicado, porque como ya hemos dicho, la sentencia de la Audiencia Provincial no recurre a dicho medio probatorio para establecer sus conclusiones. Por lo que no cabe sino la desestimación directa de este motivo de infracción procesal, sin necesidad de mayores argumentaciones.

**QUINTO.- Cuarto motivo de infracción procesal.**

*Planteamiento :*

1.- Se enuncia conforme al art. 469.1.4º LEC , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE , dada la arbitrariedad y el apartamiento de las reglas de la lógica y de la razón en la valoración de la prueba.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce resumidamente que la arbitrariedad denunciada se produce respecto de dos aspectos concretos: (i) la valoración de la prueba relativa a la admisión por el tribunal de los cálculos y operaciones periciales erróneos para la determinación del valor de los terrenos que eran propiedad de Semorsa, que resultan contrarios a la OM ECO/805/2003; y (ii) la valoración de la prueba relativa a la aplicación al coste de urbanización por metro cuadrado que aparece en el convenio urbanístico de gestión de 1996, sin ningún tipo de actualización al momento actual.

*Decisión de la Sala :*

1.- Nuevamente se reproduce por otro conducto, esta vez por la vía del art. 469.1.4º, una alegación que ya se había formulado, por la vía del art. 469.1.2º LEC , y que ya hemos desestimado. Y nuevamente tenemos que dar por reproducido lo expresado al resolver el segundo motivo de infracción procesal.



2.- La valoración de la prueba pericial que hace la Audiencia Provincial no puede ser tachada de arbitraria o irracional. Examina los informes periciales aportados a las actuaciones, los compara y analiza, y llega a diversas conclusiones sobre el precio de mercado de los terrenos y el valor de mercado actual del metro cuadrado de suelo en el APE 05.27, que -a su vez- pone en relación con las propias valoraciones realizadas por Vizcaína de Edificaciones en su contabilidad en el año 2008. Se podrá estar de acuerdo o no con la decisión de la Audiencia Provincial, pero ello no implica que sus conclusiones se aparten de los datos fácticos contenidos en los informes periciales, ni que haya incurrido en errores patentes y manifiestos. Y, en todo caso, corresponde al recurso de casación la impugnación de la valoración jurídica resultante de dicha apreciación probatoria. Lo contrario, sería convertir a este Tribunal en una tercera instancia, lo que está vedado por el ordenamiento jurídico.

Como hemos recordado en múltiples ocasiones, aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o manifiesto en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; 58/2015, de 23 de febrero ; y 53/2016, de 11 de febrero ), ello se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados.

3.- Por lo que este cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser desestimado.

### **Recurso de casación**

**SEXTO.- Advertencia preliminar. El necesario respeto a los hechos declarados probados.**

1.- El recurso de casación no abre una tercera instancia, pues no permite revisar la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de la segunda (por todas, sentencia de esta Sala 797/2011, de 18 de noviembre ). Antes bien -como precisaron, entre otras muchas, las sentencias 532/2008, de 18 de julio ; 142/2010, de 22 de marzo ; 153/2010, de 16 de marzo ; 604/2013, de 22 de octubre ; y 163/2016, de 16 de marzo -, este recurso cumple la función de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por el recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración, por el tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados. Se impone, en consecuencia, respetar los hechos declarados probados por el tribunal de apelación, aunque no coincidan con los que lo fueron por el de la primera instancia.

