

Id Cendoj: 28079110012010100418
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1258/2006
 Nº de Resolución: 449/2010
 Procedimiento: Casación
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CONTRATO DE PERMUTA x
- x PERMUTA x
- x NORMAS DE LA COMPRAVENTA APLICABLES A LA PERMUTA x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x
- x ÁMBITO (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x
- x SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x
- x INADMISIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x

Resumen:

Contrato de permuta de cosa futura.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Junio de dos mil diez.

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 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Denia, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Dª María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de "ARPO ESPAÑA, S.A."; siendo parte recurrida la Procuradora Dª María Luisa Bermejo García, en nombre y representación de "PROMOCIONES COSEGON, S.L."

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Miguel Angel Pedro Ruano, en nombre y representación de "PROMOCIONES COSEGON, S.L.", interpuso demanda de juicio ordinario contra "ARPO ESPAÑA, 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 resolución de la cesión de solar a cambio de obra futura y cierta cantidad de dinero pactada en el contrato suscrito por las partes en fecha 20 de abril de 2001 (bien entendido que PROMOCIONES COSEGON, S.L. restituirá las cantidades recibidas a cuenta, aunque dejando a salvo su derecho a reclamar de la demandada los daños y perjuicios derivados del incumplimiento denunciado); condenando en costas a la mercantil demandada, incluso aunque se allane.*

2.- El Procurador D. Miguel Llobell Perles, en nombre y representación de ARPO ESPAÑA, 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 se desestime la demanda en todas sus partes, con expresa imposición de costas a la actora.* Y formulando demanda reconventional suplicó al Juzgado dicte sentencia por la que *se acuerde el cumplimiento del contrato de permuta suscrito entre las partes el día 20 de abril de 2001, en los plazos y condiciones señalados en las estipulaciones sexta, séptima y siguientes de dicho contrato y alternativamente si así optara por ello se haga entrega a la contraparte de la cantidad de 429.998.400 ptas (258.434.240 Euros) en que está valorada la obra a entregar como permuta previa escrituración pública de los terrenos a los que se contrae la misma a favor de mi mandante, todo ello con expresa imposición de costas a las demandadas aunque se allanaran y con*

expresa reserva de accionar por daños y perjuicios causados y que se causen por la demora en la resolución de la litis y por los obstruccionismos de que ha sido objeto mi mandante.

3.- El Procurador D. Miguel Angel Pedro Ruano, en nombre y representación de "PROMOCIONES COSEGON, S.L.", contestó a la demanda reconvenzional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado *se desestimen las pretensiones de la demandante reconvenzional y se le condene al pago de las costas procesales.*

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia nº 4 de Denia, dictó sentencia con fecha 6 de junio de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Pedro Ruano, en nombre y representación de "PROMOCIONES COSEGON, S.L" contra "ARPO ESPAÑA, S.A." representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Llobell Perles y al que fueron llamados sin la condición de demandados D. Leonardo y Dª Coral , sobre resolución de contrato de permuta de solar a cambio de obra futura, y desestimando la reconvección formulada por Arpo España, S.A. frente a Promociones Cosegón S.L. debo declarar y declaro resuelto el contrato suscrito por las partes en fecha 20 de abril de 2001, y debo condenar y condeno a Arpo España S.A. a estar y pasar por la anterior declaración. Asimismo Promociones Cosegón S.L. ha de restituir a Arpo España, S.A. las cantidades recibidas a cuenta del precio con sus intereses legales, con reserva del derecho a reclamar daños y perjuicios ocasionados. Todas las costas procesales causadas se han de imponer a la parte demandada Arpo España, S.A.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de "ARPO ESPAÑA, S.A.", la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 22 de marzo de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª Francisca Caballero Caballero, en representación de la mercantil "ARPO ESPAÑA, S.A." contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de la ciudad de Denia en fecha 6 de junio de 2005 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia confirmar como confirmamos íntegramente la misma al estar ajustada a derecho, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas.*

TERCERO .- **1** .- La Procuradora Dª Francisca Caballero Caballero, en nombre y representación de "ARPO ESPAÑA, S.A.", interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente **MOTIVO: PRIMERO** : Incorrecta interpretación del artículo 1124 del Código civil al caso que nos ocupa. **SEGUNDO** .- Error en la interpretación del concepto y la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, así como de los elementos esenciales de éste.

