



Roj: **STS 4530/1995 - ECLI:ES:TS:1995:4530**

Id Cendoj: **28079110011995102218**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/07/1995**

Nº de Recurso: **1289/1992**

Nº de Resolución: **818/1995**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JAIME SANTOS BRIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Julio de mil novecientos noventa y cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de 1º instancia nº 2 de Las Palmas, sobre reclamación de cantidad, cuyo recurso fue interpuesto por "Constructora Masajor, S.A.", representada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Calvo Mejjide y asistida del Letrado... en el que es recurrido don Jesús María, representado por el Procurador de los Tribunales don Alfonso Blanco Fernández y asistido del Letrado don...

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.-Ante el Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Las Palmas, fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía, a instancia de don Jesús María y doña María contra Sociedad Mercantil Constructora Masajor, S.A., sobre reclamación de cantidad.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, se dictara sentencia declarando resuelto el contrato de permuta suscrito entre las partes el 1 de enero de 1988, condenando asimismo a la demandada a pagar a sus representados la cantidad de 9.510.000 pesetas que se les adeudaba hasta el 30 de mayo de 1989, sin perjuicio de dejar para ejecución de sentencia las cantidades que resultasen adeudadas por aplicación de lo acordado entre las partes en las estipulaciones quinta y séptima hasta la fecha en que se hiciera la liquidación definitiva y se le condenara además, al pago de las costas del juicio.

Admitida a trámite la demanda, fue contestada por el demandado, que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos, terminó suplicando se dicte sentencia en la cual se desestimara la demanda de la parte actora por no ser conforme a Derecho y en definitiva condenar en costas a los actores pro su temeridad y mala fe procesal.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 5 de junio de 1990, cuyo fallo es el siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Crespo Sánchez en nombre y representación de don Jesús María y doña María debo declarar y declaro resuelto el contrato de permuta suscrito entre ambas partes el día 1 de enero de 1988 y condeno a la demandada Constructora Masajor S.A. a que abone a los actores la cantidad de 4.250.000 pesetas que le adeuda hasta el día 30 de mayo de 1989, sin perjuicio de las que se continuen devengando en aplicación de la cláusula 7ª del referido contrato resuelto, hasta la total liquidación, que se concretarán en periodo de ejecución de sentencia, y cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad." SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación y sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dictó sentencia con fecha 23 de enero de 1992, cuyo fallo es el siguiente: "Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Luis Francisco como representante legal de la Sociedad Mercantil Masajor S.A.



contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia número Dos de Las Palmas de 5 de junio de 1990, confirmamos la misma sólo en cuanto a declarar resuelto el contrato de permuta suscrito entre las partes el 1 de enero de 1988 y condenamos al demandado a restituir a los actores la posesión inmediata de la vivienda y solar descritos en el exponendo primero del contrato litigioso y a indemnizarles de los daños y abono de intereses que el incumplimiento haya ocasionado a los mismos, procediéndose en trámite de ejecución de sentencia a la estimación de estos, tomando como base para la fijación de su cuantía, el valor de uso de los inmuebles poseídos desde su recepción hasta el día en que se realice la total liquidación y sin tener en cuenta la cláusula séptima del contrato por referirse a un supuesto de hecho diferente al que produce la resolución del contrato; sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias." TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales doña Concepción Calvo Meijide en nombre de "Constructora Masajor, S.A.", formalizó recurso de casación al amparo de los siguientes motivos: Primero.- Inadmitido.- Segundo.- Al amparo del nº 5º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, infracción por inaplicación del artículo 1504 del Código civil.

