



Roj: **STS 5154/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5154**

Id Cendoj: **28079110012016100667**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2016**

Nº de Recurso: **5/2014**

Nº de Resolución: **706/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 2057/2013,**
STS 5154/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 25 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Agüimes, representado por la procuradora D.^a Teresa Castro Rodríguez bajo la dirección letrada de D. Domingo Manuel Martín Pérez, contra la sentencia dictada el 18 de octubre de 2013 por la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de apelación núm. 114/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 240/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Telde, sobre Resolución de Contrato. Han sido partes recurridas D. Rafael , D. Carlos Ramón , D. Alfredo y D. Roque , representados por la procuradora D.^a María Cristina Huertas Vega y bajo la dirección letrada de D. José Antonio Rodríguez Peregrina y D. Victor Manuel , en su nombre y como apoderado de D.^a Estefanía , D.^a Miriam , D. Dionisio y D.^a Adoracion representados por el procurador D. David García Riquelme y bajo la dirección letrada de D. Adolfo Llamas Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora, doña Inmaculada Sosa González en nombre y representación de D. Victor Manuel , que representa a su vez a su madre, doña Martina , interpuso demanda de juicio ordinario contra Ayuntamiento de Agüimes, en la que solicitaba se dictara sentencia

«declarando la resolución del contrato de permuta objeto de este pleito con devolución recíproca de las contraprestaciones aportadas por ambas partes así como que se obligue al Ayuntamiento a indemnizar a mi representado en los daños y perjuicios sufridos y que se cuantifiquen en el trámite de ejecución de sentencia»

2.- La demanda fue presentada el 23 de febrero de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Telde y fue registrada con el núm. 240/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a. Concepción Sánchez Macías, en representación del Ayuntamiento de la Villa De Agüimes, contestó a la demanda mediante escrito allanándose parcialmente a la demanda y oponiéndose al resto de la misma y, previos trámites procesales correspondientes, solicitaba dictar sendas resoluciones en las que:

«Con respecto al allanamiento: Proceda a dar por resuelto el contrato de permuta entre la actora y el Ayuntamiento de Agüimes de fecha 5 de octubre de 2010, procediéndose a la restitución de las



contraprestaciones con excepción de los terrenos NUM000 y NUM001 del expositivo primero del contrato indicado cuya restitución se hará con el abono de la cantidad de 57.545,22 euros correspondiente a la suma de las valoraciones dadas por sendas fincas en contrato de permuta como en la escritura de elevación a público.

»Con respecto al resto de pedimentos de la actora: se proceda a su desestimación con expresa condena en costas a dicha parte».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Telde, dictó sentencia de fecha 26 de octubre de 2010, con la siguiente parte dispositiva:

«Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la procuradora doña Inmaculada Sosa González en nombre y representación de don Victor Manuel DEBO ACORDAR Y ACUERDO la resolución del contrato de permuta celebrado entre las partes litigantes con fecha de 5 de octubre de 2010 y en consecuencia:

»a) Cada parte litigante debe restituirse las recíprocas prestaciones recibidas.

»b) En lo que respecta a las fincas identificadas bajo los números NUM000 y NUM001 de la estipulación primera de la citada escritura, procédase a su restitución por el Ayuntamiento de Agüimes en su equivalente pecuniario, abonando a la parte actora en tal concepto la cantidad de CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON VEINTIDÓS CÉNTIMOS (57.454,22 euros).

»c) Procédase por el Ayuntamiento de Agüimes a abonar a don Victor Manuel la cantidad de OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE EUROS (887 euros).