2 .- Por Auto de fecha 4 de noviembre de 2008 , se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora Dª María Luisa Bermejo García, en nombre y representación de "PROMOCIONES COSEGON, S.L.", presentó escrito de oposición al mismo.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de junio del 2010, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La cuestión jurídica que se planteó en este proceso, en la instancia y en casación, deriva del contrato, que se califica de permuta de cosa futura, con entrega de dinero de inferior valor, contemplada la típica permuta en los artículos 1538 a 1541 del Código civil. *En tal contrato, de 20 de abril de 2001 , PROMOCIONES COSEGÓN, S.L. (demandante en la instancia y parte recurrida casación) declaraba (I) ser propietaria de tres fincas urbanas en Denia (Alicante) comprendidas en el ámbito de un Programa de actuación integrada (PAI) pendiente de aprobación administrativa y (II) haber adquirido por compra en documento privado, otras dos fincas urbanas, a las que afectaba otro Programa de actuación integrada en trámite; todas las cinco fincas, colindantes. Dicha sociedad, en el mencionado contrato, las transmitía a la entidad (demandada en la instancia y recurrente en casación) ARPO ESPAÑA, S.A. a cambio de una cantidad de dinero y de la obligación de entregarle una parte, equivalente a un 30%, de la obra a construir sobre las fincas aportadas. También, y para cumplir con ello, ésta (I) asumía la gestión urbanística de los terrenos, subrogándose en la posición de urbanizador del PAI ya en trámite y pendiente de aprobación, respecto a las tres primeras fincas, disponiendo de un plazo máximo de seis meses a contar desde la*

aprobación del PAI, para solicitar la licencia de obras. Respecto a las otras dos fincas (II) se obligaba a impulsar las propuestas y proyectos necesarios para alcanzar la condición de solar, disponiendo de un plazo máximo de tres meses para solicitar la licencia de obras, desde que se aprobara el PAI o desde que se admitiera alguna otra actuación sobre las fincas. El plazo para la entrega de la parte de la obra construida era de tres años y tres meses desde la obtención de las licencias de obra .

En relación con las tres primeras fincas (I) el Ayuntamiento de Denia aprobó el plan en fecha 3 de mayo de 2001, por lo que debía solicitarse la licencia de obras, según el contrato, en el plazo de seis meses. En relación con las otras dos fincas (II) el PAI no llegó a aprobarse, por lo que ARPO ESPAÑA, S.A. debía impulsar las propuestas y proyectos necesarios para que las fincas pudieran obtener la condición de solar.

Tal como expone, como hecho probado, la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Alicante, de 22 de marzo de 2006 , en el caso de las tres primeras fincas ARPO ESPAÑA, S.A. no solicitó la licencia de obras en el plazo oportuno; y en el segundo, no realizó ninguna actuación de impulso urbanístico, por lo que en fecha 31 de octubre de 2002 PROMOCIONES COSEGON, S.L. efectuó requerimiento notarial de resolución del contrato, ofreciendo la devolución de la cantidad recibida a cuenta.

Aquella sociedad PROMOCIONES COSEGON, S.L. formuló demanda interesando la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de la otra parte, ofreciendo la restitución del dinero que había recibido. Y, a su vez, la entidad ARPO ESPAÑA, S.A. se opuso a la demanda y formuló demanda reconventional interesando se acordara el cumplimiento del contrato. Tanto la sentencia de instancia como la mencionada de la Audiencia Provincial han entendido que la única parte que ha incumplido sus obligaciones es la promotora, que se obligó a una actuación y a una edificación, nada hizo y pasado un año aproximadamente de la terminación de los plazos pactados recibió el requerimiento de resolución que prevé el *artículo 1504 del Código civil* no aplicable directamente a este caso, ya que contempla la resolución por falta de pago del precio y aquí se trata de resolución por falta de entrega no de precio sino de cosa futura permutada, pero sí aplicable por analogía y por mor del *artículo 1541* . En todo caso, la demanda tiene por objeto la declaración de resolución.