Tercero.- Con el mismo apoyo procesal que el anterior, por infracción, por aplicación indebida del artículo 1124 del Código civil, y de la Doctrina Jurisprudencial que lo interpreta.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señaló para la vista el día veinte de julio del actual, en que ha tenido lugar.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El recurso de casación sustanciado en estas actuaciones deriva de juicio de menor cuantía en cuya demanda don Jesús María y su esposa doña María solicitan se declare la resolución de un contrato de permuta suscrito entre las partes en documento privado el 1º de enero de 1988, condenando a la entidad demandada Sociedad Mercantil Constructora Masajor S.A. en la persona de su representante legal don Luis Francisco a pagar a los actores la cantidad de 9.510.000 pesetas que se les adeuda hasta el 30 de mayo de 1989, sin perjuicio de dejar para ejecución de sentencia las cantidades que resulten adeudadas por aplicación de lo acordado entre las partes en las estipulaciones 5ª y 7ª hasta la fecha en que se haga la liquidación definitiva y al pago de las costas. La sentencia recurrida en casación estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirmó la sentencia apelada en cuanto declaró resuelto el referido contrato de permuta y condenó a la demandada a restituir a los demandantes la posesión inmediata de la vivienda y solar entregados por los actores en permuta al demandado y a indemnizarles de los daños y abono de intereses que el incumplimiento haya ocasionado a los mismos, procediéndose en trámite de ejecución de sentencia a la estimación de aquellos daños, tomando como base para la fijación de su cuantía, el valor de uso de los inmuebles poseídos desde su recepción hasta el día en que se realice la total liquidación y sin tener en cuenta la cláusula 7ª del contrato (relativa a la no realización de la permuta por causa de fuerza mayor), por referirse a un supuesto de hecho diferente al que produce la resolución del contrato (que fue el incumplimiento por la ahora recurrente de la entrega de los inmuebles construidos a que se obligó a cambio de los solares recibidos de los demandantes).

SEGUNDO.- Las base fáctica que utilizó la sentencia ahora recurrida, que ha de ser aceptada por esta Sala en cuanto no se admitió un motivo que por error de hecho intentó la sociedad recurrente, base que deduce de los hechos acreditados, fue esencialmente que la recurrente como entidad constructora no entregó en el plazo pactado a los permutantes de los solares los seis apartamentos litigiosos totalmente terminados y en condiciones de ser habitados antes de febrero de 1989, ni en esa fecha ni en los meses posteriores. No considera la Sala "a quo" como justas causas del incumplimiento y retraso en la terminación de las obras la crisis en el sector turístico y de la construcción en Canarias, presupuesto que no considera como causa de fuerza mayor que impidiera el cumplimiento del contrato.

TERCERO.- El recurso de casación consta de un primer motivo que no fue admitido y de otros dos que seguidamente se examinan. El segundo formulado al amparo del artículo 1692, nº 5º, anterior redacción, alega la infracción por inaplicación del artículo 1504 del Código civil, en relación con el artículo 1541 del mismo Código, "ya que -dice- por tratarse de una permuta, a la que son de aplicación las disposiciones del Código civil sobre la compraventa, debió mediar el requerimiento previo a la resolución del contrato". Requerimiento que, como afirma el recurso, no tuvo lugar en el caso debatido. Mas el motivo no es estimable por las siguientes consideraciones: a) Es cierto que el contrato de permuta se rige por las normas de la compraventa en todo lo que no alcancen las disposiciones especiales para aquel contrato ( artículos 1538 a 1541 del Código civil); pero hay que entender, dada la autonomía jurídica de la permuta, contrato en la historia anterior al de compraventa, que tal aplicación de las normas de la compraventa lo será en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de la permuta. b) Así, al no existir precio en la permuta, no son aplicables las normas reguladoras del precio en la compraventa, pues en aquélla no existe un precio en dinero o signo que lo represente, lo que implica que en la permuta ninguna de las partes está obligada a realizar una prestación dineraria; además y por lo mismo no cabe en la permuta distinguir entre un vendedor y un comprador. c) Tampoco son aplicables a la permuta los



