

Roj: **STS 1630/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1630**Id Cendoj: **28079110012016100234**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/04/2016**Nº de Recurso: **776/2014**Nº de Resolución: **245/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP AL 1089/2013,**
STS 1630/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Abril de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 497/07, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Húercal-Overa; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña María Virtudes , doña Adelaida y don Guillermo , representados ante esta Sala por la procuradora de los Tribunales doña Amalia Jiménez Andosilla; siendo parte recurrida don Imanol y la mercantil Residencial Las Cuatro Torres, S.L., representados por la procuradora de los Tribunales doña María Dolores de Haro Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1 - El procurador don José Miguel Gómez Fuentes , en nombre y representación de doña Adelaida , doña María Virtudes y don Guillermo , interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Residencial Las Cuatro Torres, SL y don Imanol , y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«a) Se declare la plena validez y perfección del contrato privado de permuta, celebrado en fecha 27 de Marzo de 2005, ya elevado a público por mis mandantes en fecha 14 de Junio de 2007, en cumplimiento de sentencia, otorgado entre mis mandantes Sres Guillermo Adelaida María Virtudes , y DON Imanol que actuaba por sí y a favor de una sociedad beneficiaria luego concretada en la también demandada RESIDENCIAL LAS CUATRO TORRES SL, que tenía por objeto el solar de 563,77 m/2 según medición pericial de superficie en CALLE000 número NUM000 y CALLE001 NUM001 de Húercal Overa que se corresponde con la finca registral número NUM002 , al Folio NUM003 y NUM004 , Libro NUM005 , Tomo NUM006 del Registro de la Propiedad de Húercal Overa.-

b) Se declare que en virtud de dicho contrato de permuta se estableció la cesión del 75% del solar a cambio de la obra resultante en el 25% resultante sobre la construcción máxima permitida según las normas urbanísticas, y que se concretaban en los tres pisos designados y las plazas de garaje señaladas con el complemento en dinero o en superficie de sótanos, hasta alcanzar el 25% de porcentaje convenido, a entregar en plazo de 18 meses a contar desde la fecha de la concesión de la licencia que fue el 25 de Octubre de 2005, y por tanto la obligación de entrega de la obra terminada convenida como contraprestación vencía el 25 de Abril del año 2007.



c) Se declare que el cesionario recibió de forma inmediata la posesión del solar, el cual lo unió con otros dos solares adquiridos a los Hermanos Sres Jose Ramón en superficie de 151,60 m/2 y al Ayuntamiento de Huércal Overa en un sobrante de vía pública con extensión de 22,00 m/2 constituyendo un único solar de superficie de 737,37 metros cuadrados, según medición pericial, al que se ha aportado por los actores la diferencia de superficie o sea 563,77 m/2 que representa el 76,46% del total de los tres solares agrupados, y por tanto el 25% de su participación en obra en virtud del contrato de permuta se convierte en el 19,1125% sobre el total del solar y de la nueva construcción que se ha realizado sobre el mismo.

d) Se condene a los demandados de forma solidaria a estar y pasar por las anteriores declaraciones y de forma solidaria al cumplimiento del contrato privado de permuta referido, de fecha 27 de Marzo de 2005, y en consecuencia se condene a ambos a hacer entrega a mis mandantes superficie en las plazas de garaje convenidas, y el resto del porcentaje hasta 134,64 m/2 en dinero a razón de 1.200 ? por m/2, o hasta alcanzar la superficie correspondiente, así como los pisos señalados en el contrato, delimitados por el piso del Portal NUM007 , planta NUM008 , vivienda NUM009 para Don Guillermo con una superficie de 206,69 m/2 del Portal NUM007 planta NUM007 vivienda NUM009 para Doña Adelaida con una superficie de 161,03 m/2, y del Portal NUM010 planta NUM007 vivienda NUM011 , asignada a Doña María Virtudes con una superficie de 155,96 m/2 según proyecto. Todos recibirán los bienes en calidad de privativos por tratarse de una permuta cuyo solar entregado tenía dicho carácter.

e) Se condene a los demandados a otorgar de forma conjunta con la Sociedad designada como beneficiaria Residencial las Cuatro Torres SL y los actores una escritura ante Notario con residencia en Huércal Overa, de la transmisión del solar en el 75% cedido a cambio de obra, en virtud del contrato de permuta, llevando a cabo la agrupación con los otros dos referidos solares y otorgando también la declaración de obra nueva y división horizontal del nuevo edificio resultante, según proyecto aprobado por licencia de obras y licencia de primera ocupación otorgada por el Ayuntamiento de Huércal Overa, de acuerdo con la normativa urbanística vigente, asignando en dicha escritura la propiedad a los actores que según el contrato les corresponde, cuyos bienes serán entregados libres de cargas y gravámenes, siendo todos los gastos de Notaría y Registro, así como los impuestos de tal escritura a cargo de los demandados, salvo la plusvalía municipal que será a cargo de los actores.

f) Se condene a los demandados de forma solidaria a practicar la liquidación de cuentas por el exceso de superficie del piso adjudicado a Don Guillermo , que abonará el exceso que percibe a razón del coste por m/2 de la construcción y como máximo de 900 euros m/2 del mismo, más el importe de IVA correspondiente al coste de la obra exceptuando su participación de solar, lo mismo que del tercio de plazas de garaje que se adjudica.

g) Se condene a los demandados de forma solidaria a practicar la liquidación de cuentas por el defecto de superficie del piso adjudicado a Doña Adelaida y abonándole el defecto de superficie en cuanto a 1,03 m/2 que le faltaban según el proyecto para alcanzar los 161,03 m/2 que debía percibir a razón de 1.202,02 Euros m/2 y el resto que le falta a precio de mercado según tasación que se practique en fase de prueba. En dicho momento de la liquidación Doña Adelaida abonará el importe de IVA correspondiente al coste de la obra que se le entrega como permuta exceptuando su participación de solar, lo mismo que del tercio de plazas de garaje que se adjudica.

h) Se condene a los demandados de forma solidaria a practicar la liquidación de cuentas por el defecto de superficie del piso adjudicado a Doña María Virtudes y abonándole el defecto de superficie que le faltare para alcanzar los 161,03 m/2 que debía percibir a precio de mercado según tasación que se practique en fase de prueba. En dicho momento de la liquidación Doña María Virtudes , abonará el importe de IVA correspondiente al coste de la obra que se le entrega como permuta exceptuando su participación de solar, lo mismo que del tercio de plazas de garaje que se adjudica.