SEGUNDO .- La sociedad demandada, ARPO ESPAÑA, S.A., ha formulado el presente recurso de casación, procedente según el *artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción de normas aplicables para resolver la cuestión litigiosa, conforme al *artículo 477 .1*. *Se articula en dos motivos* y en ambos niega su incumplimiento basándose en el previo incumplimiento de la parte contraria, la permutante transmitente de las fincas y demandante en instancia, PROMOCIONES COSEGON, S.L. El problema es que los hechos declarados probados son inalterables en casación y pretender cambiar todo lo declarado en la instancia, sería volver a ella, es decir, llevar la casación a una tercera instancia. Precisamente respecto al hecho y a su calificación jurídica, es interesante reproducir un párrafo de la sentencia recurrida:

"En la contestación a la demanda se deja constancia de un hecho elocuente y es referirlo a que parece que el único que tenga obligaciones y plazos que cumplir sea su mandante, (por la demandada) y la otra parte, (por la actora) lo único que tiene que hacer es esperar pasivamente que se le pague y se le entregue la obra. Realmente ello es así ya que las únicas obligaciones que podrían imputarse como alternativas a la mercantil demandante era poner las fincas a disposición de la entidad demandada, y esa puesta en disposición no está controvertida en el contrato, del que solamente se desprende una clara y exclusiva obligación, que es la propia demandada la que debía correr con toda la gestión urbanística (estipulación cuarta), y todo lo que sea achacar a la demandante los problemas urbanísticos que tuviera son ajenos a la voluntad de ésta, donde en las mismas cláusulas del contrato (por la quinta) quedaron claros los plazos de la obtención de las licencias de obras oportunas."

El motivo primero del recurso no debería haber sido admitido, inadmisión que en este momento deviene causa de desestimación. La función de la casación es el control de la aplicación correcta del ordenamiento jurídico, sin entrar en la cuestión fáctica, ni caer en una tercera instancia, como dicen las sentencias de 15 de junio de 2009 y 26 de febrero de 2010 . Por ello, no cabe hacer supuesto de la cuestión, en el sentido de partir de hechos distintos a los declarados probados o basarse en los que no ha declarado la sentencia de instancia, como dice la sentencia de 2 de julio de 2009 , con cita de numerosas sentencias anteriores. Este motivo se formula por infracción por incorrecta interpretación del *artículo 1124 del Código civil* y se desarrolla con una exposición de una cuestión fáctica que no está recogida ni aceptada por las sentencias de instancia; en efecto, alega unas maniobras de la parte contraria (textualmente: "actuación de la parte que reclama ha provocado por acción y/u omisión suya -actitud y/o actuación obstaculizadora- el incumplimiento de la otra parte") que no han sido acreditadas en autos, ni siquiera mencionadas en las sentencias de instancia; cita una jurisprudencia sobre el *artículo 1124 del Código civil* que nadie discute y vuelve, una y otra vez, a la cuestión fáctica favorable a sus intereses que no probó en la

instancia y que no puede ser considerada en casación. Hay que insistir: no cabe en casación, partiendo de su propia función (sentencias de 10 de abril de 2003, 29 de mayo de 2009, 1 de julio de 2009) que se pretenda revisar la cuestión fáctica, alterándola o completándola, interesando que en aquella deba volverse a los hechos y su prueba, como si de una tercera instancia se tratase. Por ello, se desestima este motivo que debiera haber sido inadmitido.

El segundo motivo del recurso incide en lo mismo, pero en grado peor. El fundamento del mismo es "error en la interpretación del concepto de la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, así como de los elementos esenciales de éste": es el texto literal del enunciado del motivo, sin citar la norma del ordenamiento que se considere infringida, como exige el *artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* e incide en la causa de inadmisión que prevé el *artículo 483 .2.2º de la misma ley* y que ahora deviene en desestimación. Además, en el desarrollo del motivo incide en unas calificaciones inaceptables: la del contrato, que es de permuta de cosa futura, lo discute alegando que es atípico de naturaleza mixta, sin que saque conclusión alguna de esta afirmación; y la del plazo, que afirma que no tienen la condición de esencial, lo que no tiene sentido, ya que en un contrato de cosa futura con un plazo determinado (de lo contrario, sería objeto indeterminado) éste es esencial; en el caso presente, la actuación de la sociedad demandada y recurrente en casación ha sido, no un simple retraso que no daría lugar a la resolución, sino un incumplimiento total cuando en el plazo previsto y mucho más, no han cumplido las obligaciones a que se habían obligado, lo cual sí da lugar a la resolución.

Por ello, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia recurrida, tal como dispone el *artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , con la condena en costas que impone el *artículo 398.1* en su remisión al *artículo 394.1 de la misma ley* .

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por la representación procesal de "ARPO ESPAÑA, S.A.", contra la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en fecha 22 de marzo de 2006 , que SE CONFIRMA en todos sus pronunciamientos.

Segundo .- Se imponen las costas del presente recurso de casación 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.- Antonio Salas Carceller.- 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.