



Roj: **STS 1623/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1623**

Id Cendoj: **28079110012021100247**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/05/2021**

Nº de Recurso: **838/2016**

Nº de Resolución: **261/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AL 89/2016,**  
**STS 4091/2018,**  
**ATS 12055/2019,**  
**STS 1623/2021**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 261/2021

Fecha de sentencia: 06/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 838/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 838/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 261/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán



D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 6 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2016, dictada en recurso de apelación 188/2015, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, dimanante de autos de juicio ordinario 748/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad Venysan S.A., representada en las instancias por la procuradora Dña. Magdalena Izquierdo Ruiz de Almodóvar, bajo la dirección letrada de D. Ramón I. Pascual Guirao, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Isabel Julia Corujo en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Rema-Luz S.L., representado por el procurador D. Ramón Blanco Blanco, bajo la dirección letrada de D. Luis Durbán Puig.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** La entidad mercantil Venysan S.A., representada por la procuradora Dña. Magdalena Izquierdo Ruiz de Almodóvar y asistida del letrado D. Francisco J. Mejía Ruiz, interpuso demanda de juicio ordinario de resolución de contrato de compraventa contra la entidad mercantil Rema-Luz S.L. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que: A) Se declare resuelta la compraventa suscrita entre las partes en escritura pública de fecha 15 de diciembre de 2006, ante el notario de Almería D. Jerónimo Parra Arcas de julio de 2002, de las fincas registrales: finca registral 9672, inscrita al tomo 193, libro 171, folio 113 del Registro de la Propiedad núm. 4 de los de Almería. Finca Registral 9674, inscrita al tomo 193, libro 171, folio 114 del Registro de la Propiedad núm. 4 de los de Almería y finca registral 9676, inscrita al tomo 193, libro 171, folio 115 del Registro de la Propiedad núm. 4 de los de Almería y en su consecuencia, se anulen en el Registro de la Propiedad las inscripciones de las fincas objeto de la compraventa efectuadas a favor de la demandada Rema-Luz, S.L., y cualquier otra posterior y se ordene nueva inscripción a favor de la demandante Venysan S.A. y cuanto hubiera lugar, en ejecución de sentencia para que las fincas anteriormente dichas y que han sido objeto de la compraventa, vuelvan a la titularidad de la demandante.

"B) Se estime correcto y aplicable el cobro de la penalización acordada entre las partes y ya cobrada por ejecución del aval bancario prestado.

"C) Se condene a la demandada al pago de las costas causadas".

**2.-** El demandado Remaluz S.L., representado por la procuradora Dña. Francisca Barea Fernández y bajo la dirección letrada de D. Eugenio A. Peralta Toscano, contestó a la demanda e interpuso demanda reconvenzional.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación Y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que se desestime, íntegramente la demanda declarando improcedente la resolución del contrato de permuta formalizado en escritura pública otorgada en fecha 14 de diciembre de 2006, así como la ejecución del aval por importe de 1.400.000 euros concertado por esta parte con la entidad bancaria Cajamar, Caja Rural, SCC, condenando a la actora a la devolución de su importe con los intereses correspondientes desde su ejecución y hasta su total reintegro; y estimando prorrogado el contrato por tres años de conformidad con la cláusula octava del mismo, a cuyo efecto deberán las partes fijar día y hora para el intercambio de avales y novación del contrato en la notaría.

"2) Subsidiariamente, para el caso de que se entienda que la cláusula resolutoria del referido contrato de fecha 14 de diciembre de 2006 contenía un plazo esencial, se declare la inexistencia de incumplimiento imputable a esta parte, declarando resuelto el meritado contrato, y la preceptiva devolución de las prestaciones entre las partes (la titularidad de las unidades de aprovechamiento descritas en el expositivo I de la escritura por parte de Remaluz, S.L. a Venysan, S.A. y la devolución del IVA por importe de 640.000.00 euros por parte de Venysan S.A. a Remaluz S.L.) a la vez que improcedente la operatividad de la cláusula penal ejecutada por Venysan S.A. condenando a esta a la restitución del importe indebidamente cobrado (1.400.000 euros) más los intereses legales desde su ejecución y hasta su total reintegro.



"3) Y todo ello, con expresa condena en costas a Venysan S.A. por su mala fe tanto en la resolución del contrato como en la ejecución de la garantía por importe de 1.400.000 euros a sabiendas de la inexistencia de incumplimiento por parte de mi mandante".

E interpuso demanda reconvenicional manifestando los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia en la que:

"Para el caso de que se estime la resolución del contrato de permuta formalizado mediante escritura pública de fecha 14 de diciembre de 2006, se condene a la actora, Venysan S.A., a restituir a mis mandantes el importe percibido por el concepto de IVA por el referido negocio, esto es, 640.000,00 euros, junto con sus intereses legales desde la firma de la escritura pública y hasta su total liquidación más las costas".

