

Roj: STS 6846/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100681
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1537/2008
 Nº de Resolución: 765/2011
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre 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 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de la misma ciudad, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente la Procuradora Dª Katuska Marín Martín, en nombre y representación de CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES E INMUEBLES S.A (COEDINSA); siendo parte recurrida el Procurador D. Jaime Gafas Pacheco, en nombre y representación de D. Apolonio

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Carlos Solsona Espriu, en nombre y representación de herencia yacente de don Felicísimo , representada por D. Miguel y D. Apolonio interpuso demanda de juicio ordinario contra CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES E INMUEBLES S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que, *admitiendo íntegramente la demanda se condene solidariamente a las demandadas, mercantiles COEDINSA Y J.L. FABADO S.L. A.- AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA del solar interior no edificable ubicado en las espaldas del solar recayente a la calle Campamento número 2 y 4 esquina C/ Felipe Valls número 67, ocupa una superficie total de 102.55 m2. Linda frente y derecha mirando a su frente con parte de finca de que ésta es resto; izquierda con la casa número NUM000 de dicha CALLE000 y, espaldas casa número NUM001 de la CALLE001 Referencia catastral: NUM002 . Inscrito en el Registro de la Propiedad de Paterna, al Tomo NUM003 , Libro NUM004 , Folio NUM005 , Finca NUM006 de Benimámet. Valor del solar a efectos de esta demanda 42.583, 11 euros. Cargas: Servidumbre de luces y vistas, actuando como Predio Sirviente y a favor del edificio sito en Valencia, Benimámet, CALLE000 número NUM007 y NUM008 , esquina a la CALLE001 número NUM009 , en los términos de la nota simple aportada. A favor -por mitades indivisas- DE Apolonio y la comunidad hereditaria de DON Felicísimo , representada por D. Miguel y Apolonio . GASTOS DEL OTORGAMIENTO: Todos ellos a cargo de las demandadas. B.- AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA de LOCAL COMERCIAL señalado con la letra A en planta baja y sin distribución interior, con acceso directo a través de la CALLE000 , construido a dos niveles y comunicados mediante escalera. Ocupa una superficie construida de 130.23 m2. Linda frente, con la CALLE000 , derecha mirando a su frente y espaldas con el local comercial Letra B; izquierda con la casa número NUM000 de dicha CALLE000 . Forma parte del edificio sito en Valencia, Benimámet, CALLE000 número NUM007 y NUM008 , esquina a la CALLE001 número NUM009 . CUOTA DE PARTICIPACION EN ELEMENTOS COMUNES: 5.03% Inscrito en el Registro de la Propiedad de Paterna, al Tomo NUM003 , Libro NUM004 , Folio NUM004 , Finca NUM010 de Benimámet. Valor del local a efectos de esta demanda 78.269, 80 euros. Cargas: por razón de su procedencia de la Finca NUM006 (anterior) se halla gravada con Servidumbre de luces y vistas, actuando como Predio Sirviente y a favor del edificio sito en Valencia, Benimámet, CALLE000 número NUM007 y NUM008 , esquina a la CALLE001 número NUM009 , en los términos de la Nota Simple aportada. A favor -por mitades indivisas- DE Apolonio y la comunidad hereditaria de DON Felicísimo , representada por D. Miguel y Apolonio . GASTOS DEL OTORGAMIENTO: Todos ellos a cargo de las demandadas. C.- SE FIJE UNA INDEMNIZACIÓN EN CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, además de los intereses legales desde la*

fecha de presentación de esta demanda, a abonar solidariamente por las demandadas, en la suma de 247.256,34 €, cantidad resultante de la depreciación del solar edificable que debían haber recibido mis representados en un 51.82% y en cuanto al local comercial en un porcentaje igual al 40% en los términos señalados por el perito DON Jose Augusto en su Informe. D.- SE CONDENE A LAS MERCANTILES DEMANDADAS, igualmente con carácter solidario al pago de las costas del procedimiento.

