



Roj: **STS 2883/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2883**

Id Cendoj: **28079110012016100395**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2016**

Nº de Recurso: **1487/2014**

Nº de Resolución: **413/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CS 499/2014,**
STS 2883/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 53/2014 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 814/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vinarós; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil Coinsom 2005, S.L., representada por la procuradora Dña. Mercedes Cruz Sorribes, bajo la dirección letrada de D. Amadeo Porres Paltor, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Isacio Calleja García en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Ensanche Urbano S.A. representada por el procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio bajo la dirección letrada de D. Luis José Morón Mérida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La procuradora Dña. María Jesús Margarit Pelaz, en nombre y representación de Ensanche Urbano S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Coinsom 2005, S.L., y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por medio de la cual, estimando íntegramente esta demanda, declare la extinción de las obligaciones a cargo de la demandante resultantes de la escritura de fecha 11 de abril de 2007 (documento 2), con las modificaciones resultantes de la novación practicada por la escritura de fecha 23 de octubre de 2008 (documento 4), acordando asimismo que las partes deben de proceder a la restitución de las prestaciones efectuadas con sus frutos e intereses, lo que en el caso de la demandante supondrá la restitución de las fincas adquiridas y en el caso de la demandada la restitución de las cantidades percibidas por importe de 1.437.633,30 euros, más los intereses legales procedentes, y de los avales entregados en garantía por la demandante, todo ello con imposición de las costas procesales causadas a la demandada.».

2.- La procuradora Dña. Mercedes Cruz Sorribes, en nombre y representación de Coinsom 2005 S.L., contestó a la demanda y a su vez interpuso demanda reconvenzional. Así, en su escrito conjunto expuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado:

«Tenga por contestada la demanda, por formulada reconvencción, siga el procedimiento por sus trámites legales, y en su día, dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, estime la reconvencción, y,



»1.º) Declare la validez y existencia del contrato de cesión de obra futura con compensación económica celebrado entre Coinsom 2005 S.L. y Ensanche Urbano S.A. y en especial de lo pactado en la escritura pública de 23 de octubre de 2008 así como la obligación de las partes de cumplir sus obligaciones contractuales y en consecuencia:

»2.º) Condene a Ensanche Urbano S.A. a pagar las cantidades de ochocientos dieciséis mil seiscientos euros (816.600.-€) más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la reconvencción incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su efectivo pago.

»3.º) Condene a Ensanche Urbano S.A. a cumplir con el segundo plazo de entrega de obra mediante el pago de su compensación económica sustitutoria de un millón seiscientos treinta y tres mil doscientos euros (1.633.200.-€) más los intereses legales de dicha cantidad incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su efectivo pago.

»4.º) Condene a Ensanche Urbano S.A. al pago de todas las costas procesales tanto de la demanda como de la reconvencción.».

3.- La procuradora Dña. María Jesús Margarit Peláez, en nombre y representación de Ensanche Urbano S.A. contestó a la demanda reconvenccional oponiéndose a la misma y basándose en los hechos y las consideraciones jurídicas que estimó pertinentes suplicó al juzgado:

«Se sirva dictar sentencia declarando no haber lugar a la demanda reconvenccional, absolviendo a mi mandante y condenando en su consecuencia a Coinsom a todos los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, con expresa imposición de las costas de la litis a la contraria».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vinarós se dictó sentencia, con fecha 6 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. 1.º- Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por la procuradora de los Tribunales D.ª María Jesús Margarit Pelaz, en nombre y representación de Ensanche Urbano S.A., declarando no haber lugar a los pedimentos de la misma. Las costas procesales causadas por esta demanda se imponen a la parte demandante.

»2.º- Que debo estimar y estimo la demanda reconvenccional formulada por la procuradora de los Tribunales D.ª Mercedes Cruz Sorribes, en nombre y representación de Coinsom 2005 S.L., declarando la existencia y validez del contrato de cesión de obra futura con compensación económica celebrado entre Coinsom 2005 S.L. y Ensanche Urbano S.A. en especial de lo pactado en la escritura pública de 23 de octubre de 2008 así como la obligación de las partes de cumplir sus obligaciones contractuales y en consecuencia debo condenar y condeno a Ensanche Urbano S.A. a pagar la cantidad de ochocientos dieciséis mil seiscientos euros (816.600 euros) más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la reconvencción hasta su efectivo pago y a cumplir con el segundo plazo de entrega de obra mediante el pago de su compensación económica sustitutoria de un millón seiscientos treinta y tres mil doscientos euros (1.633.200 euros) más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la presente sentencia hasta su efectivo pago, con imposición de costas a Ensanche Urbano S.A.».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón dictó sentencia, con fecha 11 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Ensanche Urbano S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Vinarós en fecha seis de septiembre de dos mil trece , en autos de juicio ordinario seguidos con el número 814 de 2011, debemos revocar y revocamos en parte la resolución recurrida y, en su lugar:

»A) Se desestima la demanda formulada por Ensanche Urbano S.A. contra Coinsom 2005, S.L., a la que se absuelve de los pedimentos instados en su contra en el suplico de la demanda, imponiendo las costas a la parte actora.

