

Roj: STS 352/2016 - ECLI:ES:TS:2016:352
Id Cendoj: 28079110012016100035

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2013/2013

Nº de Resolución: 41/2016

Procedimiento: Casación

Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 358/2012 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 682/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ocaña, cuyos recursos fueron interpuestos por la procuradora Dª Lydia Leiva Cavero, en nombre y representación de D. Gonzalo, D. Modesto, Dª Alejandra, D. Víctor, D. Ángel Daniel y Dª Estrella -sucesores procesales de D. Constancio (como sucesores procesales por fallecimiento de D. Constancio) y Dª Rosalia y por la procuradora Dª Nuria Ramírez Navarro, en nombre y representación de la mercantil "Proyectos y Soluciones Gestión Díez S.A."; siendo parte recurrida la procuradora Dª Silvia Casielles Morán en nombre y representación de la entidad "Banco de Castilla La Mancha S.A."

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Moisés Maza Tizón, en nombre y representación de D. Constancio y Dª Rosalia, interpuso demanda de juicio ordinario, contra la mercantil "Proyectos y Soluciones Gestión Díez S.A." y la entidad "Banco de Castilla La Mancha S.A." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: *"...se estime íntegramente la demanda y en consecuencia se condene a 1.- La Sociedad Proyectos y Soluciones Gestión Díez, Sociedad Anónima, a entregar a mis mandantes, libres de cargas, arrendamientos y ocupantes las viviendas sitas mandantes las viviendas sitas en la CALLE000 o CARRETERA000 denominadas: NUM000, NUM001 NUM002, de 57.55 metros construidos y 20.52 metros de terraza; NUM000, NUM001 NUM003, de 57.55 metros construidos y 30.60 metros de terraza; NUM004, NUM005 NUM006, de 118.08 metros construidos y 3.8 metros de terraza; NUM007, NUM006 NUM008, de 81.35 metros construidos y 3.32 metros de terraza; NUM007, NUM006 NUM009, de 82.18 metros construidos y 3.32 metros de terraza; NUM010, NUM011 NUM012, de 82.18 metros construidos y 3.96 metros de terraza; NUM013, NUM011 NUM003, de 82.18 metros construidos y 3.32 metros de terraza; NUM013, NUM011 NUM006, de 81.36 metros construidos y 3.32 metros de terraza; NUM007, NUM001 NUM014, de 57.55 metros construidos y de 9.97 metros de terraza. Cada una de las citadas viviendas será entregada con un trastero y plaza de garaje. 2.- La Sociedad Proyectos y Soluciones Gestión Díez, Sociedad Anónima, y a Caja Castilla La Mancha, solidariamente a atacar a mis representados la cantidad de 3.456.000€ (tres millones cuatrocientas cincuenta y seis mil euros), más los intereses legales desde la fecha 22 de abril de 2010. 3.- Se les condene a las demandas solidariamente al pago de las costas que se devenguen en el procedimiento."*

SEGUNDO .- 1.- La procuradora doña Ana Consuelo González Montero, en nombre y representación de Banco de Castilla La Mancha, 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 mi representada lo he ella solicitado, con expresa imposición de costas a los actores"*.

2.- La procuradora Doña Nieves Martín Fuertes-Colastra, en nombre y representación de "Proyectos y Soluciones Gestión Díez 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*

íntegramente la demanda, absorbiendo mi representada de las pretensiones en su contra formuladas, con expresa condena a la actora al pago de las costas procesales. Y formulando demanda reconvenzional y alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando, se dicte sentencia por la que, con carácter subsidiario a lo suplicado en la contestación a la demanda, se declare la aminoración del precio debido a la actora convenida, conforme a lo que el precio de mercado correspondiente a la calificación como industrial de las fincas transmitidas o, en su defecto, descuento del mismo los costes de recalificación que en su momento se determinen. Subsidiariamente, declare la nulidad o, alternativamente, la resolución de las relaciones contractuales habidas entre las partes, condenando a la actora a estar y pasar por dicha declaración, con retracción de las pretensiones realizadas. Asimismo, que se condene a la actora a indemnizar a mi representada en la cantidad de 464.548,26 €, por los perjuicios ocasionados a mi representada, con cuantos más pronunciamientos haya lugar en derecho y con imposición de costas a la actora."

