

Roj: **STS 1166/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1166**Id Cendoj: **28079110012016100154**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/03/2016**Nº de Recurso: **39/2014**Nº de Resolución: **169/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por "Chelverton Properties, S.L.", representada por la procuradora María Isabel Campillo García, bajo la dirección letrada de D. José Abad Revenga, contra la sentencia dictada el 27 de junio de 2013 por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 486/2012, dimanante del juicio ordinario núm. 1000/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid. Sobre resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios. Ha sido parte recurrida "La Sociedad General Inmobiliaria de España, S.A.", representada por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Serrano Pérez y Dª Petra .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de la mercantil "La Sociedad General Inmobiliaria de España, S.A.", interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil "Chelverton Properties, S.L.", en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«(i) Se declare que CHELVERTON PROPERTIES, S.L., viene obligada a pagar a LA SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA. S.A. la cantidad de 6.107.400 euros, en concepto de devolución de la suma que fue abonada por esta última el 4 de mayo de 2006, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 3.4.1 del "Contrato para la promoción y explotación de centro comercial con compraventa de cuota indivisa de parcela futura", aportado junto con este escrito como documento número 2.

(ii) Se declare que CHELVERTON PROPERTIES.S.L. viene obligada a pagar a la SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA.S.A. el importe de 46.851,29 euros en concepto de daños y perjuicios consistentes en los intereses devengados por el retraso en la devolución a dicha entidad de la aludida suma de 6.107.400 euros, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula Primera de la "Escritura de reconocimiento de entrega de cantidad y constitución de hipoteca", suscrita entre ambas partes con fecha 4 de mayo de 2006, y acompañada como Documento número 3 de este escrito, así como al pago de los intereses que se devenguen hasta el completo pago de dicha cantidad.

(iii) Se declare que CHELVERTON PROPERTIES, S.L. viene obligada a pagar a LA SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA, S.A. la suma de 1.392.551,25 euros, también en concepto de indemnización de daños y perjuicios, según el desglose de los mismos que se incluyen en el apartado 9.2 de la exposición de Hechos de esta demanda.

(iv) Se condene a CHELVERTON PROPERTIES, S.L. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, como consecuencia de lo anterior, se le condene a :



- a) Pagar a La SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA, S.A. la cantidad de 6.107.400 euros referida en el apartado 1 (i) anterior.
- b) Pagar a La SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA, S.A los intereses mencionados en el apartado 1 (ii) anterior.
- c) Pagar a La SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA, S.A. la suma de 1.392.551,25 euros como indemnización de daños y perjuicios citada en el apartado 1 (iii) anterior.
- (v) Se condene a CHELVERTON PROPERTIES, S.L. al pago de las costas procesales correspondientes a la tramitación del presente procedimiento.»

2.- La demanda fue presentada el 29 de abril de 2009 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid y fue registrada con el núm. 1000/2009 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Mª Isabel Campillo García, en representación de "Chelverton Properties, S.L.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se proceda a dictar sentencia por la que en virtud de lo establecido en el cuerpo de este escrito, proceda a desestimar la demanda planteada de contrario con expresa condena en costas a la parte actora».

4.- Igualmente en la contestación a la demanda se formuló demanda reconvenzional por incumplimiento contractual grave y culpable de la parte contraria y reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra La Sociedad General Inmobiliaria de España SA y en la que solicitaba se dicte en su día sentencia en virtud de la cual:

«1. Se declare que la mercantil LA SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA S.A. ha resuelto contrariamente a Derecho, y sin justa causa, el contrato para la promoción y explotación de Centro Comercial, con compraventa de cuota indivisa de parcela futura, perfeccionado el 4 de mayo de 2006 con mi mandante CHELVERTON.

»2. Se declare conforme a Derecho la resolución del contrato de 4 de mayo de 2006, instada con fecha 22 de abril de 2009 por CHELVERTON PROPERTIES, S.L. como consecuencia de la previa resolución por la actora y debido a la clara voluntad de incumplimiento de las obligaciones asumidas en el mismo por parte de la actora LA SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA S.A.

»3. Se declare que CHELVERTON PROPERTIES, S.L. tiene derecho a percibir una indemnización por los daños causados y perjuicios ocasionados por la resolución previa y sin justa causa, de la Actora-Reconvenida LA SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA S.A. del contrato perfeccionado el 4 de mayo de 2006. Y en consecuencia, condene a la actora al pago a mi mandante por dicho concepto de las cantidades siguientes:

3.1. Por los gastos derivados de la firma del contrato de 4 de mayo de 2006 la cantidad de 235.375,87?.

3.2 Por la pérdida de valor de los terrenos con licencia para la construcción del Centro Comercial, objeto de la venta, la cantidad de 6.198.399 ?.

3.3 Por el coste financiero derivado del incumplimiento del pago total por la venta de la parcela la cantidad de 12.081.667,60?

3.4 Por el lucro cesante relativo a la renuncia a la explotación compartida del Centro Comercial de San Fernando, la cantidad de 25.780.817 ?.

O en su defecto aquellos importes de entre estas partidas que SSª considere procedentes, moderando en su caso su cuantía de acuerdo con las previsiones del art. 3.2º del Código Civil .

»4. Se declare que CHELVERTON no tiene la obligación de devolver la cantidad de CINCO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL EUROS (5.265.000?) esto es, el principal sin I.V.A. entregada según la cláusula Segunda del contrato, por LA SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA S.A, a cuenta del precio de compra de la parcela, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 21.3.4 del contrato de 4 de mayo de 2006, y, que como consecuencia de lo anterior,

»5. Se declare la cancelación de la Segunda hipoteca constituida mediante Escritura Pública otorgada por el Notario de Madrid D. José María Madrudejos Fernández bajo el Número 1.127 de su Protocolo en fecha 4 de mayo de 2006, (Documento N° 3 de la demanda), sobre los inmuebles de CHELVERTON a favor de la Actora Reconvenida LA SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA S.A.. Y que en consecuencia se expida mandamiento al Registro de la Propiedad de San Fernando de Henares, por el que se ordene la cancelación de la Inscripción de la referida carga hipotecaria sobre las fincas gravadas, y/o en su caso, sobre



las Fincas Registrales de Resultado, para el supuesto de que en el ínterin se hubiera procedido a la Aprobación del Proyecto de Reparcelación, y consecuente sustitución de las parcelas gravadas en "origen" por las de "resultado" de Reparcelación.

»6. Se declare la obligación de LA SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA S.A. de abonar las costas e intereses moratorios generados en la presente reconvencción.

Y que en base a lo anterior se condene a LA SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA S.A.:

»7. A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

»8. A pagar a CHELVERTON las cantidades reseñadas por el concepto de resarcimiento por los daños y perjuicios causados por la resolución previa y sin justa causa, del contrato de 4 de mayo de 2006.

»9 A pagar los costes de cancelación de las garantías hipotecarias referidas en el apartado 5º anterior del Suplico.

»10. Al pago de los Intereses de las cantidades reclamadas desde la fecha de presentación de la demanda Reconvenccional, hasta el momento de su pago efectivo a mi mandante. Y los intereses incrementados en dos puntos desde la sentencia y hasta el completo pago.

