

Roj: **STS 5760/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5760**Id Cendoj: **28079110012012100475**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/07/2012**Nº de Recurso: **1512/2009**Nº de Resolución: **416/2012**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP AL 351/2008,**
STS 5760/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Julio de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Almería, sección 3ª, por Dª **Remedios**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Salvador Martín Alcalde, contra la Sentencia dictada, el día 25 de abril de 2008, en el rollo de apelación nº 230/07, por la referida Audiencia y Sección, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vera en el procedimiento ordinario nº 91/05. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Doña Pilar Cortés Galán, en nombre y representación de Doña Remedios, como recurrente. La Procuradora Doña María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de "PROMOCIONES JUDIALBER SL.", se persona como parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vera, interpuso demanda de juicio ordinario, Dª. Remedios, contra Promociones Judicialber, S.L.. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *".... se dicte sentencia por la que, con Estimación de la Demanda, se condene a dicha demandada, en cumplimiento del Contrato de Compraventa concertado por la misma con la actora, actuando esta en beneficio, nombre y representación de la sociedad legal de gananciales constituida con su marido Don Roman, a hacer entrega a esta de la vivienda que constituye el objeto de dicho contrato, una vez finalizada su construcción con arreglo a las condiciones contratadas y demás resultantes del proyecto y memoria constructivas, así como a otorgar la oportuna Escritura pública de compraventa de referida finca urbana a su favor, en cuyo acto los demandantes abonarán la suma de CIENTO DOS MIL CIENTO SETENTA Y DOS EUROS (102.172 Euros), más IVA, menos los TRES MIL EUROS, entregados como señal y parte de precio, es decir NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y DOS EUROS MAS IVA, y si tal cumplimiento no fuera posible se condene a la demandada, bien a entregar a esta parte la vivienda que sustituye en la nueva promoción a la adquirida, en este caso la letra Q de la Segunda Planta una vez finalizada su construcción con arreglo a las condiciones contratadas y demás resultantes del proyecto y memoria constructivas, con la atemperación o disminución del precio ofertado por la misma que impone la operación aritmética a que aboca la forma de contratación a "precio alzado" de la adquirida, es decir que no alcanzaría los Ciento cincuenta mil euros en concreto CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS EUROS, por redondeo, s.e.u.o., ello sin perjuicio de su determinación aritmética exacta, y que, como operación de tal clase puede ser llevada en cualquier momento, así como a otorgar la oportuna Escritura pública de compraventa de referida finca urbana, en cuyo acto los demandantes abonarán la suma de CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS EUROS, más IVA, como precio de tal vivienda, una vez deducido del mismo los TRES MIL EUROS que habrá de entenderse entregados ya como señal y parte de aquel*



ó en todo caso, a pagar a esta parte la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala pactada en aquel contrato a que se alude en el hecho Primero, al que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponda a otra de las mismas características edificado en la "nueva promoción", fruto solo de la adaptación del proyecto de obras primitivo a las previsiones del estudio de detalle definitivamente aprobado, o, en todo caso, en la misma zona urbana, con expresa imposición de costas a la repetida demandada, por ser justo".

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de Promociones Judialber, S.L. los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte en su día Sentencia desestimando totalmente los pedimentos de la demanda, absolviendo de la misma a mi representada demandada Promociones Judialber, S.L.; y todo ello con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte actora; según es todo ello lo que respetuosamente solicito".

Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de las pruebas propuestas por las partes, previamente admitidas y declaradas pertinentes, el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Vera, con fecha 9 de marzo de 2007, y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: ESTIMAR SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por Dª Remedios, contra Promociones Judialber S.L. condenando a ésta a pagar a la actora la cantidad de 7.333,38 euros más el interés legal de esta cantidad desde la fecha de interposición de la demanda, así como a devolver a la misma la cantidad de 3.000 euros ingresada en concepto de señal por virtud del pacto suscrito entre las partes el 25 de Julio de 2003, con imposición de costas a la demandada".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación Promociones Judialber, S.L. y Dª Remedios. Sustanciada la apelación, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería dictó Sentencia, con fecha 25 de abril de 2008, con el siguiente fallo: " Que con DESESTIMACIÓN de los recursos de apelación deducidos contra la sentencia dictada con fecha 9 de Marzo de 2007 por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Vera en los autos sobre cumplimiento de contrato de los que deriva la presente alzada, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución condenando a cada uno de los recurrentes al pago de las costas causadas por su recurso en esta alzada".

