

Roj: STS 4487/2011
Id Cendoj: 28079110012011100429
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 849/2007
Nº de Resolución: 541/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CARGA DE LA PRUEBA x
- x INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO x
- x SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x
- x PERMUTA x

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Navalcarnero, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente el Procurador Don Carlos Cabrero del Nero, en nombre y representación de "HUERTAS Y PAREDES S.A."; siendo parte recurrida la Procuradora Doña Blanca Berriatua Horta, en nombre y representación de Don Maximo .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Antonio Jiménez Andosilla, en nombre y representación de D. Maximo , interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad HUERTAS Y PAREDES, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare *que el demandado ha incumplido el contrato de compraventa de fecha 30 de junio de 1996 y le condene a abonar a mi representado la cantidad de 150.253 Euros, fijada como precio de la cosa vendida más los intereses legales con imposición de todas las costas causadas.*

2.- El Procurador D. Angel Ramón López Meseguer, en nombre y representación de HUERTAS Y PAREDES, 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 *desestimando las pretensiones del actor al haber cumplido mi mandante con las obligaciones pactadas, e imponiendo las costas y todos los gastos de este procedimiento a D. Maximo .*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Il. Jueza del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Navalcarnero, dictó sentencia con fecha 10 de octubre de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que desestimando la demanda interpuesta a instancia de D. Maximo contra la entidad HUERTAS Y PAREDES, S.A. debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos formulados en la demanda, con imposición de las costas del procedimiento a la parte actora.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Maximo , la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 9 de febrero de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Antonio Jiménez Andosilla y mantenido en esta alzada por la Procuradora Dª Blanca Berriatua Horta, en nombre y representación de D. Maximo , contra la sentencia de*

fecha 10 de octubre de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Navalcarnero en procedimiento nº 476/2003 , *la revocamos y dictamos otra por la que, estimando la demanda presentada por la expresada parte contra la mercantil HUERTAS Y PAREDES, S.A., condenamos a ésta a pagar a la actora la cantidad de 150.253 #, así como los intereses por mora desde la fecha de presentación de la demanda. Condenamos igualmente a la parte demandada al pago de las costas de primera instancia y no hacemos pronunciamiento en cuanto a las devengadas en esta alzada.*

TERCERO .- 1 .- El Procurador D. Carlos Cabrero del Nero, en nombre y representación de HUERTAS Y PAREDES, S.A., interpuso recursos de casación y por infracción procesal contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: UNICO:** Al amparo del artículo 477.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 1281 del Código Civil . **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO .-** Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **SEGUNDO .-** Al amparo del artículo 469.1.2º. de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **TERCERO .-** Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **CUARTO .-** Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2 .- Por Auto de fecha 3 de marzo de 2009, se acordó admitir los motivos del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal 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 Doña Blanca Berriatua Horta, en nombre y representación de Don Maximo , presentó escrito de impugnación al mismo.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de junio del 2011, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El demandante en la instancia, don Maximo , parte recurrida en los recursos que penden ante esta Sala, era propietario de dos fincas incluidas en un planeamiento urbanístico y la entidad demandada HUERTAS Y PAREDES, S.A, parte recurrente ante esta Sala, promotora inmobiliaria cuyo objetivo era la construcción de viviendas unifamiliares en el terreno de diez fincas entre las que se hallaban las del demandante, firmaron un contrato el día 30 de junio de 1996 por el cual aquel propietario de los terrenos se los cedía a esta promotora esta para urbanizarlos y edificarlos a cambio de recibir "el 22% del total edificado así como el coeficiente correspondiente a los elementos comunes", pudiendo el cedente optar entre recibir "el 22% de la edificación total resultante o el dinero obtenido por la venta de ese porcentaje, si bien para que pueda dar esto último se deberá avisar con antelación suficiente para que la mercantil haga sus planes de venta". Tras realizarse el oportuno planeamiento, el Ayuntamiento estableció que para toda la promoción se autorizaban un total de 91 viviendas, correspondiendo al titular del suelo aportado correspondiente a las dos fincas un total de 6,734 unidades de viviendas, de las que 2,72 correspondían a viviendas de grupo 2, más grandes y edificadas en parcelas de mayor superficie que las de grupo 3, de las que correspondían 4,04 unidades, estableciéndose una participación en el índice de edificabilidad total para ambas fincas de 1.456, 31 m2.