11. Al pago de las Costas de la presente Reconvencción.»

5.- Admitida a trámite a la reconvencción y conferido traslado a la parte actora. El procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en representación de La Sociedad General Inmobiliaria de España, S.A., contestó a la demanda reconvenccional mediante escrito en el que solicitaba:

« [...]se dicte Sentencia en virtud de la cual DESESTIME ÍNTEGRAMENTE las pretensiones reconvenccionales esgrimidas de contrario, con imposición de las costas causadas a la demandada-reconviniente.»

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid dictó sentencia de fecha 28 de junio de 2011 con la siguiente parte dispositiva:

«Que con estimación en parte de la demanda interpuesta por el Procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO en nombre de SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA S.A. contra CHELVERTON PROPERTIES S.L. representada por la Procuradora D.ª Mª ISABEL CAMPILLO GARCÍA.

»Debo declarar y declaro haber lugar en parte a la misma condenando a la parte demandada a que abone a la actora la cantidad de 6.107.400 euros a la vez que se cancela la hipoteca que se ha constituido en garantía del pago de dicha cantidad, absolviendo del resto de los pedimentos a la parte demandada.

»Que con estimación en parte de la reconvencción formulada CHELVERTON PROPERTIES S.L contra la SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA S.A. representada por el Procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO, debo declarar y declaro haber lugar en parte a la misma, declarando la cancelación de la segunda hipoteca constituida mediante Escritura Pública otorgada por el Notario de Madrid D. José María Madrideo Fernández bajo el Número 1.127 de su Protocolo en fecha 4 de mayo de 2006, sobre los inmuebles de CHELVERTON a favor de la Actora Reconvenida LA SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA S.A., a la vez que se hace entrega de la cantidad de 6.107,400 euros.

Y a los efectos de lo anterior:

»Se expida mandamiento al Registro de la Propiedad de San Fernando de San Fernando de Henares, por el que se ordene la cancelación de la Inscripción de la referida carga hipotecaria sobre las fincas gravadas, y/ o en su caso, sobre las Fincas Registrales del Resultado de la reparcelación. Y absolviendo a la parte actora reconvenida del resto de los pedimentos de la reconvencción.

Y, sin expresa condena en costas a ninguna de las partes.»

7.- Con fecha 27 de julio de 2011 el Juzgado de Primera Instancia dictó Auto de rectificación de la sentencia con la siguiente parte dispositiva:

«Se aclara y rectifica el fundamento de derecho quinto y el fallo de la sentencia y donde dice a la vez., debe decir, una vez se efectúe el pago se cancelará la hipoteca. Y, con respecto a la declaración de la cancelación de la segunda hipoteca. donde dice a la vez, debe decir una vez. manteniéndose íntegramente dicha resolución».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de "La Sociedad General Inmobiliaria de España, S.A." y de "Chelverton Properties, S.L.".



2º.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 486/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 27 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores D. Manuel Lanchares Perlado y D.ª Mª Isabel Campillo, en representación de SOCIEDAD GENERAL INMOBILIARIA DE ESPAÑA,S.A. y CHELVERTON PROPERTIES, S.L respectivamente, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 74 de Madrid, que debemos confirmar y confirmamos íntegramente con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a las recurrentes [...]».

3.- La representación de "La Sociedad Inmobiliaria de España, S.A" presentó escrito solicitando la rectificación y complemento de la sentencia y por la representación de "Chelverton Properties S.L.", complemento de la misma.

Con fecha 11 de noviembre de 2013 la Audiencia Provincial dictó Auto de rectificación de la sentencia con la siguiente parte dispositiva:

«LA SALA ACUERDA:

Procede rectificar la sentencia de fecha 27 de junio de 2.013 y añadir "y, que como consecuencia de lo anterior" en el fundamento de derecho primero al final del número 4), segunda línea de la página 6 de la resolución.

No procede complementar la resolución en los términos interesados por las partes.

Se mantienen en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia.[...]

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

1.- La procuradora Dª Mª Isabel Campillo García, en representación de "Chelverton Properties, S.L.", interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y los artículos 319 , 326 y 376 de la LC y jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible.

Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , en relación con el art. 24 de la Constitución Española y el artículo 218 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla y que se cita en el presente motivo, respecto a la incongruencia entre la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia (incongruencia interna).

Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , en relación con el art. 24 de la Constitución Española y el artículo 218.1 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla y que se cita en el presente motivo, respecto a la incongruencia de la sentencia por alteración de la causa de pedir.

Cuarto.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , en relación con el art. 24 de la Constitución Española y el artículo 218.1º de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla y que se cita en el presente motivo, respecto a la incongruencia omisiva de la sentencia.

Quinto.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , en cuanto a que la sentencia recurrida infringe el artículo 218.2 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo, en cuanto al deber general de motivación de las sentencias».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Vulneración del artículo 1.124 del Código Civil , y doctrina jurisprudencial que lo interpreta aplicable para resolver el objeto del procedimiento.- Concreción de la "questio iuris", y de la fecha en torno a la cual no procede analizar el cumplimiento/incumplimiento de las obligaciones de las partes.

Segundo.- Infracción del art. 1.124 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, por cuanto se cumple el requisito de existencia el día 23 de febrero de 2.009, de un vínculo contractual vigente entre las partes que lo concertaron.

Tercero.- Infracción del art. 1.124 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, por cuanto al día 23 de febrero de 2.009, se cumplía el requisito de pendencia de las prestaciones recíprocas estipuladas en el contrato, así como su exigibilidad.



Cuarto.- Infracción del artículo 1.124 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, por cuanto la demandada en reconvención, esto es la Sociedad General Inmobiliaria, había incumplido antes del 22 de abril de 2.009, de forma previa y grave las obligaciones que le incumbían según el contrato de 4 de mayo de 2.006.

Quinto.- Infracción de los arts. 1.091 , 1.255 y 1.445 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpretan, por cuanto la demandada en reconvención, esto es la Sociedad General Inmobiliaria, había incumplido antes del 22 de abril de 2.009, de forma previa y grave las obligaciones que le incumbían en el contrato de 4 de mayo de 2.006.

Sexto.- Infracción del art. 1.124 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, por cuanto Chelverton podía conforme a derecho ejercitar la facultad resolutoria por haber cumplido el 22 de abril de 2.009, todas las obligaciones asumidas en virtud del contrato.

Séptimo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a la aplicación de la doctrina de mutuo disenso por desistimientos unilaterales concurrentes, representada por las sentencias de esta Sala de 22 de octubre de 2013 y 19 de febrero de 2010 .

Octavo.- La sentencia dictada en apelación vulnera el contenido del art. 1.124 del Código Civil , y la doctrina jurisprudencial correspondiente, a cuyo tenor la resolución contractual se produce extrajudicialmente, pero de existir resistencia por alguno de los contratantes, precisa la postulación procesal, mediante demanda y reconvención,

Octavo (sic).- La sentencia dictada en apelación vulnera el contenido de los arts. 1.124.2º , 1.101 , 1.107.2º del Código Civil y la doctrina jurisprudencial correspondiente, en lo concerniente a la obligación de que La Sociedad General Inmobiliaria resarza a Chelverton de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento doloso, y declare su derecho a retener las cantidades percibidas a cuenta del precio de la compraventa.

Noveno.- Vulneración del art. 1.091 , art. 1.152.1º interpretado a contrario sensu , y art. 1.152.2º del Código Civil , y la jurisprudencia que lo interpreta, con relación a la cláusula penal acumulativa de los daños y perjuicios, establecida en la estipulación 21.3.4 del contrato.