i) Se condene a los demandados de forma solidaria a entregar a mis mandantes como adquirentes de los referidos tres pisos y las plazas de garaje que les corresponden, la documentación que expresa la Ley de Consumidores y Ley de Edificación, entre ellas los boletines, de las instalaciones, (agua, electricidad, gas, telefonía, etc) así como planos y documentación de los respectivos pisos, copia de licencias de obras y de primera ocupación municipales, contratos de seguros para responder de los vicios ocultos y a la vista, y sin perjuicio de la reserva del derecho de reclamación de los actores por aquellas deficiencias que presenten los bienes que se le entreguen, defectos de unidades de obra o falta de calidades según memoria del proyecto y acordadas.

j) Se condene a los demandados de forma solidaria a abonar en concepto de daños y perjuicios la cantidad de seiscientos euros por cada mes que transcurra y por cada piso a cada uno de los actores a partir de Julio del año 2007, y hasta que hagan efectiva entrega de la posesión de los referidos tres pisos y plazas de garaje con la



documentación que corresponda a los mismos para que pueden ser habitables, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia al estar perfectamente establecidas las bases de la condena, o de forma subsidiaria, el interés legal más dos puntos del valor de tales pisos de 652.457,10 €, según la cuantía del procedimiento en que se ha valorado la permuta.

k) Se condene igualmente a los demandados de forma solidaria al pago de las costas del presente procedimiento, por ser de Justicia que pido.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de las demandadas contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que,

«1.- Se desestime íntegramente la demanda planteada de adverso.

2.- Se absuelva a mis representados de todos los pedimentos formulados en su contra y

3.- Se impongan las costas a los demandantes, dada su manifiesta temeridad y mala fe.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Húercal-Overa, dictó sentencia con fecha 29 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:

«QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el procurador D. José Miguel Gómez Fuentes, en nombre y representación de D. Guillermo, DÑA. Adelaida Y DÑA. María Virtudes contra la entidad mercantil RESIDENCIAL LAS CUATRO TORRES SL Y D. Imanol :

1) DECLARO la plena validez y perfección del contrato de permuta, que sus representados y los demandados suscribieron en fecha 27 de marzo de 2005, ya elevado a público por los actores de este procedimiento en fecha 14 de junio de 2007, en cumplimiento de sentencia otorgado entre los actores y D. Imanol, que actuaba por sí y a favor de una sociedad beneficiaria RESIDENCIAL LAS CUATRO TORRES, y que tenía por objeto, el solar de 563,77 m², según medición pericial de superficie en CALLE000, nº NUM000 y CALLE000 nº NUM001 de Húercal-Overa, y que se corresponde con la finca Registral nº NUM002, inscrita al Folio NUM003, Libro NUM005, Tomo NUM006 del Registro de la Propiedad de Húercal-Overa.

2) DECLARO, que en virtud de dicho contrato de permuta, se estableció la cesión del 75% del solar a cambio de la obra resultante, en el 25% resultante sobre la construcción máxima permitida según las normas urbanísticas, y que se concretaban en los tres pisos designados y las plazas de garaje señaladas con el complemento en dinero o en superficie de sótanos, hasta alcanzar el 25% del porcentaje convenido, a entregar en plazo de 18 meses a contar desde la fecha de la licencia que fue el 25 de Octubre de 2005, y por tanto la obligación de entrega de la obra terminada convenida como contraprestación vencía el 25 de abril de 2007.

3) DECLARO que el cesionario recibió de forma inmediata la posesión del solar, el cual lo unió con otros dos solares adquiridos a los Hermanos Jose Ramón, en superficie de 151,60 m² y al Ayuntamiento de Húercal-Overa, en un sobrante de vía pública con extensión de 22 m², constituyendo un único solar de superficie de 737,37 m², según medición pericial, al que se ha aportado por los actores, la diferencia de superficie, o sea 563,77 m², que representa el 76,46% del total de los tres solares agrupados, y por tanto el 25% de su participación en obra, en virtud del contrato de permuta se convierte en 19,1125% sobre el total del solar y de la nueva que realizado sobre el mismo.

4) CONDENO a los demandados de forma solidaria, a estar y pasar por las anteriores declaraciones y de forma solidaria al cumplimiento del contrato privado de permuta referido, de fecha 27 de marzo de 2005, y en consecuencia de ello, se condene a los demandados a hacer entrega a los actores de la superficie en las plazas de garaje convenidas, y el resto del porcentaje, hasta 134,64 m², a razón de 1.200 euros por m², o hasta alcanzar la superficie correspondiente, así como los pisos señalados en el contrato, delimitados por el piso del Portal NUM007, planta NUM008, vivienda NUM009, para D. Guillermo, con una superficie de 206,69 m² del Portal NUM007 planta NUM007 vivienda para Dña. Adelaida, con una superficie de 161,03 m², y del portal NUM010 planta NUM007 vivienda NUM011, asignada a Dña. María Virtudes, con una superficie de 155,96 m² según proyecto. Todos recibirán los bienes en calidad de privativos, por tratarse de una permuta, cuyo solar entregado tenía dicho carácter.

5) CONDENO a los demandados, a otorgar de forma conjunta con la Sociedad Residencial LAS CUATRO TORRES SL y con los actores, una escritura pública ante Notario, con residencia en Húercal-Overa, de la transmisión del solar en el 75% cedido a cambio de obra, en virtud del contrato de permuta, llevando a cabo la agrupación con los otros dos referidos solares y otorgando también la declaración de obra nueva y división horizontal del nuevo edificio resultante, según proyecto aprobado por licencia de obras y licencia de primera ocupación, otorgada por el Ayuntamiento de Húercal-Overa, de acuerdo con la normativa urbanística vigente,



asignando en dicha escritura la propiedad a los actores que según el contrato les corresponde, cuyos bienes serán entregados libres de cargas y gravámenes, siendo todos los gastos de Notaría y Registro, así como los impuestos de tal escritura a cargo de los demandados, salvo la plusvalía municipal que será a cargo de los actores.

