



Roj: **STS 4631/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4631**

Id Cendoj: **28079110012016100603**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2016**

Nº de Recurso: **358/2014**

Nº de Resolución: **615/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGEL FERNANDO PANTALEON PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BU 819/2013,**  
**STS 4631/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 10 de octubre de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Edificaciones Sociales de Burgos, S.A., representados por la procuradora doña Carmen Velázquez Pacheco bajo la dirección letrada de don Santiago Velázquez Pacheco, y por don Romeo y doña Leocadia, representados por la procuradora doña Ana Marta Miguel Miguel, bajo la dirección letrada de don Juan Carlos Saiz Nicolás contra la sentencia dictada el 21 de octubre de 2013 por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Burgos en el recurso de apelación núm. 179/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 745/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Burgos, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Inversiones RV, S.L. representada por el procurador don Manuel de Benito Otero y bajo la dirección letrada de don Javier Saénz de San María Basco y el Ayuntamiento de Burgos representado por el Letrado Consistorial don José Luis Martín-Palacín Gutiérrez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleon Prieto

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1.- La procuradora, doña Ana Marta Miguel Miguel en nombre y representación de don Romeo y doña Leocadia interpuso demanda de juicio ordinario contra don Jesús Manuel, doña Marina, don Abel, don Aquilino, don Benjamín, las Mercantiles A.G. Gescobur, S.L., Inversiones RV, S.L. Fuente Odra, S.L. y contra Edificaciones Sociales de Burgos, S.A. (ESBUSA) y el Excmo. Ayuntamiento de Burgos, en la que solicitaba se dicte sentencia y acuerde lo siguiente:

«1.- Declare que el propietario de los terrenos, fincas NUM000 y NUM001 del polígono NUM002 (fincas registrales NUM003 y NUM004 del Registro de la Propiedad número 1 de Burgos) y de los aprovechamientos en todo caso debidos de entregar por el Ayuntamiento de Burgos para su obtención con objeto de ejecutar sobre ellos las obras de construcción del Nuevo Hospital de Burgos; a la fecha de publicación de la licitación del concurso público convocado por el Ayuntamiento para la adscripción voluntaria de los mismos a los Sectores S-3 y S-4; a la fecha de adjudicación realizada por el mismo Ayuntamiento a los adjudicatarios de la plica 63.b) en ese concurso con fecha 29 de enero de 2003 y a la fecha de suscripción del convenio urbanístico celebrado entre el mencionado Ayuntamiento y los licitadores anteriores, de fecha 17 de marzo de 2003, era el demandante don Romeo junto con su esposa, en una tercera parte indivisa.

»2.- Declarar que durante la vigencia del plazo de 8 años a contar desde la firma de la escritura de permuta suscrita el día 30 de abril de 1997 hasta el día 30 de abril de 2005, y en relación a las dos fincas anteriores, no



se han cumplido las condiciones pactadas en la mencionada escritura conforme se encuentran estipulados y concretados a cumplirse en la condición suspensiva pactada en la misma, Declaración que en cuanto al Ayuntamiento de Burgos, no afectará a la obtención de los terrenos llevada a cabo mediante el antes dicho proceso de licitación llevado a cabo, pero sí en cuanto el justo precio que deberá abonar por su obtención.

»3.- Condene a los demandados a estar y pasar por las antecedentes declaraciones.

»4.- Declare la resolución del contrato de permuta de fecha 30 de abril de 1997 con los efectos correspondientes a tal declaración, y dada la imposibilidad de llevar a efecto la devolución de los terrenos al demandante en la cuota de propiedad que le correspondería, condene a los demandados a abonarle el valor de los mismos consignado en la demanda en la cantidad de TRES MILLONES CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES EUROS (3.185.653,00.-?), incrementado en los intereses correspondientes a computar desde el día 17 de marzo de 2003 hasta su completo pago, conforme a la liquidación que se hará en ejecución de sentencia. Condenando a los demandados, excepción hecha del Ayuntamiento de Burgos, a indemnizar en concepto de daños y perjuicios al demandante en las siguientes cantidades: 145.000 euros y 120.000 euros, respectivamente, más otros 6.000 euros mensuales a devengar desde el momento de la interposición de esta demanda hasta el completo pago de los terrenos, cantidad que se liquidará en ejecución de sentencia.

»5.- Subsidiaria a la anterior, acuerde igualmente la resolución del contrato de permuta suscrito con fecha 30 de abril de 1997 y el pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios según se detallan en el antecedente suplico, condenando al Ayuntamiento de Burgos a entregar al demandante 1/3 parte de los aprovechamientos asignados a las parcelas NUM000 y NUM001 del polígono NUM002 conforme al compromiso derivado de la obtención de los mismos en el proceso de licitación pública y adjudicación llevado a efecto y ordenando la extinción y cancelación de la inscripción registral de dominio que en virtud de su entrega a cualquiera de los demandados hubiera llevado a efecto dicho Ayuntamiento sobre las fincas registrales números NUM005 y NUM006 del registro de la propiedad número 3 de Burgos, como fincas registrales y de reemplazo a las NUM003 y NUM004 en su día recibidas, condenando al resto de demandados a abonar al actor la parte proporcional del valor de los terrenos conforme a la valoración anteriormente establecida, una vez descontado de dicho precio el valor de los mencionados aprovechamientos, que serán computados en ejecución de sentencia mediante el nombramiento de perito judicial que determine la diferencia.

»6.- Subsidiariamente a la anterior, para el caso de no proceder la resolución, acuerde el cumplimiento del contrato de permuta suscrito con fecha 30 de abril de 1997, a cuyo efecto condene a los demandados a construir y entregar al demandante en las condiciones estipuladas en el contrato de permuta y cumpliendo con todas y cada una de ellas, en la proporción correspondiente a 1/3 parte, el 23% construido del aprovechamiento correspondiente a las parcelas NUM000 y NUM001 del polígono NUM002, a razón de 1m<sup>2</sup> por m<sup>2</sup> en la cantidad proporcional correspondiente de 11.980 m<sup>2</sup>, con presentación del Aval bancario a primer requerimiento otorgado por entidad financiera de reconocido prestigio que garantice el cumplimiento de su entrega, así como a abonar al demandante las siguientes cantidades: 145.000 euros y 120.000 euros, respectivamente, más otros 6.000 euros mensuales a devengar desde el momento de la interposición de esta demanda hasta la completa entrega de la contraprestación, que se liquidará en ejecución de sentencia.

»7.- Subsidiariamente a la anterior, acuerde y condene a los demandados al cumplimiento del contrato de permuta suscrito con fecha 30 de abril de 1997, a cuyo efecto condene a los demandados a lo siguiente:

»a) A construir y entregar al demandante, en cuanto a 1/3 parte y en las condiciones estipuladas en el contrato de permuta, el 23% de la totalidad de la superficie directamente edificada y aprovechada por el adquirente de todo cuanto construya de viviendas, entreplantas, locales comerciales, garajes, sótanos o cualquier otro departamento individualizado o aprovechamiento privativo generado en las fincas entregadas por el Ayuntamiento de Burgos en contraprestación al convenio suscrito con fecha 17 de marzo de 2003 para la entrega de las parcelas NUM000 y NUM001 del polígono NUM002 mismas (fincas registrales números NUM005 y NUM006 del registro de la propiedad número 3 de Burgos).

»b) A solicitar ante el Ayuntamiento de Burgos, previa redacción y presentación ante el mismo de todos los proyectos técnicos, así como cumpliendo todos los requisitos administrativos que correspondan, la concesión de la Licencia Municipal de Obra que autorice la construcción y futura entrega de la contraprestación anterior, en los solares entregados por el Ayuntamiento.

»c) A determinar y concretar en el plazo de treinta días (30 días) desde el otorgamiento o concesión municipal de la anterior licencia de obras, los elementos privativos resultantes de la edificación o edificaciones equivalentes, al referido veintitrés por ciento (23%), en la proporción de 1/3 correspondiente.



»d) A construir el edificio o edificios, terminado en el plazo de VEINTICUATRO MESES (24) a contar desde el día en que sea concedida la Licencia Municipal de Obras y la entrega de los departamentos equivalentes al 23% de la edificación deberá efectuarse antes del transcurso de un mes más a contar desde la fecha en que hayan transcurrido los anteriores 24 meses.

»d) A obtener el certificado al final de la obra expedido por el Arquitecto Director, y dentro del plazo de los treinta días siguientes a contar desde la fecha del mismo, comunicar al demandante su obtención y verificar la entrega material de los departamentos correspondientes al demandante, libre de cargas y con cuanto le sea accesorio e inherente reuniendo además dichos departamentos las mismas características en cuanto a construcción y acabado que el resto de los construidos en el Edificio.

»e) A pagar al demandante la cantidad de una tercera parte de 3.000 euros, por cada mes o fracción transcurrido y en concepto de indemnización por retraso, a contar desde el tercer mes transcurrido desde la fecha en que se hubiera modificado la calificación de las parcelas para su posible edificación, sin que hubieran solicitado la correspondiente licencia de obra, hasta el momento en que se produzca la efectiva entrega de los inmuebles, liquidación que se reserva para efectuarse en ejecución de sentencia.

»f) A pagar al demandante la cantidad de una tercera parte de 3000 euros, por cada mes o fracción transcurrido y en concepto de indemnización por retraso, a contar desde el 20º mes transcurrido desde la fecha en que se hubiera modificado la calificación de las parcelas para su posible edificación sin haber solicitado los demandados la correspondiente licencia de obra y no hubieran sido entregados definitivamente al demandante los departamentos concertados.

»g) A entregar al demandante, de forma personal, un AVAL BANCARIO a primer requerimiento, otorgado por una Entidad Bancaria o Financiera de primer orden, en garantía del cumplimiento del contrato de permuta suscrito con fecha 30 de abril de 1997 y particularmente garantice la construcción y entrega al demandante en la parte proporcional a la tercera parte del 23% de la construcción que le corresponde recibir por importe no inferior a 3.185.653 euros más los intereses correspondientes a dicha anterior cantidad computados desde el día 17 de marzo de 2003 hasta la fecha de interposición de esta demanda.

»h) Hasta la sustitución por entrega del antes citado AVAL BANCARIO en las condiciones expresadas en la anterior petición, mandar e imponer en el Registro de la Propiedad número 3 de Burgos en las fincas registrales números NUM005 y NUM006 , a favor del demandante una condición resolutoria sobre el 100% del dominio y propiedad de las indicadas fincas que garantice al demandante el cumplimiento del contrato de permuta suscrito con fecha 30 de abril de 1997 y en su consecuencia la construcción y entrega en las condiciones allí estipuladas de la tercera parte del 23% de la construcción que le corresponde recibir; el cobro de las indemnizaciones económicas que puedan corresponderle en cumplimiento del precitado contrato, así como cualquier otra cantidad que por indemnización y gasto le corresponda, junto a los intereses correspondientes.

»i) A indemnizar al demandante de cuantos daños y perjuicios procedan y se evalúen en ejecución de sentencia derivados de la imposibilidad de llevar a efecto el cumplimiento del contrato de permuta de fecha 30 de abril de 1997 conforme aquí se solicita».