**3.-** Venysan S.A., a través de su representación procesal la procuradora Dña. Magdalena Izquierdo Ruiz de Almodóvar, contestó a la demanda reconvenicional oponiéndose a la misma y solicitando se dicte sentencia:

"Desestimando la demanda reconvenicional, y se proceda a absolver a mi representada de las pretensiones aducidas por la parte demandada reconviniendo con expresa condena en costas a la misma, por su temeridad a la hora de interponer esta demanda reconvenicional".

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería se dictó sentencia, con fecha 4 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Sra. Izquierdo Ruiz de Almodóvar, en nombre y representación de la entidad Venysan S.A. contra la mercantil Rema-Luz S.L., debo declarar y declaro.

"1.- La resolución del contrato suscrito entre Rema-Luz S.L. y Venysan S.A. en fecha 15 de diciembre de 2006, ante el notario de Almería D. Jerónimo Parra Arcas y consecuentemente se anulen en el Registro de la Propiedad las inscripciones de las fincas objeto del mismo (1. Aprovechamiento urbanístico de 5.179,92 unidades de aprovechamiento, de las cuales 3.645 son a materializar en el sector SUP-AMA-01/802 y 1.534,92 unidades son a materializar en el sector SUP-AMA- 04/802. Finca registral núm. 9672 del Registro de la Propiedad núm. 4 de Almería. 2. Aprovechamiento urbanístico de 6.977,12 unidades de aprovechamiento a materializar en el sector SUP-AMA-01/802. finca registral núm. 9674 del Registro de la Propiedad núm. 4 de Almería. 3. Aprovechamiento urbanístico de 705,15 unidades de aprovechamiento a materializar en el sector SUP-AMA-04/802. Finca registral núm. 9676 del Registro de la Propiedad núm. 4 de Almería) efectuadas a favor de Rema-Luz S.L. y cualquier otra posterior y se ordene nueva inscripción a favor de Venysan S.A.

"2.- Correcto el cobro de la penalización acordada entre las partes y ya cobrada por la entidad Venysan S.A. por ejecución del aval bancario por importe de 1.400.000 euros.

"3., Todo ello con imposición de costas a la entidad demandada.

"Que desestimando íntegramente el escrito de demanda reconvenicional presentado por la procuradora Sra. Barea Fernández en nombre y representación de Rema-Luz, S.L., contra la mercantil Venysan, S.A., debo absolver y absuelvo a esta última de todas las pretensiones formuladas en su contra. Todo ello con imposición de las costas de la demanda reconvenicional a Rema-Luz, S.L."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería dictó sentencia, con fecha 12 de enero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que con estimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia 158/2014, de 4 de noviembre, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Almería en autos de juicio ordinario 748/2012 del que deriva la presente alzada,

"1.- Revocamos la expresada resolución que dejamos sin efecto.

"2.- En su sustitución, desestimamos la demanda presentada por Dña. Magdalena Izquierdo Ruiz de Almodóvar en nombre y representación de Venysan S.A., absolviendo, en consecuencia, a Rema Luz S.L. de las pretensiones formuladas en su contra.

"3.- Estimamos parcialmente la reconvenición formulada por Dña. Francisca Barea Fernández, en nombre y representación de Rema Luz S.A.

"4.- En consecuencia, condenamos a Venysan S.A. al pago a Rema Luz S.A. de un millón cuatrocientos mil euros (1.400.000.-€), más los intereses legales desde la presentación de la reconvenición.



"5.- Desestimamos la reconvenición en todo lo demás.

"6.- Con imposición de las costas originadas en primera instancia al actor.

"7.- Sin imposición de costas en esta instancia".

**TERCERO.- 1.-** Por Venysan S.A. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.º de la LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, más concretamente del deber de congruencia de la misma con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, conforme exige el art. 218.1 del citado texto legal con carácter general, así como su art. 465.5, específicamente para las resolutorias de la segunda instancia.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4.º de la LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de nuestra Constitución y, más concretamente, del derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

Motivo tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4.º de la LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de nuestra Constitución.

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción del art. 1255 del CC, y del principio general del derecho *pacta sunt servanda* del que es expresión el art. 1091 del CC y su interpretación jurisprudencial, puesto en conexión con la interpretación y aplicación de las estipulaciones séptima y octava del contrato de permuta de fincas por obra futura suscritos entre Venysan S.A., como cedente, y Rema-Luz S.L., como cesionaria, que establecen una condición resolutoria explícita con cláusula penal cuyo supuesto de hecho es la falta de entrega de la contraprestación contraída por Rema-Luz S.L. en el plazo y forma pactada.