3.- El procurador don Moisés Maza Tizón, en nombre y representación de D. Constancio y D^a Rosalia, contestó a la reconvección planteada, oponiéndose a la misma y alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se *desestime la demanda absorbiendo a mi representada de lo solicitado, con expresa condena en costas a la demandante*".

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, La Ilma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ocaña, dictó sentencia con fecha 29 de junio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO : "...1º) *estimar la demanda presentada por D. Constancio y D^a Rosalia, representados por el Procurador D. Moisés Mata Tizón contra la Sociedad Proyectos y Soluciones Gestión Díez, Sociedad Anónima, y contra la entidad Caja Castilla la Mancha; 2º) Condenar a la Sociedad Proyectos y Soluciones Gestión Díez, Sociedad Anónima, a la entrega a D. Constancio y D^a Rosalia de las viviendas sitas en la CALLE000 o CARRETERA000, libres de cargas, arrendamientos y ocupantes, viviendas denominadas: a) NUM000, NUM001 NUM002, de 57.55 metros cuadrados y 20.52 metros de terraza; b) NUM000, NUM001 NUM003, de 57.55 metros cuadrados y 30.60 metros de terraza; c) NUM004, NUM005 NUM006, de 118.08 metros cuadrados y 3.8 metros de terraza; d) NUM007, NUM006 NUM008, de 81.35 metros cuadrados y 3.32 metros de terraza; e) NUM007, NUM006 NUM009, de 82.18 metros cuadrados y 3.32 metros de terraza; f) NUM010, NUM011 NUM012, de 82.18 metros cuadrados y 3.96 metros de terraza; g) NUM013, NUM011 NUM003, de 82.18 metros cuadrados y 3.32 metros de terraza; h) NUM013, NUM011 NUM006, de 81.36 metros cuadrados y 3.32 metros de terraza; i) NUM007, NUM001 NUM014, de 57.55 metros cuadrados y de 9.97 metros de terraza. Cada una de las citadas viviendas será entregada con un trastero y plaza de garaje. 3º) Condenar solidariamente a la Sociedad Proyectos y Soluciones Gestión Díez, Sociedad Anónima, y a la entidad Banco de Castilla La Mancha a la entrega a D. Constancio y D^a Rosalia de la cantidad de 3.456.000 euros. 4º) Condenar a la Sociedad Proyectos y Soluciones Gestión Díez, Sociedad Anónima, y a la entidad Banco de Castilla La Mancha al pago de las costas procesales de la demanda principal; 5º) Desestimar íntegramente la demanda reconvenzional presentada por la Sociedad Proyectos y Soluciones Gestión Díez, Sociedad Anónima, contra D. Constancio y D^a Rosalia. 6º) Condenar a la Sociedad Proyectos y Soluciones Gestión Díez, Sociedad Anónima, al pago de las costas procesales de la demanda reconvenzional*".

CUARTO .- Interpuesto recursos de apelación por las representaciones procesales de "Proyectos y Soluciones Gestión Díez S.A." y de Banco de Castilla La Mancha, S.A., la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo, dictó sentencia con fecha 28 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de **PROYECTOS Y SOLUCIONES GESTIÓN DIEZ S.A.**, y **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso Interpuesto por la representación procesal de **CAJA DE AHORROS DE CASTILLA - LA MANCHA** (hoy, **BANCO DE CASTILLA LA MANCHA S.A.**), debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE** la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Ocaña, con fecha 29 de junio de 2012, en el procedimiento núm. 682/2010, de que dimana este rollo, y en su lugar, se desestima la demanda interpuesta frente a la **CAJA DE AHORROS DE CASTILLA-LA MANCA** (hoy, **BANCO DE CASTILLA LA MANCHA S.A.**), a la que se absuelve de los pedimentos formulados contra ella; con **RATIFICACION** del resto de los pronunciamientos de dicha resolución; y todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso, con devolución del depósito para recurrir a la entidad bancaria reseñada".