preceptos sobre compraventa que se basen en aquella contraposición entre cosa y precio como respectivas prestaciones de las partes, y de ahí que el artículo 1504, que estricta y expresamente se refiere solamente a "la venta de bienes inmuebles" y a la falta de pago del precio (inexistente en la permuta), no sea aplicable a este último contrato. d) El criterio expuesto excluye, por lo tanto, aplicar a la permuta el requerimiento de resolución que el artículo 1504 exige para la venta de bienes inmuebles, cuestión discutida por la doctrina científica; pero que se estima debe seguirse en el caso ahora discutido ante la inexistencia de pacto alguno en el contrato sobre aplicación del artículo 1504 a la permuta debatida, único supuesto con el consiguiente pacto comisario, aquí no concurrente, en que podría seguirse la necesidad del referido requerimiento de resolución. e) Aparte de lo expuesto y como razón de orden procesal casacional, ni en la demanda ni en la contestación, ni se discutió en ninguna de las instancias la aplicación del mencionado artículo 1504, por lo que traer, como hace el recurso, a este trámite casacional el problema de su aplicación al contrato de permuta litigioso constituye evidentemente una cuestión nueva, no susceptible de ser discutida ahora por primera vez, por implicar, aparte de la indefensión de la parte recurrida sobre ese punto que nada pudo probar al respecto, una alteración de la "causa petendi". f) Afirmación esta última que se sustenta en que si bien el artículo 1504 se considera un desarrollo específico del artículo 1124 para el ámbito de la venta de bienes inmuebles, es lo cierto que aunque incluidos ambos preceptos legales en la doctrina de resolución de los contratos bilaterales, existen entre ambos diferencias bien patentes, como revelan los respectivos textos legales, que impide identificarlos indiscriminadamente y aplicar cuando, como en este caso, se alega únicamente el artículo 1124 la doctrina e interpretación jurisprudencial dada al 1504. g) Por último, dentro del ámbito traído a discusión sobre el alcance de artículo 1124, consta acreditado, según los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, que hubo un indiscutido incumplimiento del contrato de permuta por la entidad recurrente, declaración fáctica que ahora hay que tener en cuenta, dado que esta Sala ha declarado ser cuestión de hecho la relativa al cumplimiento o incumplimiento de los contratos cuando, como aquí se debate, ello depende solo de que se hayan realizado u omitido determinados actos (sentencias, de 21 de marzo de 1986, 29 de febrero de 1988, 19 de octubre de 1993 y otras).

Por todo lo cual el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El tercero y último de los motivos, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1124 del Código civil. En su desarrollo se fundamenta en que, según el recurrente, no existe una voluntad rebelde y declarada del deudor para que proceda la resolución del artículo 1124, como exigía la jurisprudencia que cita; con lo que según este criterio falta uno de los requisitos esenciales para aplicación de esa norma. Pero en este caso existe el presupuesto acreditado del incumplimiento de su obligación por el demandado ahora recurrente, ya que en el tiempo pactado, ni mucho después, pudo cumplir su prestación de entrega de los apartamentos aptos para ser habitados; en cambio los recurridos cumplieron exactamente aquello que según el contrato les incumbía. La causa del incumplimiento probado no es necesario que sea, según reiterada y reciente jurisprudencia (sentencias de 26 de enero y 3 de diciembre de 1988, 24 de febrero de 1990, 6 de noviembre de 1991, 22 de marzo de 1993 y otras) una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del obligado, sino que es suficiente que se patentice la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su transcendencia pueda justificar la resolución por frustrar las legítimas esperanzas de la otra parte contratante; circunstancias concurrentes en el supuesto litigioso ahora contemplado, lo que da lugar a la desestimación del motivo tercero y con él al rechace total del recurso.