Motivo segundo.- Infracción de lo dispuesto en el art. 56 del Código de Comercio, con relación a su art. 1152 del Código Civil -que lo complementa, conforme al art. 2 y 50 del Código de Comercio- y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta; en cuanto a reguladores de la facultad del perjudicado de optar por la resolución del contrato para el caso de que la contraparte incurra en un incumplimiento esencial del mismo, sin que quepa la rehabilitación del contrato tras la notificación efectuada a tal efecto.

Motivo tercero.- Infracción del art. 1124 del Código Civil, con relación a su art. 1504 -que lo complementa- y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta; en cuanto a reguladores de la facultad del perjudicado de optar por la resolución del contrato para el caso de que la contraparte incurra en un incumplimiento esencial del mismo, sin que quepa la rehabilitación del contrato tras la notificación efectuada a tal efecto.

Motivo cuarto.- Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al mutuo disenso (como causa de extinción de las obligaciones), por resultar absolutamente inaplicable al caso que nos ocupa.

Motivo quinto.- Infracción, por indebida aplicación, del art. 1105 del CC, y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, sobre la pretendida consideración de la falta de aprobación del planeamiento urbanístico como imposibilidad sobrevenida.

Motivo sexto.- Infracción, por indebida aplicación, de los arts. 1182 y 1184 del Código Civil, sobre la inadecuada consideración de pérdida o imposibilidad física o legal de la prestación del deudor.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de junio de 2018, se acordó admitir los recursos interpuestos extraordinario por infracción procesal y de casación, entendiendo que no constaba parte recurrida personada, y siguiendo los trámites correspondientes se dictó sentencia en fecha 4 de diciembre de 2018, notificada a la parte recurrente personada, devolviéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial.

**2.-** Seguidamente, al notificar la Audiencia las resoluciones correspondientes, la representación procesal de la contraparte Rema-Luz S.L. promovió incidente de nulidad de actuaciones, alegando y acreditando que había comparecido ante este Tribunal en tiempo y forma, y, tras su trámite, por auto de 12 de noviembre de 2019 se declaró la nulidad de las actuaciones practicadas en la sustanciación del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal retrotrayéndose las mismas a la diligencia de ordenación de 11 de abril de 2016, en la que se pasaban las actuaciones a la Sala de Admisión, anulándose lo posterior realizado, incluyendo la sentencia de 4 de diciembre de 2018, y teniendo por personado como parte recurrida a Rema-luz S.L., y ordenando continuar la tramitación de los recursos interpuestos pasando nuevamente las actuaciones a la Sala de Admisión.



- 3.- La Sala de Admisión, por auto de fecha 19 de febrero de 2020, acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.
- 4.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador D. Ramón Blanco Blanco, en nombre y representación de la entidad Rema-Luz S.L., presentó escrito de oposición a los mismos.
- 5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 24 de junio de 2020, suspendiéndose al haberse recusado el magistrado ponente y resuelta la misma se volvió a señalar para el 14 de abril de 2021, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes.*

Se presentó demanda por la entidad Venysan, S.A. en la que interesaba la resolución del contrato de permuta por obra futura suscrito entre las partes en escritura pública de fecha 14 de diciembre de 2006 y, en consecuencia, la anulación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones de las fincas registrales efectuadas con ocasión de dicha transmisión a favor de la demandada Rema-Luz S.L., ordenando nueva inscripción a favor de la demandante Venysan S.A. para que tales fincas volviesen a la titularidad de la demandante. También solicitaba que se declarase ajustada a derecho el cobro de la cláusula penal establecida en el contrato y que había sido satisfecha a la demandante por la entidad Cajamar a través de la ejecución del aval bancario que había sido constituido por la demandada con ocasión del contrato litigioso.

La demandada contestó a la demanda oponiéndose, formulando al mismo tiempo una demanda reconvenzional de carácter subsidiario para el caso de que fuera estimada la demanda principal.

Las peticiones del suplico de la contestación son: -que se desestimase la demanda, declarando improcedente la resolución del contrato, así como la ejecución del aval por importe de 1.400.000 euros, condenando a la actora a la devolución de su importe y estimando prorrogado el contrato por tres años de conformidad con la cláusula octava del mismo; -subsidiariamente, para el caso de que se entienda que la cláusula resolutoria del contrato contenía un plazo esencial se declare la inexistencia de incumplimiento imputable a esta parte, declarando resuelto el contrato, con devolución de las prestaciones y la improcedente operatividad de la cláusula penal, con devolución de su importe;- y todo ello con imposición de costas.

La demanda reconvenzional se vinculaba a la estimación de la demanda principal y solicitaba la condena de la actora a restituir a la demandada el importe percibido en concepto de IVA por el referido negocio (640.000 euros) junto con sus intereses legales.