La demanda que a tal efecto interpuso D. Maximo fue estimada por la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 25, de Madrid que, revocando la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Navalcarnero, entendió, tras el análisis de los datos de hecho y la interpretación del contrato, que *"no hay duda que al demandante se le entregó menos superficie edificada de la pactada"*.

El contrato de autos debe ser calificado como contrato de permuta de cosa futura, de la misma manera que se considera la compraventa de cosa futura. Incluso la sentencia de 10 de noviembre de 2010 conoció el caso de un contrato que se presentaba como dos compraventas de cosas futuras. La permuta de cosa futura se da con frecuencia en la obligación de entrega de un solar a cambio de determinados pisos o porcentaje de lo que se va a construir, cuya obligación de entrega de ello se pacta, como sendas obligaciones sinalagmáticas. Son muy explícitas las sentencias de 8 de marzo de 2001 , 19 de julio de 2002 , 1 de julio de 2010 .

Las propias partes han titulado el contrato como *"compromiso de permuta"* y en la exposición del mismo dicen: *"...interesándoles permutar la mencionada parcela por viviendas..."* y en las estipulaciones se

pacta por D. Maximo el "*ceder todo el terreno descrito*" y por la sociedad promotora. "*a cambio de lo anterior...*" ejecutar la obra y entregar al anterior el 22% del total edificado.

SEGUNDO .- El recurso por infracción procesal que ha interpuesto la sociedad demandada se formula al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil articulado en cuatro motivos; los tres primeros son relativos a la carga de la prueba y el cuarto se refiere a la admisión de hechos.

La doctrina del *onus probandi*, dice la sentencia de 5 de mayo de 2011, plasmada en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene por objeto resolver el caso de que un determinado hecho no ha sido probado (sentencia de 29 de abril de 2009), bajo el aforismo de "el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba (sentencia de 8 de octubre de 2010). En el caso presente, debe recordarse que no afecta a esta doctrina la declaración de hecho probado que hace la sentencia de instancia de "*al demandante se le entregó menos superficie edificada de la pactada*". Otros hechos adyacentes no se han probado y así lo declara expresamente dicha sentencia.

El motivo primero de este recurso por infracción procesal se funda, al igual, como se ha dicho, que los dos siguientes, en la infracción del artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la carga de la prueba y viene referido a que sufre tal carga porque, como dice la sentencia recurrida, "*no aportó, pese a ser un dato obrante en su poder, cuál fue la superficie verdaderamente edificada*".

La sentencia recurrida parte de datos de hecho y de interpretación del contrato y concluye que "*se le entregó menos de la superficie edificada*" y por razón de que la promotora demandada le entregó al cedente "*una vivienda y, por tanto, una sola unidad, debió acreditar que ésta era equivalente...*", "*no existe disposición alguna que justifique obligar al cedente a aceptar la entrega del 22% en dos porciones de viviendas...*" por lo que estima la demanda que reclama un determinado suplemento en metálico.

No hay infracción de la doctrina de la carga de la prueba ni, por tanto del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El cedente, demandante, alega, como base de su pretensión, que la promotora le ha entregado menos de lo pactado y así lo declara la sentencia de instancia y la promotora pudo y debió acreditar la superficie exactamente construida. Al no hacerlo, la sentencia de instancia, al declarar incumplido parcialmente el contrato, no puede entrar en el detalle de la superficie exactamente construida y al no probar la promotora demandada el grado de incumplimiento, como excepción material a la pretensión actora, estima totalmente la demanda.

El motivo segundo prácticamente reproduce la anterior, en el sentido de que, fundado en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ciertamente no se comprende bien en qué se basa en tal apartado, mantiene que demandado y demandante "*se encontraban en idéntica posición para acreditar cuál ha sido la superficie edificada*". No es así y se debe insistir en lo dicho al tratar del motivo anterior. La promotora demandada ha edificado y pudo y debió acreditar el volumen exacto. El demandante, cedente, advierte y la sentencia se lo reconoce que le han entregado menos de lo pactado; la demandada pudo probar que cumplió correctamente y no lo hizo, por lo cual se le condenó a cumplir, con el abono en metálico pretendido en la demanda.