6) CONDENO a los demandados de forma solidaria, a practicar la liquidación de cuentas por el exceso de superficie del piso adjudicado a D. Guillermo , que abonará el exceso que percibe a razón del coste por m² de la construcción y como máximo de 900 euros por m² del mismo, más el importe del IVA correspondiente al coste de la obra, exceptuando su participación de solar, lo mismo que del tercio de plazas de garaje que se adjudica.

7) CONDENO a los demandados de forma solidaria, a practicar la liquidación de cuentas por el defecto de superficie del piso adjudicado a Dña. Adelaida , y abonándole el defecto de superficie en cuanto a 1,03m² que le faltaban según el proyecto para alcanzar los 161,03 m² que debía percibir a razón de 1.202,02 euros el m² y el resto que le falta a precio de mercado según tasación efectuada por el Perito D. Florian , que se practicó en fase de prueba a razón de 1.800m² . En dicho momento de la liquidación Dña. Adelaida , abonará el importe del IVA correspondiente al coste de la obra que se le entrega como permuta, exceptuando su participación del solar, lo mismo que del tercio de plazas de garaje que se adjudica.

8) CONDENO a los demandados de forma solidaria a practicar la liquidación de cuentas por el defecto de superficie del piso adjudicado a Dña. María Virtudes y abonándole el defecto de superficie que le faltare para alcanzar los 161,03 m² que debía percibir a precio de mercado, según tasación efectuada por el Perito D. Florian , que se practicó en fase de prueba, a razón de 1.800 m². En dicho momento de la liquidación Dña. María Virtudes , abonará el importe del IVA correspondiente al coste de la obra que se le entrega como permuta, exceptuando su participación de solar, lo mismo que del tercio de las plazas de garaje que se adjudica.

9) CONDENO a los demandados, de forma solidaria a entregar a los actores, como adquirentes de los referidos tres pisos y las plazas de garaje que le corresponden, la documentación que expresa la Ley de Consumidores y Ley de la Edificación entre ellas, los boletines, de las instalaciones, (agua, electricidad, gas, telefonía) ASÍ COMO PLANO Y DOCUMENTACIÓN DE LOS RESPECTIVOS PISOS, copia de licencia de obras y de primera ocupación municipales, contrato de seguros para responder de los vicios ocultos, y a la vista, y sin perjuicio de la reserva del derecho de reclamación de los actores, por aquellas deficiencias que presenten los bienes que se le entreguen, defectos de unidades de obra o falta de calidades según memoria del proyecto ya acordadas.

10) No ha lugar a condenar a los demandados de forma solidaria a abonar a los actores en conceptos de daños y perjuicios la cantidad reclamada de 600 euros por cada mes que transcurra y por cada piso a cada uno de los actores a partir del mes de julio de 2007, y hasta que hagan efectiva entrega de la posesión de los referidos tres pisos y plazas de garaje con la documentación que corresponda a los mismos para que puedan ser habitables, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia al estar perfectamente establecidas las bases de la condena, de forma subsidiaria, el interés legal más dos puntos del valor de tales pisos de 652.457,10 euros, según la cuantía del procedimiento en que se ha valorado la permuta.

11).- No se hace pronunciamiento alguno en cuanto a las costas causadas en esta instancia.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación la representación procesal de la actora y la demandada y sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia con fecha 20 de diciembre de 2013 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que con PARCIAL ESTIMACIÓN del recurso de apelación deducido por la representación de la parte demandada, y con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación formulado por la representación procesal de la parte demandante, contra la sentencia dictada con fecha 29 de mayo de 2010 , por la Ilma. Sra. Juez del Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción n° 2 de Huércal-Overa, en los autos n° 497/07, sobre CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE PERMUTA E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, de los que deriva el presente Rollo n° 50/11, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la expresada resolución en el sentido siguiente:

-Debemos DESESTIMAR la demanda respecto al codemandado Sr. Imanol , absolviendo a éste de los pedimentos frente a él dirigidos.

-Se DESESTIMA Y REVOCA íntegramente el pronunciamiento 5) de la sentencia de primera instancia por cosa juzgada, dejándolo sin efecto.

-Se REVOCA el pronunciamiento 1), que queda con el siguiente contenido:

Se declara la plena validez y perfección del contrato privado de permuta que los actores y la entidad codemandada, a través de su legal representante, suscribieron el 27 de marzo de 2005, elevado a escritura pública el 16 de enero de 2008, y que tenía por objeto un solar de 563,77 m², correspondiente a la finca registral no NUM002 del Registro de la Propiedad de Huércal-Overa.

-Se REVOCA el pronunciamiento 2) en este sentido:

Se declara que en virtud de dicho contrato de permuta se cedía, el 100% del solar propiedad de los demandantes a cambio del 25% de la obra resultante, concretado en tres viviendas y tres plazas de garaje, y a entregar en el plazo de 18 meses desde la fecha de la licencia municipal de obras.

-Se REVOCA el pronunciamiento 3) que queda del siguiente modo: 1

Se declara que el cesionario recibió de forma inmediata la posesión del solar, que se unió a otros dos solares, adquiridos a los hermanos Don. Jose Ramón y al Ayuntamiento de Huércal-Overa.

-Se REVOCA el pronunciamiento 4), quedando así:

Se condena a la entidad demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, debiendo entregar la demandada materialmente, si no se ha efectuado ya, las tres viviendas, los tres trasteros y las tres plazas de garaje que se ha especificado en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

-Se REVOCA el pronunciamiento 7) en este sentido:

Se condena a la codemandada a practicar liquidación de cuentas por defecto de superficie del piso adjudicado a D^a. Adelaida , abonándole el defecto de superficie a razón del coste del m2 de la construcción, y como máximo 900 euros por m2 por el mismo.

-Se REVOCA el pronunciamiento 8) que queda de esta forma:

Se condena a la codemandada a practicar liquidación- de cuentas por defecto de superficie del piso adjudicado a D. María Virtudes , abonándole el defecto de superficie a razón del coste del m2 de la construcción, y como máximo 900 euros por m2 por el mismo.

SE CONFIRMAN los pronunciamientos 6), 9), 10) y 11) de la sentencia de primera instancia.

No se hace expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente demandada, y se imponen las causadas con su recurso a la parte actora.»

