



Roj: STS 5486/2013  
Id Cendoj: 28079110012013100661  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1990/2011  
Nº de Resolución: 705/2013  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó en concepto de parte recurrente el procurador D. Arturo Molina Santiago, en nombre y representación de D. Lorenzo ; siendo parte recurrida la procuradora Dª. María Teresa de las Alas Pumariño Larrañaga, en nombre y representación de Dª Ana y Dª Caridad .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- 1.- El procurador D. Francisco Javier Alvarez Riestra, en nombre y representación de Dª Caridad y Dª Ana , interpuso demanda de juicio ordinario contra Promociones Parqueapardiel S.L., D. Romualdo , D. Lorenzo , D. Teofilo , D. Jose Augusto y Dª Florinda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia estimando la demanda, por que se declare 1º.- Se condene a PROMOCIONES PARQUEAPARDIEL S.L, a DON Romualdo y DON Lorenzo , con carácter PRINCIPAL, a indemnizar a las actoras, en la cantidad de 129.249,77 Euros, más el precio medio mensual de alquiler de las mensualidades que se devenguen hasta el efectivo cumplimiento de pago; o subsidiariamente, se condene a los mismos, a abonar a mis mandantes, en la cantidad de 187.816,28 Euros. 2º.- Se condene a TODOS LOS CODEMANDADOS, de forma solidaria y conjunta, con carácter PRINCIPAL, a indemnizar a las actoras, en la cantidad de 139.735,23 Euros; o subsidiariamente en la cuantía de 64.608,72 euros. 3º.- Se decrete, en cualquier caso, respecto a las cuantías definitivas que se reconozcan, el devengo de los correspondientes intereses legales y moratorios que se determinen en ejecución de sentencia, respecto a cada uno de los codemandados, a devengar desde la fecha de la escritura de compraventa celebrada entre la mercantil demandada y los codemandados Don Jose Augusto y Doña Florinda . 4º.- Todo ello, con expresa imposición de las costas del procedimiento a los codemandados, en función de las cuantías ejercitadas respecto a cada uno de ellos, y aún cuando las cuantías estimadas en sentencia no sean plenamente conformes al petitum de la presente demanda, por considerar que en el presente supuesto, existe mala fe y temeridad manifiesta de los codemandados.

2.- El procurador D. Rafael Cobián Gil Delgado, en nombre y representación de D. Jose Augusto y Dª Florinda , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a D. Jose Augusto y Dª Florinda de las peticiones formuladas contra ellos, con expresa imposición de costas.

3 .- La procuradora Dª Purificación Marcos Gegunde, en nombre y representación de D. Romualdo , de D. Lorenzo , D. Teofilo , Promociones Parqueapardiel, S.L. contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas a las demandantes.

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 18 de mayo de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que desestimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. *Alvarez Riestra a instancia de D<sup>a</sup> Caridad y D<sup>a</sup> Ana , contra la entidad mercantil Promociones Parqueparciel, S.L., D. Romualdo , D. Lorenzo , D. Teofilo debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de las pretensiones deducidas en su contra en la presente demanda, y estimando parcialmente la demanda interpuesta por el referido Procurador en la representación dicha contra D. Jose Augusto y D<sup>a</sup> Florinda , debo condenar y condeno a los referidos demandados a que abonen a las demandantes D<sup>a</sup> Caridad y D<sup>a</sup> Ana , cantidad de 6.000.000 euros (seis mil euros), cantidad que devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la interposición judicial (21 de Mayo de 2009).- Las costas del presente procedimiento se declaran de oficio*

**SEGUNDO .-** Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de la parte demandante y por los demandados Promociones Parqueapardiel, S.L., Romualdo y D. Lorenzo , la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 8 de abril de 2011 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Con estimación parcial de los recursos de D<sup>a</sup> Caridad y D<sup>a</sup>. Ana y total de los de D. Pelayo , D. Jose Augusto y D<sup>a</sup> Florinda , frente a la sentencia dictada en procedimiento ordinario nº 855/2009, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Oviedo, debemos, revocándola, estimar en parte la demanda de D<sup>a</sup> Caridad y D<sup>a</sup>. Ana , frente a PROMOCIONES PARQUEAPARDIEL SL, D. Romualdo y D. Lorenzo y los condenamos, conjunta y solidariamente, a que paguen CIENTO VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE #, con SETENTA Y SIETE céntimos (129.249,77), más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda. Se imponen las costas causadas por la traída al procedimiento de D. Pelayo , D. Jose Augusto y D<sup>a</sup> Florinda a las demandantes. No se hace declaración sobre las restantes causadas en la primera instancia. Se imponen las costas de la alzada a los recurrentes, D. Romualdo y D. Lorenzo , cuyas impugnaciones son desestimadas, y no se hace declaración de las ocasionadas por los recursos que son estimados parcial o totalmente. En fecha 7 de junio de 2011 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es la siguiente: se aclara la sentencia dictada con el número 196/2011, con fecha ocho de abril último en el siguiente sentido: primero.- En los fundamentos quinto y sexto y en la parte dispositiva, donde figura D . Pelayo , deberá decir DON Teofilo . Segundo.- Las costas causadas en la alzada a D. Teofilo y a D<sup>a</sup> Florinda y D. Jose Augusto , se imponen a las demandantes, pues su recurso se desestima íntegramente frente a ellos.