»B) Se estima en parte la demanda reconvenccional formulada por Coinsom 2005, S.L., declarando la existencia y validez del contrato de cesión de solar por obra futura y con compensación económica celebrado por ambas partes litigantes. Desestimando el resto de pedimentos de la demanda reconvenccional, sin hacer expresa imposición de las costas derivadas de la reconvencción.

»C) No se hace expresa condena de las costas causadas en esta alzada.



»Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada como depósito para recurrir al estimar el recurso de apelación.».

TERCERO.- 1.- Por Coinsom 2005, S.L., se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

En el recurso extraordinario por infracción procesal expuso los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia en concreto los arts. 218.1 y 216 de la LEC y del art. 24.1 CE . Incongruencia *extra petita* .

Motivo segundo.- Al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , infracción del art. 218.1.º en relación con el art. 412.1 y 456.1 LEC , así como del principio *pendente appellatione, nihil innovetur*, y del art. 24.1 CE .

Motivo tercero.- Al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , por 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, art. 24.1 CE .

El recurso de casación se sustenta en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción del art. 1281.1 del Código Civil .

Motivo segundo.- Infracción del art. 1281.2 y 1282 del Código Civil .

Motivo tercero.- Infracción del art. 1184 del Código Civil y jurisprudencia que lo aplica en relación a los arts. 1104 y 1105 del Código Civil : diligencia exigible al deudor.

Motivo cuarto.- Infracción de los arts. 1131 , 1132 , 1133 , 1134 , 1135 y 1136 del Código Civil .

Motivo quinto.- Infracción del art. 1256 del Código Civil .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 6 de mayo de 2015 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio, en nombre y representación de la entidad Ensanche Urbano S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 31 de mayo de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes.

La partes, Ensanche Urbano S.A. y Coinsom 2005, S.L., suscribieron un contrato de cesión de obra futura con compensación en metálico el 11 de abril de 2007 con novación el 23 de octubre de 2008.

Por la parte demandante Ensanche Urbano S.A., se solicitó la extinción de las obligaciones contractuales asumidas por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, por lo que ella restituiría las fincas transmitidas y la demandada devolvería las cantidades recibidas con los intereses legales y con entrega de los avales que recibió de la demandante.

La parte demandada formuló demanda reconvenional solicitando la declaración de existencia y validez del contrato con condena al pago de la prestación económica pactada para retraso.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda (por no concurrir los requisitos para la extinción de las obligaciones por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento) y estima la demanda reconvenional condenando a la actora reconvenida al pago de 816.000 euros y a cumplir con el segundo plazo de entrega de la obra mediante el pago de su compensación económica sustitutoria de 1.633.200 euros.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante reconvenida, la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, dictó sentencia en la que estima parcialmente el recurso y revoca en parte la sentencia dictada en primera instancia. Confirma la desestimación de la demanda y estima parcialmente la reconvenición declarando la existencia y validez del contrato de cesión de solar por obra futura con compensación económica, desestimando el resto de los pedimentos, rechazando que la demandante deba abonar las cantidades convenidas en sustitución de la entrega de solares y viviendas, sin perjuicio de que se pueda exigir, en un futuro una vez desaparecida la imposibilidad que obstaculiza la adquisición de la categoría de solar por la finca litigiosa.



La sentencia de la Audiencia Provincial, entiende que existe imposibilidad sobrevenida, con motivo de la estimación de un recurso de reposición interpuesto por un tercero ajeno a las partes contratantes y las modificaciones de oficio adoptadas por parte del Ayuntamiento, pero entiende con base en la prueba practicada que la imposibilidad no es definitiva sino temporal. Considera que no hay incumplimiento por la parte demandante y en consecuencia declara la validez y existencia del contrato, sin condena a pago de compensación económica sustitutoria, sin perjuicio de que una vez desaparecida la imposibilidad al adquirir la finca litigiosa la condición de solar, pueda exigir, en un futuro la mercantil Coinsom el cumplimiento que insta en reconvencción y que se le desestima.

La parte demandada, reconviniente y apelada Coinsom 2005 S.L. interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en tres motivos.

El motivo primero al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia en concreto de los artículos 218.1 y 216 LEC y del artículo 24 CE por incongruencia *extra petita*.

La parte recurrente en este motivo alega que la sentencia recurrida incurre en incongruencia *extra petita*, porque tras estimar la acción declarativa de existencia del contrato, desestima la acción de cumplimiento del mismo, sobre la base de una imposibilidad temporal y un efecto suspensivo del contrato, que no fue planteada por ninguna de las partes.

El motivo segundo al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, por infracción del artículo 218.1.º en relación con el artículo 412.1 y 456.1 LEC, así como del principio *pendente appellatione, nihil innovetur* y del artículo 24 CE.