2.- Conforme a ello, la decisión del recurso ha de partir de los siguientes datos considerados probados por la Audiencia Provincial: (i) La escritura otorgada el 31 de Octubre de 1996 documentó un negocio jurídico o contrato único, y no dos contratos diferenciados. (ii) En dicha escritura pública se pactó una figura contractual mixta, incluyendo una relación de arrendamiento de obra, en cuya virtud los adquirentes de las acciones se comprometieron a la construcción de viviendas en los terrenos adquiridos (o en los correspondientes de reemplazo) para su entrega a los transmitentes, ajustando esa construcción a los términos pactados; (iii) El incumplimiento de la parte adquirente y obligada a la ejecución de la obra es esencial

3.- Frente a ello, como veremos, el recurso de casación pretende modificar tales conclusiones probatorias y acumula innecesaria y reiterativamente hasta cinco motivos de casación para formular bajo distintas apariencias la misma idea: la sentencia yerra al considerar que lo pactado fue un único contrato, aunque el mismo se descompusiera en dos obligaciones íntimamente relacionadas; y al realizar la valoración económica de las consecuencias del incumplimiento contractual.

**SÉPTIMO.- Primer motivo de casación. Interpretación literal del contrato.**

*Planteamiento:*

1.- En este primer motivo se denuncia infracción del art. 1281.1 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto a la preferencia del tenor literal de los términos de un contrato como primer criterio interpretativo, en relación con los arts. 1.137 , 1.274 y 1.446 del mismo Código .

2.- En el desarrollo del motivo, se alega resumidamente que no debe interpretarse la relación obligacional enlazada entre las partes como un contrato único, sino como dos contratos diferenciados, por un lado la compraventa de acciones y, por otro, la permuta del terreno por las viviendas ya construidas.

*Decisión de la Sala:*

1.- No hay infracción alguna del art. 1.281-1 CC , porque la sentencia recurrida no obvia ni prescinde de la interpretación literal del contrato. Lo que sucede es que, junto con dicha interpretación literal, ha de tenerse en





cuenta que el art. 1.285 del mismo Código , al reglar la interpretación de los contratos, opta por el denominado canon hermenéutico de la totalidad, es decir, que las distintas cláusulas de un contrato deben interpretarse conjuntamente (por todas, sentencia de esta Sala núm. 653/2015, de 13 de noviembre ). Y así lo hizo la sentencia recurrida, sin que se advierta razón alguna para que hubiera primado algunas de las cláusulas (las que la parte recurrente pretende hacer valer aisladamente), sobre las otras, cuando son claramente complementarias y compatibles.

**2.-** Asimismo, tampoco podemos olvidar que la interpretación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y que no puede ser revisada en casación, más que cuando se vulnera alguno de los preceptos que ha de ser tenido en cuenta. De manera tal que si la sentencia de la Audiencia se adapta al canon hermenéutico de la totalidad, como establece el citado artículo 1.285 CC , no hay razón alguna para la revisión de su criterio.

Dicho criterio es razonable y no vulnera norma jurídica alguna: aunque en la escritura pública no se diga expresamente que se trata de un negocio jurídico único, cabe interpretar que así fue, englobando lo pactado una compraventa de acciones y una permuta de acciones por terrenos y arrendamiento de obras.

**3.-** La sentencia analiza la causa y el objeto del negocio realizado, para llegar a la conclusión de que la transmisión de las acciones de Semorsa tenía como contrapartida la recepción por sus socios de una parte del precio en dinero y otra mediante la entrega de una cosa futura (el resultado de la edificación). Precisamente, esta modalidad contractual de permuta de terrenos (o de derechos sobre los mismos) por edificaciones futuras suele albergar una multiplicidad de relaciones jurídicas que, según los casos, pueden incluir contratos de compraventa, permuta y arrendamiento de obras; pero sin que ello implique que se trate de varios contratos, sino como bien dice la Audiencia Provincial, de varias figuras contractuales que, coordinadamente, dan lugar a un único contrato mixto o complejo. Como dice la sentencia de esta Sala núm. 914/2011, de 2 de diciembre :