»Impónganse a cada parte las costas procesales generadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Victor Manuel, D.^a Estefanía, D.^a Miriam, D. Dionisio y D.^a Adoracion, e impugnada por la procuradora doña M.^a Trinidad Leyva Jiménez, en representación de D. Roque, D. Carlos Ramón, D. Rafael y D. Alfredo.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que lo tramitó con el número de rollo 114/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 18 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Victor Manuel y debemos estimar y estimamos parcialmente la impugnación de la sentencia efectuada por los sucesores procesales de D^{ÑA}. Martina (D. Roque, D. Rafael, D. Carlos Ramón y D. Alfredo), interpuestos contra la sentencia dictada el día 26 de octubre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Telde en autos de juicio ordinario número 240/2010, que revocamos, y en su lugar, con estimación parcial de la demanda, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de permuta otorgado entre D^{ÑA}. Martina y el Ayuntamiento de la Villa de Agüimes en escritura pública otorgada el día 6 de abril de 2006 ante el Notario de las Islas Canarias D. Fernando Moreno Muñoz con número 1825 de su protocolo, condenando a las partes en dicho contrato a la restitución de las prestaciones efectuadas en cumplimiento de dicho contrato y al AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE AGÜIMES a indemnizar los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, que se cifra en 887 euros, sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en la primera instancia.

»Dada la existencia de edificaciones realizadas sobre las fincas a reintegrar por el Ayuntamiento de la Villa de Agüimes (fincas NUM000 y NUM001 del expositivo de dicha escritura pública) será de aplicación el artículo 361 del CC, quedando reservada a la parte demandante la elección de una opción entre las previstas en dicho precepto, que podrá hacer en ejecución de sentencia conforme a las bases sentadas en sus fundamentos de Derecho.

»No procede hacer especial imposición de las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Victor Manuel ni de las costas causadas por la impugnación de la sentencia formulada por los restantes sucesores procesales de D^{ÑA}. Martina.»

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

1.- El procurador D. Francisco Ojeda Rodríguez, en representación del Ayuntamiento de Agüimes, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron los siguientes:

«Motivo primero invocado al amparo del artículo 469.1. 2º) LEC, por infracción del artículo 218.1, en relación con los artículos 216 y 412 de dicha Ley.



»Motivo segundo invocado al amparo del artículo 469.1.2ª LEC , por infracción del artículo 218.1), en relación con los artículos 219 y 400.1 de dicha Ley .

»Motivo Tercero invocado al amparo del artículo 469.1.2º LEC por infracción del artículo 218.1 LEC , ya que la misma adolece de una incongruencia interna».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Motivo primero: Vulneración del artículo 1281, párrafo 1.º, en relación con el artículo 1281 párrafo 2.º y el artículo 1282 CC , y la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 17 de diciembre de 2010 y 1 de marzo de 2007 .

»Motivo segundo: Vulneración del artículo 361 CC y de la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 14 de octubre de 2002 y 16 de octubre de 2006 .

»Motivo tercero: Infracción de los artículos 1303 y 1307 CC , en relación con el artículo 1124 CC y la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 4 de diciembre de 2008 , 17 de junio de 1986 , 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 1998 ».

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:

«LA SALA ACUERDA:

ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de Ayuntamiento de Agüimes contra la sentencia dictada, con fecha 18 de octubre de 2013 por la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 4.ª), en el rollo de apelación nº 114/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 240/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Telde».

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 19 de febrero 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 26 de abril de 2016, en que tuvo que ser suspendido por permiso oficial del Magistrado Ponente y señalado nuevamente el 31 de mayo del mismo año.

5.- Como consecuencia del fallecimiento de la demandante y siendo obviado el trámite previsto en el artículo 13 LEC , se planteó una posible nulidad de actuaciones - artículo 240.2 LOPJ -, que tras las alegaciones de las partes, se acordó resolver con carácter previo en la deliberación, a cuyos efectos, y tras la renuncia a la carrera judicial del Magistrado Ponente, se designó mediante providencia de fecha 10 de octubre a D. Jose Antonio Seijas Quintana como nuevo Magistrado Ponente y se señaló para votación y fallo el 2 de noviembre de 2016 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Victor Manuel quien, a su vez, representa a su madre Doña Martina , formuló demanda contra el Ayuntamiento de Agüimes, sobre resolución del contrato de permuta celebrado el 5 de octubre de 2005, de la que habían sido objeto distintas fincas, y que fue elevado a público el 6 de abril de 2006, con la pretensión siguiente:

«se dicte sentencia declarando la resolución del contrato de permuta objeto de este pleito con devolución recíproca de las contraprestaciones aportadas por ambas partes así como que se obligue al Ayuntamiento a indemnizar a mi representado en los daños y perjuicios sufridos y que se cuantifiquen en ejecución de sentencia».