En primera instancia se estimó íntegramente la demanda y se declaró: 1. La resolución del contrato y, en consecuencia, la anulación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones de las fincas registrales efectuadas con ocasión de dicha transmisión a favor de la demandada Rema-Luz, S.L., 2. Correcto el cobro de la penalización acordada entre las partes y ya cobrada por la entidad Venysan y 3. Con imposición de costas a la demandada.

Consideró probado que la demandada había incumplido el plazo, configurado como elemento esencial del contrato, de entrega de la construcción a que se había comprometido, siendo irrelevantes las causas a los efectos de la resolución del contrato. Entiende que no procedía tampoco la prórroga del contrato de permuta. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del contrato de permuta, se está a lo previsto en la estipulación séptima que prevé la resolución del contrato sin necesidad de requerimiento, con restitución de la propiedad de las fincas transmitidas, pérdida de las cantidades entregadas hasta ese momento y el pago de la penalización de 1.400.000 euros acordada entre las partes y ya cobrada al ejecutar el aval entregado al efecto. Se desestimó la reconvencción absolviendo a la actora de las pretensiones formuladas con imposición de costas a Rema Luz S.L.

Recurrida en apelación por la demandada, esta expuso en la alegación tercera sus posiciones, manifestando que "acepta expresamente la declaración del juzgador de estimar la primera petición de la demanda y, en consecuencia, se aquieta ante la declaración de la resolución del contrato de permuta integrante del pronunciamiento n.º 1 del fallo, el cual queda fuera del objeto material de este recurso de apelación". Añade que "desiste esta parte de las pretensiones ejercitadas en la demanda reconvenzional dado que la cuota tributaria del IVA pagada a Venysan S.L. es de origen y naturaleza legal". De esta forma continúa "el presente recurso se interpone frente al pronunciamiento de la sentencia distinguido en el fallo con el número 2 y con el número 3". Concretando en el suplico que con revocación de la sentencia de primera instancia se dicte nueva sentencia por la que se declare la ineficacia e inaplicación de la cláusula penal o a lo sumo, alternativamente se modere,



cuantificando la pena en un 10% (140.000 euros), condenando a la actora a restituir el resto de lo percibido; se declare la inexistencia de incumplimiento imputable a la demandada; se declare que ante la inexistencia de pagos a cuenta no ha lugar a pronunciar condena en este sentido y ello con la declaración de que respecto al pago del IVA las partes estarán a lo dispuesto en la ley reguladora del IVA y en todos estos casos, con estimación parcial de la demanda cada parte deberá satisfacer las costas causadas.

En la Audiencia Provincial se estimó el recurso de apelación y se revocó la sentencia de primera instancia dejándola sin efecto y, en su sustitución se desestimó la demanda principal y se estimó parcialmente la reconvencción y, en consecuencia, se condenó a Venysan a pagar a Rema-Luz S.A. 1.400.000 euros, más los intereses legales desde la presentación de la demanda, desestimando la reconvencción en todo lo demás. Se impusieron las costas de primera instancia al actor y a ninguna de las partes en segunda instancia.

Estimó que las peticiones contenidas en el suplico de la contestación deben considerarse como reconvencción implícita y ciñó la cuestión a la interpretación de los términos del contrato, llegando a la conclusión tras analizar sus estipulaciones que la no aprobación en plazo de la urbanización convirtió el objeto en imposible y así lo reconocían las partes, considerando la sala que no hubo incumplimiento del demandado y que la ejecución del aval fue incorrecta, desestimando en consecuencia la demanda. Estimó la condena a la devolución del aval conforme a lo solicitado en el suplico de la contestación y rechazó lo demás solicitado en el suplico de la contestación, así como la demanda reconvenccional.

La parte actora interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de varios motivos. El motivo primero, al amparo del art. 469.1.2 LEC, por infracción del art. 218.1 y 465.5 LEC, al haber infringido la sentencia recurrida el deber de congruencia, desatendiendo los términos en que quedó fijado el debate por las siguientes causas:

Primera: La sentencia recurrida entra a conocer sobre extremos que han sido consentidos por las partes al no haber sido objeto de impugnación en una doble vertiente:

- Por un lado, desatiende pronunciamientos judiciales que habían ganado firmeza al haber sido consentidos por la demandada al no incluirlos como objeto de su recurso de apelación. Entre los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que quedaron fuera de la apelación se encuentran la resolución del contrato interesada en la primera pretensión de la demanda principal y los de la que desestimaban la demanda reconvenccional y condenaba a la demandada a abonar las costas de la demanda reconvenccional, mostrando su desacuerdo en el recurso de apelación con el pronunciamiento que declaró correcto el cobro de la cláusula penal y con el pronunciamiento por el que se le impusieron las costas correspondientes a la estimación de la demanda principal. Obviando lo anterior la sentencia recurrida revoca íntegramente la sentencia de primera instancia, desestima íntegramente la demanda principal, estima en parte la reconvencción, decide condenar a la actora a devolver la cantidad percibida en concepto de cláusula penal e impone las costas de la primera instancia a la actora.