La representación de Dª Remedios, presentó escrito solicitando complemento de sentencia, dictándose con fecha 12 de junio de 2008, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "NO HA LUGAR a la complementación solicitada de la sentencia de fecha 25 de abril de 2008, dictada en el Rollo de Apelación Civil nº 230/07".

TERCERO. Anunciados recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por Dª Remedios, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador D. Salvador Martín Alcalde, interpuso el recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción por inaplicación del art. 218.1 de la LEC.

Segundo.- Infracción por inaplicación del art. 218.2 de la LEC.

Tercero.- Incongruencia omisiva: Infracción por inaplicación del art. 218.1, párrafo 2º de la LEC.

Cuarto.- Infracción por inaplicación del art. 219.1 y 2 de la LEC.

El recurso de casación se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción por inaplicación de los arts. 1091, 1258 y errónea aplicación del art. 1451, todos ellos del CC.

Segundo.- Infracción por inaplicación del art. 1445 CC.

Tercero.- Infracción por inaplicación de los arts. 1471 y 1473 ambos del CC, en relación con el art. 34 de la LH.

Cuarto.- Vulneración del art. 1124 CC.

Por resolución de fecha 22 de julio de 2009, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora Doña Pilar Cortés Galán, en nombre y representación de Doña Remedios, como recurrente. La Procuradora Doña María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de "PROMOCIONES JUDIALBER SL.", personándose como parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 7 de septiembre de 2010 y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D.ª María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de Promociones Judialber, S.L., impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.



QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintiuno de junio de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de los hechos probados .*

1º D^a Remedios suscribió un documento, denominado "reserva de vivienda", el 25 julio 2003, con la promotora Indelgestión, Servicios Inmobiliarios, que actuaba en nombre de PROMOCIONES JUDIALBER, S.L. (JUDIALBER). En dicho documento constaba que D^a Remedios entregaba la cantidad de 3000? "en concepto de señal" sobre la venta de la vivienda NUM000 - NUM001 , más trastero y plaza de garaje, de futura construcción en DIRECCION000 , de aproximadamente 71 m². El precio de la vivienda era de 102.172?, más IVA. Se fijaba en dicho documento la fecha para la firma del contrato privado de compraventa.

2º Debido a dificultades urbanísticas, se modificó el proyecto, por lo que no pudo construirse la unidad NUM000 - NUM001 . A requerimiento de la compradora, JUDIALBER ofreció el cambio de la unidad que constaba en el contrato por otras dos de similares características: el piso Ñ, con un costo de 114.489?, o bien el piso Q, con un costo superior a los 180.000?. Ambas opciones fueron rechazadas por la compradora, que insistió en el cumplimiento exacto del compromiso. La vivienda ofrecida a cambio fue vendida a un tercero.

3º D^a Remedios demandó a JUDIALBER, pidiendo lo que se resume: (a) que se condenara a la demandada que, en cumplimiento del contrato, le hiciera entrega de la vivienda descrita; (b) si tal cumplimiento no fuera posible, se condene "bien a entregar a esta parte la vivienda que sustituye en la nueva promoción a la adquirida, en este caso la letra Q de la segunda planta [...] con la atemperación o disminución del precio ofertado, [...] o en todo caso, a pagar a esta parte la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala pactada en aquel contrato [...], al que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponda a otro de las mismas características, edificado en la nueva promoción[...]" .

La demandada alegó que no se trataba de un contrato de compra-venta, que se habían pactado unas arras de desistimiento y que no hubo consentimiento.