Décimo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a los requisitos de la renuncia de derechos en relación con el mutuo disenso, representada entre otras por las sentencias de esta Sala de 27 de febrero de 2007 , 19 de julio de 2005 y 19 de diciembre de 1997 ».

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 21 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Procede admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil CHELVERTON PROPERTIES, S.L. al concurrir los presupuestos y requisitos legalmente exigidos».

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

4.- Por auto de fecha 13 de enero de 2016 se estimó justificada la abstención del Excmo. Sr. D. Jesús Carlos , quedando el mismo apartado del conocimiento de este recurso y se nombró ponente al que lo es en este trámite, señalándose para votación y fallo el día 2 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- El 4 de mayo de 2006, las compañías mercantiles "La Sociedad General Inmobiliaria de España, S.A" ("LSGIE") y "Chelverton Properties, S.L." ("Chelverton") celebraron un contrato para la promoción y explotación de un centro comercial, con compraventa de cuota indivisa de parcela futura. Su objeto era la promoción, construcción y explotación conjunta de un centro comercial en el sector SUP-TO.1, de San Fernando de Henares (Madrid). Para ello, "Chelverton" vendía como cosa futura y se obligaba a transmitir a "LSGIE" una cuota indivisa del 50% del pleno dominio de la parcela, con todos los derechos accesorios, incluido un 50% de la edificabilidad total computable de la parcela, que debería ser como mínimo de 45.000 metros cuadrados.

2.- El contrato preveía la ejecución de las obras en tres fases: (i) del 4 de mayo de 2006 al 4 de mayo de 2010, comprendía la obligación de la transmisión del 50% indiviso de la propiedad de la parcela y la obtención de las



licencias urbanísticas y administrativas precisas para la construcción y explotación de un gran establecimiento comercial; (ii) transmisión del 50% de la licencia comercial y otorgamiento de la escritura de compraventa del 50% de la parcela; abono de cantidades a cuenta y, finalmente, del precio total; constitución de hipoteca para garantizar las cantidades entregadas a cuenta; (iii) Explotación del centro comercial. Los proyectos técnicos de construcción se encargaron al estudio de arquitectura "Chapman". Simultáneamente a la firma del contrato, "LSGIE" entregó a "Chelverton" 6.107.000 €, en cuya garantía se constituyó una hipoteca sobre varias fincas de esta última, por dicho importe, más 555.162 € por intereses de demora, y 549.666 € para costas y gastos.

3.- El 26 de marzo de 2008 tuvo lugar una reunión entre las partes en la que se pusieron de manifiesto sus graves discrepancias, tanto sobre el proyecto arquitectónico como sobre la asunción de sus respectivas obligaciones, cruzándose a partir de dicha fecha diversas comunicaciones entre las partes, que evidenciaron aún más sus divergencias. El 23 de febrero de 2009 "LSGIE" resolvió el contrato, alegando grave incumplimiento de "Chelverton", que en comunicación de 22 de abril siguiente, no reconoció tal incumplimiento, sino que lo atribuyó a "LSGIE", aunque aceptó expresamente la extinción del vínculo contractual.

4.- "LSGIE" presentó demanda contra "Chelverton", en la que solicitaba que se declarase que la entidad demandada estaba obligada a devolver a la demandante la cantidad de 6.107.400 €, abonada por la actora a la firma del contrato; al pago de 46.851,29 €, en concepto de daños y perjuicios consistentes en los intereses devengados por el retraso en la devolución de la cantidad anterior; y al abono de 1.392.551,25 €, por los gastos en que habría incurrido como consecuencia de la celebración del contrato resuelto, ante el incumplimiento grave y culpable de "Chelverton".

5.- "Chelverton" se opuso a la demanda y formuló reconvencción, en la que solicitaba que se declarase que "LSGIE" había resuelto el contrato sin fundamento jurídico y sin justa causa; se declarase, igualmente, conforme a Derecho la resolución instada con fecha 22 de abril de 2009, como consecuencia de la previa resolución por la demandante, dada la clara voluntad de incumplimiento de las obligaciones asumidas; se le indemnizase por los daños y perjuicios causados por la resolución previa; se le facultase a retener la suma de 5.265.000 €, entregada a cuenta del precio de compra de la parcela; y se declarase la cancelación de la segunda hipoteca; condenándola a estar y pasar por las declaraciones anteriores.

6.- La sentencia de primera instancia (posteriormente aclarada por auto) estimó parcialmente la demanda y la reconvencción, al considerar que había existido incumplimiento de sus obligaciones contractuales por ambas partes; condenó a "Chelverton" a devolver a "LSGIE" 6.107.400 € y declaró haber lugar a la cancelación de la segunda hipoteca, una vez que se hiciera pago de la indicada cantidad.

7.- Recurrída en apelación dicha sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial dictó sentencia desestimatoria de los dos recursos y confirmó la de primera instancia. Se fundó, en síntesis, en lo siguiente: a) queda probado que, a la fecha de presentación de la demanda -29 de abril de 2009-, ambas partes habían cumplido, dentro del plazo pactado, las obligaciones de la primera fase, esto es, "LSGIE" había abonado a "Chelverton" 6.107.400 € a cuenta del precio definitivo, se había constituido la hipoteca que garantizaba la devolución de cantidades y se habían cumplido las condiciones suspensivas de la primera fase; b) de la correspondencia cruzada entre las partes, en concreto, carta de 23 de febrero de 2009 de la demandante, en la que daba por resuelto el contrato de 4 de mayo de 2006 alegando el incumplimiento grave y culpable del mismo por parte de "Chelverton", y carta de 22 de abril de 2009 de la demandada, en la que se mostraba conforme con la resolución, discrepando solo en cuanto a las causas alegadas de contrario y sus consecuencias, se desprende que, a la fecha de presentación de la demanda, ambas partes habían resuelto el contrato extrajudicialmente, achacándose mutuamente distintos incumplimientos, reclamándose la devolución de las prestaciones y la liquidación del contrato, con sus correspondientes previsiones indemnizatorias; c) no ha quedado probado que se hubieran producido los incumplimientos que recíprocamente se achacan ambas partes, sino que, a partir de la reunión de 26 de marzo de 2008 entre los representantes legales de las partes y la empresa de arquitectura, el deber de colaboración pactado entre las partes para llevar a buen fin el contrato quebró, no habiéndose producido hasta la comunicación de resolución entre ellas ningún incumplimiento; por tanto, no hay incumplimientos graves y culpables que fundamenten la resolución contractual, sino falta de consenso y divergencias entre ambas para seguir desarrollando un proyecto de gran envergadura económica; d) las partes dieron por resuelto el contrato al no superar sus disensiones, por lo que cabe entender que ambas abandonaron el contrato y las obligaciones derivadas del mismo, de modo voluntario y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, en la fase primera del contrato, produciéndose un mutuo desistimiento, lo que trae como consecuencia que no sean exigibles las indemnizaciones de daños y perjuicios reclamadas recíprocamente, ni las cláusulas del contrato relativas a la ineficacia del mismo y sus consecuencias liquidatorias, por lo que únicamente procede la restitución recíproca de las prestaciones.

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.

**Primer motivo:***Planteamiento :*

1.- Se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , en relación con el art. 24 CE , por la infracción de los arts. 319 , 326 y 376 LEC respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible.