TERCERO.- El procurador don José Miguel Gómez Fuentes, en nombre y representación de doña Adelaida , doña María Virtudes y don Guillermo , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero en los siguientes motivos:

1.- Al amparo del artículo 469.1.3º LEC , por infracción del artículo 225.3 de la misma ley, en relación con el 238.3 LOPJ , por vulneración de los artículos 218.1 , 216 y 204.4 LEC .

2.- Al amparo del artículo 469.1.2º, por infracción de las mismas normas ya señaladas.

3.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC , por vulneración del artículo 207, 1 , 2 , 3 y 4, en relación con los artículos 451 y 454 LEC y 222.1 de la misma Ley , respecto de la cosa juzgada formal y material, debiéndose aplicar el artículo 421 LEC .

4.- Al amparo del artículo 469.1.2º LEC , por infracción del artículo 218.1 en relación con el 216 y 209.4, todos de la LEC y 238.3 LOPJ .

5.- Al amparo del artículo 469.1.2º LEC , por infracción del artículo 218.1 y 3, en relación con el 216 y 209.4 de la LEC , por incongruencia.

6.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC , por vulneración del artículo 24 CE , por error patente, con infracción de los artículos 427.1 y 428.1 en relación con los artículos 317.1 º, 319 y 320 LEC .

7.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC , con igual formulación que el anterior añadiendo la infracción de los apartados 2 , 3 , 4 y 6 del artículo 317 LEC .

8.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC , por vulneración del artículo 24 CE , por error patente, con infracción de los artículos 427.1 y 428.1 en relación con los artículos 317.1 º, 2 º, 4 º y 5 º, 319 1.1 .º y 320, en relación con el 348, todos de la LEC .

9.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC , por vulneración del artículo 24 CE , por error patente, con infracción artículos 317.1 º, 2 º, 3 º, 4 º y 6 º, 319 y 322 1.1 º, 326 y 327 LEC .

Por su parte el recurso de casación aparece fundamentado en los siguientes motivos:

1.- Por infracción de los artículos 1254 y 1257, en relación con los artículos 1258 y 1259 CC .

2.- Por infracción del artículo 1538 CC , en relación con los artículos 1088 , 1094 , 1096 y 1100 del mismo código .



3.- Por infracción de los artículos 1281 , 1282 , 1283 y 1285 CC , por errónea interpretación del contrato y sus anexos en relación con los artículos 1254 y 1255 del mismo código .

4.- Por infracción de los artículos 1101 CC , en relación con los artículos 1106 y 1107 del mismo código .

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 11 de febrero de 2015 por el que se acordó la admisión de ambos recursos, dando traslado de los mismos y oponiéndose a su estimación don Imanol y Residencial Las Cuatro Torres S.L., mediante escrito que presentó en su nombre la procuradora doña María Dolores de Haro Martínez.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 15 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fecha 27 de marzo de 2005 don Imanol , por sí y en representación de la sociedad cuya designación se reservaba (posteriormente, "Residencial las Cuatro Torres S.L."), por un lado, y doña Adelaida , doña María Virtudes y don Guillermo Pacheco, por otro, suscribieron contrato de permuta de un solar en Huércal Overa, propiedad de estos últimos, a cambio del 25% de la obra a construir, estableciendo en el contrato los detalles de la obra a entregar.

Surgieron determinadas diferencias entre las partes que dieron lugar a un primer proceso, seguido como juicio ordinario nº 390/2005, promovido por la mercantil Residencial Las Cuatro Torres S.L. frente a los hermanos Guillermo Adelaida María Virtudes , interesando que se condenara a los demandados al otorgamiento de escritura pública de permuta a favor de la mercantil demandante. Este procedimiento finalizó por sentencia de 5 de junio de 2006 , que declaró la validez del contrato y condenó a los demandados a su elevación a escritura pública.

Posteriormente se promovió el presente proceso, juicio ordinario nº 497/07, esta vez a instancia de los hermanos Guillermo Adelaida María Virtudes frente a la mercantil Residencial Las Cuatro Torres S.L. y frente al Sr. Imanol , para obtener la adjudicación del 25% de la obra ejecutada, reclamando el cumplimiento del contrato, con adjudicación de las viviendas, garajes, pago de cantidad por el defecto de superficie resultante e indemnización de daños y perjuicios.

La parte demandada excepcionó la existencia de prejudicialidad civil y cosa juzgada y se opuso a la demanda en cuanto a la medición del solar cedido y respecto de las adjudicaciones reclamadas.

En la audiencia previa celebrada el 11 de mayo de 2010 se puso de manifiesto que la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) había dictado auto de fecha de 8 de marzo de 2010 , en relación con la ejecución de la sentencia dictada en el anterior proceso, declarando la nulidad de la providencia dictada por el Juzgado con fecha 10 de enero de 2008 y del auto de 18 de febrero de 2008 -que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la misma- y la nulidad por tanto de la escritura pública otorgada en la ETJ nº 478/08, por la que suplía la Juez la voluntad de los ejecutados, así como la nulidad de los actos que fueran consecuencia de la misma en los términos legalmente procedentes. El auto fue aportado a las actuaciones.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Huércal Overa, de 29 de mayo de 2010 , estimó parcialmente la demanda interpuesta. Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª), mediante sentencia de 20 de diciembre de 2013 , desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y estimó parcialmente el interpuesto por los demandados.

Por los demandantes y apelantes, se interponen recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, a cuya admisión se opone la parte recurrida por considerar que el asunto no tiene una cuantía superior a los 600.000 euros; alegación que ha de ser rechazada en tanto la cuantía fijada en la demanda era superior y ambas partes recurrieron en apelación, llevando el interés íntegro del proceso a la segunda instancia.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- La petición de recibimiento a prueba para justificar la infracción procesal que se denuncia (artículo 471 LEC) ha de ser rechazada por innecesaria, ya que se aporta testimonio del auto dictado por la Audiencia Provincial de Almería de fecha 8 de marzo de 2010 , al que posteriormente se hará referencia, que ya fue traído en primera instancia y sobre cuyo contenido y alcance no se plantea cuestión por las partes.



Sentado lo anterior, los dos primeros motivos del recurso tienen igual contenido y se formulan por infracción del artículo 225.3 LEC, en relación con el 238.3 LOPJ, y los artículos 218.1, 216 y 204.4 LEC, con la única diferencia de acogerse el primero al nº 3º del artículo 469.1, y el segundo al nº 2º.