2.- El Procurador D. Onofre Marmaneu Laguía, en nombre y representación de CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES E INMUEBLES 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 absolviendo a mi parte de todos sus pedimentos, con expresa imposición de costas a la actora. Y formulando demanda reconvenional, alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado se dicte sentencia por la que se declaren los siguientes pronunciamientos: A).- Se declare resuelto el contrato privado de permuta de 4 de noviembre de 1999, y las modificaciones de su desarrollo pactadas en los contratos privados de 28 de enero y 19 de junio de 2002, suscritos entre los actores y la aquí demandada reconviniente CONSTRUCCIONES EDIFICACIONES E INMUEBLES SA, referidos a la obligación de entrega a los reconvenidos de las partes de obra cuya descripción registral es la siguiente 1.- Local comercial señalado con la letra A, en planta baja y sin distribución interior, con acceso directo a través de la CALLE000, construido a dos niveles y comunicados mediante escalera. Ocupa una superficie construida de 130,23 metros cuadrados. Y linda: frente, con la CALLE000, derecha mirando a su frente y espaldas, con el local comercial letra B; e izquierda casa número NUM000 de la CALLE000. Inscrito a nombre de CONSTRUCCIONES EDIFICACIONES E INMUEBLES SA en el Registro de la Propiedad de Paterna, al Tomo NUM003, Libro NUM004 de Benimámet, Folio NUM004, Finca NUM010. 2.- Solar interior no edificable ubicado a las espaldas del solar recayente a la CALLE000 números NUM007 y NUM008, esquina a la CALLE001, número NUM009. Ocupa una superficie total de 102,55 metros cuadrados. Y linda: frente y derecha mirando a su frente, con parte de la finca de que esta es resto; izquierda, con la casa número NUM000 de dicha CALLE000; y, espaldas casa número NUM001 de la CALLE001. Inscrito a nombre de CONSTRUCCIONES EDIFICACIONES E INMUEBLES SA en el Registro de la Propiedad de Paterna, al Tomo NUM003, Libro NUM004 de Benimámet, Folio NUM005, Finca NUM006. Todo ello, de conformidad al requerimiento resolutorio instado por la demandada reconviniente CONSTRUCCIONES EDIFICACIONES E INMUEBLES SA contra los actores reconvenidos, en 3 de octubre de 2005, por conducto del Notario de Valencia de Valencia Don Fernando Corbí Coloma, al número 2.928 de su protocolo. B).- Se declare válida, efectiva y vinculante en Derecho, la compraventa efectuada entre los reconvenidos y la reconviniente, en la escritura pública de fecha 19 de junio de 2002, ante el Notario de Valencia Don Carlos Fluixá Pavía al número 401 de su protocolo, respecto de la casa sita en la CALLE000 número NUM008 de Benimámet (Valencia), por precio de CIENTO NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS VEINTITRES EUROS CON OCHENTA Y SIETE CENTIMOS (192.323,87.-€), procediendo el abono de la demandada reconviniente a los actores reconvenidos, de la parte del precio pendiente de pago por importe de SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA EUROS, CON ONCE CENTIMOS DE EURO (65.390,11.-€) y su recibo por los actores reconvenidos, aplicándose a dicho pago, en sustitución del cheque depositado en la Notaría de Don Fernando Corbí Coloma con ocasión del requerimiento resolutorio actuado en 3 de octubre de 2005, el importe consignado en autos por la demandada reconviniente. C).- Se declare que los actores-reconvenidos, adeudan a la demandada reconviniente, en concepto de gastos necesarios producidos en la tramitación de las operaciones particionales de la herencia de sus padres, la cantidad de 6.682,16.-€, de conformidad al detalle de liquidación obrante al documento 27 de la demanda reconvenional. D). - Se condene a los actores-reconvenidos, a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a recibir el importe de SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA EUROS, CON ONCE CENTIMOS DE EURO (65.390,11.-€) consignado en metálico en la mesa del Juzgado según justificante aportado como documento 35 en las presentes actuaciones. E).- Se condene a los actores-reconvenidos por consecuencia de las anteriores declaraciones a abonar a la demandada- reconviniente, la cantidad de 6.682,16.-€. F).- Se condene a los actores - reconvenidos, al pago de las costas de la presente reconvenición.

3.- El Procurador D. Carlos Solsona Espriu, en nombre y representación de D. Miguel y D. Apolonio contestó a la demanda reconvenional, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la cual se absuelva a mis representados de los pedimentos interesados en la demanda reconvenional con expresa condena en costas a la demandante por su mala fe y temeridad.

4.- La demanda quedó dirigida exclusivamente contra COEDINSA al acreditarse que la codemandada J.L. FAJARDO, S.L. no existía.