**2.-** La demanda fue presentada el 5 de octubre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Burgos y fue registrada con el núm. 745/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

**3.-** Los procuradores, doña Carmen Velázquez Pacheco, en representación de Edificaciones Sociales de Burgos, S.A.; don Eugenio Echevarrieta Herrera, en representación del Ayuntamiento de Burgos; don Fernando Santamaría Alcalde en representación de don Abel , don Aquilino , don Benjamín , doña Marina , don Jesús Manuel y la mercantil AG Gescabur, S.L., de una parte, y de la mercantil Inversiones RV, S.L. de otra y don Sigfredo Pérez Iglesias, en representación de la mercantil Fuente Odra, contestaron a la demanda mediante escritos en los que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Burgos, dictó sentencia de fecha 28 de diciembre de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda; en ejercicio de acción declarativa y personal, sobre derecho de crédito, en reclamación de cantidad de daños y perjuicios y subsidiaria de condena de hacer y de daños y perjuicios, instándose la resolución contractual por incumplimiento o subsidiariamente instándose cumplimiento de contrato; formulada por la Procuradora de los Tribunales, Sra. D.ª Ana Marta Miguel Miguel; en nombre y representación de los Sres. D. Romeo y D.ª Leocadia ; contra los demandados, "Excmo. Ayuntamiento de Burgos", en la persona de su legal representación el Ilmo. Sr. Alcalde Presidente; representado en autos por el Procurador Sr. D. Eugenio Echevarrieta Herrera; "Edificaciones Sociales de Burgos, S.A.", en



la persona de su legal representación; representada en autos por la Procuradora, Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Velázquez Pacheco; "Fuente Odra, S.L.", en la persona de su legal representación; representada en autos por el Procurador Sr. D. Sigfredo Pérez Iglesias; y Sres. D. Abel , D. Aquilino , D. Benjamín , D.<sup>a</sup> Marina , D. Jesús Manuel y las mercantiles "A.G. Gescobur, S.L.", e "Inversiones R.V., S.L.", en las personas de su legal representación; representadas en autos por el Procurador Sr. D. Fernando Santamaría Alcalde.

»Debiendo desestimar y desestimando con carácter previo la excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda, art. 416-1-5º L.E.C ., opuesta por los demandados Sres. Aquilino y otros, subsanada en la Audiencia Previa. Desestimar y desestimando la excepción procesal encajable en el art. 416-1-5 º y 425 L.E.C ., de falta de reclamación previa en vía adva., opuesta por el Ayuntamiento, entrando a conocer del propio fondo del asunto, y resuelva aquélla en igual Audiencia.

»Debiendo condenar y condenando a la demandada "Edificaciones Sociales de Burgos, S.A.", dado que desde la firma de la escritura de contrato de permuta de suelo por la obra construida de 30/04/97, en relación a las fincas NUM000 y NUM001 del polígono NUM002 (fincas registrales NUM003 y NUM004 del Registro de la Propiedad n.º 1 de Burgos), no se han cumplido las condiciones pactadas, asumidas por esa sociedad en escritura de 5/10/06 al subrogarse en los derechos y obligaciones de aquel contrato de 30/4/97 que los antiguos cesionarios del contrato celebraron con los actores, y en los términos de esa escritura, a excepción de eliminarse lo pactado en cuanto a la condición impuesta anulada y a los efectos del transcurso de 8 años sobre incumplimiento resolutorio ya inaplicable, a:

»-Entregar a los actores en *1/3 parte* , el 23% de la superficie total neta construida (detráidas las cesiones de servicios generales y de aprovechamientos a favor del Ayuntamiento), referida a la superficie directamente edificada y aprovechada por la adquirente de todo cuanto se construya de viviendas, entreplantas, locales comerciales, garajes, sótanos, etc. o cualquier otro aprovechamiento que se genere de las mismas, en relación a esas parcelas, a razón de 11.899 m2 x 0,338894 m2/m2 x 90%.

»-La concreción de los elementos privativos resultantes de la edificación o edificaciones equivalentes al referido 23%, se hará por las partes en plazo de 30 días a contar desde la fecha en que cualquiera de ellas requiriese a la otra para su determinación, y siempre a partir de la concesión de la licencia municipal de obra. De no llegar a un acuerdo la elección se efectuaría mediante sorteo ante Notario.

»-La diferencia en más o en menos, resultante de aplicar el citado porcentaje al determinar el 23% de la construcción realizada y que ha de entregarse a los actores, sería compensada en uno u otro sentido con relación al precio de venta de mercado al momento de realizarse la concreción.

»-La construcción del edificio o edificios hará de estar terminada en plazo máximo de 24 meses a contar desde el día en que sea concedida la licencia municipal de obras y la entrega de los departamentos equivalentes al 23% de la edificación, deberá efectuarse antes del transcurso de un mes más a contar desde la fecha en que debiera haberse terminado la construcción.

»-Tan pronto se obtenga el certificado de finalización de la obra expedida por el Arquitecto Director y siempre en el plazo máximo de 30 días a contar de la fecha del mismo se comunicará tal circunstancia a los actores, a fin de verificar la entrega material de los departamentos que de acuerdo con la estipulación anterior se hayan concretado entre las partes, los cuales se entregarán libres de cargas y con cuanto le sea accesorio e inherente, reuniendo además dichos departamentos las mismas características en cuanto a construcción y acabado que el resto de los que se construyan en el mismo edificio.

»- Obligándose la demandada y comprometiéndose a solicitar la licencia de obra en plazo máximo de 3 meses a contar de la fecha en que sea modificada la calificación de las parcelas para su posible edificación, y si transcurrido dicho plazo la adquirente no hubiera obtenido la misma, ésta pagará a los actores en concepto de indemnización 3.000 ? por mes de retraso.

»- Si transcurridos 25 meses a partir de la fecha de la concesión de la licencia municipal de obras la adquirente no entregase definitivamente a los actores los departamentos concretados, pagarían 3.000 ? por mes de retraso.

»- Al momento de obtenerse la licencia Municipal de obra, la adquirente entregaría a los actores aval bancario en garantía del cumplimiento de entrega del 23% de la edificación y por importe del equivalente en euros de 45.000.000 de pts.

»Debiendo entenderse siempre referido el 23% a *1/3 parte* del mismo que es la participación de los actores.

»Debiendo absolver de la demanda y de todas las demás pretensiones deducidas en la misma, al resto de los demandados, por falta de acción.

»No haciendo especial pronunciamiento sobre costas procesales causadas en esta instancia, en relación a la demandada condenada.

»Haciendo expresa imposición a la actora de las costas procesales causadas en esta instancia a los demandados absueltos».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Edificaciones sociales de Burgos, S.A. e impugnada por la representación procesal de don Romeo .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Burgos, que lo tramitó con el número de rollo 179/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Desestimar los recursos de apelación interpuestos, principalmente y por vía de impugnación, y confirmar la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a las partes apelantes».

3.- La representación procesal de la parte actora, mediante escrito de fecha 29 de octubre de 2013, solicitó complemento o nulidad de la sentencia recaída en el rollo de apelación nº 179/2013 y que fue resuelto mediante Auto de fecha 27 de noviembre de 2013 en el que se acuerda no haber lugar a dicho complemento.

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

1.- Las procuradoras doña Carmen Velázquez Pacheco y doña Ana Marta Miguel Miguel, en representación de Edificaciones Sociales de Burgos, S.A. y de don Romeo y doña Leocadia , respectivamente, interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal en el escrito de Edificaciones Sociales de Burgos, S.A. fue:

«MOTIVO ÚNICO.- Artículo 469.1.4º LEC ».

Los motivos del recurso de casación en el mismo escrito, fueron:

«MOTIVO PRIMERO.- Se formula al amparo del motivo único del artículo 477.1 de la Ley 1/2000 , invocando la infracción del artículo 1.281 , 1.282 y 1.283 del Código Civil

»MOTIVO SEGUNDO.- Se formula al amparo del motivo único del artículo 477.1 de la Ley 1/2000 , invocando la infracción del artículo 1.257 del Código Civil

»MOTIVO TERCERO.- Se formula al amparo del motivo único del artículo 477.1 de la Ley 1/2000 , invocando la infracción de los artículos 1.156 , 1.204 y 1.205 del Código Civil ».

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal en el escrito de don Romeo y doña Leocadia , fueron:

«MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 469.1.4º L.E.Civil .- Vulneración en el proceso civil (recurso de apelación), de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución , por infracción a mis representados de las normas contenidas a la debida tutela judicial efectiva de esta parte consagrado en artículo 24 de la Constitución Española .

»MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del art. 469.1.4º L.E.Civil .- Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 de la Constitución , por infracción a mis representados de las normas contenidas a la debida tutela judicial efectiva de esta parte consagrado en artículo 24 de la Constitución Española . Por infracción en la valoración de la prueba avalado en su caso por documentos públicos y obrantes en las actuaciones, que implican de forma cierta su valoración errónea, ilógica e irracional.

»MOTIVO TERCERO.- Submotivo del anterior, al amparo del art. 469.1.4º L.E.Civil .- Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 de la Constitución , por infracción a mis representados de las normas contenidas a la debida tutela judicial efectiva de esta parte consagrado en artículo 24 de la Constitución Española . Por infracción en la valoración de la prueba avalado en su caso por documentos públicos y obrantes en las actuaciones, que implican de forma cierta su valoración errónea, ilógica e irracional.

Los motivos del recurso de casación en el mismo escrito fueron:



«MOTIVO PRIMERO.- El motivo se articula por el cauce casacional previsto en el artículo 477.1 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, y en este motivo por infracción de lo dispuesto en el 1.124, todos del Código Civil.

»MOTIVO SEGUNDO.- El motivo se articula por el cauce casacional previsto en el artículo 477.1 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, y en este motivo por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.281 , 1.282 y 1.283 en relación con el artículo 1091, 1.256 y ss y 1.124, todos del Código Civil ».

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 4 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.- ADMITIR el recurso de extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Edificaciones Sociales de Burgos S.A. contra la sentencia dictada el 21 de octubre de 2013 por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª en el rollo de apelación n.º 179/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 745/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Burgos.

»2.- ADMITIR el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de D. Romeo y de D.ª Leocadia contra la sentencia dictada el 21 de octubre de 2013 por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª en el rollo de apelación n.º 179/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 745/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Burgos».

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 4 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 11 de mayo de 2016, en que ha tenido lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido por haberse prolongado su deliberación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Desde la perspectiva sustantiva, la controversia que se suscita ante la sala trae causa de un pleito de notable complejidad que, en esencia, ha versado sobre los efectos de un contrato de permuta de suelo por obra a construir, sometido por las partes a condición suspensiva de eficacia. Se trata en apretada síntesis, de un litigio en el que la parte cedente de los terrenos -demandante y una de las recurrentes en casación- ha defendido desde su inicio el incumplimiento de la referida condición (en cuanto que dependía de que los terrenos adquirieran una determinada calificación urbanística que permitiera construir en ellos viviendas, lo que no aconteció) y, consecuentemente, que los terrenos no se transmitieron a los cesionarios iniciales sino que siguieron siendo propiedad de los actores, incluso tras ulteriores transmisiones (compraventas) que se califican como «de dudosa legalidad». En atención a lo cual, dicha parte instó pretensión de resolución del contrato, por haber devenido de imposible cumplimiento la referida condición, con su correlativo derecho a recuperar, si no los terrenos cedidos, al menos sí el valor de los mismos; y, subsidiariamente, que como consecuencia del cumplimiento del contrato, se le reconociera el derecho a recibir la contraprestación pactada en la escritura de permuta (un porcentaje de lo construido), obligación que hacía extensiva a los sucesivos adquirentes de las parcelas.

La respuesta de la sala debe partir de los siguientes hechos relevantes:

1. Don Romeo y su esposa, doña Leocadia , demandantes y ahora una de las dos partes recurrentes en casación, eran propietarios en proindiviso (junto a los hermanos del actor, don Jon y doña Gracia , y a sus cónyuges) de las fincas rústicas registrales números NUM003 y NUM004 , inscritas en el Registro de la Propiedad n.º 10 de Burgos, correspondientes a las fincas catastrales números NUM000 y NUM001 del Polígono NUM002 , de dicha ciudad. La primera finca fue adquirida en virtud de donación realizada por la madre de los hermanos Gracia Romeo Jon en escritura pública de 3 de julio de 1995. La segunda finca registral, propiedad de su tía, fue donada por ésta a los citados hermanos y a sus esposas mediante escritura de 8 de enero de 1990 (inicialmente la nuda propiedad, que se convirtió en pleno dominio a partir del fallecimiento de la donante-usufructuaria con fecha 10 de abril de 1996).