2.- En su desarrollo, se argumenta resumidamente que tanto la prueba documental pública y privada, como la testifical (especialmente, la declaración de D. Cesareo), es interpretada de manera patentemente errónea, por cuanto la sentencia recurrida determina que existió una falta de consenso entre las partes sobre la configuración del centro comercial, cuando de dicha prueba se desprende lo contrario, hasta el punto de que se redactó un anteproyecto arquitectónico que fue aprobado por ambas; y que fue la parte recurrida quien impuso unas modificaciones que suponían una alteración unilateral del contrato y una imposición a la voluntad de "Chelverton". Añade que la sentencia recurrida yerra al considerar que las partes dieron por resuelto el contrato de manera voluntaria al no superar sus disensiones, cuando ha quedado acreditado que fue la recurrida quien de manera unilateral decidió apartarse del contrato negándose a cumplirlo, excusándose en un falso incumplimiento previo de la recurrente, ya que ésta siguió cumpliendo el contrato después de presentada la demanda; y ante la negativa de "LSGIE" a solucionar el conflicto, no le quedó más remedio que aceptar la imposibilidad de seguir adelante con el contrato.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo, tal y como ha sido formulado y desarrollado, impugna valoraciones realizadas por el tribunal de instancia, unas relativas a la determinación de los hechos y otras jurídicas, con la pretensión de que se vuelva a revisar el enjuiciamiento de la cuestión litigiosa como si se tratara de un recurso ordinario que permitiera un nuevo enjuiciamiento en la instancia.

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

La impugnación de la valoración realizada por el tribunal de los medios de prueba mezcla la relativa a los hechos y la propiamente jurídica, por la que se concluye la existencia de un mutuo disenso o acuerdo resolutorio, aun tácito, para poner fin al contrato complejo celebrado por las partes. Cuestión jurídica que no puede ser ahora revisada, por ser ajena a este recurso.

2.- La sentencia recurrida aborda una cuestión decisiva para la resolución de litigio, cual es si hubo incumplimiento culpable por alguna de las partes, o por el contrario, aunque discreparon en lo relativo a la ejecución del contrato y a su cumplimiento, aceptaron la extinción del mismo ante la inviabilidad de su continuación, dadas las divergencias insalvables surgidas entre ellas. La sentencia no considera probados los incumplimientos recíprocamente imputados y entiende acreditado que el cruce de cartas entre las partes, a través fundamentalmente de las misivas de 23 de febrero y 22 de abril de 2009, revela que, aun manteniendo discrepancias esenciales sobre el cumplimiento del contrato, sí que acordaron que el mismo debía quedar resuelto.

En la carta de 23 de febrero de 2009, el representante de "LSGIE", Sr. Fulgencio , comunicó a "Chelverton" lo siguiente:

«[...] por medio de la presente, en representación de LSGIE, y al amparo de lo previsto en la Estipulación 21.2.2. del Contrato de compraventa, RESUELVO el aludido Contrato de compraventa concertado con fecha 4 de mayo de 2006 entre LSGIE y Chelverton».

A dicha decisión resolutoria, añadía una serie de reclamaciones, relativas a la restitución de las cantidades entregadas y a la futura reclamación de daños y perjuicios.

A su vez, "Chelverton" contestó dicha carta mediante otra de 22 de abril de 2009, en la que decía expresamente que aceptaba la resolución del contrato de 4 mayo de 2006; si bien negaba la existencia de incumplimiento por su parte, así como la procedencia de indemnización alguna a su cargo, reservándose la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios. Y tras dar por finalizada la relación, se remitía ya a una liquidación ulterior de la misma, al decir:



«Como consecuencia de lo anterior CHELVERTON rechaza la obligación del abono de intereses que Uds. reclaman, así como de la cantidad entregada a cuenta hasta que no se proceda a la cancelación de la segunda hipoteca de las fincas propiedad de CHELVERTON, y asimismo hasta que no se proceda a la liquidación del Contrato con las previsiones indemnizatorias correspondientes».

Sin analizar ahora la virtualidad jurídica del contenido de ambas misivas, lo que se hará al resolver el recurso de casación, lo que sí queda claro es que, desde el prisma de la racionalidad de la valoración probatoria, la apreciación realizada por la Audiencia Provincial no puede ser tachada de arbitraria o absurda, ni suponer un error notorio que pueda determinar la nulidad del enjuiciamiento.

3.- Como recordábamos en la Sentencia 535/2015, de 15 de octubre , «(l)a selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la Audiencia Provincial». Esto es lo que ocurre en el presente caso: que la sentencia recurrida no haya considerado que el contrato se resolvió por incumplimiento grave y culpable de una sola de las partes, sino por mutuo disenso de ambas, no convierte su valoración en arbitraria, ni constituye un error notorio.

En suma, como ya hemos advertido, el recurso pretende impugnar valoraciones jurídicas, relativas a la virtualidad del cumplimiento o incumplimiento del contrato por cada parte, o la concurrencia de un mutuo disenso con valor resolutorio, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. Y respecto de los aspectos a los que podría alcanzar la valoración de la prueba en relación con la determinación de los hechos, tan sólo existe una discrepancia que no justifica la revisión de la valoración efectuada por el tribunal de instancia.

4.- Por lo que este primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Segundo motivo:

Planteamiento:

El segundo motivo se formula al amparo del artículo 469.1.2º LEC , por infracción del art. 218 LEC , al haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia interna entre la fundamentación jurídica y el fallo, ya que en su fundamentación afirma que las partes estaban cumpliendo el contrato, incluso tras la presentación de la demanda, y que ambas se achacaban recíprocamente el incumplimiento contractual y planteaban las consecuencias indemnizatorias del art. 1.124 CC ; y sin embargo, pese a ello, estima una mutua voluntad de desistimiento y un abandono del contrato previo a la demanda, que nada tiene que ver con los hechos probados.

Decisión de la Sala:

1.- Tal y como hace el propio artículo 218 LEC , hay que distinguir entre congruencia y motivación. La congruencia a la que se refiere el primer apartado de dicho precepto es la denominada "congruencia externa", es decir, la que requiere correlación entre los pedimentos de las partes y los pronunciamientos de la resolución judicial. Sin embargo la llamada "congruencia interna", que más podríamos calificar como coherencia argumentativa o correspondencia entre lo argumentado y lo fallado, no se refiere a dicha correlación entre pretensiones y fallo, sino a la lógica de la argumentación del tribunal y está más en relación con el segundo apartado del precepto que con el primero. Estos casos de "incongruencia interna" han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero ; 140/2006, de 8 de mayo ; y 127/2008, de 27 de octubre). Con lo cual, su ámbito de inclusión en un recurso por infracción procesal tendría más encaje en el número 4º del artículo 469.1 LEC , que en el número 2º invocado por la parte recurrente (sentencia de esta Sala núm. 634/2015, de 10 de noviembre).

2.- En relación con lo expuesto, tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala que la lógica a que se refiere el art. 218.2 LEC es la de la argumentación -entramado argumentativo-, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación (Sentencias 888/2010; de 30



de diciembre ; 232/2012, de 23 de abril ; 586/2013, de 8 de octubre ; 215/2013 bis, de 8 de abril ; y 634/2015, de 10 de noviembre , entre otras muchas). Es decir, como precisó la Sentencia 705/2010, de 12 de noviembre , la exigencia del art. 218.2, "in fine", LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica, ni la conclusión de este orden extraída, efectuadas por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propias del recurso de casación.