Toda la fundamentación del motivo gira en torno a la afirmación de que la sentencia dictada por la Audiencia -hoy recurrida- ha dado por cierta la ejecución de la sentencia dictada en anterior proceso nº 390/2005, como consecuencia de lo cual se ha elevado a escritura pública - con intervención judicial- el contrato celebrado entre las partes; cuando -como ponen de manifiesto los recurrentes- la Audiencia Provincial de Almería dictó nuevo auto por el que declaró la nulidad de la providencia dictada por el Juzgado en fecha 10 enero 2008 así como de la escritura pública otorgada y de los actos que sean consecuencia de la misma, por considerar que era de aplicación lo dispuesto en el artículo 708 LEC que establece un sistema distinto para la ejecución de las sentencias que condenan a emitir una declaración de voluntad.

Queda constatado el error sufrido por la Audiencia al hacer referencia a tal ejecución que ha sido dejada sin efecto, pero ello no es suficiente para anular la sentencia impugnada por infracción procesal y solo se habrá de tener en cuenta en aquellos aspectos en que se acredite la relevancia de dicho error en el dictado de la sentencia recurrida.

Desde luego, al incurrir en el mismo, no se han vulnerado las normas a que se refiere la parte recurrente por lo que los dos primeros motivos no pueden ser estimados. El artículo 469.1.3º se refiere a los casos de infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando tal infracción determine la nulidad o se hubiera podido producir indefensión. El hecho de que la sentencia contenga un error en nada afecta a los actos y garantías del proceso y desde luego no determina su nulidad sino, en su caso, la oportuna denuncia mediante el recurso extraordinario y la fijación por esta Sala de sus consecuencias sin necesidad de devolución de las actuaciones a la Audiencia para que dicte nueva sentencia. Por su parte, el artículo 469.1.2º contempla la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia y es preciso reiterar que el hecho de sufrir un error en la valoración probatoria, al no apreciarse la existencia de una determinada resolución judicial que consta incorporada al proceso, no supone la infracción de dichas normas pues ninguna relación tiene con la redacción del fallo (artículo 209.4ª LEC), con el principio de justicia rogada (artículo 216 LEC) ni con la incongruencia (artículo 218.1) que es algo bien distinto en cuanto afecta a la acomodación de la sentencia a las pretensiones de las partes y a la causa de pedir.

TERCERO.- El motivo tercero se formula al amparo del artículo 469.1.4º LEC y se refiere a la vulneración del artículo 207, 1, 2, 3 y 4, en relación con los artículos 451 y 454 LEC y 222.1 de la misma Ley, respecto de la cosa juzgada formal y material, afirmando que debió ser aplicado el artículo 421 LEC.

Prescindiendo de la cita acumulada de normas a que se ha hecho referencia, es lo cierto que se plantea en el motivo la cuestión relativa a la excepción de cosa juzgada, anunciando su posterior articulación por la vía del artículo 469.1.2º LEC, que efectivamente constituye la vía correcta por cuanto el artículo 222 LEC, que se refiere a la cosa juzgada material, es una norma procesal reguladora de la sentencia y como tal está incluida en la sección 2ª, Cap. VIII, Título V, Libro I LEC, que trata «De los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos».

El motivo se refiere al efecto de "cosa juzgada" del auto dictado por la Audiencia Provincial de Almería (sección 1ª) de 8 de marzo de 2010, en los autos de ejecución de títulos judiciales 478/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Huércal Overa, por el que se declaraba la nulidad de la escritura pública judicialmente otorgada, puesto que dicha resolución no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida.

Aun siendo ello cierto, no nos encontraríamos en este caso ante una infracción del artículo 222 LEC y menos del artículo 207 de la misma Ley, referida a la "cosa juzgada formal" que ninguna relación tiene con lo ahora discutido. La "cosa juzgada material" a que se refiere el artículo 222, con efecto vinculante en un ulterior proceso, alude «a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley» a efectos de que no se pueda resolver nuevamente y de modo distinto sobre aquellas pretensiones, sin que pueda integrarse en su ámbito el contenido del auto referido, dado que lo verdaderamente relevante es lo resuelto por la sentencia firme dictada en el anterior proceso y no una resolución recaída para su ejecución.

En el motivo cuarto se vuelve a plantear la misma cuestión del motivo anterior si bien ahora se hace por la vía del número 2º del artículo 469.1 LEC, denunciándose incongruencia con infracción del artículo 218.1, en relación con el 216 y 209.4 LEC y 238.3 LOPJ. Sin embargo, en su desarrollo, formula una serie de alegaciones que en forma alguna tienen relación con la incongruencia, insistiendo en el hecho de que se tuvo indebidamente en cuenta la escritura otorgada en ejecución de sentencia -cuya nulidad se declaró posteriormente- y que la excepción de cosa juzgada había sido rechazada mediante resolución firme dictada por el Juzgado. En cuanto a lo primero, ya se ha razonado sobre el posible alcance del error padecido por la sentencia impugnada que,



desde luego, no determina su nulidad; y, en cuanto a lo segundo, se olvida que, con independencia de que no concurra cosa juzgada con los efectos previstos en el artículo 421.1 LEC que daría lugar al sobreseimiento del proceso, no cabe desconocer el efecto vinculante de lo decidido en anterior sentencia firme -efecto positivo de la cosa juzgada- que incluso puede ser apreciado de oficio, singularmente en los casos como el presente en que la resolución que pudiera producirla -sentencia firme anterior- aparece incorporada a las actuaciones.

El motivo quinto denuncia la incongruencia de la sentencia alegando la infracción de los artículos 218, apartados 1 y 3, LEC, en relación con el 216 y 209.4 de la misma Ley . Afirma la parte recurrente que en el «suplico» de la demanda solicitó que se dictara sentencia por la que se declare cuál sea la superficie total del solar a la que afecta el contrato de cambio del solar por obra, y de esta superficie cuál sea la aportada por los actores para obtener el 25% de su porcentaje en obra y cuáles sean las superficies de los otros dos solares adicionados por el promotor contratista, de cuyo porcentaje de obra no participan. Sostiene que estos datos son fundamentales en el proceso para determinar los porcentajes de obra que a cada uno le correspondan en el contrato, al igual que es necesario definir cuál sea el volumen total de obra realizado según la licencia de obras, con distinción de la superficie correspondiente a plazas de garaje, cuál es la superficie construida para viviendas, y cuáles sean aquellas otras superficies, que denominadas como trasteros, se destinan igualmente a viviendas.