QUINTO .- 1.- La procuradora Doña Nieves Martín Fuertes-Colastra, en nombre y representación de "Proyectos y Soluciones Gestión Díez S.A." Jiménez interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: PRIMERO.-Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento; vulneración de los artículos 1203, 1204 y 1257 del Código civil.

SEGUNDO.- Por infracción en concepto de interpretación errónea de los artículos 1281 , 1292 , 1284 , 1285 y 1288 del Código civil . TERCERO.- Infracción de jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo.

2.- El procurador Don Moisés Mata Tizón, en nombre y representación de "Proyectos y Soluciones Gestión Díez S.A." interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente MOTIVO DE CASACION: ÚNICO.- Se denuncia la infracción de los artículos 1100 , 1124 y 1157 del Código civil y cuantos más adelante se dirán en relación con el exacto cumplimiento de las obligaciones, por su no aplicación, al no apreciar la sentencia recurrida la existencia de un incumplimiento contractual por razón de una entrega de cosa distinta a la pactada o *aliud pro alio*.

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 14 de octubre de 2014 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

SÉPTIMO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora D^a Lydia Leiva Cavero, en nombre y representación de D. Gonzalo , D. Modesto , D^a Alejandra , D. Víctor , D. Ángel Daniel y D^a Estrella , presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto por "Proyectos y Soluciones Gestión Díez S.A.". Asimismo, la procuradora D^a Silvia Casielles Morán en nombre y representación de la entidad "Banco de Castilla La Mancha S.A." presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto por D. Gonzalo y otros.

OCTAVO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de octubre del 2015, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado la sentencia en el plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso, con relación a los dos recursos de casación interpuestos, plantea las siguientes cuestiones de fondo.

Así, de un lado, la mercantil promotora que compra las fincas para su posterior urbanización, parte demandada y reconviniendo, y aquí recurrente, cuestiona el cumplimiento de la vendedora al haber entregado una cosa distinta a la anteriormente pactada ("*aliud pro alio*"). Basa su argumentación, principalmente, en la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo, núm. 1 de Toledo, de fecha 3 de septiembre de 2009 , ya firme, por la que se declara la calificación exclusivamente industrial de suelo afectante a las parcelas adquiridas.

Del otro lado, los propietarios vendedores de las parcelas, parte demandante y reconviniendo, aquí recurrente, cuestionan la desestimación de su pretensión de cumplimiento contractual dirigida también frente a la entidad avalista. En el desarrollo argumental sostienen que el contrato privado otorgado el 30 de julio de 2006, no supuso una novación extintiva del aval existente, sino en todo caso una novación modificativa que no entrañaba disparidad entre la obligación primitiva y la posteriormente pactada.

2. En síntesis, de los antecedentes del caso, la relación comercial aquí enjuiciada presenta el siguiente curso.

A) Se parte de la existencia de un contrato de los conocidos como de permuta de solar por obra construida, pactado entre los actores y la mercantil demandada Sociedad Proyectos y Soluciones Gestión Díez, S.A., que cristalizó a través de distintas convenciones, en el contrato privado de 18 de mayo de 2006, en el que se aportan dos solares para devolver un porcentaje de obra construida (**16.80%** de las viviendas y garajes a construir y una suma en metálico). El de 18 de julio de 2006, se formaliza un contrato privado de compraventa en el que se reproducen los pactos del contrato anterior, si bien se incluye que los vendedores tendrán la facultad de optar a la entrega del porcentaje pactado en especie, o a la entrega total o parcial de una cantidad en dinero que se fija en 1.920,00 € por metro cuadrado construido de vivienda. Posteriormente, el 21 de diciembre de 2006, y en escritura pública, se perfecciona el contrato mediante la permuta de las fincas registrales NUM015 y NUM016 , del Registro de la Propiedad de Ocaña, por una cantidad en metálico (2.494.160 euros, que se declara pagada y percibida), y otra en especie, que se cifra en el **16,80%** de edificabilidad de los solares objeto de la permuta, no siendo inferior a 1.800 metros cuadrados el resultante del anterior porcentaje, así como 36 plazas de garaje; a la vez que se fija en cuarenta meses el plazo de entrega desde la fecha de la presente escritura; y se valora ese pago en especie en 3.456.000 euros. Esta reglamentación comercial es la que resulta avalada por la entidad Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha, por

un importe de límite hasta 3.456.000 € en concepto "de garantía de la entrega de las unidades inmobiliarias pactadas como pago en especie acordada en dicha escritura pública".