Debe señalarse que el Ayuntamiento de Agüimes no formuló reconvencción alguna, sino que se limitó a contestar a la demanda y a allanarse parcialmente reconociendo que no había cumplido las obligaciones esenciales derivadas del contrato de permuta, y que debía 887 euros reclamados por la elevación a público del contrato de permuta, señalando que «no se pueden restituir» las fincas en las que ha construido el auditorio y que «no obstante se podrá abonar el valor dado en el contrato de permuta al igual que en la escritura pública de elevación...» .En total 57.545,22 euros; sin daños y perjuicios.



La sentencia del Juzgado aceptó la alegación hecha por el Ayuntamiento de que existía imposibilidad de restitución in natura y aceptó también que la restitución había de hacerse del valor a la fecha de la permuta, hecha de forma objetiva, añadiendo que «la propia parte actora manifestó en su escrito de demanda, que el 12 de septiembre de 2006 se aprobó destinar los 4.000 metros cuadrados que había adquirido con la permuta a la edificación de un auditorio, por lo que teniendo constancia de esta situación en ese momento, sin haber acreditado lo contrario, no formuló reclamación ante el incumplimiento con carácter previo, por lo que fijar una restitución pecuniaria conforme a una valoración actual, supondría un enriquecimiento o no, en función de la valoración que se efectuase, habida cuenta de que pudiendo haberse requerido con anterioridad, no se hizo». En consecuencia, toma como base de la valoración la que se hizo de las fincas en el contrato de permuta de 57.454,22 euros, y rechaza la indemnización de daños y perjuicios solicitados porque estos no se encontraban probados ni determinados.

La sentencia dictada en apelación, recurrida por la demandante, declaró resuelto el contrato de permuta y condenó a las partes en dicho contrato a la restitución de las prestaciones efectuadas en cumplimiento del mismo y al Ayuntamiento demandado a indemnizar los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, que cifra en 887 euros de impuestos, a los que había allanado esta parte.

Añade, además, lo siguiente:

«Dada la existencia de edificaciones realizadas sobre las fincas a reintegrar por el Ayuntamiento de la Villa de Agüimes (fincas NUM000 y NUM001 del expositivo de dicha escritura pública) será de aplicación el artículo 361 del CC, quedando reservada a la parte demandante la elección de una opción entre las previstas en dicho precepto, que podrá hacer en ejecución de sentencia conforme a las bases sentadas en sus fundamentos de Derecho».

Para la Audiencia

«...debió estimarse totalmente la pretensión relativa a la restitución de prestaciones por ambas partes, que es lo que se solicitaba en la demanda, sin perjuicio de que, por existir construido sobre las fincas NUM000 y NUM001 permutadas una edificación (un Auditorio y otras obras correspondientes a sistemas generales previstos en el Plan General, al parecer) pueda o no ser necesario liquidar el estado posesorio existente sobre los terrenos previamente a ejecutar esa restitución. Liquidación del estado posesorio que podrá comportar (o no) la aplicación del art. 361 del CC -que en modo alguno supone "imposibilidad de restituir" ya que dicho precepto de un lado se aplicaría por analogía para evitar un enriquecimiento injusto y de otro lado la opción que el art. 361 del CC contempla habrá de entenderse concedida en el supuesto de resolución contractual por incumplimiento al contratante cumplidor y no al incumplidor, contratante cumplidor en el que además concurre, en esta permuta concreta, la condición de propietario del terreno como consecuencia de la restitución acordada».

Niega por otra parte que se hayan producido daños consistentes en la privación del uso y disfrute del terreno y privación del uso de la vivienda.