En este motivo la parte recurrente alega que la parte demandante introdujo en apelación que el máximo pronunciamiento del fallo debería haber sido la estimación parcial haciendo cumplir el contrato lo que debería haber significado por aplicación de la cláusula citada al inicio, la prolongación de los plazos de cumplimiento de las obligaciones a cargo de mi representada y nunca el abono de las cantidades sustitutorias. Considera la parte recurrente, en síntesis, que esta pretensión debió plantearse en su escrito de demanda, alternativa o subsidiariamente a su pretensión principal, sin que pueda introducirla en apelación alterando el objeto del proceso.

El motivo tercero al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, por 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, artículo 24 CE.

La entidad recurrente alega que la valoración de la prueba que realiza la sentencia recurrida en orden a determinar la culpa del deudor en la imposibilidad es irrazonable, ilógica y arbitraria, porque no tiene en cuenta la condición legal de agente urbanizador de la demandante y omite el hecho probado de que por la misma no ha realizado ninguna actuación desde diciembre de 2009 a septiembre de 2012, plazo en que el proyecto estuvo paralizado, sin que sea lógico ni racional eximir a la actora de responsabilidad en la falta de aprobación de un proyecto del que tiene obligación legal de impulsar y gestionar en su condición de agente urbanizador sin que haya acreditado las actuaciones efectuadas ante el Ayuntamiento en orden a obtener la aprobación de los instrumentos urbanísticos necesarios para el desarrollo del sector, aun cuando su tramitación y aprobación por ser de derecho público corresponda al Ayuntamiento.

El recurso de casación se estructura en cinco motivos.

El motivo primero por infracción del artículo 1281.1 del Código Civil. La parte recurrente alega en este motivo que tanto por la literalidad del contrato como por la intencionalidad de las partes expresada en el contrato y sus actos posteriores y coetáneos, llegada una fecha fija, la cesionaria Ensanche Urbano debía cumplir con su obligación, bien entregando la obra, bien entregando su prestación económica equivalente y que esta facultad de sustituir una obligación por otra se concedió a la cedente, en todo caso, llegado el plazo máximo sin que, conforme al contrato, la imposibilidad temporal no reprochable a Ensanche tenga los efectos suspensivos de la obligación que le otorga la sentencia recurrida.

El motivo segundo por infracción de los artículos 1281.2 y 1282 del Código Civil. La recurrente en este motivo mantiene que el resto de las reglas hermenéuticas contenidas en los artículos 1281.2.º y siguientes del Código Civil, valorando los actos de las partes coetáneos y posteriores al contrato llevan a la misma conclusión, expuesta en el motivo anterior.

El motivo tercero por infracción del artículo 1184 del Código Civil y jurisprudencia que lo aplica en relación a los artículos 1104 y 1105 del Código Civil. La parte recurrente alega en síntesis, que para apreciar la imposibilidad



de cumplimiento que libera al deudor la jurisprudencia exige que éste observe la debida diligencia haciendo todo lo posible para vencer la imposibilidad (SSTS 14 y 15 de febrero de 1994) y en el presente caso consta acreditado que durante tres años el proyecto está pendiente de redacción y aprobación, sin que la cedente, que es agente urbanizador ni siquiera dirija una instancia al Ayuntamiento solicitando el cumplimiento de los trámites, sin que tampoco la falta de inscripción del proyecto de reparcelación sea causa de fuerza mayor o caso fortuito, según se pactó en el contrato y además se desprende de la ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El motivo cuarto por infracción de los artículos 1131 , 1132 , 1133 , 1134 , 1135 y 1136 del Código Civil . La parte recurrente considera infringidos estos preceptos por la sentencia recurrida, que estima que la imposibilidad temporal de realizar y entregar la obra no imputable a la deudora deja en suspenso la obligación de pago de la prestación económica sustitutoria fijada en el contrato. Considera que no cabe suspensión temporal de la obligación in natura, aun cuando esta sea imposible, si se ha previsto la prestación por equivalencia en el contrato, obligación alternativa, facultativa del acreedor y a cuyo cumplimiento sin embargo no condena la sentencia recurrida.

El motivo quinto por infracción del artículo 1256 del Código Civil . En este motivo la mercantil recurrente alega en síntesis, que la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida haciendo depender el cumplimiento de la obligación de la adquisición de la condición de solar, sin hacer depender a su vez esta condición de la actuación diligente de la actora de la sentencia, supone dejar la validez y el cumplimiento del contrato a la voluntad de la cedente, Ensanche Urbano, con infracción del citado artículo 1256 del Código Civil .

SEGUNDO .- Hechos no controvertidos.

Las partes en fecha 11 de abril de 2007 suscribieron una escritura de cesión de solar por obra futura con compensación en metálico.