- Por otro lado, la sentencia recurrida entra a valorar nuevamente y en sentido opuesto hechos con relevancia jurídica que habían quedado determinados como parte integrante y decisoria de los pronunciamientos judiciales acordados por el juez de instancia y que, no recurridos por la parte apelante, deberían haber quedado firmes conforme a lo allí dispuesto, como sucede con el incumplimiento del plazo que considera esencial por parte de la demandada, la resolución del contrato y la improcedencia de la prórroga del contrato de permuta.

Segunda: La sentencia recurrida entra a conocer nuevas pretensiones que no formaban ni podían formar parte del objeto procesal conferido por las partes en primera instancia. La demanda planteaba la resolución del contrato y la declaración de los efectos derivados de la misma frente a la que la demandada se opuso planteando a su vez demanda reconvenccional con carácter subsidiario para el caso de que fuera estimada la demanda, teniendo como única pretensión la devolución del IVA de la operación litigiosa. Es cierto que la demandada añadió en el suplico de su contestación un extenso alegato de declaraciones, pero las mismas no tuvieron reflejo en la demanda reconvenccional por lo que quedaron fuera del objeto del debate procesal dado por las partes a la litis en primera instancia, no pudiendo la parte demandada en su recurso de apelación impugnar la sentencia de primera instancia incluyendo pretensiones que no formaron parte del debate.

En el motivo segundo, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4.º LEC, se insiste en que la incongruencia padecida vulnera el art. 24 CE, en tanto en cuanto la sentencia recurrida desatendiendo el hecho de que la ahora recurrente tenía reconocidos pronunciamientos en la primera instancia que no habían sido impugnados de contrario, viene a introducirlos de nuevo en el debate procesal para luego decidir unos en sentido contrario mientras que otros los ha venido a dejar sin resolver. Así sucede cuando conmina a alcanzar un acuerdo encaminado hacia el mutuo disenso o si este fracasa, cuando emplaza al ejercicio de nuevas acciones de resolución.



En el motivo tercero, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, por vulneración del art. 24 CE, se alega errónea valoración de la prueba pues al infringir el deber de congruencia obvia los hechos que sostuvieron la *ratio decidendi* de los pronunciamientos judiciales de la primera instancia no atacados.

El recurso de casación formulado al amparo del art. 477.2.2.º LEC se compone de seis motivos:

En el motivo primero se alega la infracción del art. 1255 CC y del principio general del derecho *pacta sunt servanda* del que es expresión el art. 1091 CC puesto en conexión con la interpretación y aplicación de las estipulaciones séptima y octava del contrato de permuta de fincas por obra futura suscrito entre las partes que establecen una condición resolutoria explícita con cláusula penal cuyo supuesto de hecho es la falta de entrega de la contraprestación contraída por Rema-Luz S.L. en el plazo y forma pactada. Estima que la sentencia recurrida ha venido a desconocer la *lex commissoria* establecida por las partes, en virtud de la cual debía haber confirmado la declaración de resolución contractual apreciada por el juzgador tras haber acreditado el supuesto de hecho contemplado en la condición resolutoria pactada.

En el motivo segundo se alega la infracción de lo dispuesto en el art. 56 CCO, en relación a su art. 1152 CC y la doctrina jurisprudencial que los interpreta en cuanto a reguladores de la facultad del perjudicado de optar por la resolución del contrato para el caso de que la contraparte incurra en un incumplimiento esencial del mismo, sin que quepa la rehabilitación del contrato tras la notificación efectuada a tal efecto. En él parte de la existencia acreditada y asumida de contrario del incumplimiento de la obligación principal hasta el punto de aquietarse a la efectividad del efecto resolutorio derivado del incumplimiento, lo que determina el nacimiento del derecho de la recurrente a la penalidad pactada.

En el motivo tercero se alega la infracción del art. 1124 CC con relación al art. 1504 CC y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta en cuanto a reguladores de la facultad del perjudicado de optar por la resolución del contrato para el caso de que la contraparte incurra en un incumplimiento esencial del mismo, sin que quepa la rehabilitación del contrato tras la notificación efectuada a tal efecto. Según quedó acreditado, el incumplimiento de la demandada se caracterizó por ser esencial, circunstancia que justificaría la facultad ejercitada por la recurrente en pro de la resolución del mismo, no solo con base en la condición resolutoria pactada sino también con base en la prevista en el art. 1124 CC junto con el art. 1504 CC. La pretensión de la recurrente no debería haber sido revocada en la sentencia de segunda instancia, habida cuenta de la injustificada oposición extrajudicial que a la resolución por incumplimiento vino a mostrar la demandada, planteamiento que luego desechó asintiendo a la resolución contractual declarada en la sentencia de primera instancia con base en un incumplimiento esencial del contrato que le fue imputado por el juzgador *a quo*.