Ayuntamiento de Agüimes formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Se formula cuatro motivos en los que se denuncia:

a) incongruencia extra petita (arts 218.1. en relación con los artículos 216 y 412 LEC) porque la sentencia entra a conocer de cuestiones que no fueron objeto de debate puesto que en la demanda no se suscitó cuestión alguna sobre el valor de los terrenos, negándose incluso la prueba sobre este extremo. Lo que se formula es la acción de resolución de contrato al amparo del artículo 1124 CC y no su cumplimiento con la consiguiente restitución de las prestaciones, como hizo el juzgado.

b) Infracción de los artículos 219 y 400 de la LEC ya que la sentencia hace una reserva de liquidación que no procede. La actora omitió solicitar la restitución de las contraprestaciones, el importe económico de las fincas NUM000 y NUM001, lo que no hizo sabiendo que no podía sustituirlo. La valoración de las fincas consta en el contrato que se ha solicitado resolver. La sentencia determina un nuevo procedimiento declarativo en ejecución de sentencia, donde el declarante debe declarar que opción realiza, si adquiere lo construido o el pago del suelo, lo que se opone al artículo 219.

c) Infracción del artículo 218.1 de la LEC por incongruencia interna que deriva de cuestiones diferentes al fallo que tienen que ver con varios hechos: (i) obliga a la demandada a reconvenir (ii) declara la indefensión de la demandante por no reconvenir la demandada, (iii) declara que el valor de las contraprestaciones en cuando se ejerce la acción de cumplimiento y estamos en una acción de resolución contractual, y (iv) afirma que la demandada ha optado por la indemnización y su fallo dictamina que se ejerza por el demandante



la opción del artículo 361 del CC , cuando ya ha optado. Lo cierto es que la parte actora no solicitó el cumplimiento, sino optó por la resolución contractual, con lo que nos encontramos con una ratio decidendi que tiene una gravísima incongruencia interna, puesto que si dispone resolver el contrato de permuta, no puede razonarse una equivalencia en el momento de reclamar un cumplimiento que no se pide; contradicción clara e incontestable ya que no se pide el cumplimiento sino la resolución contractual.

d) Infracción del artículo 24.1 de la Constitución por error notorio y palmario en relación a la calificación del suelo puesto que las fincas tenían el carácter de urbanas y no rústicas.

El recurso se estima.

1.- El problema que se plantea es sencillo. La complejidad la pone sin duda la sentencia absolutamente incongruente y de difícil comprensión en términos legales, desde el momento en que, mediante una acción que no se ha ejercitado, como es la accesión invertida de artículo 361 del CC ("El dueño del terreno en que se edificar, sembrar o plantar de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los arts. 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente"), da una solución contraria a lo que fue realmente el objeto de debate de la que puede resultar la privación al Ayuntamiento de Agüimes de un bien de dominio público, como es el Auditorio si, finalmente, la parte demandante decide hacer efectiva la opción de quedarse con él.

2.- La acción que se ha ejercitado es la de resolución del contrato de permuta, al amparo del artículo 1124 del CC y no su cumplimiento. Con base en esta acción, la demandante solicita la restitución de las piezas del suelo que acordaron permutar. Y a esta pretensión no se adecúa la sentencia, antes al contrario, se aparta de lo pedido, dando más de lo que se reclamó, que es el pago conforme a la valoración a precio actual de las fincas NUM000 y NUM001 , modificando la causa de pedir, pues en ningún caso se formuló la acción del artículo 361 del CC , derivando, además, el valor de las fincas a ejecución de sentencia cuando conocía que no se podían restituir al reconocer la demandante la existencia de la construcción de una obra pública en ella, y ser esta cuestión aceptada por la actora, al no oponerse al allanamiento de la recurrente, optando por la restitución.