2. Mediante documento privado de fecha 19 de diciembre de 1996, los referidos propietarios suscribieron con la entidad Gescobur, S.L., representada en el acto por su administrador don Aquilino , un «contrato de permuta de suelo por obra construida» en virtud del cual los propietarios de los terrenos objeto de transmisión, calificados como «fincas rústicas» y valorados en 45 millones de pesetas según la estipulación tercera, recibían



como contraprestación (estipulación cuarta) «de cualquier aprovechamiento urbano o edificabilidad, el 23% de la superficie construida neta (quíese decir, la superficie construida una vez deducidas las cesiones de servicios generales y aprovechamientos a favor del Ayuntamiento)». Según la estipulación quinta del referido contrato, las viviendas debían entregarse en el plazo máximo de 25 meses a partir de la licencia municipal de obras, la cual debería solicitarse en el plazo máximo de 3 meses a partir del momento en que la calificación de los terrenos permitiese solicitar dicha licencia. A partir de un mes desde la concesión de la licencia municipal de obras, debía llevarse a cabo el reparto, sobre plano del proyecto aprobado y de mutuo acuerdo, de la elección de los inmuebles correspondientes al 23% objeto de contraprestación, y, a falta de acuerdo, mediante sorteo ante notario. Según la estipulación séptima, la entrega física de lo que correspondía a los transmitentes debía llevarse a cabo en el plazo máximo de 30 días siguientes a la concesión de la licencia de primera ocupación, debiendo otorgarse escritura pública a su favor. Según la estipulación octava, en caso de que la parte adquirente de los terrenos en los que debía construirse (a la que se denominaba «compradora») cediere en todo en parte las fincas objeto de adquisición, los nuevos adquirentes deberían subrogarse en todos los derechos y obligaciones fijados en el contrato, tanto para la parte cedente como para la parte adquirente.

**3.** Mediante documento privado de 30 de abril de 1997, se pactaron unas cantidades entregadas a cuenta a los permutantes transmitentes, recibiendo éstos la suma de 20 millones de pesetas.

**4.** Ese mismo día 30 de abril de 1997 se otorgó escritura pública de «permuta» entre los propietarios de las referidas fincas rústicas, como transmitentes, y don Jesús Manuel (en su nombre y en el de Inversiones R.V., S.L.), don Aquilino y don Abel, como adquirentes (20% el Sr. Jesús Manuel, 20% la referida mercantil, 28% el Sr. Aquilino y 32% el Sr. Abel), en la que se estipuló una contraprestación a favor de los primeros consistente en el 23% del aprovechamiento fijado en el contrato privado de 19 de diciembre de 1996 (esto es, de la superficie construida neta). Junto a cláusulas de tenor semejante a las contenidas en el contrato privado de permuta, cabe destacar, además, que, según la estipulación cuarta, la escritura no equivalía a la tradición o entrega de los futuros departamentos o viviendas, para cuya adquisición dominical debería otorgarse en su momento la pertinente «escritura pública de entrega» (en el plazo de 3 meses siguientes a la certificación final de la obra); conviniéndose que, hasta entonces, los únicos propietarios de los inmuebles construidos serían los adquirentes de los terrenos (en la escritura denominados «compradores»). Las prestaciones se consideraron equivalentes, pactándose por tal motivo la no entrega de dinero. Dichas prestaciones se valoraron en 45 millones de pesetas. En lo que ahora más interesa, la escritura contenía como estipulación décima una condición suspensiva del siguiente tenor: «las transmisiones de las parcelas y la adquisición del 23% pactados no tendrán efectividad alguna si en el plazo máximo de ocho años a contar desde la fecha de esta escritura las dos fincas rústicas objeto de transmisión en la presente no llegan a alcanzar la calificación de urbanizables ni pueden ser objeto de actuación urbanística sobre las mismas que permitan la edificación de construcciones dedicadas a viviendas o cualquier tipo de departamentos individualizados». El cumplimiento de la referida condición suspensiva se debía acreditar mediante acta notarial a instancia de cualquiera de las partes en la que se protocolizarían las certificaciones administrativas acreditativas del cambio de calificación. El incumplimiento definitivo de la condición se acreditaría por el simple hecho del transcurso de 8 años sin haberse justificado ese cambio. Finalmente, también interesa destacar que en la estipulación octava se reitera que si los «compradores» (adquirentes o cesionarios de los terrenos) transmitieran en todo o en parte las fincas, los nuevos adquirentes deberían subrogarse frente a los cedentes en todos los derechos y obligaciones escriturados.

**5.** Al objeto de adquirir suelo para construir un Hospital, con anterioridad a 1 de enero de 2002 el Insalud y el Ayuntamiento de Burgos acordaron su ubicación en los terrenos planteados y situados entre la AVENIDA000 y la CALLE000, de dicha localidad; parcelas incluidas en el Polígono NUM002 del plano catastral e identificadas en el PGOU como QG 32.01 y QG.3, perteneciendo a ésta última las fincas rústicas litigiosas.

**6.** A finales de 2002 el Ayuntamiento de Burgos convocó concurso para la adscripción en otro sector de los aprovechamientos urbanísticos de todas las fincas afectadas por el Plan Especial del Hospital de Burgos. Los aprovechamientos podían adscribirse a los sectores S-3, S-4 o Villimar. Dicho concurso fue resuelto a favor de los Sres. Jesús Manuel, Aquilino y Abel y de la mercantil Inversiones R.V., S.L., mediante Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos de fecha 29 de enero de 2003.

**7.** Con fecha 17 de marzo de 2003 se suscribió entre el Ayuntamiento de Burgos y los referidos cesionarios de las fincas litigiosas (adjudicatarios de los indicados aprovechamientos urbanísticos en virtud del concurso) un Convenio Urbanístico para adquirir suelo en el sistema QG-3 por el sistema de adscripción mediante pago en aprovechamientos urbanísticos en el S-3, en virtud del cual dicho aprovechamiento se materializó en el S-3 en el 90% de 0,338994 m<sup>2</sup> por 1 m<sup>2</sup>. (doc. 21 de la demanda).

**8.** En acta notarial de fecha 29 de abril, de 2003 otorgada a instancia del Sr. Aquilino, se dejó constancia del cumplimiento de la condición suspensiva antes aludida.



**9.** Mediante escritura pública de compraventa otorgada con fecha 14 de febrero de 2006, los cesionarios vendieron las fincas rústicas a la Compañía Fuente Odra S.L. En dicha escritura se decía, en lo que ahora interesa, que las fincas eran suelo urbanizable del Sistema General Hospitalario; que la parte compradora conocía todas sus circunstancias; y que asumía expresamente cuantas obligaciones derivaran del título de los cesionarios-vendedores. En acuerdo privado de 15 de febrero de 2006, se aclaró que el objeto de la compraventa eran los aprovechamientos urbanísticos generados por las fincas.

**10.** Mediante contrato privado de compraventa de fecha 17 de febrero de 2006, elevado a público ante notario el 5 de octubre de 2006, Fuente Odra vendió dichas parcelas a la compañía Edificaciones Sociales de Burgos, S.A. (Esbusa), también recurrente en casación. En ella se hacía alusión a la adquisición por Fuente Odra mediante escritura de 14 de febrero de 2006 (rectificada por acuerdo de 15 de febrero de 2006) de los aprovechamientos urbanísticos obtenidos por los cesionarios firmantes del Convenio.

**11.** Con fecha 29 de mayo de 2008, la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León dictó sentencia -firme tras inadmitirse con fecha 1 de octubre de 2009 el recurso de casación interpuesto contra ella-, en la que se confirmó la desestimación de la petición de don Romeo de que se declarase la nulidad del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 29 de enero de 2003 [mencionado en el apartado 6 anterior] relativo a la adjudicación del concurso para adquirir suelo en los sistemas generales VG-1, VG-2 y TSQ G-3 y más en concreto en relación con la adjudicación de la plica 63.b) presentada al concurso, y por extensión, contra la resolución de adjudicar definitivamente los terrenos y la firma del Convenio Urbanístico suscrito con Inversiones RV, S.L. y otros [mencionado en el apartado 7 anterior]).

En su fundamento de derecho séptimo razonó lo siguiente:

«[El art. 1115 del Código Civil [...] dispone que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Ésta es la cuestión que concurre en el supuesto presente, puesto que es [rectius: depende de la] voluntad el hecho de que estas parcelas adquiriesen algún tipo de aprovechamiento depende exclusivamente del permutante-transmitente, aquí recurrente, puesto que es voluntad del mismo concurrir a este concurso que otorga un aprovechamiento urbanístico que permite la edificación de construcciones dedicadas a viviendas o a cualquier tipo de departamentos individualizados, y sin embargo no concurre al mismo. Desde el momento en que el permutante, o alguno de los permutantes, no concurre al concurso esta condición suspensiva deviene nula, puesto que es la única forma de que estas parcelas pasen a obtener un aprovechamiento urbanístico que permita la edificación de viviendas, aunque sea en otro lugar, tal y como se recoge en la propia escritura. Al devenir nula esta condición, automáticamente deben ser considerados propietarios los que intervinieron como tales en el concurso y como tales fueron reconocidos por el Ayuntamiento. Este criterio es el mantenido por la Sección primera de la Sala de Lo Civil del Tribunal Supremo, como se recoge en la Sentencia núm. 783/07, de 28 de junio [...]».

**12.** Con fecha 26 de junio de 2009, el Ayuntamiento de Burgos certificó que, en la fecha de aprobación del expediente de reparcelación del S-3 en relación con los terrenos incluidos en el QG-3, no podían ser objeto de actuación urbanística que permitiera la edificación de construcciones dedicadas a viviendas o a cualquier tipo de departamento individualizado, por no haberse culminado el proceso de urbanización de los terrenos ni ser posible la obtención de licencias urbanísticas sobre los mismos (al exigir estas, en concreto la licencia de obras, la previa aprobación de los instrumentos de planeamiento, gestión y urbanización que permitan la transformación del suelo urbanizable en urbano).

**13.** El proyecto de reparcelación del S-3 fue recurrido por el Sr. Romeo, dictándose sentencia por la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León de fecha 1 de octubre de 2010, desestimatoria de sus pretensiones por considerar, en síntesis, que los preceptos de la Ley del Suelo (Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1/1992, de 26 de junio) que decía aplicables [arts. 32, 33 y 59.2.b)] no lo eran en ningún caso, tanto por haber sido declarados inconstitucionales como por tratarse de una materia de competencia autonómica, en la que regía la Ley 5/1999 de Urbanismo de Castilla y León. Consideró que la determinación y cuantificación del aprovechamiento urbanístico patrimonializable se verificaba a través del acuerdo del Ayuntamiento de 29 de enero de 2003 y en el Convenio Urbanístico de 17 de marzo de 2003, que ya fue objeto de sentencia firme (de fecha 29 de mayo de 2008), confirmándose la asignación de esos aprovechamientos.

**14.** El 15 de marzo de 2011 el Ayuntamiento de Burgos acordó, dando fin a la vía administrativa, tener por adjudicadas las parcelas litigiosas a Esbusa, quien logró inscribirlas a su nombre en el Registro de la Propiedad n.º 3 de Burgos con fecha 4 de agosto de 2011.

**15.** Con fecha 5 de octubre de 2011 se registró la demanda de juicio ordinario formulada por don Romeo y su esposa doña Leocadia contra don Jesús Manuel, doña Marina, don Abel, don Aquilino, AG Gescobur, S.L.





Inversiones R.V., S.L., don Benjamín , Fuente Odra, S.L., Edificaciones Sociales de Burgos, S.A. y Ayuntamiento de Burgos.