5 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia, dictó sentencia con fecha 21 de mayo de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que estimando parcialmente la demanda formulada por herencia yacente de don Felicísimo , representada por D. Miguel y D. Apolonio , que también actúa en su propio nombre y derecho, representados por el Procurador D. Carlos Eduardo Solsona Espriu, contra CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES E INMUEBLES S.A. (COEDINSA) representada por el Procurador D. Onofre Marmaneu Laguia, debo condenar y condeno a la mencionada demandada: 1.- Al otorgamiento de la escritura pública de compraventa del solar interior no edificable, ubicado en la espalda del solar recayente a la CALLE000 nº NUM007 y NUM008 esquina CALLE001 nº NUM009 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Paterna, al Tomo NUM003 Libro NUM004 Folio NUM005 , Finca NUM006 de Benimamet. 2.- Al otorgamiento de la escritura pública de compraventa del local comercial señalado con la Letra A en planta baja y sin distribución interior, con acceso directo a través de la CALLE000 , que forma parte del edificio sito en Valencia, Benimamet, CALLE000 nº NUM007 y NUM008 esquina CALLE001 nº NUM009 , inscrito en el Registro de la Propiedad de Paterna, a Tomo al Tomo NUM003 Libro NUM004 Folio NUM004 , Finca NUM010 de Benimamet. de Benimamet. Siendo de cargo de la demandada todos los gastos de otorgamiento de escrituras, y desestimando las restantes peticiones contenidas en el suplico de la demanda. Y estimando parcialmente la demanda formulada por CONSTRUCCIONES EDIFICACIONES E INMUEBLES S.A. (COEDINSA) representada por el Procurador D. Onofre Marmaneu Laguia, debo condenar y condeno a herencia yacente de don Felicísimo , representada por D. Miguel y D. Apolonio , representados por el Procurador D. Carlos Eduardo Solsona Espriu, a la devolución a la parte actora en el momento de otorgar las correspondientes escrituras, de la cantidad de 51.542'80 euros por liquidación de la deuda pendiente, desestimando las restantes peticiones contenidas en el suplico de la referida demanda . Respecto a las costas procesales originadas en el presente juicio, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.*

SEGUNDO .- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de las partes demandantes y demandadas, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Carlos Eduardo Solsona Espriu, en nombre y representación de don Apolonio y don Miguel y de la herencia yacente de don Felicísimo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia, el día 21 de mayo de 2007 , en el Juicio Ordinario seguido con el numero 378/2006. Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Onofre Marmaneu Laguia, en nombre y representación de "Construcciones Edificaciones e Inmuebles, S.A.", contra la citada sentencia. SEGUNDO.- Revocar la citada resolución, en el sentido de desestimar la demanda reconventional formulada por "Construcciones, Edificaciones e Inmuebles" (COEDINSA) absolviendo a los demandantes reconvenidos don Apolonio y don Miguel y de la herencia yacente de don Felicísimo , de los pedimentos contenido en aquella; manteniendo el resto de los pronunciamientos del fallo. TERCERO.- No hacer declaración sobre las costas de los recursos en esta alzada.*

TERCERO .- 1 .- El Procurador D. Onofre Marmaneu Laguia, en nombre y representación de CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES E INMUEBLES S.A, interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO .-** Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por violación del artículo 209.2 **SEGUNDO .-** Por el mismo cauce del nº 2 del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil infracción del artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **TERCERO .-** Por el mismo cauce del nº 2 del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil infracción del artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **CUARTO .-** Por el cauce del nº 2 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia error en la valoración de la prueba, infracción del artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **QUINTO .-** Por el mismo cauce del nº 2 del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción del requisito de exhaustividad, artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **SEXTO .-** Por el cauce del nº 2 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción del requisito de exhaustividad y/o incongruencia, infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **SEPTIMO.-** Por el mismo cauce del nº 2 del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción del requisito de exhaustividad y/o incongruencia, artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de los artículos 1124 y 1504 del Código civil . **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO .-** Interpretación errónea e inadecuada aplicación del artículo 1124 del Código civil . **SEGUNDO .-** Interpretación errónea del artículo 1504 del Código civil. **TERCERO .-** Infracción del artículo 1204 del Código civil. **CUARTO .-** Infracción del párrafo 1º del artículo 1156 del Código civil.