3.- La clasificación del suelo que atribuye la sentencia, al señalar que las fincas NUM000 y NUM001 que la demandada entregó eran rústicas, no se sostiene, como tampoco se sostiene que las partes acordaran fijar un precio diferente al señalado a efectos fiscales o a otra cosa. Las fincas eran terrenos rústicos, y así se reconoció por la demandante, y no consta, salvo de forma simplemente especulativa, que el valor se determinará en atención a unas expectativas de desarrollo urbanístico.

Recurso de casación.

TERCERO.- El recurso se formula por interés casacional que, en esencia, tiene, y como tal ha sido admitido por esta Sala, desde la idea de que es patente la oposición de la sentencia a la jurisprudencia de esta sala y de que se expresa, y se conoce, el razonamiento de la recurrente sobre cómo y de qué manera la sentencia recurrida infringe los preceptos y la jurisprudencia que cita en su recurso.

Se formulan tres motivos, de los cuales no se va a entrar en el análisis del segundo referido al artículo 361 del Código Civil , sobre accesión invertida, por razones de incongruencia advertidas en el anterior recurso, ni tampoco en el primero, por innecesario, dada la formulación del motivo tercero por infracción de los artículos 1303 y 1307, en relación con el artículo 1124, todos ellos del Código Civil , y oposición a la jurisprudencia de esta sala expresada en las sentencias de 4 de diciembre de 2008 , 17 de junio 1986 , 10 de julio y 31 de diciembre de 1998 , con el que se da respuesta definitiva al problema planteado.

El motivo se estima.

La resolución del contrato impone la necesidad de que se restablezca la situación anterior al mismo, la vuelta a la situación preexistente, lo cual obliga a restituir lo que cada parte haya recibido por razón del vínculo obligacional, según el artículo 1303 del CC , sobre nulidad contractual, ya sea absoluta o relativa, aplicable a la resolución, lo que en este caso se concreta en el valor dado en la escritura de permuta a las fincas NUM000 y NUM001 por importe de 57.454,22 euros, teniendo en cuenta, de un lado, que fue lo que se demandó y, de otro, que no se pactó en el contrato ningún precio actualizado en caso de imposibilidad in natura o resolución contractual, como tampoco se pactó que la restitución se hiciese conforme al valor actual del mercado, ni que fuera a efectos fiscales, consecuencia de lo cual fue el rechazo del informe pericial interesado por la actora en la audiencia pública, pretendiendo incorporar una situación nueva al estado preexistente, como también fue rechazada la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, que ambas sentencias entendieron no justificada y reclamada, además, de forma contraria a la regla del artículo 219 de la LEC , salvo una partida de 887 euros de impuestos, tal y como se reclamó y fue aceptada por la demandada.



Dice la sentencia de 17 de junio de 1986 , citada en las de 5 de febrero de 2002 , 27 de octubre de 2005 , 26 de marzo de 2012 y 10 de diciembre de 2015 , que «es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc* , lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1295 del Código Civil al que expresamente se remite el art. 1124 del mismo Cuerpo legal , efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1123».

CUARTO.- La admisión del recurso supone asumir la instancia y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte ahora recurrida, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Telde; obviando por lo demás, una posible nulidad de actuaciones advertida inicialmente por esta Sala, por innecesaria y porque, como sostuvieron todos los interesados, nada aportaría al caso; todo ello con imposición a la actora de las costas de la apelación y sin hacer especial declaración de las causadas en la 1º instancia ni de los recursos formulados ante esta Sala, de conformidad con lo previsto en los artículos 394 y 398.2 LEC

FALLO

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

1.º- Estimar los recursos formulados por la representación procesal del Ayuntamiento de Agüimes, contra la sentencia dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 18 de octubre de 2013 , que se casa y anula. **2.º**- En su lugar, confirmamos y hacemos nuestra la sentencia dictada en fecha 26 de octubre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Telde , en el procedimiento ordinario 240/2010, que estimó parcialmente la demanda. **3.º**- Se imponen a la actora de las costas de la apelación y no se hace especial declaración de las causadas por el recurso de apelación ni de los formulados ante esta Sala. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.