En la demanda se ejercitaron, de forma principal, dos acciones declarativas, -una, de la propiedad de las fincas cedidas y, consecuentemente, de los aprovechamientos debidos de entregar a cambio de ejecutar las obras de construcción del nuevo Hospital de Burgos, y otra, declarativa del incumplimiento de la condición suspensiva incorporada a la escritura de permuta (con efectos respecto del Ayuntamiento de Burgos en cuanto a la determinación del justo precio que debería abonar por la obtención de los terrenos)-, junto con una acción resolutoria (respecto del contrato de permuta de 30 de abril de 1997) y otra de reclamación de cantidad; ésta comprensiva de la indemnización del valor de los terrenos cedidos (ante la imposibilidad de llevar a cabo su devolución), fijada en la suma de 3.185.653 euros, y del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a los actores por los demandados (a excepción del Ayuntamiento de Burgos). De forma subsidiaria a la expresada resolución contractual, se pedía igualmente la resolución del contrato de permuta y el pago de las referidas indemnizaciones, condenando al Ayuntamiento de Burgos a entregar la tercera parte de los aprovechamientos asignados a las parcelas litigiosas. Subsidiariamente a la pretensión resolutoria, se interesaba el cumplimiento del contrato, y que se condenase a los demandados, bien a entregar la contraprestación pactada en el mismo (el 23% del aprovechamiento neto de la superficie construida en las parcelas NUM000 y NUM001 del Polígono NUM002 , a razón de 1 m<sup>2</sup> por m<sup>2</sup> en la cantidad proporcional correspondiente de 11.989 m<sup>2</sup>) más las cantidades que antes reclamaba como indemnización de daños y perjuicios; o, subsidiariamente, a que se les condenase a entregar ese mismo porcentaje de aprovechamiento neto, pero respecto de lo que se construyera en las fincas entregadas por el Ayuntamiento de Burgos en contraprestación al Convenio suscrito con fecha 17 de marzo de 2003. En apoyo de dichas pretensiones se alegaba, en síntesis :

a) que el Sr. Romeo junto a su esposa, sus hermanos y sus respectivos cónyuges, eran dueños en proindiviso de dos parcelas situadas en el Polígono NUM002 del PGOU de Burgos (fincas NUM003 y NUM004 , correspondientes a las parcelas catastrales NUM000 y NUM001 ), las cuales fueron objeto de permuta a cambio de un porcentaje de aprovechamientos sobre la edificación prevista.

b) que el contrato de permuta elevado a escritura pública con fecha 30 de abril de 1997, además de establecer una contraprestación a favor de los demandantes- cedentes de las parcelas consistente en el 23% del aprovechamiento neto, contenía una condición suspensiva de eficacia en virtud de la cual sus estipulaciones carecían de efectividad si en plazo de ocho años las dos fincas no alcanzaban la calificación urbanística de «urbanizables», de tal manera que permitieran que en ellas se construyeran «viviendas o cualquier tipo de departamentos individualizados»; lo que implicaba que, mientras que no se cumpliera la condición, los terrenos seguían siendo propiedad de los demandantes y su familia.

c) que mientras que los demandantes realizaron inmediatamente después de la firma del citado contrato múltiples actuaciones tendentes a su cumplimiento, los demandados no cumplieron sus obligaciones contractuales, pues ni siquiera solicitaron licencia de obras ni realizaron un proyecto técnico que permitiera obtenerla, transcurriendo sobradamente el plazo pactado sin que, ni siquiera a fecha de la demanda, la condición suspensiva se hubiera cumplido.

d) que el aprovechamiento atribuible a las parcelas cedidas era de 11.889 m<sup>2</sup> de uso residencial, correspondiente a 1 m<sup>2</sup> por 1 m<sup>2</sup>.

e) que estando sin cumplir la referida condición suspensiva, el Ayuntamiento convocó en 2002 un concurso público dirigido a los propietarios de las parcelas y terrenos comprendidos en el ámbito en el que se encontraban ubicadas las litigiosas (QG.3), en el que se pretendía que se adscribieran voluntariamente a un acuerdo que implicaba la cesión y entrega de dichos terrenos a cambio de recibir un determinado aprovechamiento lucrativo de uso residencial inferior al que legalmente les correspondía (concretamente, se les ofrecía un 90% de 0.338494 m<sup>2</sup> por 1 m<sup>2</sup> en lugar del 90% de 1 m<sup>2</sup> por 1 m<sup>2</sup> que les correspondía) y además materializable en otro sector distinto del sector al que pertenecían las parcelas litigiosas (en concreto se ofrecía el Sector S-3 y S-4 del PGOU de Burgos), razones por las que decidieron no participar en el concurso.

f) que los demandados Sres. Jesús Manuel , Aquilino , Abel y la mercantil Inversiones RV, S.L., contraviniendo el contrato firmado, suscribieron con fecha 17 de marzo de 2003 un acuerdo (Convenio) con el Ayuntamiento de Burgos por el que cedieron a este los terrenos objeto de permuta pese a no ser propietarios de los mismos, pasando a ser propiedad municipal a través de su adscripción al sector S-3 a cambio del 90% de aprovechamiento resultante de multiplicar la superficie de cada finca por un coeficiente de 0.338494 m<sup>2</sup> por 1 m<sup>2</sup> (el cual, ya se dijo que era menor que el que legalmente les correspondía a los propietarios de los terrenos litigiosos).



- g) que unilateralmente el demandado Sr. Aquilino procedió a cancelar notarialmente la condición suspensiva por la que se encontraba suspendida la transmisión operada mediante la escritura de permuta.
- h) que cerrada la posibilidad de impugnar el referido convenio en vía administrativa, interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el TSJ de Castilla León en sentencia de 13 de mayo de 2005, si bien dicha sentencia fue anulada con fecha 1 de septiembre de 2005.
- i) que el 20 de enero de 2005 se aprobó el denominado «Plan Especial de Infraestructuras y Servicios. Nuevo Complejo Hospitalario de Burgos» (QG.3) en el cual se reconocía un aprovechamiento de 1.13 m<sup>2</sup> por 1 m<sup>2</sup> a los terrenos y parcelas ubicados en ese sector, de modo que tanto antes como después de aprobarse este Plan Especial, a los demandantes les correspondían unos aprovechamientos muy superiores a los que resultaban del convenio suscrito con el Ayuntamiento.
- j) que el 24 de mayo de 2007 se solicitó al Registro de la Propiedad que se dejara constancia del incumplimiento de la condición suspensiva contenida en el contrato de permuta de 1997, y por ende, del incumplimiento resolutorio contractual, recibiendo dicha petición una calificación negativa del registrador, contra la que se interpuso recurso ante la DGRN, aun no resuelto.
- k) que el 14 de febrero de 2006 los cesionarios demandados suscribieron contrato de compraventa con la entidad Fuente Odra, S.L., respecto de las fincas objeto de permuta y supuestamente transmitidas al Ayuntamiento mediante el convenio antes mencionado. El precio de la compraventa fue de 751.265 euros.
- l) que tres días después, el 17 de febrero de 2006, la entidad compradora Fuente Odra, S.L., vendió a la mercantil Edificaciones Sociales de Burgos, S.A. los aprovechamientos urbanísticos resultantes del convenio firmado con el Ayuntamiento de Burgos (el 90% de 0.338494 m<sup>2</sup> por 1 m<sup>2</sup>). Este contrato fue elevado a público el 5 de octubre de 2006, constatándose según la escritura que la de 14 de febrero de 2006 fue aclarada y completada mediante un segundo documento notarial de 15 de febrero de 2006 en el que se especificaba que el objeto de la compraventa fue «los aprovechamientos urbanísticos que se especifican en el citado Convenio celebrado con el Ayuntamiento de Burgos».
- m) que, pese a esas supuestas transmisiones, los terrenos objeto de permuta permanecieron siempre en el dominio de los demandantes, y que, si bien con fecha 29 de mayo de 2008 el TSJ Castilla León dictó sentencia declarando la validez de la obtención de los terrenos por parte del Ayuntamiento de Burgos para la construcción de un hospital, lo cierto es que tras más de 14 años los demandantes no han recibido contraprestación alguna, sin haber renunciado a sus derechos, habiendo perdido su titularidad a cambio de no recibir nada, pues las únicas compensaciones las recibieron los demandados en transmisiones «de dudosa legalidad».

**16.** La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, y tras desestimar las excepciones procesales de defecto legal en el modo de proponer la demanda y de falta de reclamación previa en vía administrativa, acordó declarar el incumplimiento contractual de la demandada Edificaciones Sociales de Burgos, S.A. -por no haber cumplido las obligaciones impuestas a los cesionarios de las parcelas litigiosas, asumidas al subrogarse en la posición de aquellos, a excepción de lo pactado en cuanto a la condición suspensiva y en cuanto a los efectos del transcurso de ocho años-; estimar únicamente la acción de cumplimiento subsidiariamente deducida; y condenar a dicha entidad (en los términos del apartado 7 del suplico): (i) a entregar a los actores en su 1/3 parte el porcentaje del 23% de la superficie total neta que les correspondía como contraprestación (detráidas las cesiones de servicios generales y de aprovechamientos a favor del Ayuntamiento) de lo construido y de todo cuanto se construya o cualquier otro aprovechamiento que se genere en relación a dichas parcelas, a razón de 11.899 m<sup>2</sup> x 0,338894 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup> x 90%; (ii) a concretar en plazo de 90 días -bien de mutuo acuerdo o, en su defecto, por sorteo ante notario- los elementos privativos resultantes, a contar desde el requerimiento de la otra parte y siempre desde la concesión de la licencia municipal de obras; (iii) a compensar la diferencia en más o en menos, con arreglo a precio de mercado; (iv) a construir el edificio o los edificios en plazo de 24 meses desde la concesión de la licencia municipal de obras y a entregar los departamentos correspondientes al citado 23% de aprovechamiento en el plazo de 1 mes desde la finalización de su construcción, debiendo comunicar la finalización de la obra tan pronto obtuviese la certificación pertinente y en todo caso, en los 30 días siguientes a su expedición por el arquitecto director con objeto de que se pudiera verificar que la entrega se producía, que los departamentos se encuentran libres de cargas, que eran de las mismas características que el resto y que se entregaban con cuanto les fuera accesorio e inherente; (v) a solicitar la licencia de obras en plazo máximo de 3 meses desde la modificación de la calificación de las parcelas para su posible edificación, debiendo pagar 3.000 euros por mes de retraso tanto en el caso de no solicitarse la misma en dicho plazo como en el caso de no entregarse los departamentos concretados en los 25 meses pactados; y (vi) a entregar aval bancario en garantía del cumplimiento y por importe de 45.000.000 pesetas.



La demanda fue desestimada en cuanto al resto de pretensiones y con respecto al resto de codemandados, a los que se absolvió íntegramente, por «falta de acción».

Las razones de la sentencia de primera instancia fueron, en síntesis, las siguientes:

a) De los hechos probados resultaba que los actores eran propietarios en proindiviso de las dos fincas litigiosas, de carácter rústico, las cuales fueron objeto de contrato de permuta de suelo por obra construida, atípico *do ut des* e incardinable en el art. 1538 CC ; en el cual se pactó como contraprestación el aprovechamiento urbanístico o edificabilidad que resultase de las mismas fincas, o de las que se adjudicasen a consecuencia de cualquier tipo de actuación urbanística, y que los cesionarios seguirían siendo propietarios de los inmuebles que se construyeran hasta la escritura de entrega, pudiendo enajenarlos o hipotecarlos, así como que los cesionarios podían también transmitir en todo o en parte las fincas, subrogándose los adquirentes en todos los derechos y obligaciones escriturados.

b) En la escritura se convino una condición suspensiva de eficacia según la cual la transmisión de las parcelas y la respectiva adquisición por los cedentes del 23%, no tendría efectividad si en el plazo de 8 años (ya transcurridos) las dos fincas no adquirían la condición de urbanizables al objeto de que se pudieran realizar actuaciones urbanísticas que permitieran edificar viviendas o apartamentos, debiendo devolver los cedentes de suelo la suma recibida a cuenta (20.000.000 pesetas).

c) La sentencia dictada por el TSJ Castilla León con fecha 29 de mayo de 2008 goza de efecto de cosa juzgada en este pleito en cuanto a que «la condición de alcanzar la calificación de terrenos urbanizables ya se ha producido y lo reconocen las partes» y en cuanto a la nulidad de la condición suspensiva en aplicación del art. 1115 CC , pues la condición de que las parcelas adquiriesen algún tipo de aprovechamiento dependía exclusivamente del permutante (deudor), quien se negó a participar en el concurso convocado por el Ayuntamiento de Burgos a finales de 2002 (resuelto a favor de los demandados el 29 de enero de 2003 en el sentido de reconocer una adscripción de dichos terrenos mediante pago en aprovechamientos urbanísticos en el S-3, según porcentaje de 90% de 0,33 m2 por 1 m2) que hubiera posibilitado obtener un aprovechamiento urbanístico que permitía la edificación de viviendas o departamentos individualizados. Al devenir nula la condición, automáticamente pasaron a ser propietarios los cesionarios que sí intervinieron válidamente en el concurso.