QUINTO .- Infracción del artículo 1176 del Código civil. *SEXTO* .- Infracción del artículo 1100 del Código civil . **SEPTIMO** .- Infracción del artículo 1195 del Código civil. *OCTAVO* .- Infracción del apartado primero del artículo 1281 del Código civil. *NOVENO* .- Infracción del apartado primero del artículo 1281 del Código civil , relativo a la hermenéutica en la interpretación de los contratos. **DECIMO** .- Infracción del artículo 1261 del Código civil . **UNDECIMO** .- Infracción del artículo 1256 del Código civil . **DUODECIMO** .- Infracción del artículo 1255 del Código civil .

2 .- Por Auto de fecha 27 de octubre de 2011, se acordó ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACION y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Jaime Gafas Pacheco, en nombre y representación de D. Apolonio , 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 11 de octubre del 2011, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los antecedentes fácticos de la presente *litis* parten de la voluntad de las partes, por una de ellas, los hermanos Miguel Apolonio Felicísimo demandantes, propietarios de una finca urbana y por otra, la sociedad promotora y constructora, COEDINSA, demandada y recurrente ante esta Sala, de cambiar aquella finca por la planta baja, dos plazas de garaje y un ático o vivienda. A tal efecto, celebraron el contrato de 4 de noviembre de 1999 que se califica de *permuta de cosa futura*.

Este contrato, aunque no esté específicamente contemplada en el *Código civil*, es un tipo de *permuta que sí está regulado en los artículos 1538 y siguientes* (al igual que ocurre con la compraventa de cosa futura), muy frecuente en la realidad social y objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales (así, sentencias de 8 de marzo de 2001 , 19 de julio de 2002 , 1 de julio de 2010 , 7 de julio de 2011). Se cambia por su propietario -permuta- una finca a cambio de determinados elementos que la otra parte permutante se obliga a entregar cuando termine el edificio que va a construir en ella. Es así, aunque, como se pretendía en el presente caso, se instrumente la permuta como dos compraventas, la de la finca y la de los elementos (así, sentencia de 10 de noviembre de 2010 , cuyo caso se presentó como dos compraventas).

En cuanto interesa ahora en el presente caso, después de aquel primer contrato, calificado explícitamente de permuta, de 4 de noviembre de 1999, se produjeron modificaciones a las que llamaron "novación parcial" que afectaban a las contraprestaciones de los hermanos Miguel Apolonio Felicísimo . Realmente la novación es un modo de extinción de la obligación que se produce por la constitución de una nueva que sustituye a la extinguida (en este sentido, claramente, la sentencia de 28 de diciembre de 2000 y otras muchas, anteriores) -*artículo 1207 del Código civil* - y los casos que llaman de "novación parcial" no son otra cosa que modificaciones de las obligaciones previstas en el contrato de permuta.

Posteriormente, el 19 de junio de 2002 en documento privado se pactó modificar parcialmente el contrato de 4 de noviembre de 1999 y formalizar como escritura pública de compraventa la transmisión de la finca por los hermanos Miguel Apolonio Felicísimo a COEDINSA. Esta efectivamente se entregó; la escritura no llegó a otorgarse y en fecha 28 de abril de 2005 el representante de esta sociedad (que ya había recibido la finca) requirió a los hermanos Miguel Apolonio Felicísimo para que acudieran el siguiente día 5 de mayo a determinada notaría para tal otorgamiento. La abogada de estos últimos contestó el 4 de mayo en el sentido de que no procedía por:

1.- *La absoluta discrepancia entre la contraprestación a recibir (unidades de obra) por mis clientes y lo plasmado en la minuta proporcionada a esta letrada para la firma y corroborado por el requerimiento, de conformidad con los diferentes contratos privados suscritos entre la requirente y los requeridos.*

2.- *Entre otras, el local edificado presenta graves deficiencias técnicas que lo hacen inservible para el uso al que debe ser destinado, esto es, local comercial.*

3.- *El solar a recibir por las concedentes tendría que ser edificable de acuerdo con lo pactado en los contratos suscritos entre las partes.*

Así, la entrega de los elementos pactados en el contrato de permuta por la sociedad promotora a los hermanos demandantes, también por medio de una aparente compraventa, tampoco llegó a celebrarse porque éstos consideraron que no se cumplían los requisitos pactados y porque se les imputaban los gastos de

titulación, siendo así que éstos correspondían a la sociedad transmitente según se había estipulado en el contrato.