Como consecuencia de la misma la demandante hizo entrega de los siguientes documentos de pago:

- Cheque por importe de 837.633.30 euros.
- Pagaré por importe de 300.000 euros.
- Pagaré por importe de 300.000 euros.
- Pagaré por importe de 600.000 euros
- Y un pagaré por importe de 1.849.800 euros.

Los tres primeros documentos por un valor total de 1.437.633,30 euros fueron entregados en concepto de compensación en metálico por el exceso existente entre el valor de los terrenos cedidos recibidos por la demandante y el valor de la obra que se comprometía a entregar. Dichos documentos fueron presentados al cobro y atendidos a su vencimiento.

Los dos últimos pagarés se entregaron en concepto de garantía y Ensanche Urbano se obligó a sustituir en un plazo de 8 meses desde la escritura, estos dos pagarés por un aval bancario a primer requerimiento, con renuncia al beneficio de excusión por parte de la entidad bancaria.

Posteriormente estas garantías se modificaron mediante escritura de fecha 9 de noviembre de 2007, se entregaron seis pagarés por el mismo importe total de 2.449.800 euros, y Ensanche Urbano se obligaba de nuevo a sustituir los indicados pagarés por aval bancario a primer requerimiento en el plazo de ocho meses desde la escritura, y se pactó que en caso de que no sustituya los pagarés por los avales bancarios Coinsom 2005 quedaba legitimada para ejecutar los pagarés y cobrar el importe de los mismos.

Los acuerdos suscritos en fecha 11 de abril de 2007 fueron novados mediante escritura pública de fecha 23 de octubre de 2008, en la que se formaliza y se eleva a público el contrato privado de fecha 25 de septiembre de 2008, denominado de transacción judicial.

La primera modificación que realizan las partes es en referencia a los plazos de entrega, fijando dos plazos máximos en los que en todo caso debía hacerse entrega de la obra:

- La primera entrega, 15 parcelas, debía realizarse en todo caso antes del 31 de diciembre de 2011.
- La segunda entrega, 10 viviendas unifamiliares, debía realizarse en todo caso antes del 30 de junio de 2012.

Se establecía que «no será en ningún caso fuerza mayor o causa ajena a Ensanche Urbano, las debidas a incumplimiento por su parte de trámites administrativos y/o normas urbanísticas, de edificación o seguridad en trabajo, que suspendan la obra, impidan la inscripción en el Registro de la Propiedad del proyecto de reparcelación y/o demoren o impidan la concesión de la licencia de edificación u ocupación».



El incumplimiento total o parcial, de la obligación de entrega de las unidades de obra en las condiciones y plazos pactados, facultará a Coinsom 2005, a exigir el cumplimiento de la exacta obligación de entrega más una indemnización por retraso de 150 euros por día, o bien a sustituir dicha obligación de entrega por una compensación económica que se fija en su conjunto en 2.449.800 euros, por lo que la primera entrega parcial podrá ser sustituida por una compensación económica de 816.000 euros y la segunda entrega por 1.633.200 euros. Para que opere dicha sustitución económica de la obligación de entrega bastará el vencimiento del plazo fijado y la simple notificación por cualquier medio que deje constancia a Ensanche Urbano del ejercicio de la opción.

En garantía del cumplimiento de la prestación prometida, Ensanche Urbano entregó a Coinsom 2005 dos pagarés por importe de 666.684,87 euros cada uno con fecha de vencimiento 30 de junio de 2012 y 31 de diciembre de 2012, que Coinsom 2005 podrá presentar al cobro si a la fecha de vencimiento Ensanche Urbano no hubiera cumplido con la obligación garantizada. En este caso, se entenderá sustituida la obligación de entrega del cambio de obra, hasta donde alcance el importe obtenido por el cobro de los pagarés, de conformidad con la valoración de la obra (2.449.800 euros), a efectos de la compensación económica sustitutoria.

El Ayuntamiento de Peñíscola expresa en su informe de 24 de octubre de 2008, que se produce la aprobación definitiva del proyecto de urbanización de la unidad de ejecución del plan de reforma interior de mejora Peñíscola Parc y del proyecto de reparcelación relativo al ámbito del programa de actuación integrada de la unidad de ejecución del plan de reforma interior de mejora Peñíscola Parc. En fecha 15 de diciembre de 2008 es la parte demandante la que interpone recurso de reposición contra la aprobación del proyecto de urbanización y en la misma fecha recurso de reposición contra la aprobación del proyecto de reparcelación, siendo dichos recursos desestimados por la Junta de Gobierno Local, en fecha 26 de noviembre de 2009 el recurso de reposición contra la aprobación del proyecto de urbanización y en fecha 10 de diciembre de 2009 el recurso contra la aprobación del proyecto de reparcelación.