QUINTO.- La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de sus costas a la recurrente (artículo 1715, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento civil), sin necesidad de pronunciamiento alguno sobre depósito para recurrir, al no haber sido constituido por no ser conformes de toda conformidad ambas sentencias de instancia.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JAIME SANTOS BRIZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El recurso de casación sustanciado en estas actuaciones deriva de juicio de menor cuantía en cuya demanda don Jesús María y su esposa doña María solicitan se declare la resolución de un contrato de permuta suscrito entre las partes en documento privado el 1º de enero de 1988, condenando a la entidad demandada Sociedad Mercantil Constructora Masajor S.A. en la persona de su representante legal don Luis Francisco a pagar a los actores la cantidad de 9.510.000 pesetas que se les adeuda hasta el 30 de mayo de 1989, sin perjuicio de dejar para ejecución de sentencia las cantidades que resulten adeudadas por aplicación de lo acordado entre las partes en las estipulaciones 5ª y 7ª hasta la fecha en que se haga la liquidación definitiva y al pago de las costas. La sentencia recurrida en casación estimó en parte el recurso de apelación



interpuesto por la demandada, confirmó la sentencia apelada en cuanto declaró resuelto el referido contrato de permuta y condenó a la demandada a restituir a los demandantes la posesión inmediata de la vivienda y solar entregados por los actores en permuta al demandado y a indemnizarles de los daños y abono de intereses que el incumplimiento haya ocasionado a los mismos, procediéndose en trámite de ejecución de sentencia a la estimación de aquellos daños, tomando como base para la fijación de su cuantía, el valor de uso de los inmuebles poseídos desde su recepción hasta el día en que se realice la total liquidación y sin tener en cuenta la cláusula 7ª del contrato (relativa a la no realización de la permuta por causa de fuerza mayor), por referirse a un supuesto de hecho diferente al que produce la resolución del contrato (que fue el incumplimiento por la ahora recurrente de la entrega de los inmuebles construidos a que se obligó a cambio de los solares recibidos de los demandantes).

SEGUNDO.- Las base fáctica que utilizó la sentencia ahora recurrida, que ha de ser aceptada por esta Sala en cuanto no se admitió un motivo que por error de hecho intentó la sociedad recurrente, base que deduce de los hechos acreditados, fue esencialmente que la recurrente como entidad constructora no entregó en el plazo pactado a los permutantes de los solares los seis apartamentos litigiosos totalmente terminados y en condiciones de ser habitados antes de febrero de 1989, ni en esa fecha ni en los meses posteriores. No considera la Sala "a quo" como justas causas del incumplimiento y retraso en la terminación de las obras la crisis en el sector turístico y de la construcción en Canarias, presupuesto que no considera como causa de fuerza mayor que impidiera el cumplimiento del contrato.