Así se interesó efectivamente en el apartado d) del «suplico» de la demanda y, atendiendo a ello, el Juzgado estimó dicha pretensión en el apartado 3) del «fallo», que no obstante, ha dejado sin efecto la sentencia impugnada la cual no resuelve plenamente sobre dicha pretensión, incurriendo por tanto en la incongruencia que se denuncia al dejar de resolver sobre la integridad de una de las pretensiones de las partes. El hecho de que los titulares anteriores de los solares unidos no sean parte en el proceso no impide entrar en la cuestión suscitada ya que, en primer lugar, cualquier pronunciamiento no supondría para ellos cosa juzgada y, en segundo lugar, se trata de solares adquiridos por la demandada.

En consecuencia el motivo ha de ser estimado.

El motivo sexto se refiere al error patente en la valoración de la prueba por cuanto no se ha tenido en cuenta la aportación del auto dictado por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Almería de fecha 8 de marzo de 2010 en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales 487/2007.

Existe desde luego la infracción, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, con los efectos que en cada caso correspondan, pero ello no determina la apreciación de una infracción procesal que dé lugar a la nulidad de la sentencia.

Los motivos séptimo y octavo han de ser estimados, según lo ya razonado. Denuncian la vulneración del artículo 24 CE con cita como infringidos de los artículos 427.1 y 428.1 en relación con los artículos 317.1 º, 319 y 320 LEC (motivo séptimo) a lo que se añade la de los artículos 317, 2 º, 4 º y 5 º, 319 1.1 .º y 320, en relación con el 348, todos de la LEC , refiriéndose a la determinación de la superficie de los solares agrupados.

El motivo noveno ha de ser rechazado en cuanto se refiere a la vulneración del artículo 24 CE , por error patente, con infracción de los artículos 317.1 º, 2 º, 3 º, 4 º y 6 º, 319 y 322 1.1 º, 326 y 327 LEC , sobre la distinta valoración de la prueba realizada por el Juzgado y por la Audiencia.

En concreto se fija literalmente como objeto del motivo «la falta de motivación de la sentencia recurrida de la Sala, tanto para alterar y revocar íntegramente el convencimiento al resultado de los hechos declarados probados en la primera sentencia, como en la falta de razonamiento para expresar todo lo contrario como probado, lo que produce la infracción del artículo 24 de la CE , e indefensión de esta parte, por su resultado absurdo e ilógico de la sentencia».

La falta de motivación constituye infracción de una norma procesal reguladora de la sentencia (artículo 218.2 LEC) y, como tal, ha de ser denunciada por la vía del artículo 469.1.2º LEC , sin que pueda confundirse con la misma la alegación sobre infracción de normas procesales sobre valoración de la prueba.

Por otro lado, la motivación existe -aunque pudiera ser incorrecta o errónea- cuando se ponen de manifiesto las razones de hecho y de derecho por las que se llega al "fallo" y en ese sentido la sentencia impugnada cumple con tales exigencias.

Las sentencias de esta Sala núm. 415/2007, de 16 abril, núm. 238/2009 de 1 abril, y núm . 26/2014 de 31 enero, entre otras, afirman que la exigencia de motivación «tiene una finalidad de garantía relacionada con el designio de que puedan conocerse, tanto por las partes interesadas como por los integrantes del llamado sistema jurídico interno y por la sociedad, las razones que han llevado al órgano jurisdiccional a dictar su resolución y de que pueda hacerse uso por los legitimados por el ordenamiento jurídico de los medios de impugnación establecidos; y se relaciona con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24



CE , como derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas fundada en Derecho y que no pueda ser calificada de arbitraria o irrazonable (SSTS, entre otras, de 6 de noviembre de 2006 , 1 de diciembre de 2006 y 31 de enero de 2007)».

Recurso de casación

CUARTO.- Se formula el primero de los motivos por infracción de los artículos 1254 y 1257, en relación a los artículos 1258 y 1259 CC , con cita de la STS de 26 de abril de 1993 sobre contrato a favor de tercero, la excepción de falta de legitimación pasiva y la doctrina del levantamiento del velo.

La sentencia dictada por la Audiencia, revocando en este particular la dictada por el Juzgado, desestima la demanda respecto del codemandado Sr. Imanol y, en consecuencia, le absuelve respecto de las peticiones que se han dirigido contra él.

Se discute en este primer motivo tal pronunciamiento cuando en realidad el mismo es necesaria consecuencia del contenido de la sentencia firme recaída en el anterior proceso seguido entre las mismas partes ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Huércal Overa con el núm. 390/2005, en el cual no sólo se rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por los demandados respecto de Residencial Las Cuatro Torres S.L. - los cuales entendían que el legitimado era el Sr. Imanol , con el cual habían contratado-, sino que la sentencia dictada por la AP Almería de fecha 5 de marzo de 2007 , al conocer en apelación de aquél proceso, mantuvo la condena de los demandados a elevar a escritura pública el contrato de permuta de 27 de marzo de 2005 teniendo como parte contratante a Residencial Las Cuatro Torres S.L. , afirmando en el último párrafo del fundamento de derecho primero que «decimos que fue la sociedad la que contrató pues en virtud del art. 1259 CC Imanol como administrador de la sociedad, hecho reconocido por los codemandados, lo hizo pero en nombre de la sociedad, por lo que en definitiva sería ésta la titular de los derechos y obligaciones derivados del contrato suscrito».

En consecuencia el reconocimiento en aquél proceso de que don Imanol actuó al contratar en nombre de la sociedad que luego designó, a la que se le reconoció legitimación como «única titular» de derechos y obligaciones derivadas del contrato, se integra en la cosa juzgada material de aquella sentencia firme y no puede ahora producirse una declaración contraria.