Debido a la estimación parcial del recurso presentado por un particular contra el proyecto de reparcelación se determina por la Junta de Gobierno Local que se incluya de oficio la modificación en el Proyecto de Reparcelación, y es en fecha 27 de septiembre de 2012 cuando la Junta de Gobierno Local adopta el acuerdo de sometimiento a información pública del Texto Refundido del Proyecto de Reparcelación redactado por el arquitecto municipal, a fin de poder efectuar las alegaciones que se estimen oportunas por los propietarios de parcelas del ámbito afectado.

En cuanto a la falta de condición de solar de las parcelas, el Ayuntamiento de Peñíscola señala que la condición de solar depende de la ejecución de las obras de urbanización, dichas obras de urbanización del plan de reforma interior de mejora Peñíscola Parc requieren la previa aprobación del texto refundido del proyecto de reparcelación y su inscripción registral, y a estos efectos, se ha elaborado el texto refundido por el arquitecto municipal y se ha sometido al trámite de audiencia.

La parte demandante es agente urbanizador del programa.

A petición de algunos de los propietarios, el Ayuntamiento en acuerdo de 9 de abril de 2013 acordó la suspensión temporal del programa de actuación Peñíscola Parc, a la vista de la recesión económica, por dos años prorrogables por otros dos (folios 326 a 339), sin perjuicio de que el Ayuntamiento pueda tramitar el texto refundido del proyecto de reparcelación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO .- Motivo primero. Al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia en concreto los arts. 218.1 y 216 de la LEC y del art. 24.1 CE . Incongruencia *extra petita* .

La parte recurrente en este motivo alega que la sentencia recurrida incurre en incongruencia *extra petita* , porque tras estimar la acción declarativa de existencia del contrato, desestima la acción de cumplimiento del mismo, sobre la base de una imposibilidad temporal y un efecto suspensivo del contrato, que no fue planteada por ninguna de las partes.

Añade que la demandante-reconvenida (Ensanche) no planteó, en la demanda, la petición de dejar en suspenso el contrato ni de prorrogar los plazos de ejecución, ni tampoco la imposibilidad temporal, no planteando petición subsidiaria. Estas pretensiones *ex novo* las plantea en el recurso de apelación.

Por la parte recurrida se alega que no se incurre en incongruencia. Que en la sentencia del juzgado se refería la inexistencia de imposibilidad definitiva, al ser la existente pasajera o temporal. Reconoce, la ahora



recurrida, que nunca invocó, en la demanda, la imposibilidad temporal, pero que el tribunal sentenciador no fue incongruente al respetar la *causa petendi* y los hechos alegados por las partes.

CUARTO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

Consta el siguiente suplico en el recurso de apelación de Ensanche Urbano:

«Que, seguido que sea el legal procedimiento, dicte sentencia que revoque la de instancia, y resolviendo sobre la cuestión que es objeto de proceso, estime en su integridad la demanda y declare la extinción de las obligaciones a cargo de la demandante resultantes de la escritura de fecha 11 de abril de 2007 (documento 2), con las modificaciones resultantes de la novación practicada por la escritura de fecha 23 de octubre de 2008 (documento 4), acordando asimismo que las partes deben de proceder a la restitución de las prestaciones efectuadas con sus frutos e intereses, lo que en el caso de la demandante supondrá la restitución de las fincas adquiridas y en el caso de la demandada la restitución de las cantidades percibidas por importe de 1.437.633,30 euros, más los intereses legales procedentes, y de los avales entregados en garantía por la demandante, todo ello con imposición de las costas procesales causadas a la apelada».

De la referida transcripción se deduce que el recurrente en apelación, hoy recurrido, no planteó en el suplico de su recurso la suspensión de los efectos del contrato, lo que sí refirió en la argumentación del mismo.

Sin perjuicio de ello, la resolución recurrida no incurre en incongruencia, dado que para la aplicación del art. 1184 del C. Civil sobre imposibilidad sobrevenida de la prestación, es necesario determinar, en primer lugar, si la imposibilidad es indiscutible, llegando la Audiencia Provincial a la conclusión de que solo era temporalmente inasumible, por lo que se han respetado los cánones de la congruencia (STS 14 de abril de 2011, rec. 1725 de 2007).

QUINTO .- Motivo segundo. Al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , infracción del art. 218.1.º en relación con el art. 412.1 y 456.1 LEC , así como del principio *pendente appellatione, nihil innovetur*, y del art. 24.1 CE .

En este motivo la parte recurrente alega que la parte demandante introdujo en apelación que el máximo pronunciamiento del fallo debería haber sido la estimación parcial haciendo cumplir el contrato lo que debería haber significado, por aplicación de la cláusula citada al inicio, la prolongación de los plazos de cumplimiento de las obligaciones a cargo de mi representada y nunca el abono de las cantidades sustitutorias. Considera la parte recurrente, en síntesis, que esta pretensión debió plantearse en su escrito de demanda, alternativa o subsidiariamente a su pretensión principal, sin que pueda introducirla en apelación alterando el objeto del proceso.