Los hermanos Miguel Apolonio Felicísimo han formulado la presente demanda interesando la transmisión de los elementos del edificio pactados, en el estado en que se encuentran y una fuerte indemnización que no ha sido concedida en la instancia y a ello se han aquietado. La sociedad demandada CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES E INMUEBLES S.A (COEDINSA) se opuso a la demanda y formuló, a su vez, demanda reconvenzional en la que interesó la resolución del contrato de permuta, la declaración de validez de la transmisión en forma de compraventa de la finca, de 19 de junio de 2002 y el abono de los gastos de titulación.

La Audiencia Provincial, Sección 11^a, de Valencia, en su sentencia de 3 de marzo de 2008, confirmó la dictada en primera instancia que estimó la demanda en cuanto al otorgamiento de escritura pública en forma de compraventa de los elementos convenidos, siendo de la promotora demandada los gastos y negó la indemnización; desestimó totalmente la demanda reconvenzional, rechazando la pretendida resolución, ya que, literalmente dice:

"si atendemos al contrato de permuta pactado los actores vinieron obligados a la entrega del solar para que el demandado construyese y esta obligación principal la han cumplido desde el momento que se efectuó la entrega, ese cumplimiento ya impide que la facultad resolutoria del demandado prospere, por cuanto lo que no se ha cumplido es la contraprestación que debía abonar la demandada ante la divergencia planteada por las partes que se ha constatado en el acta notarial antes reseñada. Esta conclusión ya priva de eficacia a la declaración de voluntad de la demandada ya que el incumplidor no puede ejercitar la facultad resolutoria, (art. 1124 del C.c) ni tampoco variar el contenido de su contraprestación, alterando lo pactado en el contrato, artículo 1256 del C.c "

La sociedad demandada-demandante reconvenzional, ha formulado los presentes recursos por infracción procesal y de casación.

SEGUNDO .- El recurso por infracción procesal contiene siete motivos aunque varios de ellos deben analizarse conjuntamente al tratar del mismo tema. Todos se amparan en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por fundarse en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

El motivo primero alega la infracción del artículo 209, regla 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contempla la forma de la sentencia. El motivo se desestima porque dicha norma viene referida a la sentencia de primera instancia, como norma general, y en el artículo 465.5 prevé la forma, como norma particular, de la sentencia dictada en el recurso de apelación que se pronunciará *exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso* y así ha hecho correctamente la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, Sección 11ª de Valencia. En efecto, ha analizado las cuestiones planteadas, lo que ni siquiera se discute en este motivo. Y lo que sí cuestiona son extremos de fondo, que no son objeto de este recurso por infracción procesal. Entre otras muchas, la sentencia de 5 de mayo de 2011 reitera que el fondo de la cuestión, siendo una cuestión de hecho, no corresponde al recurso por infracción procesal.

El motivo segundo y el tercero se refieren a lo mismo, que es una cuestión de fondo. El motivo segundo alega la infracción del principio dispositivo y de justicia rogada, que proclama el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el tercero, infracción del artículo 217.3 de la misma ley, de la carga de la prueba. Uno y otro se refieren a una cuestión de fondo: la resolución contractual formulada extrajudicialmente y de forma unilateral, como consta en requerimiento notarial, que es un hecho admitido por la parte contraria (motivo segundo), que no ha probado hecho alguno obstativo a tal resolución (motivo tercero). Es mera cuestión de fondo, por más que se quiere enfocar desde un punto de vista procesal y no es como pretende la parte recurrente. La resolución basada en el artículo 1124 del Código civil hecha extrajudicialmente, si no es aceptada por la otra parte, precisa una declaración judicial que así lo disponga, como recuerdan las sentencias de 28 de junio de 2002, 1 de octubre de 2009 y 19 de julio de 2010; en el presente caso, la resolución se ha impugnado y se ha rechazado judicialmente.

El motivo cuarto denuncia error de hecho en la valoración de la prueba por infracción del artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la fuerza probatoria de los documentos públicos. El motivo debe desestimarse porque caer en el mismo error que los dos anteriores. Mantiene que consta en documento público la resolución hecha extrajudicialmente; incluso se dice en este motivo que "no es la resolución del contrato lo que se pide en la demanda reconvenzional, lo que se pide es que, estando el contrato resuelto, al haberse operado la resolución con las formalidades prevenidas en el artículo 1504 del Código civil se declare que la resolución está bien hecha". Planteamiento erróneo por una doble razón: primero, por lo dicho respecto a la resolución extrajudicial y segundo, porque el artículo 1504 del Código civil no se aplica al contrato de

permuta y el supuesto de autos (sigue siendo cuestión de fondo) no es de compraventa, sino de permuta, por más que se quiera instrumentar formalmente como dos compraventas.