4º La sentencia del juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 2 de Vera, de 9 marzo 2007 , estimó sustancialmente la demanda, con los siguientes razonamientos: (a) el contrato celebrado no era una compraventa, pero generó obligaciones entre las partes; (b) de lo allí establecido se deduce que la demandada se comprometió a reservar dicha vivienda sin ofrecerla a otro comprador, para que la actora pudiera comprarla, señalándose el periodo de venta e ingresando una cantidad; (c) no puede entenderse justificado el incumplimiento por las razones administrativas alegadas, porque las limitaciones impuestas por el Ayuntamiento son ajenas a la compradora y podían haberse previsto por la promotora, "quien no debió asumir compromisos con terceros sin tener la certeza de poder proceder a su cumplimiento"; (d) al ser imposible el cumplimiento en forma específica, debía procederse a la indemnización de los daños y perjuicios y al no existir en autos datos sobre el valor que pueda tener una vivienda de las mismas características que la que se quería comprar, "[s]e estima adecuado señalar el interés legal del dinero que se hubiese entregado a cambio de la vivienda, que es el valor de la misma para las partes, desde el momento en que se suscribió el pacto incumplido hasta la fecha de la interposición de la demanda" , es decir, 7.333,38?, debiéndose proceder a la devolución de los 3.000?.

5º Apelaron ambas litigantes. La SAP de Almería, sección 3ª, de 25 abril 2008 , desestimó ambos recursos. Los argumentos utilizados son los siguientes: (a) la obligación de entrega de la vivienda objeto del contrato es de imposible cumplimiento, porque fue vendida a tercero y "la propia actora reconoce la imposibilidad de cumplimiento de la petición primera en cuanto no existe tal vivienda[...]" ; (b) "Es sin duda un verdadero contrato de compraventa de vivienda sobre plano, cosa futura, con precio cierto, medidas de superficie y modo de pago, que sin embargo no pudo consumarse en tanto que fue imposible la entrega de la vivienda pactada al no existir tras cambio de proyecto por exigencias entre otras urbanísticas y otros intereses privados de la promotora, resolviéndose el mismo y ofertando la demandada la entrega de parte del precio pactado mas intereses legales[...]" ; (c) se trata de una resolución del contrato, al que debe aplicarse lo dispuesto en el Art. 1124 CC , de modo que debe devolverse el objeto del contrato, que nunca fue entregado, "y del precio con sus intereses, en este caso la señal dada, y ello aunque no fuese solicitado específicamente por la actora"; (d) "no concurriendo razón objetiva alguna que impidiera a la actora fijar con exactitud en la demanda el importe de la indemnización pretendida y articular en la instancia los medios de prueba conducentes a su acreditación o cuantificación. En efecto no concretó tal petición la actora cuando conocía según su pedimento segundo el valor que tenía una vivienda de la nueva promoción supuestamente de idénticas características a la que fue objeto de



reserva"; (e) el hecho de que la vendedora hubiera variado la ubicación de la vivienda acordada se estima como incumplimiento del contrato, dando paso a la acción derivada del art. 1.124 CC que autoriza a la restitución de la prestación y el resarcimiento de daños y perjuicios, con lo que se estimaba la petición alternativa relativa a la indemnización por el incumplimiento del contrato pactado.

6º Dª Remedios presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El ATS de 7 septiembre 2010 admitió los dos recursos.

Figura el escrito de oposición de la parte recurrida.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO. Congruencia y motivación.

Se van a examinar los motivos primero, segundo y tercero conjuntamente.

Motivo primero . Infracción, por inaplicación, del Art. 218.1 LEC , porque no se hace mención exhaustiva de la validez y eficacia del contrato, con una interpretación confusa.

Motivo segundo . Infracción, también por inaplicación, del Art. 218.2 LEC . No consta que se haga mención de los razonamientos fácticos y jurídicos por los que JUDIALBER debe responder. Se relatan una serie de hechos sobre la formalización de la compraventa, así como lo relativo a la licencia de obras.

Motivo tercero . Inaplicación del Art. 218.1 , 2 LEC , por existir incongruencia omisiva, ya que no responde a dos cuestiones suscitadas como cuestión principal y cuestión subsidiaria. No ha procedido la sentencia a pronunciarse sobre las dos cuestiones incluidas en el escrito de la demanda y reiteradas en el escrito de apelación como subsidiarias y no alternativas, términos antitéticos, lo que constituye una violación de la tutela judicial efectiva. No se ha exigido la indemnización de los daños derivados del incumplimiento, sino que en realidad consiste en una petición principal y dos subsidiarias para el caso de que la principal fuese de imposible cumplimiento. Por ello no puede considerarse como una indemnización de daños y perjuicios derivada del incumplimiento del contrato, sino como la prestación sustitutiva para el caso de imposibilidad de cumplimiento del título.

