

Id Cendoj: 28079110012009100611  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 1025/2005  
 Nº de Resolución: 643/2009  
 Procedimiento: Casación  
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x OBLIGACIONES Y CONTRATOS x
- x DACIÓN EN PAGO (FIANZA) x
- x CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES x
- x INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES x
- x CONTRATACIÓN x
- x CONTRATO x
- x AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD x
- x RESOLUCIÓN (CONTRATOS) x
- x REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN (CONTRATOS) x
- x EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN (CONTRATOS) x

**Resumen:**

Dación en pago.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a uno de Octubre de dos mil nueve

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 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 45 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó el Procurador D. Manuel Sánchez-Puellos y González-Carvajal, en nombre y representación de "VENTERO MUÑOZ, S.A."; siendo parte recurrida el Procurador D. Julio Antonio Tinaquero Herrero, en nombre y representación de D. Agustín .

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** El Procurador D. Julio Antonio Tinaquero Herrero, en nombre y representación de D. Agustín , interpuso demanda de juicio ordinario contra "VENTERO MUÑOZ, S.A." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare la validez y vigencia del contrato de 15 de octubre de 2001 , (*documento número 2 de esta demanda*), *elevado a documento público mediante escritura de 6 de junio de 2002 (documento número 3 de la demanda)* y, como consecuencia de ello, se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, así como al otorgamiento de la correspondiente escritura pública por la que se transmita a mi mandante, el Sr. Agustín , la finca descrita en el hecho tercero de esta demanda con su edificabilidad, con expresa condena en costas a la parte demandada.

**2.-** El Procurador D. Manuel Sánchez-Puellos y González-Carvajal, en nombre y representación de "VENTERO MUÑOZ, S.A.", contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que 1.- *Se desestime íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal del demandante Sr. Agustín* ; 2.- *Que habiendo aducido esta parte en el presente escrito, hechos o y fundamentos que indudablemente conducirán a la nulidad absoluta del contrato de 15-10-2001, en el que funda la actora su petición, previo*

traslado a la parte actora en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 408 nº 2 de la L.E.C., se declare la nulidad del referido contrato, o, subsidiariamente, caso de que no se apreciase la nulidad, absoluta o relativa, conforme dispone el artículo 1124 del Código civil, se declare bien resuelto el contrato objeto de este proceso, por haberse incumplido total y absolutamente las obligaciones que en el mismo incumbían al demandante; y 3.- Se impongan expresamente las costas a la parte demandante.

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia número 45 de Madrid, dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2003, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando la demanda deducida por el Procurador D. Julio Tinaquero Herrero, en nombre y representación de D. Agustín, contra VENTERO MUÑOZ, S.A. representada por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puellos y González-Carvajal, declaro la validez y vigencia del contrato de fecha quince de octubre de 2001, que vincula a los litigantes, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, así como a que otorgue a favor del actor escritura pública de transmisión de la finca, sita e Estepona, parcela de terreno destinada a uso comercial con una superficie de 425 m2 o la que haya resultado en las posibles variaciones de proyecto de reparcelación de la unidad de ejecución UEP-R24 "MAR AZUL", que linda al norte con la C.N. 340, al sur zona verde pública, al este con Urbanización Marcha 5 y al oeste con la parcela de terreno destinada a uso comercial, con una superficie de 566 m2, o la que resulte, que linda al norte con la C.N.340, al sur y al oeste con el viario futuro de la urbanización y con zona verde pública y al este con parcela de la zona comercial. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Con fecha 22 de septiembre de 2003 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es como sigue: No ha lugar a la solicitud interesada por la parte actora de subsanación o complemento de la sentencia dictada en estos autos.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante y demandada, la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Agustín y desestimando el recurso de apelación interpuesto por Ventero Muñoz, S.A. debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Madrid en el juicio ordinario nº 1120/02 en el solo sentido de imponer las costas de primera instancia a Ventero Muñoz S.A. manteniendo el resto de los pronunciamientos en su integridad y sin hacer imposición de costas en esta alzada.*

**TERCERO** .- 1. - El Procurador D. Manuel Sánchez-Puellos y González-Carvajal, en nombre y representación de "VENTERO MUÑOZ, S.A.", interpuso recurso por infracción procesal que fue inadmitido y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO** .- Al amparo del artículo 477, apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de la jurisprudencia y doctrina que interpreta la denominada cesión de bienes regulada en el art. 1175 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **SEGUNDO** .- Infracción del art. 1445 del Código civil. **CUARTO** .- Infracción del art. 1261 nº 3 del Código civil, en relación con los arts. 1274, 1275 y 1277 del Código civil relativos a la causa de los contratos. **QUINTO** .- Infracción del art. 1124 del Código civil.