d) En consecuencia, fue la parte demandante la que incumplió sus obligaciones dificultando el cumplimiento en el plazo de ocho años pactado.

e) También dificultó el cumplimiento al recurrir el Proyecto de Reparcelación del S-3, dictándose sentencia por el TSJ Castilla León, de fecha 1 de octubre de 2010 , desestimando su recurso y concluyendo que no resultaba aplicable la normativa citada por el recurrente, tanto por tratarse de preceptos de la ley estatal del suelo declarados inconstitucionales como en cualquier caso por ser la materia urbanística de competencia autonómica y regir la Ley 5/99 de Urbanismo de Castilla León; y que «la determinación y cuantificación del aprovechamiento urbanístico patrimonializable» se verificaba a través del acuerdo del Ayuntamiento de 29 de enero de 2003 y en el Convenio Urbanístico de 17 de marzo de 2003, que ya fue objeto de sentencia firme (de fecha 29 de mayo de 2008 ) confirmándose la asignación de esos aprovechamientos, sin que pueda de nuevo suscitarse cuestión en vía civil sobre este aspecto.

f) Los demandantes carecen de acción contra el Ayuntamiento demandado al no haber sido parte en el contrato de permuta, sin que la jurisdicción civil sea competente para decidir sobre la posible responsabilidad patrimonial de dicho ente administrativo.

g) A falta de pericial judicial, frente al dictamen de la parte actora («apresurado y poco motivado») se estima más adecuado el dictamen de los demandados, emitido por un experto urbanista, motivado y ratificado judicialmente, del que cabe concluir que los terrenos de las parcelas litigiosas tenían desde 1999 la calificación urbanística de «suelo urbanizable con la consideración de Sistemas Generales no adscritos a ningún sector»; que, conforme a este planeamiento, el derecho de los propietarios no se encontraba concretado exactamente pudiendo existir diversas posibilidades según el sector al que se adscribieran los terrenos, «estando el aprovechamiento entre el 0,27% y el 0,33%» y dado ese aprovechamiento tipo, y que el aprovechamiento medio de todo el plan estaba en el 0,28%, el 0,33%; y que, se les adjudicó en concurso y convenio con el Ayuntamiento debe considerarse como más ventajoso.

h) En virtud de los contratos de compraventa celebrados, primero entre los cesionarios iniciales y Fuente Odra, S.L., y luego, entre ésta y Esbusa, pasó a ser esta última entidad la obligada por el contrato de permuta, al subrogarse en los derechos y obligaciones asumidos por las partes en la escritura. Esbusa tuvo perfecto conocimiento de lo pactado en dicho contrato de permuta (cuya copia se adjuntó a su escritura



de compraventa), además de que en ésta se hizo constar expresamente que debía entregar a los antiguos cedentes el 23% de edificación neta de la materialización del aprovechamiento urbanístico.

i) Consecuencia de lo anterior, los demandantes carecen de acción contra el resto de codemandados.

j) Sin embargo, el incumplimiento contractual de los demandantes no puede traducirse en un pronunciamiento absolutorio en virtud de la « *exceptio non adimpleti contractus* », pues, según la jurisprudencia del TS, para que pueda ser así resulta necesario que el demandado pruebe que el montante cuantitativo que, en su caso, significa el daño originado por el incumplimiento del demandante, tiene suficiente entidad como para determinar que el otro contratante sea exonerado. De no ser así, la estimación de la excepción generaría un inadmisibles desequilibrio de prestaciones. En aplicación de esta jurisprudencia, resulta que la parte demandada no ha acreditado que el perjuicio derivado del incumplimiento de la parte actora haya sido de una entidad tan grave como para justificar la desestimación de su demanda, sobre todo cuando consta que esta solución supondría que el demandante habría perdido las fincas y no habría obtenido la prestación pactada sobre una cosa futura. En consecuencia, aunque no puede prosperar la acción resolutoria de la parte demandante, sí que debe estimarse la subsidiaria de cumplimiento respecto de la entidad Ebusa, quedando a salvo el crédito de los antiguos cesionarios por las cantidades entregadas a cuenta.

k) La estimación de la acción de cumplimiento en los términos descritos implica además que no haya lugar a declarar a los demandantes como propietarios de las parcelas litigiosas a fecha del concurso y del convenio, ya que en ese momento, como consecuencia de la nulidad de la condición suspensiva, ya eran dueños los cesionarios; que tampoco el Ayuntamiento se encuentra obligado a pagar justiprecio a los demandantes, ni Ebusa ni ninguno de los anteriores cesionarios deben cantidad alguna, al haber sido imputable a la parte demandante la no culminación del proceso de urbanización determinante de que no se haya obtenido la licencia urbanística por los demandados; y que no haya lugar a ninguna indemnización de daños y perjuicios, pues los supuestamente ocasionados fueron solo consecuencia de la actuación de la parte actora, no siendo posible aplicar ninguna penalización de conformidad con el art. 1152 CC cuando el incumplimiento no resulta imputable al deudor.

17. Frente a la sentencia de primera instancia interpuso recurso de apelación la entidad demandada Ebusa, el cual fue impugnado por la parte demandante. La Audiencia Provincial rechazó ambos recursos y confirmó la sentencia apelada en su totalidad.

Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes:

a) Ebusa impugnó la sentencia de primera instancia defendiendo que la parte actora carecía de acción contra dicha entidad toda vez que, en la escritura de compraventa celebrada el 5 de octubre de 2006 entre Fuente Odra, S.L. y Ebusa, se había producido una novación modificativa de la subrogación inicialmente asumida por Ebusa en el contrato privado de 17 de febrero de 2006 en cuanto a las obligaciones a su vez asumidas por Fuente Odra frente a los actores (escritura de 14 de febrero de 2006), en particular, en cuanto a la obligación principal de entregar la contraprestación pactada a los cedentes (los demandantes y sus hermanos), consistente en el 23% de la edificación neta resultante en las parcelas transmitidas; b) del examen de ambos documentos y sus respectivas estipulaciones se desprende que Fuente Odra, S.L. tuvo perfecto conocimiento de las fincas y sus circunstancias, contenidas en la escritura de permuta de 30 de abril de 1997, subrogándose en todos los derechos y obligaciones del contrato celebrado entre los demandantes y los vendedores, siendo estas obligaciones asumidas por Fuente Odra mediante escritura de 14 de febrero de 2006 las que esta entidad transmitió a Ebusa mediante contrato privado de 17 de febrero de 2006; no ofreciendo dudas el conocimiento y asunción de tales obligaciones también por esta última entidad, que, en consecuencia, quedó igualmente obligada frente a los demandantes, sin que sea paliativo el contenido de la escritura pública de 5 octubre de 2006, dado que no supuso «una novación modificativa válida, oponible a la parte actora, que extinguiese su derecho a percibir el correspondiente aprovechamiento urbanístico adquirido»;

b) De lo anterior queda constancia en el *iter* negocial, pues tanto en el contrato inicial de permuta de 1996 como en el de abril de 1997 se incluyeron sendas cláusulas (octava) por las que se autorizaba a la parte compradora de las fincas su cesión a otros adquirentes, los cuales se subrogarían en todos sus derechos y obligaciones frente a la parte cedente, siendo esta la razón de que, primero Fuente Odra, mediante contrato de 14 de febrero de 2006, y luego Ebusa, mediante el de 17 de febrero de 2006, asumieran sucesivamente las obligaciones de los cesionarios-vendedores respecto de la parte actora cedente de los terrenos en los que se debía construir.

c) El cumplimiento de la condición suspensiva carece de relevancia jurídica al objeto del proceso, bien porque se entienda cumplida antes de que transcurriera el plazo de ocho años indicado en la escritura de permuta de 1997 (al concurrir la actuación urbanística sobre los terrenos que permitía un aprovechamiento urbanístico, aunque en otro sector, lo cual se ajustaba a lo pactado: Expositivo II y Estipulación Segunda del contrato de



permuta), bien porque se considere nula, que fue lo que entendió la jurisdicción contencioso-administrativa y se comparte.

d) La parte demandante no solo se opone al recurso de Ebusa, sino que, vía impugnación, apela la sentencia de primera instancia pretendiendo ambiguamente su revocación en aquello que le perjudica («en cuanto a lo que es perjudicial para mi representado») y con objeto de extender la condena al resto de codemandados absueltos, respecto de los cuales hay que entender que se aquietó inicialmente a su absolución, al no interponer recurso de apelación. Por tanto la controversia que ha de dilucidarse con carácter preliminar es el alcance del recurso por vía de impugnación, y si «es admisible este recurso de apelación, por vía de impugnación, pese a tal aquietamiento inicial y no dirigirse frente a solos apelantes, como reacción a su recurso y al objeto concerniente al mismo, sino frente a apelados, con una finalidad distinta y ajena a la pretensión deducida en el recurso de apelación principal».

e) De la configuración legal ( art. 461.4 y 465.4 LEC y jurisprudencial del recurso de apelación ( SSTS 26/2012, de 30 de enero , 625/2010, de 20 de octubre , 905/2011, de 30 de noviembre , 13 de enero , 18 de enero y 24 de noviembre de 2010 ), se desprende la conexión de la impugnación con una apelación anterior contra la que se reacciona, por lo que en este caso la parte demandante no podía impugnar la sentencia de primera instancia respecto de los codemandados absueltos y apelados; causa de inadmisibilidad apreciable en fase de decisión como causa o motivo de desestimación del recurso.

f) La impugnación de la parte demandante sí que es válida respecto de Ebusa (codemandado y apelante principal), en aquello que la sentencia apelada resultó perjudicial frente a éste, «lo que la parte impugnante no determina concretamente». En todo caso, cabe añadir, en cuanto a la alegación de «error en la valoración de la prueba sobre la naturaleza y calificación de las fincas y su incidencia en sus consecuencias contractuales y económicas», que del *iter negocial* resulta que las fincas, aunque se calificaron como rústicas por las partes, según normativa aplicable (PGOU Burgos, de 1992) tenían la consideración de terrenos destinados a Sistemas Generales para la construcción de un hospital, y que esta calificación no cambió con el PGOU Burgos 1999. Carece de relevancia la alegación de la parte impugnante sobre la incompleta declaración de hechos probados en torno a la responsabilidad de los cedentes en el cumplimiento o resolución de la obligación principal, por cuanto ya se ha dicho que la inadmisibilidad de la impugnación respecto de codemandados absueltos y no apelantes determina que la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones prestacionales se concrete en Ebusa (condenada en primera instancia y apelante principal).

g) En cuanto al resto de cuestiones suscitadas, las conclusiones son las siguientes: (i) el actor no puede pedir la resolución contractual cuando ha incumplido previamente sus obligaciones, siendo en tal sentido «del todo expresiva» la sentencia del TSJ Castilla León de 29 de mayo de 2008 , cuando declaró que fue la parte cedente, junto con los demás permutantes transmitentes, quienes no realizaron las actuaciones necesarias para que se llevase a buen término el contrato de permuta celebrado, no presentándose al concurso, de lo que dependía que las parcelas obtuvieran aprovechamiento urbanístico para la edificación de viviendas; (ii) el convenio urbanístico de 17 de marzo de 2003 ha de considerarse válido y eficaz, constando en sus estipulaciones que la materialización efectiva del aprovechamiento podía hacerse «en alguna de las parcelas que en virtud del Proyecto de Actuación del Sector S-3 se reservan al Ayuntamiento en su condición de Administración Fiduciaria»; y (iii) en cuanto a los informes periciales, como dispone el art. 348 LEC , los mismos están sometidos a la sana crítica en su valoración, por lo que no son vinculantes y cabe que sean valorados libremente junto con el resto de medios probatorios, pudiendo atribuirse mayor relevancia a uno sobre los demás, y debiendo prevalecer la valoración del tribunal de la prueba pericial frente a la parcial de las partes; doctrina en virtud de la cual, se comparte la valoración de la prueba pericial que realizó el juez de primera instancia en el sentido de que el titular de una parcela o terreno afecto a un sistema general, como era el caso, podía pedir su expropiación con el correspondiente justiprecio o «pedir que se le entregue un aprovechamiento urbanístico en otro sector», que fue lo que aconteció, concluyendo el informe del Sr. Fulgencio , en lo más importante, que, comparando el aprovechamiento tipo que podía corresponderles («entre 0,270879 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup> y 0,338895 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>») así como el aprovechamiento medio de todo el Plan («0,289256 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>») con el aprovechamiento que se les reconoció en el Sector S-3, «donde se les adjudicó, en virtud primero del Concurso público y después del Convenio, un aprovechamiento tipo de 0,338894 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>», lo más ventajoso era acudir al Concurso, puesto que se les adjudicó «el mayor aprovechamiento de todos los posibles y 17,16% más que el aprovechamiento correspondiente a la expropiación».