3.- Desde este punto de vista, no cabe apreciar la incongruencia interna denunciada por la recurrente, pues no es incoherente afirmar que las partes estuvieran cumpliendo el contrato hasta un determinado momento y, sin embargo, llegaran a un punto en que surgieron importantes discrepancias y ninguna de ellas quiso continuar hasta la culminación de lo pactado, dando lugar a la extinción del contrato por mutuo disenso. Pero es que, además, si nos ceñimos a la actuación de la recurrente, las obligaciones que según la sentencia se estaban cumpliendo eran las relativas a las condiciones suspensivas a cuyo cumplimiento por parte de "Chelverton" se había subordinado la propia eficacia del contrato. Aparte de que el desarrollo urbanístico de sus propios terrenos tenía un valor y una utilidad en sí misma al margen del propio contrato. Es decir, lo que pone de manifiesto la Audiencia es que aunque "Chelverton" había realizado las actuaciones imprescindibles para sus propios intereses, ello no le impidió posteriormente aceptar la resolución del contrato.

En contra de lo afirmado por la recurrente, la sentencia de la Audiencia Provincial es plenamente coherente en su argumentación: estima acreditado que el contrato se resolvió extrajudicialmente porque, ante las discrepancias insalvables existentes entre las partes, que afectaban a la propia concepción y ejecución del negocio, ninguna de ellas tuvo intención de continuar con el mismo y que no hubo incumplimientos relevantes por ninguna de ellas, por lo que únicamente condena a la restitución recíproca de las prestaciones, como efecto propio de la resolución.

Razones por las cuales este segundo motivo del recurso extraordinario de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

Tercer motivo:

Planteamiento:

- 1.- Se enuncia al amparo del art. 469.1.2º LEC en relación con el art. 24 CE , por infracción del art. 218.1 LEC , al haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia por la alteración de la causa de pedir.
- 2.- En su desarrollo, argumenta la parte que la sentencia recurrida no resuelve sobre las peticiones cruzadas de las partes relativas a que la relación contractual litigiosa había quedado extinguida por resolución, a causa de los incumplimientos atribuidos a la contraparte, como sostuvieron ambas partes en sus respectivos recursos de apelación, sino que, desatendiendo a lo solicitado por las partes y apartándose del principio de justicia rogada, llega a la conclusión de que ambas partes abandonaron el contrato de forma voluntaria y, en consecuencia deben restituirse las prestaciones, asumiendo cada una sus pérdidas.

Decisión de la Sala:

- 1.- Como recuerdan las sentencias de esta Sala núm. 538/2014, de 30 de septiembre , 634/2010 de 14 octubre , y 405/2015, de 2 de julio , entre otras muchas, según el art. 469.2 LEC solo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible ésta o la vulneración del artículo 24 CE , se hayan denunciado en la instancia. Este requisito es inexcusable, constituye una carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que de no hacerlo así pierden la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario. Su inobservancia excluye la indefensión, en cuanto la estimación de ésta exige que la parte no se haya situado en ella por su propia actuación (STC 57/1984, de 8 de mayo), bien a través de un comportamiento negligente o doloso (SSTC 9/1981 , 1/1983 , 22/1987 , 36/1987 , 72/1988 y 205/1988), bien por su actuación errónea (STC 152/1985, de 5 de noviembre), por su propia pasividad, impericia o negligencia (SSTC 112/1993 , 364/1993 , 158/1994 , 262/1994 y 18/1996).
- 2.- En el recurso de apelación de "Chelverton" contra la sentencia de primera instancia no se denunció la incongruencia y la alteración de la causa de pedir que ahora sustenta este motivo de infracción procesal, por lo que no se cumplen los requisitos expuestos. Es cierto que en la alegación segunda de dicho recurso de apelación se hablaba de congruencia, pero se refería a la incongruencia interna o contradicción que ha sido objeto de tratamiento en el anterior motivo. Pero ninguna mención se hace a una supuesta extralimitación de la sentencia de primera instancia respecto del debate litigioso o una alteración de la causa de pedir.
- 3.- Ello sería suficiente para el perezamiento del motivo, pero es que, además, si la propia recurrente alega que aceptó la resolución del contrato, aunque no que hubiera incumplimiento por su parte, es claro que la



sentencia no se apartó de la causa de pedir cuando abordó el tratamiento y consecuencias de una resolución contractual planteada por una parte y aceptada por otra. Por lo demás, la apreciación del mutuo disenso es una cuestión sustantiva propia del recurso de casación, y ajena a la infracción procesal. En todo caso, una vez que la sentencia apreció el mutuo disenso, ningún pronunciamiento tenía que hacer sobre unos daños y perjuicios cuyo origen estaría en un descartado incumplimiento de una de las partes.

4.- Además, conviene precisar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desarrollada al pronunciarse sobre las exigencias constitucionales del principio de congruencia (SSTC 56/2007, de 12 de marzo , con cita de otras anteriores, 29/1999, de 8 de marzo , y 136/1998, de 29 de junio), el tribunal puede no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar las sentencias, estando facultado para apoyarse en razones de carácter jurídico distintas, pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas, de acuerdo con el aforismo *iura novit curia* , por lo que es posible el cambio de punto de vista jurídico, siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas, sentencia de esta Sala núm. 385/2014, de 7 de julio). Y es patente que si el objeto del proceso era la resolución del contrato, dar lugar a la resolución por entender que hubo mutuo disenso, no excede de los términos del debate, ni supone alterar la causa de pedir, sino que únicamente supone, a lo sumo, un cambio de punto de vista jurídico.

Cuarto motivo:

Planteamiento:

Se plantea al amparo del art. 469.1.2º LEC , en relación con el art. 24 CE , también por infracción del art. 218.1 de la LEC , denunciando la falta de pronunciamiento sobre algunos de los motivos del recurso de apelación, en concreto sobre la solicitud de nulidad del auto de 27 de julio de 2011, que rectificaba la sentencia de primera instancia. De manera que la sentencia recurrida habría incurrido en incongruencia omisiva, como también sucedió con el auto complementario de 11 de noviembre de 2013.

Decisión de la Sala:

1.- Puesto que se achaca a la sentencia que incurre en incongruencia omisiva, por falta de pronunciamiento sobre algunas cuestiones, ha de recordarse que la congruencia implica correlación entre las pretensiones y el fallo, y no necesariamente respecto de los argumentos empleados en la sentencia u otros extremos del debate, cuya preterición podría dar lugar a falta de motivación pero no a incongruencia (sentencias de 2 de marzo de 2000 , 10 de abril de 2002 , 11 de marzo de 2003 , y 19 de junio de 2007). Correlación que no tiene que ser absoluta, sino que, por el contrario, basta con que se dé la racionalidad necesaria y una adecuación sustancial entre lo postulado y lo resuelto (sentencia núm. 176/2010, de 25 de marzo).

2.- Como recordábamos en la sentencia núm. 63/2015, de 24 de febrero , la incongruencia omisiva o *ex silentio* «se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 25/2012, de 27 de febrero , y 40/2006, de 13 de febrero)».