«Este es un contrato complejo, llamado también mixto, en que su especificidad se halla en la síntesis, que no suma, de diversos elementos, fundidos en la unidad de causa, lo que le da identidad diferenciada (así, sentencia de 19 de mayo de 1982 ). Contrato que se rige, como norma básica, por lo pactado, *lex contractus* que proclama el artículo 1091 del Código civil ( sentencia de 18 de noviembre de 1980 relativa a un " contrato complejo de cesión de solar por obra y entrega de cantidad en concepto de precio"), a cuyo contrato se aplica la normativa de los pactos que aúna, en lo que se ha dado en llamar teoría de la combinación ( sentencia de 23 de octubre de 1981 ) que, en el fondo, no es otra cosa que volver "al viejo principio de la analogía" (como dice la sentencia de 19 de mayo de 1982 ). [...] Es un contrato con unidad de causa, como función objetiva ( artículo 1274 del Código civil y sentencias de 8 de febrero de 1993 , 8 de febrero de 1996 , 28 de julio de 1998 ). Y a este contrato complejo, no hay duda en la aplicación del artículo 1124 del Código civil , resolución por incumplimiento de la obligación sinalagmática de una de las partes».

**4.-** En este supuesto, la parte recurrente se limita a interpretar de forma distinta a la efectuada por el tribunal de instancia los términos del contrato, para así solicitar la aplicación de los artículos que cita como infringidos, y con base en ellos, deducir que hubo dos negocios jurídicos diferenciados. Sin embargo, el negocio fue correctamente calificado como único por la sentencia recurrida y no se aprecia infracción alguna de los preceptos invocados por la recurrente. Al contrario, la posibilidad de resolución del contrato a instancia de la adquirente si la edificabilidad resultante era un 30% menor que la prevista, con devolución de las cantidades entregadas, configura claramente el negocio jurídico como una unidad, consistente en la transmisión de la totalidad del capital de una sociedad, lo que conllevaba la transmisión de los terrenos de los que dicha compañía mercantil era propietaria, a fin de que la otra parte promoviera y entregara a los socios transmitentes las construcciones y edificaciones previstas como contrapartida. E igual sucede con el exceso de edificabilidad y su repercusión sobre los socios de Semorsa. De manera que si la voluntad de las partes hubiera sido la celebración de dos contratos diferentes, carecería de todo sentido la supeditación del resultado final del contrato a la edificabilidad resultante, tanto a favor de una parte como de la otra. De donde cabe deducir, como correctamente hace la Audiencia Provincial, que se trató de un único contrato complejo, con causa y objeto únicos.

**OCTAVO.- Segundo motivo de casación. Interpretación literal y objeto determinado en el contrato.**

*Planteamiento:*

**1.-** El segundo motivo casacional denuncia infracción del art. 1.281-1 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto a la preferencia del tenor literal de los términos de un contrato como primer criterio aplicable para su interpretación en relación con el art. 1.273 CC , sobre el alcance de la obligación asumida por Vizcaína de Edificaciones respecto a la entrega de las viviendas.



2.- Al desarrollarse el motivo, se argumenta que la sentencia interpreta incorrectamente que Vizcaína asumió la obligación de construir por sí las viviendas objeto del contrato, como si el mismo incluyera una relación de arrendamiento de obra.

*Decisión de la Sala:*

1.- Nuevamente se pretende sustituir el criterio interpretativo de la Audiencia Provincial por el de la parte recurrente, que confunde el recurso de casación con una reiteración de su [desestimado] recurso de apelación. Ya hemos explicado en el fundamento jurídico anterior cómo el entramado contractual responde a una causa y objeto únicos, por lo que no existe infracción alguna del art. 1.273 CC, ya que el objeto del contrato estaba claramente determinado e incluía la entrega de las viviendas ya construidas. Las referencias contractuales a la obtención de licencia de obras, a la entrega de plazas de garaje en función de las superficies de las viviendas, a las calidades de estas últimas y al sorteo para la adjudicación individualizada de las viviendas, no tiene otro sentido que la asunción por parte de la adquirente de la obligación de realizar las obras y entregar los pisos resultantes de las mismas.