2.- Por Auto de fecha 25 de noviembre de 2008, se acordó inadmitir el motivo tercero del recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de septiembre del 2009, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La *quaestio facti*, en cuanto se plantea en casación, se centra en la aplicación del contrato celebrado el 15 de octubre de 2001 entre el demandante en la instancia y parte recurrida en casación D. Agustín y una sociedad que más tarde, el 6 de junio de 2002, hizo cesión del contrato, aparte de otras estipulaciones, a la sociedad demandada y recurrente en casación VENTERO MUÑOZ, S.A. En dicho contrato la *cláusula octava*, que presenta la cuestión jurídica que aquí se debate, reza así:

*Con carácter previo a la elevación a público del Proyecto de Reparcelación y a instancias del Sr. Agustín, la entidad Estudio Sur Europa, S.L. le transmitirá el dominio de la parcela descrita en la cláusula I, apartado 2, de este documento en concepto de pago de los honorarios profesionales devengados por el Sr. Agustín por su intermediación en la compra de parcelas pertenecientes a las hijas del Sr. Juan Francisco ubicadas en la UEP-R24 del PGOU de Estepona, siendo los gastos derivados de esta transmisión a cargo*

*exclusivo de la entidad Estudios Sur Europa, S.L.*

La *questio iuris* se centra en la validez y la vigencia de dicho contrato que es la posición del mencionado demandante o bien, mantiene la sociedad demandada la nulidad del mismo por falta de causa o, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento de las obligaciones por parte de aquél.

Tanto la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 45 de Madrid, de 31 de julio de 2003 , como la de la Audiencia Provincial, Sección 18, de la misma capital, de 30 de septiembre de 2004 , han estimado la demanda y condenando a la sociedad demandada a otorgar escritura pública de transmisión de la finca a que se refiere aquella *cláusula transcrita y el suplico de la demanda, también transcrito en el primero* de los antecedentes de hecho.

Esta sociedad ha formulado el presente recurso de casación: los dos primeros motivos se concretan a la nulidad del contrato; el tercero ha sido inadmitido; el cuarto y el quinto se refieren a la resolución.

**SEGUNDO** .- Procede, pues, analizar las dos cuestiones jurídicas que se plantean a esta Sala, a las que debe dar respuesta como fundamento del fallo, complementando el ordenamiento jurídico según expresa el *artículo 1.6 del Código civil* .

La primera es la cuestión de la dación en pago, *datio in solutum* que es una forma especial de pago, llamada también forma subrogada del cumplimiento y consiste en el acuerdo, como negocio jurídico bilateral, de que se cumpla la obligación mediante una prestación distinta de la que era objeto de la misma. Da el concepto la sentencia de 23 de septiembre de 2002 en estos términos:

*"Esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (Sentencias de 19-10-1992, 26-6-1993, 2-12-1994, 8-2-1996 , entre otras)."*

La jurisprudencia ha sido reiterada al distinguir la dación en pago - *datio pro soluto*- del pago por cesión de bienes - *datio pro solvendo* -. Así, la sentencia de 28 de junio de 1997 , recogiendo otras muchas anteriores, dice:

*" ha de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala sobre las características diferenciadoras entre la "datio pro soluto" y la "datio pro solvendo", recogida, entre otras, en sentencias de 14 de septiembre de 1987, 4 y 15 de diciembre de 1989, 29 abril de 1991 y 19 octubre de 1992, ampliamente expuesta en la de 13 de febrero de 1989 al decir que "la datio pro soluto, significación de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor trasmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en sentencia 7 de diciembre de 1983 , bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, la datio pro solvendo, reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1175 del Código Civil , se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente"*

Sin embargo, hay que hacer y resaltar una salvedad: si bien se aplican por analogía normas de la compraventa, aunque es claro que no es un contrato de compraventa, ello no significa que deban aplicarse totalmente y sin excepción ni variación. Así, si un conjunto de prestaciones cuyo pago es debido, pero no plenamente identificadas, ni valoradas, forman el contenido de una obligación, el acreedor y el deudor, mediante acuerdo entre ambos, pueden aceptar una dación en pago en el sentido de que se haga el cumplimiento, como subrogado del pago, mediante ella, sin que pueda exigirse que conste un precio cierto, como exige el *artículo 1445 del Código civil* para la compraventa, pues las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad *ex artículo 1255* pueden acordar esta forma especial del pago.

La segunda cuestión que se plantea es la resolución del contrato por razón del incumplimiento por

una de las partes en las obligaciones sinalagmáticas, que contempla el *artículo 1124 del Código civil* y que tanta jurisprudencia ha provocado. El incumplimiento que da lugar a la misma, es el incumplimiento objetivo que provoca la frustración del contrato en el sentido de la no satisfacción del interés del acreedor, incumplimiento básico de la obligación en sí misma considerada, es decir, no realiza la conducta en qué consiste la prestación, es un incumplimiento propiamente dicho.

Así, entre otras muchas, como la de 30 de marzo de 1992, 2 de julio de 1992, 8 de febrero de 1993, 24 de febrero de 1993, 8 de noviembre de 1997 y la de 22 de mayo de 2003 que dice:

*"ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (Sentencia de 4 de Octubre de 1983 ). El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte "*

**TERCERO** .- Yendo al presente caso concreto y analizando los motivos del recurso de casación que ha formulado la sociedad demandada en la instancia, los dos primeros se refieren a la nulidad del contrato cuya validez y vigencia se ha interesado en la demanda. Ambos motivos se desestiman.