3.- En este caso, al haber desestimado la sentencia recurrida el recurso de apelación de "Chelverton", es claro que se pronunció, aun tácitamente, sobre todas las pretensiones deducidas en el mismo. Además, el auto aclaratorio de una resolución no tiene sustantividad propia, sino que forma una unidad lógico-jurídica con la resolución aclarada, con la que se integra, por lo que al resolver un recurso contra la resolución que podríamos denominar "principal", también se resuelve sobre la resolución accesoria que la aclara, complementa o integra. Pero es que, además, el auto aclaratorio no modificó el sentido de lo resuelto en la sentencia de primera instancia, sino que aclaró que la restitución de las prestaciones era interdependiente pero no simultánea. Lo que era perfectamente lógico, puesto que si la hipoteca se constituyó en garantía de la devolución de unas cantidades, no procedía su cancelación hasta que se hubiera cumplido la obligación garantizada. Razones por las cuales este motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

Quinto motivo:

Planteamiento:

Se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC , por infracción del art. 218.2 LEC , por falta de motivación de la sentencia recurrida, toda vez que ésta, como ya se dijo en el motivo anterior, no da respuesta a algunas



cuestiones planteadas en el recurso de apelación y que fueron reiteradas en la solicitud de complemento de la sentencia, sin que se hubiera dado oportuna respuesta a lo solicitado. En particular, se refiere esta alegación a la solicitud de nulidad del auto de 27 de julio de 2011, que rectificaba la sentencia de primera instancia.

Decisión de la Sala:

1.- Este motivo es reiterativo del anterior. Basta con leer el fundamento jurídico séptimo de la sentencia de apelación para deducir que la Audiencia Provincial confirmó el criterio del Juzgado respecto de la restitución de las prestaciones, lo que suponía claramente también la confirmación de lo expresado en el auto aclaratorio, que, como hemos dicho, no tiene sustantividad propia, sino que se integra con la resolución aclarada, por lo que si ésta resulta confirmada, la confirmación supone pronunciamiento no sólo respecto de la resolución inicial, sino también sobre la posterior, porque alcanza al conjunto lógico- jurídico antes referido.

2.- Por ello, este motivo también ha de ser desestimado.

TERCERO.- Recurso de casación.

Advertencia preliminar. El necesario respeto a los hechos declarados probados.

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

2.- Conforme a ello, la decisión del recurso ha de partir de los siguientes datos considerados probados por la Audiencia Provincial: (i) cuando se presentó la demanda, las partes habían cumplido las obligaciones de la primera fase, sin que consten los incumplimientos que se imputaban recíprocamente; (ii) a partir de la reunión de 26 de marzo de 2008 entre los representantes legales de las partes y la empresa de arquitectura, quebró el deber de colaboración pactado para llevar a buen fin el contrato; (iii) cuando se agudizaron las discrepancias en 2009, las partes estuvieron conformes en resolver el contrato, si bien no se pusieron de acuerdo en las consecuencias de dicha resolución; (iv) en suma, las partes dieron por resuelto el contrato al no superar sus disensiones, por lo que cabe entender que ambas abandonaron el contrato y las obligaciones derivadas del mismo de modo voluntario, en su fase primera, y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, produciéndose un mutuo desistimiento.

3.- Frente a ello, como veremos, el recurso de casación pretende modificar tales conclusiones probatorias y acumula innecesaria y reiterativamente hasta once motivos de casación para formular bajo distintas apariencias la misma idea: la sentencia yerra al considerar que hubo acuerdo para la resolución contractual (mutuo disenso), puesto que la misma tuvo lugar por el incumplimiento de la contraparte.

Primer motivo:

Planteamiento:

1.- En este motivo se denuncia infracción del art. 1.124 CC , porque la sentencia no declara que la resolución del contrato efectuada por "LSGIE" el 23 de febrero de 2009 fue contraria a derecho, al contrario que la efectuada por "Chelverton" el 22 de abril siguiente, que fue conforme a derecho. Por lo que la sentencia asume un inexistente mutuo disenso, que nunca fue alegado.

2.- En el desarrollo del motivo se alega resumidamente que la sentencia recurrida no enjuicia correctamente el momento de análisis del recíproco cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones entre las partes, que debe ser en los dos momentos en que se produjeron sucesivamente las comunicaciones entre ambas partes de 23 de febrero de 2009 y 22 de abril de 2009, y no en función de la fecha en la que "LSGIE" interpuso su demanda contra "Chelverton". Aduce, además, que las comunicaciones de 23 de febrero y 22 de abril de 2009, en que ambas partes daban por resuelto el contrato, no pueden analizarse como actos simultáneos, ya que fueron resoluciones sucesivas, de manera que la comunicación de "LSGIE" fue la causa de la resolución de "Chelverton". Por ello, no es ajustada a Derecho la conclusión a la que llega la sentencia recurrida de que con anterioridad a las resoluciones de ambas partes no hubo incumplimiento contractual de ninguna de ellas; infringiéndose, así, el art. 1.124 CC .

Decisión de la Sala:



1.- Dado que el art. 1.156 CC no agota todas las posibilidades de extinción de las obligaciones, es admitido generalmente por la doctrina y la jurisprudencia que el mutuo disenso, también conocido como *contrarius consensus*, mutuo acuerdo resolutorio o pacto de resolución, constituye también en nuestro ordenamiento jurídico una causa de extinción de las obligaciones por resolución, disolución o ruptura del vínculo contractual, conforme al principio de autonomía de la voluntad presente en el art. 1.255 CC (sentencias de esta Sala núm. 156/2013, de 25 de marzo ; y 133/2015, de 23 de marzo). Definido como un acuerdo de voluntades por el que las partes dejan sin efecto un contrato válidamente celebrado, pero no consumado, tiene la virtualidad de un contrato extintivo o cancelatorio, por el que las partes, que han celebrado con anterioridad otro, acuerdan que la regulación puesta en vigor pierda vigencia.

2.- Para apreciar la existencia del mutuo disenso es necesaria la constancia de un consentimiento de signo contrario al constitutivo del vínculo contractual, que puede manifestarse tanto expresa como tácitamente, a través de actos que inequívoca y concluyentemente revelen la común voluntad de los contratantes de dejar sin efecto el negocio concluido, desligándose de las obligaciones por ellos contraídas y renunciando a exigir su efectividad y cumplimiento. Para ello, como indicó la sentencia de esta Sala núm. 1026/2007, de 10 de octubre, es imprescindible que dicho consentimiento aparezca probado y aceptado por las personas que primitivamente se obligaron, sin que pueda tener efectos liberatorios la voluntad unilateral de una de las partes. Si bien no hace falta que dicha voluntad concurrente tenga que manifestarse expresamente, pues como afirmó la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 1999, el abandono voluntario y recíproco del contrato por ambas partes evidencia la existencia de un supuesto de mutuo disenso que supone la extinción o resolución del vínculo contractual por retractación bilateral. Además, como aclaramos en la sentencia núm. 657/2013, de 22 de octubre, la figura del mutuo disenso opera en contratos bilaterales como el de arrendamiento de obra o el de compraventa, puesto que ningún precepto legal impide que los contratantes puedan abandonar sus pretensiones, antes de su consumación, de forma pactada o concurrente, y no tiene que manifestarse simultáneamente o en unidad de acto:

«[...] dicho desistimiento concurrente y concorde, pero no expresado en unidad de acto, no contraviene el art. 1.255 del C. Civil ni supone dejar el cumplimiento de un contrato al arbitrio de una de las partes pues son ambas las que pretenden la resolución (art. 1.256 del C. Civil), constituyendo un modo de extinguir el contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones».