**18.** Contra esta sentencia han formulado recurso de casación y extraordinario por infracción procesal tanto la parte actora como la apelante Ebusa.

**Recurso extraordinario de infracción procesal interpuesto por Ebusa**



**SEGUNDO.-** El recurso extraordinario por infracción procesal se formula al amparo del apartado 4.º del artículo 469.1 LEC , y consta de un motivo único en el que se cita como infringido el artículo 24 CE . Alude a la existencia de notorios errores en la valoración de la prueba documental, que han llevado a la Audiencia a la errónea conclusión de que la ahora recurrente se subrogó en las obligaciones asumidas por la entidad Fuente Odra S.L., para con los actores. En su desarrollo se analizan los contratos privados y escrituras, ofreciendo la parte recurrente sus propias conclusiones en cuanto a lo que debe considerarse que resulta de sus estipulaciones, mostrándose en todo momento disconforme con la interpretación contractual acogida por la sentencia recurrida según la cual la recurrente se subrogó en la misma posición que Fuente Odra frente a los demandantes (cedentes); pues considera que no cabe entenderlo así, ya que Esbusa «nunca acordó subrogarse en ningún derecho u obligación» que se derivase de la escritura inicial de 30 de abril de 1997.

El motivo así planteado se desestima.

La conclusión que se califica de errónea es el resultado de una labor hermenéutica, no tiene que ver con la valoración de los contratos como documentos, sino que entronca con el significado jurídico de la voluntad de las partes expresada en los mismos. Por tanto, se trata de una cuestión jurídica sustantiva cuyo examen no tiene cabida más que en casación [entre muchas, STS 303/2016, de 9 de mayo (Rec. 122/2014)].

Además, la parte recurrente no cita ninguna norma de prueba que entienda infringida, y obvia en su argumentación que los recursos ante esta sala no constituyen una tercera instancia y que, por corresponder al tribunal de instancia la valoración probatoria, solo es posible excepcionalmente revisar dicha valoración a través del recurso extraordinario por infracción procesal si se justifica la existencia de un error fáctico patente o arbitrariedad en su valoración, por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (único precepto que se cita como vulnerado). En este caso, ya se ha dicho que la parte recurrente no indica qué norma de prueba tasada ha sido vulnerada y lo único que resulta del planteamiento del motivo es la formulación de unas conclusiones alternativas, y no ya en el aspecto fáctico de la controversia -lo que no resulta posible dado que ni siquiera la invocación como infringida de una norma concreta de prueba permite revisar la valoración conjunta de la misma-, sino en lo jurídico, en cuanto a cómo debieron interpretarse los contratos, en particular, el de compraventa de 17 de febrero de 2006.

#### **Recurso de casación interpuesto por Esbusa**

**TERCERO.-** El recurso de casación de Esbusa se estructura en tres motivos, al amparo del artículo 477.2.2.º LEC .

En el motivo primero se alega infracción de los artículos 1281 , 1282 y 1283 CC . Se insiste a través de este motivo, como ya hiciera la parte recurrente a través del recurso de extraordinario, que de una correcta interpretación del contrato de 17 de febrero de 2006 no es posible concluir que la recurrente se subrogara en las obligaciones que para con los actores había asumido la entidad Fuente Odra, siendo la única intención de los contratantes, derivada de la literalidad del contrato de 17 de febrero de 2006 y de sus actos coetáneos y posteriores, la venta de los aprovechamientos adquiridos por Fuente Odra y el pago por Esbusa de una cantidad en metálico y la entrega de unas edificaciones por cuenta de aquella, que servirían para saldar la deuda que Fuente Odra tenía con los actores. La deuda consistente en la entrega a los actores del 23% de la edificación neta resultante de la materialización del aprovechamiento urbanístico seguía siendo de Fuente Odra, no de Esbusa.

El motivo segundo se funda en la vulneración del artículo 1257 CC . Señala que para que del contrato celebrado entre la recurrente y Fuente Odra, hubieran nacido obligaciones a favor de un tercero, es decir de los demandantes, debería haber mediado la aceptación de ese tercero antes que el pacto hubiera sido revocado, lo que nunca ocurrió, porque, como se deduce del propio escrito de demanda, los actores tuvieron conocimiento de estos pactos mucho tiempo después. En este sentido se afirma que las estipulaciones a favor de tercero contenidas en el contrato de 17 de febrero de 2006 (a favor de los actores) fueron revocadas por la escritura de 5 de octubre de 2006, sin que hasta ese momento hubieran aceptado aquellos.

El motivo tercero, se funda en la infracción de los artículos 1156 , 1204 y 1205 CC . Partiendo del razonamiento del motivo anterior, considera que la obligación adquirida por la recurrente a favor de los demandantes en el contrato de 17 de febrero de 2006 fue novada y quedó extinguida, al acordarse en la escritura pública de aprovechamientos urbanísticos de 5 de octubre de 2006 que Esbusa entregaría el 23% de la edificación resultante de los aprovechamientos directamente a Fuente Odra, obligación que es incompatible con la contenida en el contrato de 17 de febrero de 2006. Para la recurrente, los demandantes nunca tuvieron conocimiento de que Esbusa cumpliría las obligaciones que hubieran quedado pendientes de cumplimiento a su favor, y aunque inicialmente éste fue el acuerdo entre Fuente Odra y Esbusa, la sentencia recurrida no tuvo



en cuenta que dicho acuerdo inicial rápidamente fue novado (antes de que pudiera surtir efectos) y sustituido por otro acuerdo en el que, por el contrario, el pago de Esbusa se realizaría directamente a Fuente Odra, quien sería la encargada de cumplir frente a los actores.

Los tres motivos deben ser desestimados.

Los tres presentan un común denominador consistente en que pretenden poner en cuestión la interpretación contractual realizada por la sentencia recurrida, sustentadora de su razón decisoria, ofreciendo la parte recurrente sus propias y alternativas conclusiones al respecto, las cuales cabe sintetizar en la idea de que nada podían reclamar los actores a Esbusa, al no haberse subrogado esta entidad en las obligaciones asumidas por Fuente Odra frente a aquellos.

Este planteamiento es incompatible, tanto desde una perspectiva formal, como desde un análisis de fondo, con el necesario respeto que en casación merece la interpretación contractual realizada por el tribunal de instancia, cuya revisión resulta excepcional y solo está justificada por ilógica, arbitraria o ilegal, y nunca cuando tan solo se pretende sustituir la conclusión lógica alcanzada por la audiencia entre varias posibles por otra, también lógica, que la parte considera más propicia para sus intereses.

En efecto, constituye doctrina pacífica de esta sala (por ejemplo, sentencias 6/2016, de 28 de enero, 313/2015, de 21 de mayo, y 590/2014, de 30 de octubre) que corresponde al tribunal de instancia la función de interpretar los contratos y sus cláusulas, hasta el extremo de que pueda optar entre varias interpretaciones defendibles (sentencia 546/2013, de 12 de septiembre), pues el objeto de discusión no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico, prevaleciendo el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (sentencia 71/2016, de 17 de febrero); estando por ello restringida su revisión en casación a los casos en que se acredite debidamente que la realizada por la audiencia provincial resulta ilógica, arbitraria o contraria a las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil. Además, la exigencia de claridad inherente a su naturaleza de recurso extraordinario, en el que no se da paso a una tercera instancia ni se pueden reproducir las alegaciones de hecho y derecho propias de la primera y segunda instancia (sentencias 116/2016, de 1 de marzo y 192/2015, de 8 de abril, y 748/2015, de 30 de diciembre, entre las más recientes), impone que las normas que contienen dichas reglas de interpretación sean citadas como fundamento del concreto motivo en el que se plantee tal revisión, constituyendo causa de desestimación, por fundarse en cita de preceptos heterogéneos, la cita del conjunto o de varios de los preceptos reguladores de la interpretación contractual (sentencia 196/2012, de 27 de marzo), así como, por su carácter genérico, la mención del artículo 1281 CC sin distinción de párrafos, en la medida que cada uno contiene reglas de interpretación diferentes cuya vulneración no es posible de forma simultánea (entre otras, sentencias 763/2014, de 12 de enero y 385/2013, de 18 de junio).

Estas exigencias formales en torno a la revisión de la interpretación contractual en casación no se han respetado, pues la parte recurrente invoca en el primer motivo tres artículos distintos (art. 1281, sin distinción de párrafos, 1282 y 1283 CC) que contienen reglas interpretativas muy diferentes cuya infracción no es posible de forma simultánea. En concreto se mezclan reglas referidas al criterio gramatical como la contenida en el primer párrafo del art. 1281 CC con otras, como la del segundo párrafo de dicho artículo, y las también contenidas en los arts. 1282 y 1283 CC, referidas al criterio subjetivo, y a la necesidad de averiguar la verdadera intención de los contratantes cuando los términos del contrato no están claros y se advierten dudas sobre si lo expresado, lo que resulta de su significación gramatical, o de la generalidad de sus términos, fue realmente lo querido. Lo que a su vez debe también relacionarse con la jurisprudencia que viene declarando que el contrato «no es una mera suma de cláusulas, de modo que el análisis o la interpretación sistemática constituye un presupuesto lógico-jurídico de todo proceso interpretativo (también denominada canon hermenéutico de la totalidad, artículo 1286 del Código Civil)», de lo que resulta «el carácter instrumental que presenta la interpretación literal del contrato que se infiere del criterio gramatical del mismo (párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil); de forma que no puede ser valorada como un fin en sí misma considerada, o como un dogma del proceso interpretativo, pues la atribución del sentido objeto de la interpretación, y de ahí la unidad lógica del artículo citado, conforme a su segundo párrafo, sigue estando en la voluntad realmente querida por partes contratantes» (por todas, sentencia 243/2016, de 13 de abril).

Ninguna de las argumentaciones de la parte recurrente es conducente a apreciar la vulneración de una concreta regla de interpretación, en el sentido de permitir tachar de ilegal o de ilógica o arbitraria la realizada por la Audiencia, por más que dicha interpretación pueda ser una más de entre las varias posibles; pues se trata de una interpretación que tiene una explicación razonable a partir del análisis que la sentencia recurrida hace de los distintos contratos que se sucedieron desde el de 1996, en los que se daba cobertura expresa a la posibilidad de que los sucesivos adquirentes se subrogasen en la posición deudora frente a los demandantes, en particular Esbusa. En consecuencia, el primer motivo debe desestimarse, pues lejos de explicar por qué la



conclusión interpretativa se considera ilógica o ilegal, se limita a exponer sus propias conclusiones al respecto, opuestas a aquella.

La misma suerte desestimatoria alcanza a los motivos segundo y tercero, toda vez que en este caso además se incurre en el defecto de hacer supuesto de la cuestión al formularse la supuesta vulneración normativa a partir de un hecho que no consta acreditado -el desconocimiento por parte de Esbusa de las obligaciones que asumió frente a los compradores- y, de nuevo, tomando como acertada una conclusión interpretativa -según la cual, la subrogación de Esbusa, resultante del acuerdo inicial, quedó sin efecto tras ser novado- que la sentencia no tuvo como tal, pues descartó que hubiera una novación modificativa oponible a los demandantes que extinguiera su derecho a reclamar a Esbusa la contraprestación debida.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes.**

**CUARTO.-** El recurso extraordinario por infracción procesal formulado por don Romeo y doña Leocadia se estructura en tres motivos, todos formulados al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, los dos últimos por errónea valoración de la prueba.