B) Con fecha 28 de marzo de 2007, las partes intervinientes otorgan nuevo contrato privado, en el que, con el referente de la escritura pública de 21 de diciembre de 2006, proceden a identificar las viviendas objeto del pago en especie (en número de 30), con sus correspondientes trasteros y plazas de garaje, con lo que queda fijado el precio de la contraprestación a que se refiere la escritura pública; además se previene la posibilidad del exceso de edificación y su contraprestación.

C) Nuevamente, el 30 de julio de 2008, los vendedores y la mercantil Gestión Díez, S.A., firman nuevo contrato en el que establecen el pago en especie en nueve viviendas, con sus trasteros y plazas de garaje, que identifican, y expresamente señalan que con esa elección se entiende consumada irrevocablemente la facultad de opción en relación al pago en especie, sustituyéndose "la entrega del resto de las viviendas que fueron identificadas en el documento de 28 de marzo de 2007, por la cantidad de 3.456.000,00 euros, que será entregada antes del mes de abril de 2010"; y añaden que "con la fijación de dinero y la especie referidos, ambas partes declaran fijado definitiva e inamoviblemente el total precio, tanto en metálico como en especie pactado en la escritura de 21 de diciembre de 2006".

3. De los contratos citados interesa destacar la literalidad de los siguientes expositivos y cláusulas contractuales.

A) *Contrato de transmisión de solar de 18 de mayo de 2006* .

«[...] Expositivo IV:

La sociedad compradora conoce el terreno por haberlo visitado personalmente y haberse informado de su calificación urbanística en el Ayuntamiento y a través de sus asesores jurídicos y técnicos urbanísticos, acompañándose cédula urbanística de las parcelas objeto de este contrato de compraventa y certificación de la Secretaria del Ayuntamiento de Ocaña de fechas respectivas 19 de febrero 11 de noviembre de 2.004.

[...] Cláusula Primera.-

D. Constancio transmitirá a Gestión 10, S.A. la propiedad de la finca anteriormente descrita, libre de cargas y gravámenes, para que, una vez completados los trámites administrativos correspondientes, la mercantil citada en último lugar proceda a edificar sobre la misma conforme a las determinaciones urbanísticas correspondientes.

[...] Cláusula Segunda.-

...La mercantil Gestión 10, S.A., como garantía de la entrega del porcentaje de obra pactado anteriormente, entregará a Don Constancio antes del otorgamiento de la correspondiente escritura pública, un aval emitido por entidad de reconocido prestigio por importe del producto que resulte de multiplicar el módulo de 1.920,00 euros por los metros cuadrados de viviendas que resulten del porcentaje de pago en especie que definitivamente resulte del proyecto de ejecución».

B) *Contrato de compraventa, de 18 de julio de 2006* . Se reproducen las cláusulas anteriormente señaladas en el contrato de 18 mayo de 2006.

C) *Escritura pública de permuta de solar por cosa futura, de 21 diciembre de 2006*.

«[...] Estipulación Segunda.-

La entidad adquirente manifiesta conocer los terrenos adquiridos por haberlos visitado personalmente y haberse informado de su calificación urbanística conforme a la certificación de la Secretaria del Ayuntamiento de Ocaña, de fechas respectivas 19 de Febrero y 11 de Noviembre de 2.004.

Como contraprestación, la compañía Mercantil "Proyectos y Soluciones Gestión Díez, S.A.", deberá entregar a la parte aquí transmitente, lo siguiente:

a).- La cantidad en metálico de DOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA EUROS, en los siguientes plazos:

1.- La suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA EUROS, que la parte aquí transmitente confiesa haber recibido de la entidad adquirente, con fechas 19 de Mayo de 2.006 y 18 de Julio de 2.006, mediante ingreso bancario.