Los motivos primero, segundo y tercero se desestiman.

1º En el *primero* , en el que se denuncia la infracción del artículo 218.1 LEC , por supuesta incongruencia, en realidad se confunden aspectos procesales con aspectos sustantivos propios del recurso de casación. La congruencia (SSTS 297/2012, de 30 de abril ; 786/2011, de 26 de octubre y 175/2011, de 23 de marzo , entre las más recientes) solo exige una respuesta judicial motivada a las pretensiones suscitadas como objeto del proceso. Pero en el recurso lo que se alega es que la sentencia se equivoca en la valoración de la prueba y que, como consecuencia de esa errónea valoración, no acierta a identificar la relación jurídica contractual entre las partes ("es bastante confusa la interpretación y alcance que se da a las relaciones contractuales"). Se plantea en suma una cuestión que no es procesal, sino sustantiva, pues la correcta calificación del contrato y su interpretación en orden a definir las obligaciones asumidas por las partes, como cuestión jurídico-sustantiva, ha de ser objeto de impugnación y examen en casación.

2º En el *segundo* , en el que se denuncia falta de motivación ex art. 218.2 LEC , en puridad se suscita la discrepancia del recurrente con la valoración de la prueba, lo que tampoco es posible. En todo caso, la sentencia contiene los razonamientos fácticos y jurídicos en que funda su decisión, y no cabe confundir el deber de motivación con una argumentación extensa ni con una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, pues la exigencia constitucional de motivar las sentencias impone únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que pueda ser escueta y concisa, de manera que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución (SSTS 297/2012, de 30 de abril ; 509/2011, de 27 de junio ; 518/2011, 30 de junio y 787/2011, de 26 de mayo , entre las más recientes).

3º El *tercero* , sobre incongruencia omisiva, tampoco puede prosperar porque no cabe confundir incongruencia, por eludir resolver sobre una pretensión debatida, con el hecho de que dicha pretensión reciba una respuesta desestimatoria, que fue lo que verdaderamente ocurrió. La sentencia recurrida no omite pronunciarse sobre las pretensiones principal y subsidiaria primera, sino que lo que hace es desestimarlas, en línea con lo dicho por el Juzgado, al entender que el cumplimiento de la principal devino imposible y en cuanto a la subsidiaria primera, al entender que la vivienda Q fue vendida a un tercero de buena fe. Por tanto, la sentencia es congruente con las pretensiones debatidas. Cosa distinta, que configura el objeto de la casación, es si dicha respuesta fue la correcta en cuanto al fondo y si en efecto, la pretensión formulada como alternativa era una indemnización o, en realidad, una prestación sustitutoria que suplía la entrega de la cosa, devenida de imposible cumplimiento.

**TERCERO.** *El art. 219 LEC .*

Motivo cuarto. Inaplicación del Art. 219. 1 y 2 LEC . La cuantificación de la equivalencia habrá de realizarse en el momento en que, por establecerlo la sentencia, se declare que el contrato es inejecutable y se haya de optar por una indemnización sustitutoria. Esta no puede ser otra que el valor de una vivienda similar en la actualidad, lo que deberá realizarse en el momento de ejecución de la sentencia.

El motivo se desestima.

La infracción del artículo 219 LEC , que prohíbe las condenas con reserva de liquidación, solo resultaría posible si lo pedido hubiera sido una indemnización de daños y perjuicios, aspecto que el propio recurrente niega en el motivo precedente, donde su tesis es que formuló una pretensión principal y dos subsidiarias, ninguna de las cuales tenían dicha naturaleza, sino la de una prestación sustitutiva de la imposibilidad de cumplimiento en forma específica, que es también la tesis defendida en casación.

CUARTO. *Desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y costas.*

La desestimación de todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D^a Remedios , contra la SAP de Almería, sección 3^a, de 25 Abril 2008 , determina la de su recurso.

Corresponde imponer a la recurrente las costas de su recurso extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con lo establecido en el art. 398.1 LEC .