TERCERO.- El recurso de casación consta de un primer motivo que no fue admitido y de otros dos que seguidamente se examinan. El segundo formulado al amparo del artículo 1692, nº 5º, anterior redacción, alega la infracción por inaplicación del artículo 1504 del Código civil, en relación con el artículo 1541 del mismo Código, "ya que -dice- por tratarse de una permuta, a la que son de aplicación las disposiciones del Código civil sobre la compraventa, debió mediar el requerimiento previo a la resolución del contrato". Requerimiento que, como afirma el recurso, no tuvo lugar en el caso debatido. Mas el motivo no es estimable por las siguientes consideraciones: a) Es cierto que el contrato de permuta se rige por las normas de la compraventa en todo lo que no alcancen las disposiciones especiales para aquel contrato ( artículos 1538 a 1541 del Código civil); pero hay que entender, dada la autonomía jurídica de la permuta, contrato en la historia anterior al de compraventa, que tal aplicación de las normas de la compraventa lo será en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de la permuta. b) Así, al no existir precio en la permuta, no son aplicables las normas reguladoras del precio en la compraventa, pues en aquélla no existe un precio en dinero o signo que lo represente, lo que implica que en la permuta ninguna de las partes está obligada a realizar una prestación dineraria; además y por lo mismo no cabe en la permuta distinguir entre un vendedor y un comprador. c) Tampoco son aplicables a la permuta los preceptos sobre compraventa que se basen en aquella contraposición entre cosa y precio como respectivas prestaciones de las partes, y de ahí que el artículo 1504, que estricta y expresamente se refiere solamente a "la venta de bienes inmuebles" y a la falta de pago del precio (inexistente en la permuta), no sea aplicable a este último contrato. d) El criterio expuesto excluye, por lo tanto, aplicar a la permuta el requerimiento de resolución que el artículo 1504 exige para la venta de bienes inmuebles, cuestión discutida por la doctrina científica; pero que se estima debe seguirse en el caso ahora discutido ante la inexistencia de pacto alguno en el contrato sobre aplicación del artículo 1504 a la permuta debatida, único supuesto con el consiguiente pacto comisorio, aquí no concurrente, en que podría seguirse la necesidad del referido requerimiento de resolución. e) Aparte de lo expuesto y como razón de orden procesal casacional, ni en la demanda ni en la contestación, ni se discutió en ninguna de las instancias la aplicación del mencionado artículo 1504, por lo que traer, como hace el recurso, a este trámite casacional el problema de su aplicación al contrato de permuta litigioso constituye evidentemente una cuestión nueva, no susceptible de ser discutida ahora por primera vez, por implicar, aparte de la indefensión de la parte recurrida sobre ese punto que nada pudo probar al respecto, una alteración de la "causa petendi". f) Afirmación esta última que se sustenta en que si bien el artículo 1504 se considera un desarrollo específico del artículo 1124 para el ámbito de la venta de bienes inmuebles, es lo cierto que aunque incluidos ambos preceptos legales en la doctrina de resolución de los contratos bilaterales, existen entre ambos diferencias bien patentes, como revelan los respectivos textos legales, que impide identificarlos indiscriminadamente y aplicar cuando, como en este caso, se alega únicamente el artículo 1124 la doctrina e interpretación jurisprudencial dada al 1504. g) Por último, dentro del ámbito traído a discusión sobre el alcance de artículo 1124, consta acreditado, según los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, que hubo un indiscutido incumplimiento del contrato de permuta por la entidad recurrente, declaración fáctica que ahora hay que tener en cuenta, dado que esta Sala ha declarado ser cuestión de hecho la relativa al cumplimiento o incumplimiento de los contratos cuando, como aquí se debate, ello depende solo de que se hayan realizado u omitido determinados actos ( sentencias, de 21 de marzo de 1986, 29 de febrero de 1988, 19 de octubre de 1993 y otras).

Por todo lo cual el motivo debe ser desestimado.



CUARTO.- El tercero y último de los motivos, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1124 del Código civil . En su desarrollo se fundamenta en que, según el recurrente, no existe una voluntad rebelde y declarada del deudor para que proceda la resolución del artículo 1124 , como exigía la jurisprudencia que cita; con lo que según este criterio falta uno de los requisitos esenciales para aplicación de esa norma. Pero en este caso existe el presupuesto acreditado del incumplimiento de su obligación por el demandado ahora recurrente, ya que en el tiempo pactado, ni mucho después, pudo cumplir su prestación de entrega de los apartamentos aptos para ser habitados; en cambio los recurridos cumplieron exactamente aquello que según el contrato les incumbía. La causa del incumplimiento probado no es necesario que sea, según reiterada y reciente jurisprudencia ( sentencias de 26 de enero y 3 de diciembre de 1988, 24 de febrero de 1990, 6 de noviembre de 1991, 22 de marzo de 1993 y otras) una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del obligado, sino que es suficiente que se patentice la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendencia pueda justificar la resolución por frustrar las legítimas esperanzas de la otra parte contratante; circunstancias concurrentes en el supuesto litigioso ahora contemplado, lo que da lugar a la desestimación del motivo tercero y con él al rechace total del recurso.

QUINTO.- La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de sus costas a la recurrente ( artículo 1715, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento civil ), sin necesidad de pronunciamiento alguno sobre depósito para recurrir, al no haber sido constituido por no ser conformes de toda conformidad ambas sentencias de instancia.

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

#### **FALLAMOS**

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por "Constructora Masajor, S.A.", contra la sentencia de fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, y condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas del recurso, y líbrese a la mencionada Audiencia y Sección la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jaime Santos Briz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.