3.- Desde esta perspectiva, no es cierto que la sentencia considere simultánea la voluntad de las partes de resolver el contrato, lo que por lo demás no tendría ninguna justificación cronológica, ya que mediaron dos meses entre la comunicación de una y otra parte. Sino que, partiendo de que la concurrencia de voluntades no tiene que ser simultánea, conforme a la jurisprudencia antes expuesta, otorga valor a la voluntad coincidente de ambas partes de no seguir adelante con lo proyectado, aplicando así correctamente la institución de la resolución contractual por mutuo disenso.

4.- En todo caso, que la sentencia afirme que cuando se interpuso la demanda las partes habían cumplido las obligaciones relativas a la primera fase de ejecución del contrato es irrelevante respecto del pronunciamiento principal relativo a que, visto el cruce de comunicaciones que se produjo entre ambas, hubo acuerdo en la resolución del contrato. Lo decisivo, como se afirma en la propia sentencia es que «las partes dan por resuelto el contrato al no superar entre ellas sus disensiones en cuanto a la relación que mantenían con Chapman y con el proyecto realizado por el estudio de arquitectura ». De manera que lo que la sentencia afirma es que ambas partes mostraron su conformidad con la resolución del contrato, que no hubo incumplimiento por ninguna de ellas y que lo que quedaba por determinar eran las consecuencias de tal resolución. Por tanto, si considera que no hubo incumplimiento culpable, el art. 1.124 CC deviene inaplicable y no puede resultar infringido.

Segundo, tercer y cuarto motivos:

Planteamiento:

1.- El segundo motivo casacional denuncia infracción del art. 1.124 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, por cuanto el 23 de febrero de 2009 (fecha de la comunicación resolutoria de "LSGIE") existía entre las partes un vínculo contractual vigente. El tercer motivo alega también infracción del art. 1.124 CC y de su jurisprudencia interpretativa, dado que en la mencionada fecha las obligaciones recíprocas estipuladas en el contrato estaban pendientes de cumplimiento y eran exigibles. En el motivo cuarto se reitera la infracción del art. 1.124 del CC, por cuanto "LSGIE" había incumplido antes del 22 de abril de 2009 (fecha de la comunicación de "Chelverton"), de forma previa y grave las obligaciones que le incumbían según el contrato de 4 de mayo de 2006, lo que se hace más evidente con la comunicación de 23 de febrero de 2009, ya que a través de ella se evidencia su voluntad obstativa al cumplimiento de sus obligaciones esenciales durante la primera fase del contrato, lo que supone un previo y grave incumplimiento de sus obligaciones constitutivo de justa causa para el válido ejercicio por la recurrente de la facultad resolutoria.



2.- En los tres motivos, cuya evidente conexidad aconseja su resolución conjunta, se aduce que cuando "LSGIE" comunicó su voluntad resolutoria, el contrato entre las partes seguía vigente y sus estipulaciones eran exigibles. Y dado que "LSGIE" había incumplido gravemente las obligaciones que le competían, se daban las condiciones precisas para el ejercicio por parte de "Chelverton" de su facultad resolutoria; y al no haberlo admitido así, la sentencia recurrida infringe el art. 1.124 CC .

Decisión de la Sala:

1.- La sentencia no ignora que el 23 de febrero de 2009 el contrato estaba en vigor. Simplemente analiza las comunicaciones cruzadas entre las partes para concluir que hubo una aceptación extrajudicial por parte de "Chelverton" de la resolución también extrajudicial que había instado "LSGIE". Es decir, la sentencia partió de la base de que "Chelverton" no instó la resolución extrajudicial del contrato, ni se opuso a la propuesta por la contraparte, sino que, antes al contrario, la aceptó expresamente.

2.- Ha de distinguirse la resolución del contrato, a que se refiere el art. 1.124 CC , del mutuo disenso, puesto que en la resolución se precisa un acto de incumplimiento por uno de los contratantes después de celebrado el contrato, lo que no ocurre en el mutuo disenso, en el que, por eso, no cabe el resarcimiento. Es más, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido incluso que, habiendo incumplimiento, las partes pongan fin a su relación contractual con independencia del mismo, y entonces no habrá resolución propiamente dicha (aunque el efecto sea resolutorio), sino mutuo disenso (cfr. Sentencia de 8 de junio de 1994).

3.- En la sentencia de esta Sala núm. 39/2015, de 16 de febrero , con cita de la núm. 639/2012, de 7 de noviembre , dijimos que el mutuo disenso constituye una figura jurídica claramente diferenciable de la facultad resolutoria del contrato, porque no se trata de consentir la ineficacia del contrato por razón del incumplimiento observado, sino de un auténtico acuerdo de las partes y, por tanto, un nuevo negocio jurídico dirigido a dejar sin efecto una relación obligacional preexistente plenamente válida y eficaz. Y es lo ocurrido en este caso y apreciado correctamente por la sentencia de instancia: las partes aceptaron dar por resuelto el contrato, pero sin admitir su propio incumplimiento. Tan es así, que en la demanda "LSGIE" ni siquiera pretendió la resolución del contrato, que dio por realizada, y únicamente postuló una serie de consecuencias derivadas de la extinción contractual (devolución de sumas, indemnizaciones de daños y perjuicios); mientras que "Chelverton" sí postuló la resolución en la reconvenición, pero precisamente constatando el mutuo disenso («se declare conforme a Derecho la resolución del contrato de 4 de mayo de 2006, instada con fecha 22 de abril de 2009 por Chelverton Properties, S.L., como consecuencia de la previa resolución por la actora...»). En cuya virtud, no puede imputarse a la sentencia recurrida infracción del art. 1.124 CC , cuando el mismo no ha resultado de aplicación para resolver en el sentido indicado.

Quinto y sexto motivos:

Planteamiento:

1.- En el motivo quinto se alega infracción de los arts. 1.091 , 1.255 y 1.445 CC , por cuanto "LSGIE" había incumplido antes del 22 de abril de 2009, de forma previa y grave, las obligaciones que le incumbían conforme al contrato de 4 de mayo de 2006. A su vez, en el motivo sexto se alega infracción del art. 1.124 CC por cuanto "Chelverton" podía ejercitar la facultad resolutoria por haber cumplido, al 22 de abril de 2009, todas las obligaciones asumidas en virtud del contrato.

2.- Ambos motivos se refieren a los requisitos subjetivos y objetivos del art. 1.124 CC : cumplimiento por parte del contratante que insta la resolución e incumplimiento del contrario. Dada su inseparabilidad jurídica, han de tratarse conjuntamente.

Decisión de la Sala:

1.- Estos motivos hacen supuesto de la cuestión y se apartan de la base fáctica de la sentencia recurrida, al dar por hecho un incumplimiento contractual por parte de "LSGIE" que la sentencia no reconoce. Pero es que, además, introducen una cuestión nueva no alegada en la instancia; a saber, la reconvenición formulada por "Chelverton" basaba su pretensión resolutoria en el incumplimiento por parte de "LSGIE" consistente en haber resuelto unilateralmente el contrato (de donde se deduciría su voluntad incumplidora). Mientras que en estos motivos casacionales se alega un nuevo hecho, supuestamente revelador de la voluntad incumplidora de "LSGIE": su intención, a partir de la reunión de 26 de marzo de 2008, de impartir instrucciones en exclusiva sobre las características constructivas del centro comercial al estudio de arquitectura, con preterición de "Chelverton".