II. RECURSO DE CASACIÓN**QUINTO.** *El contrato de entrega de apartamento a construir como compraventa de cosa futura.*

Motivo primero . Infracción por inaplicación de los Arts. 1091 y 1258 CC y errónea aplicación del Art. 1451 CC . El documento no es un pacto preliminar, sino un contrato de compraventa de cosa futura, que contiene todos los elementos: determinación del objeto y fijación del precio. Al tratarse de una compraventa sobre plano, se posibilita el cumplimiento forzoso.

Este motivo se va a examinar conjuntamente *con el segundo* que denuncia la infracción, por inaplicación, del Art. 1445 CC . Dice que el contrato concertado ha de calificarse como una de las modalidades de los contratos de compraventa de cosa futura, en la que el vendedor asume la obligación de entregar la cosa y de construirla. También debe examinarse con el *motivo cuarto*, que señala la vulneración del Art. 1124 CC . La parte recurrente ha pedido el cumplimiento del contrato y no solicitó ninguna indemnización de daños y perjuicios. Las situaciones creadas por la decisión unilateral de una de las partes no se acomodan a la justicia efectiva por lo que no pueden quedar impunes y libres de toda compensación y reintegro económico, al conformar *in re ipsa* el propio perjuicio.

Los motivos primero, segundo y cuarto se estiman.

El contrato otorgado entre JUDIALBER y la recurrente debe ser calificado como compraventa de cosa futura. Este es aquel contrato por el que una de las partes se obliga, a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente, a entregar una vivienda o local en proyecto o en construcción, una vez terminada. Constituye una modalidad característica de la compraventa de cosa futura, al menos como regla general. Así lo consideró este Tribunal en las sentencias de 17 de febrero de 1967 , 3 de junio de 1970 , 28 de noviembre de 1973 y 1 de julio de 1992 , a las que hay que añadir las SSTs 69/2010, de 18 febrero , 199/2007, de 23 febrero y 223/2012, de 30 marzo , entre otras.

El contrato en el que se combina la obligación de construir por parte del comprador, con la de entrega de un piso o apartamento una vez construido el edificio es un contrato complejo, que requiere que la cosa futura no sea imposible en cuanto a su existencia. Esta Sala ha calificado este tipo de compraventa dentro del tipo *emptio rei speratae* , es decir, como un contrato conmutativo que, a diferencia de la modalidad *emptio spei* , que es un contrato aleatorio, "[...] presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar [...]" (STS de 30 octubre 1989). La STS 649/1992, de 1 julio dice que " No se trata de una inexistencia total, a modo de venta de esperanza ("venditio spei"), sino de la concurrencia de una futuridad prevista, sin condicionalidades convenidas expresamente, pendiente únicamente de su consolidación mediante la efectiva y materializada función constructiva; lo que presupone indudablemente en el vendedor la obligación de hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó, -que por ello no reviste naturaleza precontractual (Sentencia de 17 de junio de 1986)-, ya que el comprador adquirió el local en función de su



terminación, pues expresamente se pactó que el resto del precio, -aún debitado-, de 3.250.000 pesetas sería efectivo a la entrega del local de referencia".

En aplicación de la anterior doctrina, se llega a la conclusión de que el contrato celebrado entre la recurrente D^a Remedios y JUDIALBER, S.L. constituye una compraventa de cosa futura, consistente en el piso identificado con el número 1-2D, tal como acertadamente entendió la sentencia recurrida.

SEXTO. *La petición de cumplimiento del contrato.*

Sin embargo, cambios urbanísticos posteriores produjeron el incumplimiento de la vendedora JUDIALBER, de modo que no se pudo entregar el piso tal y como se había pactado. La compradora recurrente demandó el cumplimiento del contrato mediante una petición alternativa, es decir que se condenare a la vendedora *"bien a entregar a esta parte la vivienda que sustituye en la nueva promoción a la adquirida, en este caso la letra Q de la segunda planta [...] con la atemperación o disminución del precio ofertado, [...] o en todo caso, a pagar a esta parte la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala pactada en aquel contrato [...], al que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponda a otro de las mismas características, edificado en la nueva promoción[...]"*. Es decir, que pidió el cumplimiento mediante la entrega de un piso igual al que había contratado en cuanto a la superficie y al precio y para el caso de que ello no fuera posible, la prestación sustitutoria, consistente en la diferencia entre el precio que debería haber pagado caso que se le hubiera entregado la vivienda contratada, y el que costaría un piso de las mismas características de aquel que compró y que estuviera edificado en la nueva promoción. Lo pedido en la demanda no fue una indemnización, sino el equivalente caso de que fuera imposible el cumplimiento exacto.