2.- La suma de DOS MILLONES DE EUROS, que la parte transmitente recibe en este acto de la entidad adquirente, mediante cheque bancario.

b).- El pleno dominio del **16,80%** de la edificabilidad del solar objeto de esta escritura, entendiéndose que el citado porcentaje será de cada tipo de edificación, esto es, el **16,80%** de viviendas y de garajes construidos, no siendo inferior a mil ochocientos cincuenta metros cuadrados de viviendas y treinta y seis plazas de garaje. Las citadas viviendas y garajes serán entregados a Don Constancio y esposa, totalmente acabados y amueblados y con todos sus servicios y con la utilización de materiales de conformidad al proyecto de ejecución que se desarrolle, estableciéndose UN PLAZO de ejecución de las obras y entrega física de los inmuebles, de CUARENTA MESES contados desde la fecha del presente.

Los citados inmuebles, valorados en TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL EUROS deberán ser entregados a los aquí transmitentes, libres de toda carga, gravamen y arrendatarios.

La elección de las viviendas se llevará a cabo de forma alternativa por la parte aquí transmitente y la parte adquirente, hasta agotar los metros cuadrados de edificación adjudicados.

TERCERA.- Dado que la contraprestación en metálico y en especie se establece en función de un módulo euro metro cuadrado edificabilidad, el precio o contraprestación definitiva se fijará en el momento en que la entidad adquirente tenga en su poder el correspondiente proyecto de ejecución de la construcción a realizar, procediéndose en ese momento a fijar definitivamente la cantidad en metálico objeto de la presente.

Don Constancio y esposa tendrán la facultad de optar por la entrega del porcentaje pactado en especie, por recibir el precio en la forma expuesta o bien sustituyendo la citada entrega, total o parcialmente, por una cantidad en dinero, que se fija en MIL NOVECIENTOS VEINTE EUROS por metros cuadrados construido de vivienda.

CUARTA.- La Mercantil "PROYECTOS Y SOLUCIONES GESTION DIEZ, S.A.", como garantía de la entrega de los inmuebles pactados, entrega en este acto a los transmitentes, un aval por importe de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL EUROS, que garantiza la entrega de los elementos inmobiliarios pactados en esta escritura y que se ejecutará una vez llegado el vencimiento del mismo con el compromiso de prorroga hasta los CUARENTA meses fijados desde el día de hoy, transcurridos los cuales quedará sin efecto, del cual se une fotocopia a la presente».

4. La sentencia de primera instancia estima la demanda presentada y desestima íntegramente la demanda reconvenzional. La sentencia de la Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por la mercantil demandada, y estima en parte el recurso presentado por la entidad bancaria. Con lo que revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de primera instancia, desestimando la demanda interpuesta frente a la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha.

Con relación al recurso de apelación de la promotora compradora de las fincas, la sentencia de la Audiencia considera que no ha existido un incumplimiento obligacional de la vendedora por la entrega de cosa distinta de la pactada ("aliud pro alio"), por lo que resulta inaplicable la excepción del contrato no cumplido ("exceptio non adimpleti contractus"). En suma, su argumentación queda detallada en el fundamento segundo de la sentencia, con el siguiente tenor:

«[...] Al respecto suscribe la Sala el pronunciamiento de la resolución recurrida (fundamento cuarto), en orden a que en la escritura pública la compradora reconoce expresamente conocer lo que compra y su calificación urbanística (asevera "... conocer los terrenos adquiridos por haberlos visitado personalmente y haberse informado de la calificación urbanística conforme a la certificación de la Secretaria del Ayuntamiento de Ocaña, de fechas 19 de febrero y 11 de noviembre de 2004). Esas calificaciones se encuentran unidas a lo actuado, y por su propia manifestación, lo han de estar en poder de este recurrente, que obtuvo la correspondiente licencia de obras y ejecutó/ el conjunto de viviendas "Residencial Joven 10". No puede ahora alegar error en la naturaleza urbanística de la cosa entregada, que viciara su consentimiento, que es lo que viene a sostener en definitiva. La cuestión ya ha sido resuelta por esta Sección 1ª de esta Audiencia Provincial en sentencia de 9 de junio de 2011, respecto de otro contrato de compraventa -con distintos litigantes-, pero hizo en base a la información urbanística facilitada por el Ayuntamiento de Ocaña, en zona que calificaba - como ahora- de destino para uso mixto industrial, según Acuerdo del Ayuntamiento que fue declarado nulo de pleno derecho por la misma sentencia aquí invocada de 3 de septiembre de 1990, lógicamente aquí posterior a la licencia de obras, e igualmente dictada el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 1 de Toledo .