2.- Con ello, la Audiencia no sólo no vulnera el art. 1.281-1 CC, puesto que la literalidad de tales clausulados conduce rectamente a la interpretación antedicha, sino que se ajusta a la propia naturaleza jurídica de estos contratos atípicos de permuta de terrenos por edificación futura. Es decir, sigue la jurisprudencia de esta Sala y tiene en cuenta la peculiaridad de este contrato mixto o complejo, distinto del contrato típico de permuta, ya que se caracteriza por el hecho de que, a diferencia del contrato de permuta de bienes presentes, en que ambas cosas existen y están determinadas desde su celebración, y pueden ser adquiridas por los permutantes, en éste la parte cedente del terreno solo ostenta un derecho personal o de crédito frente al adquirente del solar, que le faculta para exigir a éste último que cumpla el compromiso asumido de edificar, de modo que no será sino hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión para el cedente del suelo, como justa contraprestación (sentencias núm. 456/2007, de 25 de abril; y 94/2011, de 14 de febrero; y las que en ellas se citan).

En la escritura pública no hay ninguna mención a que fuera un tercero quien debería realizar las obras, pero aunque ello fuera así, tampoco alteraría la correcta interpretación realizada por la Audiencia Provincial, pues lo relevante no es quién materialmente ejecutara las obras (que la demandada podría haber subcontratado perfectamente con un tercero), sino quiénes asumieron contractualmente la obligación de entrega, que fueron inequívocamente las sociedades ulteriormente absorbidas por la ahora recurrente. Y puesto que se invoca la supremacía de la interpretación literal, no está de más recordar que la escritura pública previó expresamente lo siguiente:

«Como contraprestación de tal transmisión y por vía de permuta, Pich, Promociones Inmobiliarias Chamartín, S.L., y Urbanismo y Ciudad, S.A., se obligan y comprometen irrevocablemente a la entrega futura de 793,38 metros cuadrados de viviendas totalmente terminadas, sitas en los inmuebles, de gran calidad de diseño y construcción que se proyecta edificar en el Conjunto Inmobiliario a desarrollar en el A.P.E. "Colonia Campamento" donde se integran las fincas propiedad de Semorsa, S.A., más, al menos, una plaza de garaje por cada 100 metros cuadrados de edificación, y en cualquier caso, una plaza por vivienda».

Lo que queda reforzado por el compromiso asumido por Pich y Urbanismo y Ciudad, en el caso de que los metros cuadrados que hubieran de recibir los transmitentes no coincidieran exactamente con las superficies de las viviendas resultantes, de venderles los metros cuadrados útiles que fueran necesarios para alcanzar el tamaño exacto de las viviendas.

3.- En definitiva, la sentencia realizó una correcta interpretación literal del contrato, conforme al art. 1.281-1 CC, puesto que el propio tenor de lo pactado indicaba meridianamente que los adquirentes debían entregar a los transmitentes las viviendas pactadas. Por lo que este segundo motivo de casación ha de seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

**NOVENO.- Tercer motivo de casación. Art. 1283 CC. Ámbito del contrato.**

*Planteamiento:*

1.- En el motivo quinto se alega infracción del art. 1.283 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, respecto de la imposibilidad de entender comprendidas en el objeto de un contrato cosas distintas sobre las que las partes se propusieron contratar, en relación con los arts. 348 y 381 del mismo Código y su jurisprudencia interpretativa.

2.- Se aduce que la sentencia recurrida ignora lo previsto en dicho precepto, cuando interpreta la escritura pública de 23 de diciembre de 2008, al considerar que hubo incumplimiento por parte de Vizcaína, en vez de entender que las partes acordaron la imposibilidad de tal transmisión.