Esta correcta petición no fue atendida por los tribunales en las sentencias dictadas en este litigio, al resultar imposible el cumplimiento específico por haber sido vendidos a terceros los pisos de las mismas o parecidas características en aquella promoción. En estas circunstancias, debería haberse aceptado la petición alternativa por incumplimiento de contrato, formulada en la demanda, que no consiste en una indemnización por los daños y perjuicios, sino en una prestación sustitutoria, que suple la de entrega de la cosa.

No es posible la aplicación del Art. 219 LEC para excluir este tipo de condena, porque los elementos de la petición están perfectamente identificados: la diferencia entre el precio acordado, 102.172?, más IVA, y el precio que en el momento de la petición de cumplimiento del contrato tenía un piso de las mismas características en la misma promoción.

SÉPTIMO. *Estimación del recurso*

La estimación de los motivos primero, segundo y cuarto del recurso de casación exime a esta Sala del examen de los restantes motivos del propio recurso, todos ellos relacionados con la petición principal de cumplimiento del contrato.

La estimación de los motivos anteriormente señalados determina la del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Remedios contra la SAP de Almería, sección 3^a, de 25 abril 2008, en autos 230/70. Al no haber recurrido en casación la representación procesal de PROMOCIONES JUDIALBER, S.L. la sentencia dictada en apelación, que desestimó su recurso, devino firme y se mantiene con relación a esta parte, incluso en lo relativo a las costas.

Como consecuencia de la estimación del recurso de D^a Remedios, esta Sala asume la instancia y debe dictar sentencia. Procede por tanto, estimar la petición subsidiaria planteada en la demanda y condenar a la demandada PROMOCIONES JUDIALBER, S.L. a entregar a la demandante *la vivienda que sustituye en la nueva promoción a la adquirida, en este caso la letra Q de la segunda planta con la atemperación o disminución del precio ofertado, [...] o en todo caso, a pagar a esta parte la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala pactada en aquel contrato, al que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponda a otro de las mismas características, edificado en la nueva promoción"*, lo que deberá determinarse en ejecución de la sentencia.

OCTAVO. *Costas.*

No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes, en aplicación de lo establecido en el art. 398.2 LEC.

Se mantiene la declaración en costas de la primera instancia, que las impuso a la demandada PROMOCIONES JUDIALBER, S.L., en virtud de lo establecido en el art. 394 LEC. No se imponen las costas del recurso de apelación presentado por la representación procesal de D^a Remedios.

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

**FALLAMOS**

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de Dª Remedios contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3ª, de 25 abril 2008, dictada en el rollo de apelación nº 230/07 .

2º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Remedios contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3ª, de 25 abril 2008, dictada en el rollo de apelación nº 230/07 .

3º Se casa y anula en la parte relativa a la desestimación del recurso de apelación presentado por la representación procesal de Dª Remedios , la sentencia recurrida, manteniéndose dicha sentencia en lo relativo a la desestimación del recurso de apelación formulado en su día por la representación procesal de PROMOCIONES JUDIALBER, S.L.

4º Se dicta sentencia y se condena a la demandada PROMOCIONES JUDIALBER, S.L. a entregar a Dª Remedios la vivienda que sustituye en la nueva promoción a la adquirida, en este caso la letra Q de la segunda planta con la atemperación o disminución del precio ofertado, o en todo caso, a pagar a esta parte la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala pactada en aquel contrato [...], al que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponda a otro de las mismas características, edificado en la nueva promoción, lo que se resolverá en ejecución de la sentencia.

5º Se imponen a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

6º No se imponen a la recurrente las costas del recurso de casación.

7º No se imponen a la recurrente las costas de la primera instancia ni las de la apelación.

8º Se imponen a la demandada, PROMOCIONES JUDIALBER, S.L. las costas de la primera instancia.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitido

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.