»Pues bien, sobre la eficacia de dicha sentencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, también nos pronunciamos en la sentencia de 9 de junio de 2011, donde se aseveraba que "... la cuestión es la

eficacia que tiene la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, por virtud de un recurso de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, contra el Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Ocaña en el año 2006, que es el que en su Fallo se declara nulo, y así no consta que el anterior acuerdo, el de 2004, fuera recurrido en su momento ni tampoco estrictamente en esta causa contenciosa, por lo que, en principio, ha de entenderse firme el acuerdo de 2004, sin entrar a valorar más cuestiones de orden administrativo, puesto que ninguna declaración judicial existe de su nulidad ni siquiera consta en la causa que aquel fuera recurrido. No aparece por ello que el destino como terreno de uso mixto industrial no sea legal y no siga vigente y así, aunque la sentencia citada determine que este suelo en las normas subsidiarias vigentes es suelo industrial, ello no conlleva la declaración de la nulidad o invalidez del acuerdo de destino como suelo mixto industrial realizada en 2004, que no entra a valorar dicha sentencia contenciosa porque no le ha sido recurrida". Por tanto, la calificación del suelo, que se otorgó a las parcelas litigiosas no se ve afectada por la declaración de nulidad que se comenta, y siendo ello así, no ha existido aliud pro alio".

» Es más, la propia sentencia avanza en el estudio del error en el consentimiento, donde tras señalar la doctrina jurisprudencial que avala la existencia del error invalidante del consentimiento ex arts. 1265.1º y 1266, CC . (ser esencial, producirse a la perfección del contrato y no ser imputable a quien lo padece, STS. 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 , 12 de noviembre de 2004 o 17 de julio de 2006 ; 18 de febrero de 1994 , 3 de marzo de 1994 , 12 de julio de 2002 , 12 de noviembre de 2004 , 24 de enero y 3 de junio de 2003 o 17 de febrero de 2005 , entre otras), señala que "... pues bien, en este caso consta que el apelante conocía al contratar la calificación legal del suelo como industrial y la dedicación a uso mixto que, aunque ahora tache de ilegal, no ha sido declarada nula por sentencia judicial alguna y que también le permitía edificar viviendas, por lo que no existe error en la condición de edificable en promoción de viviendas que le venía a su conocimiento del inmueble".

» Como en el caso del "aliud pro alio", esta doctrina es plenamente aplicable a los motivos de ambos recursos que abarca, en tanto que llevan a declarar que se ha entregado lo que se ha querido comprar y que se ha comprado a sabiendas de su calificación urbanística, a la que, por las razones expuestas no afecta la sentencia invocada; y aseveraciones que han de llevar al pleno rechazo de la reconvención».

En relación al recurso de la entidad bancaria, que se estima, la sentencia de la Audiencia concluye su argumentación con el siguiente tenor (párrafo último del fundamento de derecho tercero):

«[...] La escritura pública de 21 de diciembre de 2006, refleja el contenido y alcance del acuerdo logrado entre la Caja que avala y la mercantil Gestión 10 avalada, en favor del beneficio Sr. Constancio , con el contenido que en el mismo consta y referido exclusivamente a "unidades inmobiliarias pactadas como pago es especie", es referencia con dicha escritura; mediante la identificación de las treinta viviendas, con sus trasteros y plazas de garaje, fijan definitivamente el total del precio contraprestación, "y en particular (folio 90, cláusula 2ª, párrafo 1º) con la elección expuesta en la cláusula anterior -en que se designan las viviendas-, el Pago en especie pactado por las partes", reconociéndose incluso un exceso de edificación y poniéndole remedio (mismo folio cláusula, párrafo penúltimo). A juicio de la Sala, en ambos documentos (escritura de 21 de diciembre de 2006 y acuerdo privado de 28 de marzo de 2007) se fija el pago en especie en relación a la suma avalada para garantizar la entrega de las unidades inmobiliarias. Por ello, el nuevo pacto, menos unidades para pago en especie, y la totalidad del importe dinerario que se garantizaba con el aval, suponen una novación del mismo, que claramente le hace más gravoso, sin que en su aceptación haya concurrido el consentimiento del avalista, puesto que "las partes acreedora y deudora han acordado que se cumpla la obligación, con prestación distinta de la que era objeto de la misma; y es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación" (STS.5.10.1987)».