*Decisión de la Sala:*

1.- El motivo es completamente artificioso y nada tiene que ver con una supuesta infracción del art. 1.283 CC, que contempla otra regla subjetiva de interpretación, con la finalidad de que prevalezca la voluntad de las partes. Dicho precepto se refiere a la interpretación de un contrato, no a la interrelación de dos contratos para llegar a una conclusión interpretativa, que es lo sucedido en este caso. La Audiencia Provincial no razona que en el contrato inicialmente celebrado por las partes se incluyera una prohibición de enajenar las fincas adquiridas por las sociedades absorbidas, sino que toma en consideración lo recogido en la posterior escritura de 23 de diciembre de 2008, para deducir que, si en la escritura otorgada entre las partes litigantes se pactó, como hemos visto, la entrega de las viviendas y plazas de garaje resultantes de la construcción tras la parcelación y edificación, dicho compromiso devino de imposible cumplimiento una vez que la obligada había transmitido a terceros los terrenos sobre los que tenían que realizarse tales obras de edificación.

Ello no supone incluir un pacto ajeno al tenor de la escritura de 1996, con infracción del citado artículo 1.283 CC, sino únicamente realizar una deducción lógica sobre la voluntad incumplidora de la recurrente, que lejos de entregar los inmuebles a que venía obligada, transmitió a terceros los terrenos donde los mismos debían construirse.

La cuestión, por tanto, no es si en el contrato celebrado entre las partes se contenía o no una prohibición de disponer, sino si el hecho de haber transmitido los terrenos impedía el cumplimiento de dicho contrato, en tanto que la adquirente ya no disponía de suelo para cumplir lo pactado, como da por probado la Audiencia Provincial.

2.- En consecuencia, este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

**DÉCIMO.-** *Cuarto motivo de casación. Momento de la exigibilidad de las obligaciones asumidas contractualmente.*

*Planteamiento:*

1.- En el motivo cuarto se denuncia la infracción del art. 1.125 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, sobre el momento de exigibilidad de la obligación, con relación al art. 1.124 CC, sobre el incumplimiento de las obligaciones recíprocas y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

2.- Se argumenta resumidamente que la sentencia contraría lo previsto en el art. 1.125 CC («Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue»), porque anticipa el incumplimiento de Vizcaína a un momento en que su obligación todavía no resultaba exigible, al no haberse cumplido el plazo al que estaba sometida la obligación de entrega. En el contrato se pactó que la entrega de las viviendas se haría en un plazo de dieciséis meses desde que se obtuviera, o pudiera obtenerse, la licencia de obras, lo que no ha sido posible, por causa no imputable a Vizcaína, ya que ni siquiera se han obtenido las fincas de resultado, al no haber culminado la gestión de la junta de compensación. De modo que, aunque Vizcaína no hubiera transmitido las fincas, los demandantes tampoco hubieran recibido todavía sus pisos.

*Decisión de la Sala:*

1.- El motivo desenfoca la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida respecto de este concreto pronunciamiento. La razón por la que la Audiencia Provincial consideró que la recurrente incumplió el contrato no fue el incumplimiento de los compromisos temporales de entrega, a los que pudiera resultar aplicable la previsión legal sobre el plazo a que se refiere el art. 1.125 CC, sino la imposibilidad de cumplimiento querida por la recurrente, al transmitir a terceros los terrenos donde debía construirse, impidiendo así cualquier posibilidad de entrega de las viviendas comprometidas.

Y la sentencia objeto de recurso decide así precisamente porque el incumplimiento invocado en la demanda para solicitar la resolución del contrato, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, no fue el mero transcurso del plazo de entrega previsto, sino la imposibilidad de cumplimiento derivada de la transmisión de terrenos a terceros. Así, en el hecho tercero de la demanda, titulado «Del incumplimiento por la parte demandada de la obligación asumida de entrega de viviendas en la escritura pública de compraventa y permuta de fecha 31 de octubre de 1996», se dice textualmente:

«[...] coincidiendo con la noticia relativa a la aprobación por parte de la Comisión de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Madrid del Plan Parcial de Reforma Interior del Área Prolongación de la Castellana, que permitirá iniciar la denominada Operación Chamartín, publicada en diversos medios de comunicación durante el mes de febrero de este año, mis representados, ante la ausencia de información alguna sobre la entrega de las viviendas pactada, solicitaron en el Registro de la Propiedad correspondiente notas simples de todas



las fincas propiedad de Semorsa al tiempo de suscribirse la escritura pública de compraventa y permuta de fecha 31 de octubre de 1996.