La parte recurrida alegó que no pudo tener en cuenta al redactar la demanda que la sentencia del juzgado fuese a declarar que la imposibilidad de cumplimiento del contrato era meramente temporal, por lo que una vez efectuado por el juzgado dicho pronunciamiento, refirió en su apelación que ello debería conllevar la atribución de un plazo mayor de cumplimiento, siendo ello consecuencia del desarrollo normal del proceso, lo cual no generó indefensión a la recurrida en apelación, pues pudo ser y fue objeto de alegaciones por la apelada.

SEXTO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

Esta Sala en sentencia núm. 803/201 de 9 de marzo ha declarado razonable la modificación de la pretensión, derivada del desarrollo del proceso, lo que denomina «biología de la pretensión procesal», lo que nos lleva a considerar lícito que Ensanche planteara en su recurso de apelación el tema de la imposibilidad temporal, dado que estaba dando respuesta a las argumentaciones que introdujo la sentencia del juzgado de primera instancia, todo ello sin generar indefensión pues pudo ser objeto de contraalegación por la parte recurrida.

SÉPTIMO .- Motivo tercero. Al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , por 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, art. 24.1 CE .

La entidad recurrente alega que la valoración de la prueba que realiza la sentencia recurrida en orden a determinar la culpa del deudor en la imposibilidad es irrazonable, ilógica y arbitraria, porque no tiene en cuenta la condición legal de agente urbanizador de la demandante y omite el hecho probado de que por la misma no ha realizado ninguna actuación desde diciembre de 2009 a septiembre de 2012, plazo en que el proyecto estuvo paralizado, sin que sea lógico ni racional eximir a la actora de responsabilidad en la falta de aprobación de un proyecto del que tiene obligación legal de impulsar y gestionar en su condición de agente urbanizador sin que haya acreditado las actuaciones efectuadas ante el Ayuntamiento en orden a obtener la aprobación de



los instrumentos urbanísticos necesarios para el desarrollo del sector, aun cuando su tramitación y aprobación por ser de derecho público corresponda al Ayuntamiento.

La parte recurrida alega que la encargada de elaborar el texto refundido del proyecto de reparcelación era el Ayuntamiento, por lo que no puede imputarse negligencia a Ensanche.

OCTAVO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

En el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida se declaró:

«La sentencia recurrida, como anteriormente se ha indicado, considera que la demandante ha incurrido en una falta de diligencia, atribuyendo a la misma que el inmueble no haya obtenido la calificación de solar. Sin embargo, como sostiene la parte apelante, de la prueba practicada en el presente proceso no puede afirmarse que el hecho de que la finca litigiosa no haya alcanzado la condición de solar y que por tanto no pueda concederse por el Ayuntamiento la licencia de obras sea imputable a la actora. En el informe emitido por el Ayuntamiento de Peñíscola, (que obra en los autos a los folios 320 a 323), en el que se interesaba entre otras cuestiones, si dependía de la mercantil actora Ensanche que la modificación del proyecto esté pendiente de redacción, se desprende que no dependía de la mercantil demandante la redacción de la modificación del proyecto de reparcelación, habiéndose modificado dicho proyecto por la estimación parcial del recurso presentado por Dña. Ofelia y por las variaciones señaladas en el anterior acuerdo de aprobación adoptado por la Junta de Gobierno Local de 24 de octubre de 2008. Asimismo, concluye el citado informe que para que las parcelas adquieran la condición de solar se requiere la previa ejecución de las obras de urbanización y dotación de servicios, y que el inicio de las obras de urbanización requiere la previa inscripción de la reparcelación en el Registro de la Propiedad, conforme a lo señalado en el convenio urbanístico suscrito y que mientras no se produzca dicha inscripción, que faculte para tener disponibilidad sobre los terrenos y para la posterior formalización del acta de replanteo, no es posible el inicio de las obras, cuyo plazo de ejecución empezaría a contar a partir de la fecha de la firma del acta de replanteo, por lo que, en definitiva, se desprende que no pueda imputarse a Ensanche que las parcelas no han adquirido la condición de solar.

»Se fundamenta la sentencia recurrida para reprochar a la mercantil demandante el que presentara un recurso de reposición contra el acuerdo inicial del proyecto de reparcelación y que no haya acreditado que actuaciones urbanizadoras haya ejecutado, lo que deduce, por aplicación del artículo 304 de la LEC , de la falta de comparecencia al acto del juicio de los representantes legales de la entidad actora a la prueba de interrogatorio.

»La presentación del recurso de reposición formulado por la mercantil demandante contra el acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación ninguna incidencia relevante ha tenido en la tramitación del programa de actuación, al ser desestimado dicho recurso, siendo estimado parcialmente el formulado por Dña. Ofelia , que ninguna relación tiene con la empresa demandante. El proyecto de reparcelación se modificó por la estimación parcial del recurso de reposición formulado por la citada Dña. Ofelia y por las variaciones que, de oficio, acordó el Ayuntamiento».