Los motivos tercero y cuarto se refieren a la valoración de la parte incumplida, a cuyo abono en metálico ha sido condenada la promotora demandada, ahora recurrente. El motivo tercero se funda, como los anteriores, en la doctrina de la carga de la prueba, infracción del artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haber probado el demandante la cantidad exacta que le correspondía. El motivo cuarto, en el artículo 405.2 de la misma ley, por no tratarse de un hecho admitido.

Ambos motivos decaen por la misma razón. La sentencia recurrida parte de que esta cantidad no fue discutida y, al no serlo, no fue objeto de prueba, por lo que no se infringe aquel artículo sobre la carga, ni éste sobre la admisión. Es una cifra no cuestionada, no objeto de la litis y así se establece en la sentencia con estas palabras, tras afirmar la estimación de la demanda: "*pese a no poderse comprobar la exactitud de la cantidad pedida para completar la parte no entregada de forma material, la demandada no cuestionó esa valoración, establecida convencionalmente por la actora según criterios de mercado no discutidos de contrario*".

Se rechazan, pues, los motivos del recurso por infracción procesal y, por ello, se desestima éste con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO .- El recurso de casación contiene un motivo único por infracción del artículo 1281, párrafo primero del Código Civil. El motivo se desestima por dos razones. La primera atinente a la interpretación del

contrato que corresponde a la instancia y la segunda, a la valoración de la prueba y la revisión de lo declarado en la instancia, que no cabe en casación.

En primer lugar, la interpretación del contrato ha sido la base para que la sentencia de instancia (en su fundamento segundo) llega a la conclusión fáctica de que "al demandante se le entregó menos superficie edificada de la pactada" y la interpretación corresponde al tribunal *a quo* . Así lo ha reiterado numerosa jurisprudencia, que advierte que sólo cabe su revisión en casación cuando haya sido ilógica, arbitraria, absurda o contraria a derecho: sentencias de 22 de diciembre de 2005 , 14 de septiembre de 2006 , 9 de enero de 2007 , 30 de enero de 2007 , 5 de noviembre de 2007 , 8 de mayo de 2009 ; *"queda fuera de su ámbito todo resultado hermenéutico que sea respetuoso con los imperativos de esa clase que disciplinan la labor del intérprete, aunque no sea el único admisible"*, dice la sentencia de 30 de marzo de 2010 .

En segundo lugar, en el desarrollo del motivo entra en la valoración de la prueba. Lo cual no cabe en casación, como se desprende de su propia función que, como ha dicho la jurisprudencia, no es una tercera instancia, ni le corresponde la valoración de la prueba, ni entrar en la cuestión fáctica (sentencias de 15 de junio de 2009 , 30 de septiembre de 2009 , 25 de junio de 2010 , 14 de abril de 2011 , 5 de mayo de 2011) ni hacer supuesto de la cuestión, en el sentido de apreciar hechos no declarados por la sentencia de instancia (sentencias de 5 de noviembre de 2009 , 13 de octubre de 2010 , 13 de mayo de 2011 , 16 de junio de 2011).

En definitiva, la sentencia de instancia, objeto del presente recurso de casación, parte de datos de hecho y de la interpretación del contrato. La interpretación del contrato es correcta y no se revisa por esta Sala y los datos de hecho no son objeto de casación. El recurso, pues, se desestima, con la consiguiente condena en costas, conforme al *artículo 398.1* en su remisión al *artículo 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

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de "HUERTAS Y PAREDES S.A", contra la sentencia dictada por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 9 de febrero de 2007 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se imponen las costas causadas por ambos recursos 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 **Juan Antonio Xiol Rios . Xavier O'Callaghan Muñoz. Francisco Marin Castan .Jose Antonio Seijas Quintana.Firmado y Rubricado.** 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.