Los tres últimos motivos, quinto, sexto y séptimo, denuncian la misma infracción; la del *artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en el sentido de que la exhaustividad es requisito interno de la sentencia, en cuyo defecto ha incurrido la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial por no haber resuelto sobre la cantidad de 51.542, 80 # en concepto de préstamo (motivo quinto), sobre el destino del importe consignado de 63.390, 11 # (motivo sexto) y sobre la declaración de validez de la resolución extrajudicial (motivo séptimo). Los tres motivos se desestiman. El quinto, porque la cantidad en concepto de préstamo no ha sido objeto de la demanda reconvenicional y, como dice la sentencia recurrida (en su fundamento cuarto), queda fuera de este proceso, ya que esta parte recurrente, en su demanda reconvenicional, solicitó algo distinto y la sentencia de primera instancia, revocada en este punto por la de la Audiencia Provincial, había incurrido en incongruencia *extra petita*. El sexto, porque el importe de una cantidad consignado por la sociedad recurrente como pago de una compraventa, tampoco ha sido objeto de este proceso; esta cantidad se refiere a una compraventa que no es tal, sino a la instrumentalización de un contrato de permuta y éste es el objeto de la demanda, que ha sido estimada; no pretenda la recurrente que en este recurso se integre el *factum* llegando a unas cuestiones y pronunciamientos que no han sido objeto de la demanda principal, sí estimada y no cabe obviar que la reconvenición ha sido totalmente desestimada. El séptimo se refiere a que no ha sido objeto de la sentencia la declaración de la validez de la resolución producida notarialmente; todo lo contrario, sí ha sido tratada en la sentencia recurrida y rotundamente rechazada (en el largo fundamento segundo) por lo que no puede pensarse en una falta de exhaustividad.

Por todo lo cual, se desestima el recurso por infracción procesal, 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 doce motivos, todos ellos condenados al fracaso, ya que insisten en que la resolución se ha producido extrajudicialmente y, como se ha dicho cuando se ha alegado como motivo del recurso por infracción procesal, no es así; media un requerimiento notarial que no produce la resolución por sí mismo y que judicialmente ha sido denegada por las sentencias de instancia, denegación que esta Sala estima correcta a la vista de los hechos declarados probados.

El motivo primero, formulado por infracción de *artículo 1124 del Código civil* insiste en la apreciación equivocada de que "no estamos interesando la resolución del contrato, sino que se declare que la resolución operada extrajudicialmente se declare eficaz en derecho" (*sic*), lo que, como se ha dicho, es una pretensión errónea. No se ha producido la resolución extrajudicial porque la parte contraria no la ha aceptado y no se ha producido resolución judicial porque la sentencia de instancia ha declarado el cumplimiento de la otra parte permutante y el incumplimiento de la parte recurrente. En un resumen sintético: la parte permutante, propietaria del terreno, demandante, ha cumplido su obligación esencial de entrega de la finca y la parte permutante, adquirente de ésta y obligada a entregar elementos del edificio, sociedad demandada y recurrente en casación, no ha cumplido su obligación esencial de entrega de aquéllos y, por ello, ha sido estimada la demanda, que pretende el cumplimiento del contrato de permuta.

El motivo segundo se desestima simplemente porque aduce la infracción del *artículo 1504 del Código civil* y éste no es aplicable al contrato de permuta. Este artículo dispone: *En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término*. Lo cual no es aplicable al contrato de permuta que carece de "precio" cuyo impago dé lugar a la resolución, sino que se trata de cambio de cosa por cosa; no exactamente un simple trueque, sino obligación de entregar una cosa por una parte y la otra, obligación de entregar otra cosa, sin perjuicio de que una de ellas pueda ser futura, que es el caso presente. No tiene, pues, posible aplicación el *artículo 1504* .

El motivo tercero alega la infracción del *artículo 1204 del Código civil* relativo a la novación, propiamente dicha, que es la extintiva. Este motivo no tiene sentido, puesto que la sentencia recurrida, precisamente niega que se haya producido novación por la declaración unilateral de una de las partes permutantes, precisamente la ahora recurrente y recuerda que ésta "ha conseguido el fin principal buscado, la cesión del solar, al que se le ha privado del suyo a los demandantes que no han recibido la obra comprometida..." .