El primero, porque alega infracción de jurisprudencia y doctrina sobre la cesión de bienes *pro solvendo* regulada en el *artículo 1175 del Código civil* y la cesión de bienes *pro soluto* , siendo así que no aparece infracción alguna. Se mantiene en este motivo que en la segunda el precio tiene que venir determinado como en la compraventa. No es así, como se ha dicho en el fundamento anterior. Se aplica la normativa de la compraventa como analogía *iuris*, lo que no significa que todos los artículos deban aplicarse con exactitud, sino que son instituciones diferentes y permiten situaciones distintas. No hay infracción alguna cuando en una dación en pago se entregan unos bienes (y otros acuerdos, en un contrato complejo, como es el de 15 de octubre de 2001) en pago de los honorarios que ha devengado el demandante en su trabajo de intermediación en promociones de edificaciones, pese a que ni los trabajos ni los honorarios están perfectamente determinados y valorados, pero el acuerdo de las partes es válido, por el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el *artículo 1255 del Código civil* como uno de los principios básicos del derecho privado, siendo así que no va contra la ley, ni la moral, ni el orden público. Son buena expresión del mismo las sentencias de 5 de octubre de 2006, 13 de julio de 2007, 3 de octubre de 2007 .

El segundo, porque, alegando la infracción del *artículo 1445 del Código civil* repite la misma argumentación que en el motivo anterior. Insiste en la doctrina de que en la dación en pago, *datio pro soluto* la determinación del crédito cuya extinción ha de producirse como consecuencia de aquella, es esencial al configurar el precio cierto exigido en aquella norma del Código civil. No es así, como se ha dicho. En aras al principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden configurar una dación en pago de servicios cuyo detalle y cuantía no están perfectamente determinados aunque las partes los conocen, aceptan y acuerdan extinguir la obligación de pago del precio, aun no bien determinado. Este es el caso presente en que las partes, con plena capacidad de obrar y conocimiento de su voluntad, hacen las declaraciones de voluntad conducentes a la dación en pago de todos los servicios profesionales del actor, negocio jurídico bilateral válido y eficaz.

**CUARTO** .- El motivo cuarto alega infracción del *artículo 1261 .3º* en relación con los *artículos 1274, 1275, 1276 y 1277 del Código civil* relativos a la causa de los contratos y repasa la prueba practicada, lo que va contra la función de la casación que no es una tercera instancia, ni tiene por objeto la revisión de la prueba, sino el control de la aplicación del Derecho al hecho declarado en la instancia. Se ha declarado en la instancia, en el presente caso, que la causa es cierta, se da y se ha cumplido lo acordado, cuestión de hecho inalterable en casación, que lleva a negar la simulación y, por ende, la nulidad y la resolución. La parte recurrente pretende en este motivo, hacer supuesto de la cuestión, lo que está vedado en casación, como dicen la sentencias, entre otras muchas, de 19 de mayo de 2005, 21 de noviembre de 2006, 19 de junio de 2007; las de 15 de junio de 2009, 2 de julio de 2009 y 30 de septiembre de 2009 inciden especialmente en que la casación no es una tercera instancia y no entra en la valoración de la prueba.

El motivo quinto incide en la cuestión del incumplimiento de sus obligaciones por parte del actor lo que daría lugar a la resolución del contrato conforme al *artículo 1124 del Código civil* que, según se alega en el motivo, ha sido infringido por las sentencias de instancia. La sociedad recurrente en su momento declaró resuelto el contrato de 15 de octubre de 2001, lo que no fue aceptado por la otra parte, por lo que sería preciso que fuera declarada judicialmente, como ha tenido ocasión de decir esta Sala en las sentencias de 12 de marzo de 1990, 15 de febrero de 1993, 28 de junio de 2002 . Y la pretensión de que se declare bien hecha la resolución ha sido rechazada en la instancia y se ratifica en casación. No se malogró

la finalidad del contrato ya que tuvo lugar el proyecto de reparcelación y su aprobación por el Ayuntamiento, lo que significa que el imputado incumplimiento del actor no afectó a la esencia del sinalagma; además, la colaboración del actor en este proyecto, no era la única prestación a que se obligaba; en definitiva, la sentencia de instancia, de la Audiencia Provincial objeto de este recurso declaró rotundamente que "no ha quedado acreditado ese incumplimiento" y añade que "al llegar la Sala a la conclusión de que no existió incumplimiento alguno por la parte actora en el contrato que vinculaba a las partes litigantes". En consecuencia, no sólo por respeto a lo declarado en la instancia, sino también por propia convicción, de esta Sala no admite la resolución y confirma lo resuelto en este sentido.

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

## **FALLAMOS**

**Primero** .- DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de VENTERO MUÑOZ, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 30 de septiembre de 2004 que SE CONFIRMA.

**Segundo** .- En cuanto a las costas, se imponen a la parte recurrente.

**Tercero**. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo 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 .- **Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- 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.