**TERCERO .- 1 .-** El procurador D. Jorge Luis Hevia Claverol, en nombre y representación de D. Lorenzo , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO .-** Al amparo de lo dispuesto en los artículos 477.1 y 477.2.2º por infracción de lo dispuesto en los artículos 1089 , 1091 , 1100 , 1101 , 1143 , 1147 , 1156 , 1256 , 1281 y 1282 del Código civil . **SEGUNDO .-** Al amparo de lo dispuesto en los artículos 477.1 y 477.2.2º por infracción de lo dispuesto en los artículos 1822 , 1827 , 1835 , 1847 y 1851 del Código civil . **TERCERO .-** Inadmitido.

2.- Por Auto de fecha 3 de julio de 2012, se acordó ADMITIR EL MOTIVO PRIMERO Y SEGUNDO DEL RECURSO DE CASACIÓN Y NO ADMITIR EL MOTIVO TERCERO interpuesto por la representación procesal de D. Lorenzo y dar traslado a la parte recurrente para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la procuradora D<sup>a</sup>. María Teresa de las Alas Pumariño Larrañaga, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Ana y D<sup>a</sup> Caridad , presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de octubre de 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Los antecedentes fácticos del presente caso deben ser concretados a lo que se plantea en el recurso de casación, pues las cuestiones de hecho y de derecho discutidas en la instancia son mucho más abundantes y complejas que las del recurso. En éste se presenta la cuestión del incumplimiento de la promotora en cuanto al plazo de entrega y en cuanto a la corrección de la cosa entregada, en relación con el aval recurrente.

El punto de partida de todo el proceso es el precontrato de opción de compra, de 13 octubre 2001 por el que las demandantes en la instancia y parte recurrida en casación, D<sup>a</sup> Caridad y D<sup>a</sup>. Ana y otros, como

propietarios de una finca otorgan opción de compra de la misma a "Promociones Kaledat, S.L." que más tarde transmite sus derechos a la entidad codemandada PROMOCIONES PARQUEAPARDIEL, S.L. por un plazo y unas cláusulas que conducen al contrato definitivo de compraventa en escritura pública de 2 abril 2003: la finca está bien determinada y el precio se compone de una primera cantidad que se pagó al celebrar la opción de compra, una segunda que se abonó en el momento de la escritura y una tercera cantidad que se abonará en especie, viviendas y locales, de la cual le corresponde a las dos demandantes una vivienda a construir; ésta es la cuestión que fue controvertida. En un documento posterior, sin fecha, se concreta el "compromiso de cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de permuta" y se hace constar que:

*A Caridad y Ana les corresponde por mitad y proindiviso el piso NUM000 modelo F2 y la plaza de garaje y trastero que se describirá y escogerá una vez realizada la obra nueva y división en propiedad horizontal.*

**SEGUNDO** .- Debe advertirse que, conforme al artículo 1446 del Código civil (y sentencias de 6 abril 2001 y 19 junio 2002 ) el contrato que fue celebrado entre las partes no es de permuta como a veces lo denominan, sino de compraventa ya que el precio en especie - *en otra cosa*, dice este artículo- es de valor muy inferior -así consta en el contrato- que la pactada en dinero y no aparece *intención manifiesta* de las partes en calificar el contrato como permuta.

La sentencia la Audiencia Provincial, Sección 1ª, de Oviedo, de 8 abril 2011 , revocando la de primera instancia, advierte que lo único que se discute en apelación es la obligación de entrega que les corresponde a las demandantes. Declara probado que no se cumplió en el plazo previsto y que nunca se entregó en especie el piso con garaje y trastero en el edificio levantado en la finca propiedad de las actoras.

Las demandantes exigen la indemnización de daños y perjuicios ya que, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial, *"las actoras son conscientes de la imposibilidad de hacer tal petición (pedir la entrega del piso) una vez transmitida la propiedad a otros compradores y lo que hacen es reclamar la indemnización de daños y perjuicios con apoyo en lo pactado en el compromiso"* .

Por ello y, con respecto a lo que aquí se plantea, la sentencia ha condenado a la promotora PROMOCIONES PARQUEAPARDIEL, S.L. y a los avalistas don Romualdo (los dos se han aquietado a la condena) y don Lorenzo el cual ha formulado el presente recurso de casación.