El razonamiento transcrito de la sentencia recurrida evidencia que no se produce error en la valoración de la prueba, dado que la conducta de Ensanche fue de promoción del mencionado Plan, el cual se retrasó por la actuación de otros propietarios, del Ayuntamiento y con motivo de la recesión económica, lo que motivó su paralización temporal por el Ayuntamiento.

Recurso de casación.

NOVENO .- Motivo primero.- Infracción del art. 1281.1 del Código Civil .

Motivo segundo.- Infracción del art. 1281.2 y 1282 del Código Civil .

La parte recurrente alega en el primer motivo que tanto por la literalidad del contrato como por la intencionalidad de las partes expresada en el contrato y sus actos posteriores y coetáneos, llegada una fecha fija la cesionaria Ensanche Urbano debía cumplir con su obligación, bien entregando la obra, bien satisfaciendo su prestación económica equivalente y que esta facultad de sustituir una obligación por otra se concedió a la cedente en todo caso llegado el plazo máximo sin que, conforme al contrato, la imposibilidad temporal no reprochable a Ensanche tenga los efectos suspensivos de la obligación que le otorga la sentencia recurrida.

La recurrente en el segundo motivo mantiene que el resto de las reglas hermenéuticas contenidas en los artículos 1281.2.º y siguientes del Código Civil , valorando los actos de las partes coetáneos y posteriores al contrato llevan a la misma conclusión, expuesta en el motivo anterior.

DÉCIMO .- Respuesta de la Sala.



Se estiman los motivos.

Entiende el recurrente que cumplidos los plazos de entrega por parte de Ensanche Urbano, debió procederse a la entrega de las prestaciones económicas sustitutorias que fueron pactadas, sin que la existencia de una imposibilidad temporal no reprochable a Ensanche Urbano pudiera beneficiar a esta, pues los plazos fijados fueron preclusivos, abstracción hecha de cualquier otra consideración.

En la transacción de fecha 25 de septiembre 2008 (doc. n.º 8 de la reconvencción) consta:

«A.- Plazos para la entrega del cambio de obra:

»La entrega de la obra se realizará en dos entregas con los siguientes plazos:

» 1º) Plazos para la primera entrega:

»- En el plazo máximo de 3 meses contados desde la inscripción definitiva del Proyecto de Reparcelación en el Registro de la Propiedad Ensanche deberá iniciar las obras de urbanización en el sector.

»- Y en el plazo máximo de 12 meses desde el inicio de las obras de urbanización deberá entregar en las condiciones pactadas 15 parcelas urbanizadas, fijándose como plazo máximo en todo caso, antes del 31 de Diciembre de 2.011.

»2º) Plazos para la segunda entrega:

»- En el plazo de 6 meses contados desde la inscripción definitiva del Proyecto de Reparcelación en el Registro de la Propiedad Ensanche deberá solicitar licencia de edificación de las 10 viviendas unifamiliares de aproximadamente 85 m2 construidos pactadas en la escritura.

»- Y en el plazo máximo de 18 meses desde la obtención de las licencias de obras pertinentes deberá entregar en las condiciones pactadas dichas viviendas, fijándose como plazo máximo en todo caso, antes del 30 de junio de 2012.

»No obstante lo establecido en el presente apartado, dichos plazos podrán verse ampliados únicamente cuando el incumplimiento de la obligación de entrega de las unidades de obra pactadas, se haya producido por causas no imputables a Ensanche. No será en ningún caso fuerza mayor o causa ajena a Ensanche las debidas a incumplimiento por su parte de trámites administrativos y/o normas urbanísticas, de edificación o seguridad en el trabajo, suspendan la obra, impidan la inscripción en el registro de la propiedad del Proyecto de Reparcelación y/o demoren o impidan la concesión de la licencia de edificación u ocupación.

»La mercantil Ensanche Urbano podrá anticipar los plazos de entrega a su conveniencia y Coinsom deberá recibir anticipadamente la obra siempre y cuando cuente con la preceptiva licencia de ocupación y se hallen libres de cargas y gravámenes.

»B.- Incumplimiento de la obligación de entrega de la obra y compensación económica sustitutoria.

»El incumplimiento, total o parcial, de la obligación de entrega de las unidades de obra en las condiciones y plazos pactados, facultará a Coinsom, a exigir el cumplimiento de la exacta obligación de entrega más una indemnización por retraso de 150 euros por día, o bien a sustituir dicha obligación de entrega por una compensación económica que se fija desde ahora en su conjunto en dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil ochocientos euros (2.449.800.-€), por lo que la primera entrega parcial podrá ser sustituida por una compensación económica de ochocientos dieciséis mil seiscientos euros (816.600.-€) y la segunda entrega por un millón seiscientos treinta y tres mil doscientos euros (1.633.200.-€). Para que opere dicha sustitución económica de la obligación de entrega bastará el vencimiento del plazo fijado y la simple notificación por cualquier medio que deje constancia a Ensanche del ejercicio de la opción. Está facultad corresponde únicamente a Peñispark. Ensanche deberá pagar la compensación económica en el plazo de quince días desde la notificación».