Por otro lado no cabe invocar en casación la doctrina del «levantamiento del velo» ya que la Audiencia Provincial no ha tratado de dicha cuestión en su sentencia al resolver sobre la posible responsabilidad del demandado Sr. Imanol , al que absolvió. Es cierto que, como esta Sala ha declarado, entre otras, en sentencia 567/2015, de 21 octubre , al estimar la Audiencia el recurso de apelación tendría que haber abordado las distintas cuestiones planteadas por las partes en los escritos rectores del proceso y resolver sobre ellas, y en consecuencia sobre la alegación acerca de la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo» respecto del demandado Sr. Imanol ; pero, si no lo hizo, no corresponde ahora este tribunal entrar en su consideración como cuestión de fondo propia del recurso de casación pues sobre tal cuestión -no examinada- ninguna infracción legal ha podido producirse por la sentencia recurrida y la denuncia de tal omisión únicamente cabía hacerla por vía de infracción procesal por falta de exhaustividad de la sentencia (artículo 218 LEC).

Igual ocurre con la denuncia que se contiene en el motivo segundo respecto de la infracción del artículo 1538 CC , precepto de carácter genérico que se limita a definir el contrato de permuta, pues la propia parte recurrente reconoce en el desarrollo del motivo que la sentencia recurrida no ha tratado la cuestión que plantea pese a haber sido suscitada tanto en la demanda como en la apelación. Efectivamente, si la cuestión no ha sido tratada, se habrá infringido la norma procesal que obliga a la exhaustividad de las sentencias, pero no podrá atribuirse la infracción de una norma sustantiva.

En cuanto al motivo tercero, que se produce por infracción de los artículos que rigen la interpretación de los contratos (1281, 1282, 1283 y 1285 CC) por errónea interpretación del celebrado entre las partes, en relación con los artículos 1254 y 1255 CC , no es que se haya realizado una interpretación errónea del contrato sino que, como ya se dijo, se ha dejado de resolver sobre pretensiones debidamente formuladas en la demanda, como ya se ha razonado.

El motivo cuarto se formula por infracción del artículo 1101 en relación con los artículos 1106 y 1107 CC , sobre indemnización de daños y perjuicios por el retraso en la entrega de las viviendas y plazas de garaje, y la menor superficie de las viviendas.

Como ponen de manifiesto los recurrentes, la sentencia impugnada desestima la indemnización de daños y perjuicios por el retraso en la entrega de las viviendas y plazas de garaje, así como por la falta de superficie de las referidas viviendas, fundamentalmente por las siguientes razones: a) Porque en el contrato no se establece ninguna cláusula penal o indemnizatoria; b) Porque la petición de indemnización se basa en las ganancias que los demandantes podrían haber obtenido de alquilarse esas viviendas y garajes, lo que supone -según la



Audiencia- una mera expectativa que no puede ser objeto de indemnización; c) Porque el retraso ha sido en parte provocado por los propios actores; y d) En cuanto a la falta de superficie de las dos viviendas de doña Adelaida y doña María Virtudes , que la sentencia de primera instancia lo establece a razón de 1.800 €/m² en la merma a la superficie convenida y a razón de 1.202,02 € en lo que falte desde la superficie pactada hasta lo que le correspondería según su porcentaje, lo reduce a 900,00 €/m² equiparándolo al precio pactado con su hermano don Guillermo , que se conocía tenía pactada mayor superficie a precio de coste de obra.

El artículo 1101 CC dispone que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». De ahí que la indemnización por incumplimiento o cumplimiento defectuoso no precisa del previo establecimiento de una cláusula penal -como sostiene la Audiencia- pues la finalidad de dicha cláusula es la de fijación por las propias partes del importe de los daños y perjuicios que derivan del incumplimiento, sin que su falta de incorporación al contrato impida la aplicación del artículo 1101 CC . Tampoco puede sostenerse que la determinación del importe del perjuicio por retraso en la entrega en atención al precio de alquiler de las viviendas que los perjudicados podrían haber obtenido en caso de su entrega en el tiempo pactado suponga acudir indebidamente a ganancias hipotéticas, pues constituye un criterio generalmente aceptado por la jurisprudencia para determinar el «lucro cesante» en estos casos.

El hecho de que el retraso se haya producido *en parte*, como afirma la Audiencia, por la propia actuación de los demandantes permitía la apreciación de culpas concurrentes y la moderación de la responsabilidad, pero no su total eliminación cuando los demandantes por su lado habían hecho entrega inicialmente del solar dando íntegro cumplimiento a su prestación, por lo que en este punto ha de estimarse el motivo, si bien reduciendo a la mitad la cantidad mensual que procede por indemnización del retraso, que quedará así fijada en 300 euros mensuales desde julio de 2007 en que debieron ser entregadas las viviendas y plazas de garaje comprometidas, según requerimiento que le dirigieron los demandantes.

QUINTO.- En definitiva procede la estimación en parte de ambos recursos y resolver sobre el fondo de las cuestiones planteadas situándonos en la posición del tribunal de apelación y teniendo en cuenta las peticiones ahora formuladas por la parte recurrente que se incorporan al «suplico» del escrito de formulación del recurso y que son las siguientes: a) Se devuelvan los autos para dictar nueva sentencia por distinta Sala de la Audiencia, al decretar su nulidad; b) Subsidiariamente, se desestime el recurso de apelación de la parte demandada y se proceda a confirmar la sentencia dictada en primera instancia, con las siguientes modificaciones, estimando el recurso de apelación deducido por los demandantes. En este sentido se solicita que se establezca el porcentaje final de permuta en el 19,115% de la obra ejecutada en vez del 19,1125%, así como la indemnización de daños y perjuicios por el retraso en la entrega de la posesión de los tres pisos a razón de 600 euros por piso y mes, con condena en costas de primera instancia al ser estimada en su integridad, como en las costas de la apelación de dicha parte.

Por lo que se refiere al porcentaje del 19,1125%, que se afirma haber sido solicitado erróneamente en la demanda, era en la audiencia previa donde había de subsanarse el error mediante la rectificación que permite el artículo 426.2 LEC , sin que proceda su modificación posterior.

SEXTO.- La estimación parcial de ambos recursos determina que no proceda condena en las costas causadas por los mismos (artículo 394 y 398 LEC), con devolución de los depósitos constituidos.

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

FALLAMOS

1.º Estimar parcialmente los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos en nombre de doña Adelaida , doña María Virtudes y don Guillermo , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª) en Rollo de Apelación nº 50/2011 , que dimana de juicio ordinario nº 497/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Huércal Overa, seguido a instancia de los hoy recurrentes contra Residencial Las Cuatro Torres S.L. y don Imanol , la que casamos y anulamos.