**TERCERO** .- El *recurso de casación* lo ha formulado el codemandado don Lorenzo , avalista respecto a las obligaciones de la compradora conforme al "compromiso de cumplimiento de obligación derivadas del contrato de permuta" como así lo denominan las partes, de común acuerdo y al que se ha hecho referencia anteriormente.

El *primero de los motivos* se ha formulado por infracción de una serie de artículos no sólo heterogéneos, sino algunos contradictorios entre sí, ya que no pueden alegarse normas sobre cumplimiento del contrato, incumplimiento por mora y su efecto indemnizatorio, solidaridad, *necessitas* esencia de la obligación, e interpretación en sus distintas clases, sin distinguir. Tal como recuerda la sentencia de 7 mayo de 2013 :

*Ese es el error en que incurre el presente recurso de casación. En ambos motivos mezcla preceptos heterogéneos ...como si esta Sala hubiera de buscar, entre todo el cúmulo, cuál es la norma concreta que ha infringido el Tribunal a quo. Es reiteradísima la jurisprudencia que ha dicho e insistido que no cabe como motivo de casación la cita de preceptos heterogéneos ( sentencias de 29 diciembre 2011 , 29 noviembre 2012 , 26 diciembre 2000 12 , 1 de marzo de 2013 , 19 abril 2013 ) ni de preceptos generales, como el 1255 ( sentencia de 17 junio 2011 ), 1256 ( sentencia de 20 octubre 2011 ), 1258 (19 abril 2013 ), 1091 (22 enero 2010 , 3 noviembre 2010 , 31 octubre 2012 ) .*

Además de lo anterior, verdadera causa de inadmisión del motivo, tampoco se puede estimar por varias razones. En primer lugar, se hace hincapié en la intimación que exige el Código civil para constituir al deudor en mora, pero en el presente caso esto no se plantea, ya que no se trata de un retraso culpable en el cumplimiento de la obligación -que es el concepto de mora- sino que se ha acreditado un incumplimiento de la misma por no respetar el plazo pactado, como así se ha probado y así se ha declarado por la sentencia de instancia que dice: *"... el plazo vencía el 2 octubre 2006 y en aquella fecha la obra no estaba terminada"* . En segundo lugar, la entrega no fue la correcta e incluso la promotora se ofreció a iniciar negociaciones para indemnizar a la compradora "en equivalencia".

En definitiva, en este motivo el recurrente pretende convencer que no se ha producido incumplimiento por parte de la promotora, por lo que no produce efecto el aval. No es así, partiendo de los hechos probados que declaran las sentencias de instancia y aplicando la normativa sobre la obligatoriedad del contrato, *lex*

*contractus* y de los pactos que en él se encuentran, *pacta sunt servanda*, conforme a los artículos 1091 y 1255 del Código civil, por lo cual las demandantes tienen derecho a exigir indemnización por el incumplimiento en cuanto al plazo y en cuanto al objeto de la obligación de entrega.

**CUARTO** .- El *segundo de los motivos* de recurso de casación incurre en el mismo error que el anterior en cuanto enumera como infringidos una serie heterogénea de preceptos relativos al contrato de fianza sin que se concrete donde se halla la infracción.

En el desarrollo del motivo se insiste en que "no ha habido incumplimiento de la obligación principal" (*sic*) y ya se ha dicho en el fundamento anterior al resolver el motivo primero que sí lo hubo y negarlo significa hacer supuesto de la cuestión, lo que no se admite en casación (sentencias de 2 julio 2009, 4 abril 2012, 19 abril 2013, 11 julio 2013), sino que se ha de partir de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, sin pretender la negación de las mismas o la existencia de otros.

Además, se mantiene en este motivo una novación del contrato que no existe. La novación, en su concepto jurídico, es la extinción de la obligación por el nacimiento de otra. Se habla impropia y erróneamente de "novación modificativa" cuando se introducen cambios en un contrato. Pero en el presente caso, no se produce ni una ni otra. La novación, como tal, exige el concurso de voluntades de los contratantes y no consta ni se ha probado que las demandantes compradoras aceptaran una modificación, que se refería exclusivamente a una rectificación en el objeto del contrato (una vivienda de menor tamaño que la pactada) "*modificación forzada*" dice la sentencia de instancia, que nunca fue aceptada por las compradoras demandantes.

**QUINTO** .- Por todo ello, se desestiman los motivos del recurso de casación. Pese a que pudieran haber sido inadmitidos, como dice la parte recurrente en su escrito de oposición al recurso, se ha preferido tratarlos como desestimación, ya que las causas de inadmisión devienen causas de desestimación en este momento procesal.

En consecuencia, debe declararse no haber lugar al recurso, con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## FALLAMOS

**1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION** formulado por la representación procesal de D. Lorenzo, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, en fecha 8 de abril de 2011, que SE CONFIRMA.

**2.-** Se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso.

**3.-** Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.