En el motivo cuarto se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al mutuo disenso por resultar inaplicable al caso que nos ocupa, ya que nada tiene que ver con el objeto del debate procesal que ha sido la facultad de resolución contractual.

En el motivo quinto se alega la infracción por indebida aplicación del art. 1105 CC y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, sobre la pretendida consideración de la falta de aprobación del planeamiento urbanístico como imposibilidad sobrevenida, pues de haber sido diligente la parte como le era exigible conforme a lo contratado podía haber previsto tal falta o cuanto menos, debería haber prorrogado la vigencia del contrato.

En el motivo sexto se alega la infracción por indebida aplicación de los arts. 1182 y 1184 CC, sobre la inadecuada consideración de pérdida o imposibilidad física o legal de la prestación al no entender como tales las eventualidades surgidas en la tramitación de los expedientes relativos a la aprobación del planeamiento urbanístico.

### **Recurso de casación.**

#### **SEGUNDO.-** Motivo primero.

Motivo primero.- Infracción del art. 1255 del CC, y del principio general del derecho *pacta sunt servanda* del que es expresión el art. 1091 del CC y su interpretación jurisprudencial, puesto en conexión con la interpretación y aplicación de las estipulaciones séptima y octava del contrato de permuta de fincas por obra futura suscritos entre Venysan S.A., como cedente, y Rema-Luz S.L., como cesionaria, que establecen una condición resolutoria explícita con cláusula penal cuyo supuesto de hecho es la falta de entrega de la contraprestación contraída por Rema-Luz S.L. en el plazo y forma pactada.

#### **TERCERO.-** *Decisión de la sala. Condición resolutoria expresa.*

Se estima el motivo.

No se discute la naturaleza jurídica del contrato que todos denominan de permuta de suelo por obra futura.

Constan las siguientes estipulaciones en el contrato:



### 1. Estipulación cuarta:

"CUARTA.- La entidad Rema-Luz, Sociedad Limitada, se obliga además de asumir todos los costes de urbanización antes referidos, a promover, construir y entregar a Venysan, S.A., los elementos individuales correspondiente al 25% citado en la estipulación segunda con las instalaciones, terminaciones y calidades que se relacionan en el anexo I, memoria de calidades, que se une a la presente escritura firmado por ambas partes y que serán iguales que las que la compradora instale o ejecute en el resto de las unidades de los edificios que a ella le corresponda.

"La construcción de la edificación objeto de este contrato, habrá de efectuarse de la manera siguiente:

"1.- Una vez aprobadas por los organismos competentes las distintas fases del planeamiento urbanístico necesario y terminadas y recepcionadas provisionalmente por el Excelentísimo Ayuntamiento de Almería, las obras de urbanización del sector correspondiente, se procederá, en el plazo máximo de tres meses, por parte de Rema-Luz, Sociedad Limitada, a pedir licencia de obras para una primera promoción, debiendo esta solicitud ir acompañada de la total documentación que por parte del Excelentísimo Ayuntamiento se exija para poder otorgar dicha licencia; debiendo comenzar las obras en el plazo de tres meses desde la concesión de la licencia; y debiendo concluir las y entregar la edificación objeto de contraprestación en un plazo máximo de treinta meses, contados igualmente a partir de la fecha de obtención de la licencia de obras; y así sucesivamente.

"En el supuesto de que por parte de la Junta de Compensación o cualquier otro se avale, ante el Excelentísimo Ayuntamiento de Almería, la totalidad de las obras de urbanización, de forma tal que se pueda solicitar licencia de obras con anterioridad a la recepción de obras de urbanización, el plazo anterior de tres meses para solicitar licencia de obras, vendrá determinado desde la efectividad de dicho aval.

"El incumplimiento del plazo anteriormente establecido para la solicitud de la licencia de obras y plazo de entrega de edificación objeto de la contraprestación, podrá dar lugar, a opción de la parte vendedora, a resolver el presente contrato sin necesidad de requerimiento o intimación previa alguna, volviendo a Venysan, S.A., la propiedad de las fincas transmitidas a la sociedad Rema-Luz, Sociedad Limitada, o de las fincas de resultado asignadas a Rema-Luz, Sociedad Limitada, quedando beneficio de Venysan, S.A., y por ende, de la finca, todo lo en ella edificado, sin derecho a indemnización o compensación alguna a favor de Rema-Luz, Sociedad Limitada, con pérdida de las cantidades entregadas hasta ese momento.