En el motivo primero se alega infracción del artículo 24 CE y 461.1 y 461.2 LEC y en su desarrollo se mantiene que el razonamiento de la sentencia recurrida respecto a la inadmisibilidad de la impugnación dirigida a los codemandados no apelantes es contrario a su derecho a recurrir. Alega en esta línea que la ley no limita el alcance de su apelación, a través de la impugnación, con respecto a los codemandados.

En el motivo segundo se alega vulneración del artículo 24 CE. En síntesis, consideran los recurrentes que los documentos obrantes en las actuaciones han sido objeto de una errónea valoración, especialmente el informe pericial presentado por la demandada, que, según entienden, no permite desvirtuar el contenido del informe pericial de la parte demandante, en cuanto al precio de mercado que debe ser dado al 23% de la superficie construida en la que fijar la indemnización.

El motivo tercero se funda igualmente en el artículo 24 CE, insistiendo la parte recurrente en la errónea valoración que se ha efectuado en relación con el informe pericial presentado por la parte actora.

Los tres motivos se desestiman por las razones siguientes:

1.ª) Respecto del motivo primero, en el que se defiende la tesis de que los recurrentes, a la sazón parte apelada no apelante inicial, podía, por vía de impugnación al recurso de apelación de uno de los codemandados (la única entidad que fue condenada en primera instancia), solicitar la extensión de la condena a los codemandados absueltos, debe recordarse que constituye jurisprudencia de esta sala, resumida en la sentencia 127/2014, de 6 de marzo (Rec. 40/2012), la siguiente:

«1.- La impugnación de la sentencia a que hace referencia el art. 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es una oportunidad que se brinda a quien inicialmente presta conformidad con el gravamen que la sentencia le supone, para que el mismo no se vea agravado por el resultado eventual del recurso que interponga la contraparte.

»Presupone que estamos ante sentencias que no estiman plenamente las pretensiones de las partes. Se fomenta el aquietamiento de los litigantes ante sentencias que le sean parcialmente desfavorables, de modo que solo si la parte contraria la recurre y su situación puede agravarse respecto de la que resulta de la sentencia, el litigante que inicialmente no apeló pueda también formular su impugnación.

»2.- Son dos los requisitos que se exigen para que sea admisible la impugnación de la sentencia, que resultan de la consideración conjunta de los apartados 1 y 4 del art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

»(i) El primero consiste en que el impugnante no haya apelado inicialmente la sentencia. La impugnación no puede utilizarse para ampliar los pronunciamientos sobre los que el apelante ha formulado su recurso aprovechando el trámite de oposición al recurso formulado por quien resulta apelado (sentencia de esta sala núm. 869/2009, de 18 enero de 2010).

»Este requisito ha sido matizado en los casos de pluralidad de partes. Si en el litigio hay varios litigantes porque se ha producido una acumulación subjetiva de acciones (normalmente de un demandante contra varios demandados, pero no necesariamente, aunque para mayor claridad nos referiremos al supuesto más habitual), este tribunal ha considerado que la regla del art. 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de aplicarse independientemente en cada relación actor- codemandado, de tal modo que el recurso de apelación que el demandante interponga respecto de uno de los codemandados no le impide impugnar la sentencia con motivo del recurso de apelación interpuesto por otro de los codemandados respecto del que inicialmente el demandante no hubiera recurrido, por aplicación del brocardo "tot capita, tot sententiae" [tantas sentencias cuantas personas]. Así se ha declarado en la sentencia núm. 865/2009, de 13 de enero de 2010.





»(ii) El segundo requisito es que la impugnación vaya dirigida contra el apelante. Las pretensiones formuladas en el escrito de impugnación no pueden ir dirigidas contra las partes que no hayan apelado. La sentencia núm. 865/2009, de 13 de enero de 2010, declara sobre este particular que "el artículo 461.4 LEC, al ordenar que del escrito de impugnación se dé traslado únicamente al apelante principal, revela que el escrito de impugnación no puede ir dirigido contra las partes que no han apelado"».

La aplicación de dicha doctrina al caso objeto del recurso lleva a su desestimación. Los hoy recurrentes no formularon propiamente una impugnación de la sentencia que cuestionara los pronunciamientos favorables al apelante inicial (Esbusa), sino que pretendieron cuestionar los pronunciamientos favorables a los codemandados absueltos, que no habían apelado (ni podían hacerlo, pues la sentencia les había sido favorable). En consecuencia, como en el caso analizado por la sentencia 127/2014, la impugnación no respondía al sentido de la institución, la cual, como acertadamente declaró la sentencia recurrida, en la ley procesal se vincula con el recurso de apelación principal -pues solo al apelante se da traslado del escrito de impugnación-, pero no con respecto a las partes apeladas que no formularon recurso. Y no respondía al sentido de la institución, porque ésta busca el aquietamiento de los litigantes ante sentencias que le sean parcialmente desfavorables, de modo que sólo si la parte contraria la recurre y su situación puede agravarse respecto de la que resulta de la sentencia, el litigante que inicialmente no apeló pueda también formular su impugnación. Sin embargo, en el caso enjuiciado, la impugnación buscaba simplemente eludir los efectos de la preclusión de su posibilidad de impugnar, mediante el recurso de apelación, los pronunciamientos de la sentencia que fueron desfavorables a la parte demandante ahora recurrente (en concreto, los pronunciamientos absolutorios de los otros codemandados, frente a los que la sentencia de primera instancia consideró que los demandantes carecían de acción).

2.ª) Los motivos segundo y tercero se examinan conjuntamente, porque en ellos subyace el mismo propósito de revisar la valoración probatoria, por considerarla errónea. En concreto se discrepa de la valoración de la prueba pericial conducente a que la sentencia recurrida, como la de primera instancia, se decantara por el informe del Sr. Fulgencio, en perjuicio de la pericial de la parte actora.

Constantemente viene declarando esta sala el carácter excepcional del control de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de instancia, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal -siempre con apoyo en el artículo 469.1.4º LEC - en la medida que no todos los errores en la valoración tienen relevancia constitucional ( sentencias 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, ambas citadas por la más reciente 382/2016, de 19 de mayo ). El hecho de que la revisión de la valoración probatoria no esté expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el artículo 469 LEC pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias ( sentencia 263/2016, de 20 de abril ). En este sentido se ha dicho que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469. 1. 4.º LEC por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE ( sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre, 458/2009, de 30 de junio, 736/2009, 6 de noviembre, todas ellas citadas por la sentencia 333/2013, de 23 de mayo ). El carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia, no permite tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio ( sentencia 333/2013, de 23 de mayo y sentencias 458/2007, de 9 de mayo, 567/2007, de 27 de mayo, que en ella se citan). La parte no puede proponer una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia (por ejemplo, sentencias 202/2013, de 16 de marzo, 795/2013, de 9 de diciembre, 365/2015, de 23 de junio), ni desvirtuar la valoración conjunta mediante la impugnación de un concreto medio probatorio, ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional (por ejemplo, sentencias 330/2013, de 25 de junio, 643/2014, de 25 de noviembre, 365/2015, de 23 de junio). Además, «el hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio ( STS de 8 de julio de 2009, Rec. 13/2004 ) a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto» (por todas, sentencia 330/2013, de 25 de junio).

Lo anterior enlaza con que, en nuestro sistema procesal, el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido en primera instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del órgano revisor en relación con los del juez *a quo*. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional ( STC 212/2000, de 18 de septiembre ), y así lo ha declarado esta sala, a la que cualquier pretensión de limitar los poderes del



tribunal de apelación le ha merecido «una severa crítica» ( sentencias de esta sala de 15 de octubre de 1991 , y núm. 808/2009, de 21 de diciembre , ambas citadas por la sentencia 668/2015 , de 4 de diciembre). Por tanto, es perfectamente lícito que el recurrente en apelación centre su recurso en criticar la valoración de la prueba hecha en la sentencia de primera instancia (como así hicieron los demandantes ahora recurrentes) e intente convencer al tribunal de segunda instancia de que su valoración de la prueba, aun parcial por responder a la defensa lícita de los intereses de parte, es más correcta que la sin duda imparcial, pero susceptible de crítica y de revisión, del juez de primera instancia (sentencia núm. 649/2014, de 13 de enero de 2015). Sin embargo, una vez confirmada por el tribunal de instancia la valoración probatoria realizada por el órgano *a quo* , las conclusiones de aquel no pueden ponerse en cuestión ante esta sala reproduciendo sin más los argumentos de apelación que fueron rechazados, en cuanto que aquí no se juzga el juicio valorativo del juez de primera instancia sino el realizado en apelación.

Deteniéndonos en la valoración de la prueba pericial, recientemente recordábamos [( sentencia 702/2015, de 15 de diciembre (Rec. 2006/2013 ) , con cita de otras] lo siguiente:

«[L]a modalidad de prueba pericial por medio de dictámenes de peritos designados por las partes es, sin lugar a dudas, una de las principales innovaciones introducidas por la nueva LEC. Al permitirse, por los artículos 336 y siguientes de la LEC , la prueba a través de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes, se otorga naturaleza probatoria a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, producidos fuera del proceso, que las partes acostumbran a acompañar a sus escritos de alegaciones, adaptándose la prueba pericial a la realidad de nuestro foro.

»Como es sabido, antes de presentar la demanda o la contestación a la demanda, las partes acostumbran a buscar las fuentes de prueba, que luego introducirán en el proceso a través de los medios de prueba. Y suele ocurrir, además, que en esta actividad previa al proceso surge la necesidad de encargar dictámenes periciales para conocer o apreciar algunos hechos o circunstancias que posteriormente argumentarán en los escritos de alegaciones.

»Estos dictámenes, en el anterior orden procesal, se acompañaban habitualmente por las partes con la demanda y con la contestación a la demanda, como documentos fundadores de sus argumentaciones de naturaleza técnica o especializada, pero era difícil saber qué valor se les podía atribuir ya que para nuestra jurisprudencia:

»1º.-Se trata de documentos periciales, ratificados habitualmente por los expertos que los habían emitido, a través de la prueba de testigos: STS 6 de febrero de 1.998

»2º.-No tenían la naturaleza probatoria de los documentos: STS 30 de julio de 1.992

»3º.-Tampoco podían valorarse los dictámenes como declaraciones testificales, dado que incorporaban juicios de valor: STS 4 de diciembre de 1.965

»4º.-Desde luego, no podían considerarse dictámenes emitidos a través de la prueba de peritos: STS 9 de marzo de 1.998

»5º.-Aunque, de todos modos, se trataba de conclusiones técnicas, que el juzgador podría tener en cuenta en el momento de la valoración conjunta de la prueba: STS 26 de noviembre de 1.990

»Esta clara contradicción jurisprudencial, consistente en negar naturaleza de medio de prueba a la llamada pericia extrajudicial, pero a la vez atribuirse un cierto valor probatorio, era imposible de superar sin una reforma legal.

»La nueva LEC, al abordar esta reforma, otorga naturaleza de prueba pericial a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, obtenidos fuera del proceso, facultando a las partes para que los aporten con sus escritos de alegaciones e, incluso, permitiéndoles aportarlos posteriormente, - aunque siempre con anterioridad al juicio o vista-, cuando la necesidad de aportarlos surja de actuaciones procesales posteriores».

Y también en torno a la revisión de la valoración de la prueba pericial, la sentencia 320/2016, de 17 de mayo (Rec. 2429/2013 ) señala que los presupuestos que se han de tomar en consideración son los siguientes:

«[...]En nuestro sistema procesal, como es sabido, viene siendo tradicional sujetar la valoración de prueba pericial a las reglas de la sana crítica. El artículo 632 de la LEC anterior establecía que los jueces y tribunales valorasen la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a someterse al dictamen de peritos, y la nueva LEC, en su artículo 348 de un modo incluso más escueto, se limita a prescribir que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, no cambiando, por tanto, los criterios de valoración respecto a la LEC anterior.

»Aplicando estas reglas, el Tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones:

»1º.-Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro: STS 10 de febrero de 1.994 (/848).

»2º.-Deberá también tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes: STS 4 de diciembre de 1.989 (/8793).

»3º.-Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes: STS 28 de enero de 1.995 (/179).

»4º.-También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva LEC a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes: STS 31 de marzo de 1.997 (/2542).

»La jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba por medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica:

»1º.-Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. STS 17 de junio de 1.996 (/5071).