»Una vez obtenidas dichas notas simples, mis mandantes tuvieron conocimiento de un hecho que les sorprendió enormemente, y del que nunca habían sido informados por la contraparte, y es que, conforme se pudo constatar, la demandada había procedido a la venta de todos los terrenos objeto de contrato sin haberlo advertido siquiera a mis patrocinados, frustrando de manera voluntaria la posibilidad de dar cumplimiento al contrato en los términos acordados. Dicha venta se realizó en fecha 23 de diciembre de 2008, en distintas proporciones, a las siguientes entidades: Cerro Murillo, S.L., Caja de Burgos Habitarte Inmobiliaria, Gescat Gestio de Sol, S.L., Aliseda, S.A., y Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (Caja Duero)».

2.- En consecuencia, al no ser el incumplimiento del plazo de entrega la razón de la declaración de incumplimiento del contrato por la recurrente, ni el art. 1.125 CC era de aplicación al caso, ni ha podido resultar infringido. Por lo que este motivo de casación también ha de perecer.

**UNDÉCIMO.-** *Quinto motivo de casación. Daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Cláusula penal.*

*Planteamiento:*

1.- En este motivo se alega la infracción del art. 1.152 CC y la doctrina jurisprudencial correspondiente, con relación al art. 1.124 del mismo Código .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida condena a Vizcaína de Edificaciones al pago de 7.530.544,92 €, equivalentes al valor de mercado de las acciones de Semorsa cuya devolución procedería tras la resolución del contrato y que resulta imposible por la extinción de dicha sociedad, con olvido de que en la escritura de 31 de octubre de 1996 se incluyó expresamente una cláusula penal para el caso de incumplimiento, cuyo importe, resultante de la suma de las cantidades que habría que abonar a cada transmitente, una vez convertidas a euros, ascendería a un total de 1.502.530,27 €.; cantidad a la que necesariamente debería estarse.

*Decisión de la Sala:*

1.- Es cierto que en el contrato se estableció una cláusula penal, a modo de indemnización de daños y perjuicios «pre-liquidada», según permite el art. 1.152 CC , con el siguiente tenor literal:

«Las mencionadas cantidades tienen el carácter de indemnizaciones tasadas y únicas exigibles en caso de incumplimiento, sin que en modo alguno ni Pich, Promociones Inmobiliarias Chamartín, S.L., y Urbanismo y Ciudad, S.A., ni los actuales accionistas de Semorsa, S.A., puedan optar, a su libre arbitrio por su pago o exigibilidad, respectivamente, como sustitución de la entrega de las viviendas futuras que aquí se ha pactado, por tener la consideración de prestación alternativa pero únicamente para el caso de imposibilidad del cumplimiento, en tiempo y forma, de la obligación pactada como principal en este contrato».

Pero basta con su mera lectura para comprobar que tal cláusula estaba prevista únicamente para el supuesto de incumplimiento por causas ajenas a la voluntad de las partes (a eso se refiere la expresión «imposibilidad de cumplimiento»), y que se excluía expresamente la opción de sustitución de la entrega de las viviendas por el abono de la indemnización pactada.

2.- Por tanto, tampoco se ha producido la infracción legal que sustenta el motivo casacional, que debe seguir la misma suerte que todos los anteriores.

**DECIMOSEGUNDO.-** *Costas y depósitos.*

1.- La desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación supone que deben imponerse a la recurrente las costas causadas por ambos, según determina el art. 3981. LEC .

2.- Igualmente, procede la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ .

## FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Vizcaína de Edificaciones, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 23 de diciembre de 2013, en el recurso de apelación n.º 971/2012 . 2.º- Imponer a Vizcaína de Edificaciones, S.A. las costas causadas por ambos recursos; y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos



para recurrir. Líbrese 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