"No obstante todo lo anterior, toda la edificación resultante ha de estar construida y entregada antes del día 14 de octubre de 2.011, salvo acuerdo previo de las partes, que podrán novar en todo o en parte la presente escritura".

### 2. Estipulación séptima:

"SÉPTIMA.- Condición resolutoria.

"El incumplimiento por parte de la mercantil Rema-Luz, Sociedad Limitada, de: no solicitar la licencia de obras al Excelentísimo Ayuntamiento de Almería, en el plazo de tres meses desde la recepción provisional de las obras de urbanización de los Sectores SUP-AMA-01/802 y SUP-AMA-04/802, o bien no entregar los elementos individuales correspondientes al veinticinco por ciento (25%), de la totalidad de la edificabilidad, tanto sobre rasante como bajo rasante, en las parcelas netas que se le asignen a "Rema-Luz, Sociedad Limitada", dentro de los sectores SUP-AMA-01/802, Y SUP-AMA-04/802 del PGOU de Almería, antes del día 14 de octubre de 2.011, podrá dar lugar, a opción de la parte vendedora con el carácter de condición resolutoria a la resolución de pleno derecho del presente contrato, con pérdida para Rema-Luz, Sociedad Limitada, de los gastos y obras hasta entonces realizadas, quedando pues facultada Venysan, S.A., a resolver el presente contrato, sin necesidad de requerimiento o intimación previa alguna, volviendo a Venysan, S.A., la propiedad de las fincas transmitidas a la mercantil Rema-Luz, Sociedad Limitada, o de las parcelas resultantes, quedando en beneficio de Venysan, S.A., y, por ende, de la finca, todo lo en ella edificado, sin derecho a indemnización o compensación alguna a favor de Rema-Luz, Sociedad Limitada, con pérdida de las cantidades entregadas hasta ese momento; siendo facultad de Venysan, S.A., el subrogarse en los derechos derivados de la licencia de obra obtenida previamente por Rema-Luz, Sociedad Limitada, viniendo obligada ésta a firmar cuantos documentos y a realizar cuantas gestiones sean precisas a los fines de tal subrogación; o a exigir el cumplimiento del mismo sin perjuicio de la reclamación en ambos casos de los daños y perjuicios que se hubieran originado.

"Solicitándose expresamente del Sr. Registrador de la Propiedad proceda a la inscripción de la anterior condición resolutoria, la cual deberá ser trasladada por subrogación real, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del R.D. 1093/97, de 4 de Julio, a las fincas de resultado que correspondan a la mercantil Remaluz, S.L., como consecuencia de la venta de las unidades de aprovechamiento objeto de la presente escritura.



"Con independencia de la procedencia de la reclamación de los daños y perjuicios, en caso de incumplimiento, se establece como cláusula penal, el pago por parte de Rema-Luz, Sociedad Limitada, a Venysan, S.A., de un total de un millón cuatrocientos mil euros (1.400.000,00.-€), por lo que la parte compradora entrega en este acto, aval bancario prestado por entidad nacional de primer orden, por el importe de un millón cuatrocientos mil euros (1.400.000,00.-€); aval, que se hará efectivo a primer requerimiento y previa conformidad del texto por el vendedor. Copia testimoniada del mismo se adjunta a la presente, entregándose el original del aval a la mercantil Venysan, S. A..

"Dicho aval será devuelto a la entrega del último de los elementos individuales comprendidos en el precio de la contraprestación, pudiendo, a voluntad de las partes reducirlo en función y proporcionalidad a la obra terminada y entregada.

"Se entenderá que las obras han sido finalizadas cuando obtengan la previa y preceptiva licencia de primera ocupación, con la entrega, a su vez de la totalidad de los boletines de instalación para el suministro de agua potable, energía eléctrica, gas y cualquier otro servicio del edificio, de las viviendas o de las plazas de garaje que de ellos requiriese".

Por el recurrente (demandante) se entiende que la aplicación de la mencionada condición resolutoria, determinaría la resolución del contrato por incumplimiento del comprador al no hacer entrega de los elementos individuales equivalentes al 25% de la totalidad de la edificabilidad, antes del 14 de octubre de 2011.

En la sentencia recurrida se entiende que la condición resolutoria quedaba supeditada a la no obtención de licencia de obra, y como se declara en la sentencia recurrida ello no pudo efectuarse por la no finalización del planeamiento por las autoridades municipales.