»2º.-Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1.996 (3878).

»3º.-Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS 7 de enero de 1.991 (/109).

»4º. Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo, Cuando los razonamientos del tribunal en tomo a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad: STS 11 de abril de 1.998 (/2387).

»Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios: STS 13 de julio de 1995 (/6002).

»Cuando los razonamientos del tribunal en tomo a los dictámenes lleven al absurdo: STS 15 de julio de 1.988 (/5717).

»Así, en conclusión, las partes, en virtud del principio dispositivo y de rogación, pueden aportar prueba pertinente, siendo su valoración competencia de los Tribunales, sin que sea lícito tratar de imponerla a los juzgadores. Por lo que se refiere al recurso de apelación debe tenerse en cuenta el citado principio de que el juzgador que recibe prueba puede valorarla aunque nunca de manera arbitraria.

»4. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010 , resulta, por un lado, de difícil impugnación la valoración de la prueba pericial, por cuanto dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador, quedando atribuido a favor de Jueces y Tribunales, en cualquier caso "valorar" el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la "sana critica", y, de otro lado, porque el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene reglas de valoración tasadas que se puedan violar, por lo que al no encontrarse normas valorativas de este tipo de prueba en precepto legal alguno, ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana, ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar solo cuando el resultado judicial cuando este aparezca ilógico o disparatado».

Conforme al cuerpo doctrinal expuesto, ambos motivos debe ser desestimados, pues la sentencia de la audiencia realiza una valoración razonable de los dictámenes periciales para sentar las conclusiones oportunas en torno a que el aprovechamiento que se les reconoció fue el más ventajoso de los posibles, sin que en esta labor de deducción lógica-jurídica haya vulnerado las reglas de la sana crítica, o haya incurrido en arbitrariedad alguna, al descartar aquellos dictámenes que carecen de la objetividad necesaria. Así, en línea



con lo que declaró el juzgado y más allá de valorar la prueba en su conjunto, lo determinante es que ciertamente y a falta de pericial judicial, la sentencia recurrida atribuyó razonablemente mayor valor a la pericial del experto urbanista por tratarse de un dictamen motivado, ratificado judicialmente, frente al, a su juicio «apresurado y poco motivado» dictamen elaborado por el perito de la parte actora. Por más que los recurrentes no compartan esas conclusiones probatorias, no es suficiente para que proceda su revisión la mera disconformidad de la parte con las mismas y el planteamiento de conclusiones alternativas, ya que lo que justifica la revisión es únicamente la existencia de un error patente, de una arbitrariedad o ilegalidad en la valoración, que no resulta de los argumentos impugnatorios.

### **Recurso de casación interpuesto por los demandantes**

**QUINTO.-** El recurso de casación de la parte demandante se formula al amparo del artículo 477.2.2.º LEC , y se estructura en cuatro motivos.

El motivo primero se funda en infracción del artículo 1124 CC . Considera el recurrente que la sentencia la ha impuesto una obligación que nunca se dio ni se comprometió en el contrato, y que por ello debió estimarse su pretensión resolutoria; insistiendo a este respecto en la literalidad del contrato y en que no cabe comprender en el contrato cosas distintas de aquellas sobre las que las partes quisieron contratar.

En el motivo segundo se denuncia la vulneración de los artículos 1281 , 1282 , 1283 , 1091 , 1256 , 1124 CC . En síntesis, se insiste por la parte actora en que el contrato celebrado el 30 de abril de 1997 tenía fuerza de ley entre las partes y en que, por tanto, se podía exigir su cumplimiento a los demandados, tal y como se solicitaba en la demanda.

En el motivo tercero, fundado en infracción de los artículos 1281 , 1282 , 1283 , 1091 , 1256 , 1124 CC , se argumenta que, si tras la firma del contrato de permuta suscrito entre las partes dicha base negocial desapareció, debieron atenderse los actos previos, coetáneos, y posteriores al contrato, y por ende, estimar la resolución del mismo.

Finalmente en el motivo cuarto se denuncia infracción del artículo 1281 , 1282 y 1283 CC en relación con los artículos 1091 , 1256 , 1124 CC , sobre la resolución del contrato de permuta de 30 de abril de 1997, argumentándose, en síntesis, que, puesto que se pactó un plazo de ocho años para que la otra parte cumpliera con sus obligaciones, al haber transcurrido más de 16 años sin que la actora haya recibido la contraprestación pactada en el contrato de permuta, dicho contrato debía declararse resuelto.

Aunque mediante la cita de preceptos distintos, referidos a la fuerza vinculante del contrato, a su interpretación, y también a la facultad resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas, lo que subyace en el conjunto de los cuatro motivos no es más que la pretensión de la parte actora de que se declare resuelto el contrato por incumplimiento de la parte contraria. Pretensión que no puede prosperar por las siguientes razones:

1.ª) Desde un punto de vista estrictamente formal, es reiteradísima la jurisprudencia ( SSTS 116/2016, de 1 de marzo y 192/2015, de 8 de abril , y 748/2015, de 30 de diciembre , entre las más recientes) que afirma que el recurso de casación no es un recurso ordinario que dé paso a una tercera instancia en la que las partes puedan reproducir las alegaciones de hecho y de derecho propias de la primera y segunda instancia, y someter a este tribunal la decisión del conflicto con plenitud de cognición. Por el contrario, es un recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación por la sentencia de apelación de la norma, principio de derecho o jurisprudencia aplicable al supuesto de hecho, entendiendo por tal, el que resulta de los hechos fijados por la sentencia recurrida y no el elaborado por el recurrente conforme a sus intereses, según su propia resultancia probatoria.

Por esta razón, el recurso de casación ha de formularse con suficiente claridad y precisión, exigencia que se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en una razonable concisión y claridad expositiva que posibilite la individualización del problema jurídico planteado ( artículo 481.1 y 3 LEC ); en la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (artículo 481.1), que deberá circunscribirse a la de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso; y, como se ha dicho, en el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida y a la base fáctica que de ella resulta. Tal exigencia de claridad y precisión comporta, en fin, el rechazo de motivos en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales o, también, jurídicas, pero heterogéneas entre sí, así como la cita de preceptos genéricos o usar fórmulas en la enunciación de las normas infringidas las fórmulas genéricas «y siguientes» e «y concordantes», pues no es función de la sala averiguar en cuál de ellas se halla la infracción.

En particular, en línea con la pacífica doctrina de esta sala a la que se hizo referencia al responder al motivo primero del recurso de casación de Esbusa - jurisprudencia que atribuye al tribunal de instancia la función de interpretar los contratos y sus cláusulas, hasta el extremo de que pueda optar entre varias interpretaciones



defendibles, estando por ello restringida su revisión en casación a los casos en que se acredite debidamente que la realizada por la audiencia provincial resulta ilógica, arbitraria o contraria a las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil-, también se ha dicho que la expresada exigencia de claridad impone que las normas que contienen dichas reglas sean citadas como fundamento del concreto motivo en el que se plantee tal revisión, constituyendo causa de desestimación, por fundarse en cita de preceptos heterogéneos, la cita del conjunto o de varios de los preceptos reguladores de la interpretación contractual ( STS 196/2012, de 27 de marzo ), así como, por su carácter genérico, la mención del artículo 1281 CC sin distinción de párrafos, en la medida que cada uno contiene reglas de interpretación diferentes cuya vulneración no es posible de forma simultánea (entre otras, SSTS 763/2014, de 12 de enero y 385/2013, de 18 de junio ).

2.ª) En cuanto a la facultad resolutoria prevista en el art. 1124 CC , es constante la doctrina que afirma que dicha potestad corresponde, en todo caso, al contratante que sufre el incumplimiento de la obligación frente al contratante incumplidor. Esta regla encuentra su fundamento tanto en la caracterización de la facultad resolutoria, como una facultad de configuración jurídica que la norma prevé como medio de defensa de la parte contractual que cumple, como en el fundamento de la misma, que trae causa de la interdependencia de las obligaciones recíprocas y su especial articulación en la relación obligatoria sinalagmática; situando al cumplimiento de la obligación como el eje central de la dinámica resolutoria ( sentencia 639/2012, de 7 de noviembre , citada en la posterior sentencia 121/2013, de 12 de marzo ). Por esta razón, «a la parte que previamente ha incumplido las obligaciones asumidas en el contrato, le esté vedado al ejercicio de la facultad resolutoria».

3.ª) De lo dicho resulta que el planteamiento de la parte recurrente es incompatible con la naturaleza y el objeto de este recurso, al reproducir las alegaciones de hecho y de derecho propias de la primera y segunda instancia, y pretender someter a este tribunal la decisión del conflicto con plenitud de cognición, además de formular las supuestas infracciones normativas con insuficiente claridad y precisión, mezclando preceptos heterogéneos, relativos a cuestiones tan diversas como la fuerza vinculante de los contratos ( art. 1091), su carácter bilateral y la imposibilidad de dejar su cumplimiento al arbitrio de una sola de las partes contratantes ( art. 1256 CC ), algunas reglas de interpretación, de muy distinta índole y cuya infracción ya se ha dicho que no resulta posible de modo simultáneo), o la posibilidad de resolverlos en caso de incumplimiento de la parte contraria ( art. 1124 CC ). Además, preceptos algunos de ellos, genéricos y por tanto, no idóneos para fundar un motivo de casación. Así se ha declarado, con respecto al art. 1256 CC , en sentencias 730/2009, de 3 de noviembre y 421/2011, de 13 de junio , y con respecto al art. 1091 CC , en sentencias 601/2010, de 1 de octubre, 39/2006, de 24 de enero y 799/2005, de 24 de octubre, «pues no se vulnera el principio *pacta sunt servanda* [los pactos deben cumplirse], del que es expresión el citado precepto del CC, más que cuando el tribunal cuya sentencia se somete a examen ha desconocido la obligatoriedad del contrato ( SSTS, entre las más recientes, de 10 de mayo de 2006, Rec. 3184/1999 , 22 de junio de 2006, Rec. 4210/1999 , 20 de julio de 2006, Rec. 3121/1999 , 24 de octubre de 2006, Rec. 2624/1999 y 7 de febrero de 2007, Rec. 1435/2000 ), pero no cuando incurre en posibles ilegalidades relativas a su interpretación o aplicación, si el recurrente no determina con precisión los preceptos legales infringidos en relación con estas concretas infracciones».

Y en el caso de la pretensión resolutoria, la formulación de los motivos discurre al margen de la base fáctica y de la razón decisoria, ya que se obvia que para la Audiencia no podía pedir la resolución contractual quien, como fue el caso de los ahora recurrentes, previamente había incumplido sus obligaciones; conclusión ésta, que la sentencia recurrida apoya en los hechos que declara probados, en particular, que ya la sentencia del TSJ de Castilla León de 29 de mayo de 2008 entendió que fue la parte cedente de las fincas quien impidió que se llevase a buen término el contrato de permuta al no concurrir al concurso del que dependía que las parcelas obtuvieran el aprovechamiento urbanístico para la edificación de las viviendas.

**SEXO.-** La desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Ebusa comporta, según lo dispuesto en el artículo 398.1, LEC en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley , imponer las costas de dichos recursos a la parte recurrente; y conforme al apartado 9 de la disposición adicional 15.ª LOPJ , acordar la pérdida de los depósitos constituidos para interponerlos.

La desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por don Romeo y doña Leocadia comporta, conforme a los mismos preceptos, imponer las costas de dichos recursos a los recurrentes, y acordar la pérdida de los depósitos constituidos para interponerlos.

## FALLO

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

**1º.** Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Edificaciones Sociales de Burgos, S.A. contra la sentencia dictada el 21 de octubre de 2013 por la Sección 3.ª de la Audiencia



Provincial de Burgos en el recurso de apelación 179/2013 . **2.º** Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por don Romeo y doña Leocadia contra esa misma sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, que confirmamos. **3.º** Imponer a Edificaciones Sociales de Burgos, S.A. las costas causadas por sus recursos, y acordar la pérdida de los depósitos constituidos para interponerlos. **4.º** Imponer a don Romeo y doña Leocadia las costas causadas por sus recursos, y acordar la pérdida de los depósitos constituidos para interponerlos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