2.º Estimar parcialmente la demanda respecto de la demandada Residencial Las Cuatro Torres S.L. y desestimarla respecto de don Imanol , con los siguientes pronunciamientos:

A) Declaramos la plena validez del contrato de permuta suscrito entre las partes en fecha 27 de marzo de 2005, que tenía por objeto, el solar de 563,77 m², según medición pericial de superficie, en CALLE000 , nº NUM000 y CALLE001 nº NUM001 de Húercal-Overa, y que se corresponde con la finca Registral nº NUM002 , inscrita al Folio NUM003 , Libro NUM005 , Tomo NUM006 del Registro de la Propiedad de Húercal-Overa.



B) Declaramos que en virtud de dicho contrato de permuta, resultó cedido a la demandada Residencial Las Cuatro Torres S.L. dicho solar a cambio de un 25% de la obra resultante sobre la construcción máxima permitida según las normas urbanísticas, y que se concretaban en los tres pisos designados y las plazas de garaje señaladas en el contrato con el complemento en dinero o en superficie de sótanos, hasta alcanzar el 25% del porcentaje convenido, a entregar en el plazo de dieciocho meses a contar desde la fecha de otorgamiento de la licencia, que fue el 25 de octubre de 2005, con obligación de entrega de la obra terminada convenida como contraprestación como máximo el 25 de abril de 2007.

C) Declaramos que el cesionario recibió de forma inmediata la posesión del solar, que lo unió con otros dos solares adquiridos a los Hermanos Jose Ramón , en superficie de 151,60 m² y al Ayuntamiento de Húercal-Overa, en un sobrante de vía pública con extensión de 22 m², constituyendo un único solar de superficie de 737,37 m², según medición pericial, al que se ha aportado por los actores, la diferencia de superficie, o sea 563,77 m², que representa el 76,46% del total de los tres solares agrupados, y por tanto el 25% de su participación en obra, en virtud del contrato de permuta se convierte en 19,1125% sobre el total del solar y de la nueva construcción que se ha realizado sobre el mismo.

D) Condenamos a la demandada Residencial Las Cuatro Torres S.L. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al cumplimiento del contrato de permuta referido, de fecha 27 de marzo de 2005, haciendo entrega a los demandantes de la superficie de las plazas de garaje convenidas, y el resto del porcentaje hasta 134,64m², a razón de 1.200 euros por m², o hasta alcanzar la superficie correspondiente, así como los pisos señalados en el contrato, que son: el piso del Portal NUM007 , planta NUM008 , vivienda NUM009 , para D. Guillermo , con una superficie de 206,69 m²; del Portal NUM007 planta NUM007 la vivienda para Dña. Adelaida , con una superficie de 161,03 m²; y del portal NUM010 planta NUM007 vivienda NUM011 , asignada a Dña. María Virtudes , con una superficie de 155,96 m² según proyecto.

E) Condenamos a Residencial Las Cuatro Torres S.L. a otorgar con los demandantes escritura pública de la transmisión del solar cedido a cambio de obra, en virtud del contrato de permuta, llevando a cabo la agrupación con los otros dos referidos solares y otorgando también la declaración de obra nueva y división horizontal del nuevo edificio resultante, según proyecto aprobado por licencia de obras y licencia de primera ocupación otorgada por el Ayuntamiento de Húercal-Overa, de acuerdo con la normativa urbanística vigente, siendo todos los gastos de Notaría y Registro, así como los impuestos de tal escritura a cargo de los demandados, salvo la plusvalía municipal que será a cargo de los actores. Igualmente a otorgar escritura de transmisión de la propiedad de los elementos que corresponden a los demandantes libres de cargas y gravámenes, siendo de cargo de los cedentes los gastos correspondientes.

F) Condenamos a Residencial Las Cuatro Torres S.L. a practicar la liquidación de cuentas por el exceso de superficie del piso adjudicado a D. Guillermo , que abonará el exceso que percibe a razón del coste por m² de la construcción y como máximo de 900 euros por m² del mismo, más el importe del IVA correspondiente.

G) Condenamos a Residencial Las Cuatro Torres S.L. a practicar la liquidación de cuentas por el defecto de superficie del piso adjudicado a Dña. Adelaida , abonándole el defecto de superficie en cuanto a 1,03 m² que le faltaban según el proyecto para alcanzar los 161,03 m² que debía percibir a razón de 1.202,02 euros el m² y el resto que le falta a razón de 1.800m² . En dicho momento de la liquidación Dña. Adelaida , abonará el importe del IVA correspondiente al coste de la obra que se le entrega como permuta.

H) Condenamos a Residencial Las Cuatro Torres a practicar la liquidación por el defecto de superficie del piso adjudicado a Dña. María Virtudes , abonándole el defecto de superficie hasta alcanzar los 161,03 m² que debía recibir a razón de 1.800 m². En dicho momento de la liquidación Dña. María Virtudes , abonará el importe del IVA correspondiente al coste de la obra que se le entrega como permuta.

I) Condenamos a Residencial Las Cuatro Torres S.L a entregar a los actores, como adquirentes de los referidos tres pisos y las plazas de garaje que le corresponden, la documentación exigida legalmente comprendiendo los boletines de las instalaciones, (agua, electricidad, gas, telefonía) así como plano y documentación de los respectivos pisos, copia de licencia de obras y de primera ocupación municipales, contrato de seguros para responder de los vicios constructivos, sin perjuicio de la reserva del derecho de reclamación de los actores por deficiencias que presenten, defectos de unidades de obra ó falta de calidades según memoria del proyecto ya acordadas.

J) Condenamos a Residencial Las Cuatro Torres S.L. a abonar a los actores en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 300 euros por cada mes que transcurra y por cada piso a partir del mes de julio de 2007, éste incluido, y hasta que hagan efectiva entrega de la posesión de los referidos tres pisos y plazas de garaje con la documentación que corresponda a los mismos para que puedan ser habitables, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia.



3º No ha lugar a especial declaración sobre costas causadas en ambas instancias y por los presentes recursos, devolviéndose a los recurrentes los depósitos constituidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.- Fernando Pantaleon Prieto.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , 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