Esta sala, ante la clara redacción de la estipulación séptima, debe declarar que se infringen los arts. 1255 y 1091 del C. Civil pues tratándose de dos sociedades expertas, formalizaron un contrato de permuta de suelo por obra, en la que la propietaria de la finca transmitía el dominio, con la consiguiente merma de garantías, que trató de paliar mediante la constitución de un aval a primer requerimiento que cubría el importe de la cláusula penal y mediante una condición resolutoria expresa, que facultaba para la resolución en el caso de que no se entregara lo comprometido ("o bien no entregar los elementos individuales correspondientes al veinticinco por ciento (25%), de la totalidad de la edificabilidad, tanto sobre rasante como bajo rasante, en las parcelas netas que se le asignen a Rema-Luz, Sociedad Limitada, dentro de los sectores SUP-AMA-01/802, Y SUP-AMA-04/802 del PGOU de Almería, antes del día 14 de octubre de 2.011, podrá dar lugar, a opción de la parte vendedora con el carácter de condición resolutoria a la resolución de pleno derecho del presente contrato...").

Esta cláusula lo que viene a determinar, mediante pacto, es que independientemente de las vicisitudes de planeamiento, Rema-Luz se comprometía a entregar las parcelas netas antes del día 14 de octubre de 2011, riesgo que libremente asumió y cuyas consecuencias debe soportar.

Por ende, debe concluirse la plena operatividad de la cláusula penal, cuyo importe de 1.400.000 euros ya se encuentra en poder de Venysan por ejecución del aval a primer requerimiento constituido para garantizar Rema-Luz el cumplimiento de sus obligaciones.

En este sentido ha declarado la Sala:

"En cualquier caso, como declara la sentencia de 30 de abril de 2010 (rec. 677 de 2006), el art. 1255 del CC "permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria". ( Sentencia de 23 de octubre de 2012, rec. 765/2010), ( sentencia 637/2017, de 23 de noviembre).

**CUARTO.**- Frente a ello el recurrido opuso la imposibilidad de cumplimiento, la existencia de caso fortuito y la necesaria moderación de la cláusula penal, a la vista de las dificultades urbanísticas acaecidas.

Estas pretensiones deben ser rechazadas:

1.- Tratándose de profesionales de la construcción, correspondía a la recurrida prever las posibles dificultades de planeamiento urbanístico que pudieran surgir y, sin embargo, no estimó oportuno plasmarlo en el contrato, pese a que era un hecho que no era ajeno a la práctica municipal, por lo que la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, no puede repercutir negativamente en la transmitente del solar, que cedió el dominio a quien todavía no había cumplido con sus obligaciones, para facilitar la financiación del constructor, y tal merma de garantías se correspondía con una obligación de construcción que no se llevó a cabo y que provocó la petición de resolución de contrato, debiendo haberse esmerado el hoy recurrido a la hora de estudiar las posibilidades de edificación, a la postre frustradas.



2.- Por tanto, tampoco concurre caso fortuito, pues la situación era previsible y no era ajena a la práctica urbanística ( art. 1105 del C. Civil).

3.- Igual respuesta merece la respuesta a la moderación de la cláusula penal, pues no puede sustentarse en la imprevisión de la parte recurrida ( arts. 1152 y 1253 del C. Civil).

Esta sala, en sentencia 5/2019, de 9 de enero, declaró:

"En dicha sentencia 477/2017, recordamos que ya en la sentencia 597/2012, de 8 de octubre, habíamos afirmado, con relación a un contrato de alto contenido especulativo, que los compradores, cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios, se someten a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora: "No pueden pretender aceptar los beneficios de la especulación y repercutir a la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, porque es contrario a la buena fe ( art. 1258 CC) y viola el art. 1105 CC".

En resumen, se estima el recurso de casación y, asumiendo la instancia, se confirma en todos sus extremos la sentencia de 4 de noviembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Almería (procedimiento ordinario 748/2012).

**QUINTO.-** No procede analizar el resto de los motivos de casación ni el recurso extraordinario por infracción procesal, al carecer de objeto.

**SEXTO.-** Estimado el recurso de casación no procede imposición de costas ( arts. 394 y 398 LEC).

No procede imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal, al carecer de objeto.

Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

Se mantiene la imposición de costas de la primera instancia.

Procede la devolución de los depósitos constituidos.

## FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Venysan S. A. contra sentencia de 12 de enero de 2016 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería (recurso de apelación 188/2015).

2.º- Casar la sentencia recurrida, y asumiendo la instancia se confirma en todos sus extremos la sentencia de 4 de noviembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería (procedimiento ordinario 748/2012).

3.º- No procede imposición de costas de la casación.

4.º- No procede imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º- Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

6.º- Se mantiene la imposición de costas de la primera instancia.

Procede la devolución de los depósitos constituidos para ambos recursos.

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.