El motivo cuarto, que considera infringido el *artículo 1156. 1º, del Código civil* (*Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento*) contradice directamente el hecho probado declarado así en la sentencia recurrida: la parte recurrente, COEDINSA, no cumplió el contrato; no ha entregado, ni puesto a disposición, los elementos a que se había obligado y así se ha declarado en la sentencia de instancia; mantener lo contrario es hacer supuesto de la cuestión, vedado en casación como dicen, entre otras muchas, las

sentencias de 15 de abril de 2011 , 13 de mayo de 2011 , 16 de junio de 2011 , 12 de julio de 2011 , 6 de octubre de 2011 .

El motivo quinto se desestima porque, al alegar la infracción del *artículo 1176 del Código civil* , no tienes nada que ver con el caso planteado. No hubo el ofrecimiento de pago y consignación que regulan los *artículos 1176 y siguientes del Código civil* como modo de extinción de la obligación sino, simplemente, un requerimiento notarial y un acta de depósito en la que pone un resto de precio al declarar resueltas las obligaciones del contrato de permuta, depósito y consignación que no aceptó la otra parte permutante. Por tanto, la norma alegada en este motivo, ni se aplicó, ni podía ser aplicada.

El motivo sexto alega la infracción del *artículo 1100 del Código civil* que contempla la mora como retraso culpable en el cumplimiento de la obligación. El motivo se desestima porque no se ha declarado ni incumplimiento, ni retardo en el cumplimiento, por la parte permutante, demandante-demandada reconventional y no cabe en casación replantear la cuestión, so pena de pretender que ésta se convierta en una tercera instancia, lo que rechaza su propio concepto y así lo recuerdan las sentencias de 25 de junio de 2010 , 14 de abril de 2011 , 5 de mayo de 2011 , 2 de junio de 2011 .

Tampoco puede aceptarse el motivo séptimo, ya que alega el *artículo 1195 del Código civil* como infringido, que es relativo a la compensación como modo de extinción de las obligaciones, siendo así que es una cuestión jurídica que nunca se ha planteado en la instancia y que no cabe hacerlo, como cuestión nueva, en casación; cuestión nueva que esta Sala ha dicho reiteradamente que no es admisible en este recurso: sentencias de 18 de febrero de 2010 , 6 de mayo de 2011 , 13 de julio de 2011 , 21 de septiembre de 2011 .

Los motivos octavo y noveno mantienen, ambos, la infracción del *artículo 1281, párrafo primero, del Código civil relativo a la interpretación literal del contrato respecto (el octavo)* a los gastos del otorgamiento de escrituras y (el noveno) a la calificación del contrato. Ambos se desestiman porque, no sólo la interpretación y calificación del contrato corresponden al Tribunal de instancia (sentencias de 27 de diciembre de 2006 , 23 de febrero de 2007 , 20 de febrero de 2008 , 8 de mayo de 2009 , 30 de septiembre de 2011), sino también porque esta Sala comparte la interpretación y calificación hecha por la sentencia de instancia.

Los tres últimos motivos, décimo, undécimo y duodécimo decaen por sí solos. Alegan como infringidos, los *artículos 1261, 1256 y 1255 del Código civil* , es decir preceptos tan genéricos y generales -elementos del contrato ; *necessitas*, esencia de la obligación; principio de autonomía de la voluntad- que no pueden servir de base jurídica para un motivo de casación, pues declaran conceptos o principios generales que no comprenden la infracción concreta que pueda constituir un verdadero caso de infracción. Así lo han reiterado las sentencias de 5 de noviembre 2009 , 17 de junio de 2011 , 13 de octubre de 2011 entre otras muchas. En realidad, en estos tres motivos no se hace otra cosa que replantear la cuestión esencial de la *litis* , es decir, la resolución que han negado las sentencias de instancia y la calificación de permuta, no de compraventa, que han hecho estas mismas sentencias, lo que se ha dicho ya que es una aplicación correcta de éstas y demás normas y que acepta y hace suya esta Sala.

Por lo cual, se desestima el recurso de casación, con la condena en costas que prevé el *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 INFRACCION PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES E INMUEBLES S.A (COEDINSA) contra la sentencia dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 3 de marzo de 2008 que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se imponen las cosas 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 .- **Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas Roman Garcia Varela Xavier O'Callaghan Muñoz** 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.