Mediante dicho documento transaccional Coinsom desistió del juicio cambiario que había formulado contra Ensanche Urbano en virtud de los pagarés que esta había entregado para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. En dicha transacción se refería que era «la voluntad de las partes garantizar la indemnidad para las cedentes de la renuncia a los avales bancarios de tal modo que siempre reciban la obra o su contraprestación económica».

Esta Sala debe declarar que se ha efectuado una interpretación ilógica de los acuerdos contractuales que provocan por parte del tribunal de apelación, que se deje sin respuesta efectiva y suspendido *sine die* el cumplimiento del contrato.



En el documento transaccional antes transcrito las partes ponen el acento en la obligación de Ensanche de hacer frente a la compensación económica sustitutoria para dar cumplimiento al contrato, en el caso de no respetar los plazos de entrega de la obra.

Por parte de Coinsom se facilitó una prórroga de los plazos, la retirada de los pagarés del juicio cambiario, su sustitución, la renuncia a los avales y a cambio de ello y para preservar su indemnidad se le garantizaba, al menos la contraprestación económica pactada, pues como refiere la transacción «de tal modo que siempre reciban la obra o su contraprestación económica».

Por tanto, las consecuencias de la imposibilidad temporal de la prestación que se declara en las sentencias de ambas instancias, no pueden recaer en Coinsom, dados los estrictos términos en los que las partes pactaron sus obligaciones de entrega y la sustitución por una prestación complementaria.

Estimados los mencionados motivos de casación y asumiendo la instancia, esta Sala confirma, por los fundamentos de la presente resolución el fallo de la sentencia del Juzgado, dejando sin efecto el pronunciado por la Audiencia Provincial.

UNDÉCIMO .- Motivo tercero.- Infracción del art. 1184 del Código Civil y jurisprudencia que lo aplica en relación a los arts. 1104 y 1105 del Código Civil : diligencia exigible al deudor.

Motivo cuarto.- Infracción de los arts. 1131 , 1132 , 1133 , 1134 , 1135 y 1136 del Código Civil .

Motivo quinto.- Infracción del art. 1256 del Código Civil .

La parte recurrente alega en síntesis, que para apreciar la imposibilidad de cumplimiento que libera al deudor, la jurisprudencia exige que éste observe la debida diligencia haciendo todo lo posible para vencer la imposibilidad (SSTS 14 y 15 de febrero de 1994) y en el presente caso consta acreditado que durante tres años el proyecto está pendiente de redacción y aprobación, sin que la cedente, que es agente urbanizador ni siquiera dirija una instancia al Ayuntamiento solicitando el cumplimiento de los trámites, sin que tampoco la falta de inscripción del proyecto de reparcelación sea causa de fuerza mayor o caso fortuito, según se pactó en el contrato y además se desprende de la ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el motivo cuarto, considera infringidos los preceptos referidos por la sentencia recurrida, que estima que la imposibilidad temporal de realizar y entregar la obra no imputable a la deudora deja en suspenso la obligación de pago de la prestación económica sustitutoria fijada en el contrato. Considera que no cabe suspensión temporal de la obligación «in natura», aun cuando esta sea imposible, si se ha previsto la prestación por equivalencia en el contrato, obligación alternativa, facultativa del acreedor y a cuyo cumplimiento sin embargo no condena la sentencia recurrida.

En el motivo quinto la mercantil recurrente alega en síntesis, que la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida haciendo depender el cumplimiento de la obligación de la adquisición de la condición de solar, sin hacer depender a su vez esta condición de la actuación diligente de la actora de la sentencia, supone dejar la validez y el cumplimiento del contrato a la voluntad de la cedente, Ensanche Urbano, con infracción del citado artículo 1256 del Código Civil .

DUODÉCIMO .- Respuesta de la Sala.

No procede entrar en el análisis de los motivos tres, cuatro y cinco, al haberse estimado el recurso en virtud de los dos primeros motivos.

DECIMOTERCERO .- Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 394 y 398 LEC).

No se imponen las costas de la casación.

Se imponen a Ensanche Urbano las costas derivadas de la desestimación de su demanda, se le imponen las relativas a la estimación de la reconvencción y también, las costas de la apelación.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación y desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Coinsom 2005 S.L. contra sentencia de 1 de abril de 2014 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón . **2.º**- Se casa la sentencia recurrida y asumiendo la instancia se ratifica el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vinarós, dictada en el PO 814/2011. **3.º**- Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. **4.º**- No se imponen las costas de la



casación. 5.º- Se imponen a Ensanche Urbano S.A. las costas derivadas de la desestimación de su demanda, se le imponen las relativas a la estimación de la reconvencción y también, las costas de la apelación. 6.º- Se acuerda la devolución del depósito para recurrir en casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto. Firmado y rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