2.- Por una y otra razón (petición de principio y alegación *ex novo*), este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

Séptimo y octavo motivos:

**Planteamiento:**

1.- En el motivo séptimo se denuncia la infracción de la doctrina relativa al mutuo disenso contenida en SSTS de 22 de octubre de 2013 y 19 de febrero de 2010 . Resumidamente, se combate la conclusión a que llega la sentencia recurrida sobre que las partes habían aceptado voluntariamente la resolución del contrato y, por tanto, la extinción del vínculo contractual por mutuo disenso.

2.- En el motivo octavo se denuncia la infracción del art. 1124 CC y la doctrina jurisprudencial que declara que la resolución contractual se produce extrajudicialmente, pero que, de existir resistencia por alguno de los contratantes, es precisa la postulación procesal mediante demanda y reconvencción. Se insiste en que, tanto la demanda como la reconvencción, evidencian que no hubo mutuo disenso, ni acuerdo alguno sobre las consecuencias derivadas o que habrían de producirse en el supuesto de que se hubiera producido dicho inexistente mutuo disenso.

3.- Dado que ambos motivos se refieren a la aplicación al caso de la institución del mutuo disenso, los trataremos conjuntamente.

Decisión de la Sala:

1.- Conforme al artículo 1.124 CC , la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, de manera que el perjudicado puede escoger la resolución y el Tribunal la decretará, de no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. De ello resulta que el acreedor puede reclamar judicialmente la resolución, ejercitando la correspondiente acción, pero la doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran que no cabe su alegación como excepción, a no ser que se trate de una resolución convencional o ya declarada judicialmente.

2.- Ahora bien, para que pueda decretarse la resolución de un contrato conforme al tan mencionado art. 1.124 CC , no es solo requisito ineludible que lo haya pedido la parte a quien interese, por vía de demanda o de reconvencción, sino que también es preciso que haya existido cumplimiento propio e incumplimiento de la parte contraria; y la sentencia aquí recurrida declara expresamente probado que las partes no incurrieron en incumplimiento del contrato que pudiera ser determinante de dicha resolución. Cuya conclusión probatoria, que es de la exclusiva competencia de los juzgadores de la instancia, ha de ser mantenida incólume en esta vía casacional.

3.- Al contrario, si la sentencia recurrida considera probado que lo sucedido es que las partes pusieron de manifiesto diferencias insalvables en la prosecución y ejecución del contrato, como consecuencia de lo cual «quebró el deber de colaboración pactado para llevar a buen fin el contrato», no hay infracción legal o jurisprudencial alguna en la apreciación del mutuo disenso como causa de resolución contractual. Y ello, porque esta Sala tiene admitido que, pese a no haber incumplimiento, pueda darse lugar a la resolución del contrato a instancia de una parte por aquietamiento o conformidad de la otra, bien procesalmente -mediante el allanamiento- o bien extraprocesalmente -mediante la prestación de conformidad con la extinción del vínculo contractual-, lo que determinaría, no la aplicación del art. 1.124 CC , sino la concurrencia de un mutuo disenso, o ruptura contractual por retractación bilateral por *contrarius consensus* - (sentencia núm. 894/2000, de 6 de octubre).

4.- Como consecuencia de lo cual, y dando por reproducido lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores sobre la resolución por mutuo disenso, estos dos motivos de casación también han de ser desestimados.

Motivo noveno:**Planteamiento:**

En este motivo (erróneamente numerado como octavo), se alega la infracción de los arts. 1.124-2 º, 1.101 y 1.107-2 CC y la doctrina jurisprudencial correspondiente, en lo concerniente a la obligación de que "LSGIE" resarza a "Chelverton" por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento doloso y declare su derecho a retener las cantidades percibidas a cuenta del precio de la compraventa.

Decisión de la Sala:

1.- Nuevamente el motivo hace supuesto de la cuestión o incurre en petición de principio, puesto que parte de una base fáctica incorrecta, cual es que hubo incumplimiento doloso por parte de "LSGIE".

2.- La resolución del contrato no se produjo por incumplimiento doloso de la recurrida, sino que, a tenor de lo declarado probado en la sentencia ahora impugnada, concurrió una voluntad común de dar por resuelto y extinguido el contrato antes del inicio del pleito, puesto que "LSGIE" instó la resolución del contrato en su carta de 23 de febrero de 2009 y "Chelverton" lo aceptó en su carta de 22 de abril siguiente. Por más que posteriormente "Chelverton" fuera contra sus propios actos al formular la reconvencción e incurra en patentes



contradicciones en múltiples ocasiones, al manifestar la aceptación de la resolución en la contestación a la demanda, en el recurso de apelación o incluso en el recurso extraordinario por infracción procesal; y, sin embargo, negarla en estos motivos casacionales.

3.- Lejos de respetar dicha base fáctica, la recurrente reformula una especie de alegación, propia de la reconvencción o del recurso de apelación, pero absolutamente inadmisibles en un recurso de casación, en la que pretende una nueva liquidación de los daños y perjuicios cuya reclamación le fue desestimada en ambas instancias. Lo que no puede conducir sino al perecimiento del motivo.

Motivo décimo:

Planteamiento:

En este motivo décimo (aunque se dice noveno, al arrastrarse el ya expresado error de numeración), se aduce la infracción de los arts. 1.091, 1.152-1º y 2º CC y la jurisprudencia que los interpreta, con relación a la cláusula penal acumulativa de los daños y perjuicios establecida en el contrato.

Decisión de la Sala:

1.- Otro ejemplo más de petición de principio. La cláusula contractual cuya inaplicación se aduce como base de la supuesta infracción legal denunciada (estipulación 21.3.4 del contrato) prevé una indemnización para el supuesto en que la escritura pública no llegara a otorgarse por causa imputable al comprador. Se obvia completamente que la sentencia recurrida no declara que el contrato se resolviera por culpa de la compradora.

2.- La escritura pública no se otorgó por incumplimiento de "LSGIE", sino porque ambas partes estuvieron conformes en extinguir la relación contractual, y así lo da como probado la sentencia recurrida. Por si fuera poco, no consta que "Chelverton" requiriese jamás a "LSGIE" para el otorgamiento de la escritura pública. Por tanto, los preceptos que se dicen infringidos no resultan de aplicación al caso, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Motivo undécimo:

Planteamiento:

En el motivo undécimo (erróneamente numerado como décimo), se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los requisitos de la renuncia de derechos en relación con el mutuo disenso, representada, entre otras, en SSTs de 27 de febrero de 2007, 19 de julio de 2005 y 19 de diciembre de 1997.

Decisión de la Sala:

Como quiera que este motivo es reiterativo y se introduce a modo de resumen o epítome de todos los demás, para su rechazo, basta con remitirnos a lo ya expuesto también reiteradamente en los fundamentos precedentes, que damos por reproducidos, a fin de evitar inútiles repeticiones. En cualquier caso, la renuncia de derechos no ha sido cuestión debatida en la instancia, por lo que no puede introducirse en casación.

CUARTO.- Costas y depósitos.

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

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

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

FALLAMOS

1º Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por "Chelverton Properties, S.L." contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 27 de junio de 2013, en el recurso de apelación nº 486/2012.

2º Imponer a "Chelverton Properties, S.L." las costas causadas por ambos recursos; y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmada y rubricada.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