Recurso de casación interpuesto por la mercantil "Proyectos y Soluciones Gestión Díez S.A."

Permuta de solar por cosa futura. Directrices de interpretación contractual. Naturaleza del contrato y base negocial. Asignación del riesgo de aprovechamiento urbanístico resultante a cargo de la promotora compradora. Improcedencia del incumplimiento obligacional del vendedor por entrega de cosa distinta a la pactada ("aliud pro alio"). Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. La parte demandada y reconviniente, al amparo del ordinal segundo del artículo 477. 2 LEC , interpone recurso de casación que articula en *único motivo* .

En dicho motivo, denuncia la infracción de los artículos 1100 , 1124 y 1157 del Código Civil , con relación a la obligación de entrega que se habría incumplido por entregar una cosa distinta a la pactada. En este sentido, y de acuerdo con los hechos que relata la sentencia, argumenta que compró los terrenos por razón de

su uso residencial y cuestiona que la sentencia dictada en el orden contencioso no afecte al contrato firmado, al calificar el suelo como exclusivamente de uso industrial.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

2. Como cuestión previa debe señalarse que el motivo planteado, más allá del examen de la identidad y regularidad de la entrega realizada ("aliud pro alio"), lo que realmente cuestiona es el cumplimiento obligacional del vendedor conforme a la interpretación del contrato celebrado. De ahí la necesidad de abordarlo en toda su extensión, de acuerdo con las directrices y criterios que informan y ordenan la interpretación contractual.

Así, en primer lugar, hay que precisar que de los expositivos y estipulaciones que definen el objeto del negocio llevado a cabo, es decir, los contratos privados de 18 de mayo y 18 de julio de 2006, y la escritura pública de permuta de solar por cosa futura de 21 de diciembre de 2006, si bien es cierto que revelan la finalidad urbanizadora de la adquisición realizada por el comprador, no obstante, en modo alguno dicha finalidad o interés del comprador resulta configurado como elemento o condición, propiamente dicho, de la eficacia resultante del contrato, bien con relación a la calificación definitiva de suelo mixto de las parcelas en cuestión, o bien con relación a un concreto aprovechamiento urbanístico que resultase edificable de las citadas parcelas.

Por el contrario, si se atiende a las estipulaciones que definen el objeto del contrato, estipulaciones primera y segunda de los contratos indicados, se observa que la única obligación que asume el vendedor es la permuta y transmisión de las fincas, como cuerpo cierto, y libre de cargas y gravámenes. Mientras que el comprador se compromete a edificar las parcelas resultantes conforme a las determinaciones urbanísticas correspondientes.

En segundo lugar, esta delimitación señalada dentro del ámbito de la interpretación, y conforme a la naturaleza del negocio celebrado y a su base negocial, al tratamiento del resultado o finalidad perseguida por el comprador en la esfera de la interpretación de los riesgos derivados o asignados en el contrato celebrado. En primer término, porque en este tipo de contratos, ligado a posteriores desarrollos urbanísticos, salvo una precisa y clara referencia en sentido contrario, la asignación del riesgo respecto de las variaciones o incidencias de la tramitación urbanística, y, en su caso, del resultado del aprovechamiento urbanístico, es a cargo del promotor comprador, sin que represente este riesgo, en sí mismo considerado, un elemento o condición propiamente dicho de la eficacia resultante del contrato, ni una obligación del vendedor más allá de la transmisión de las parcelas de que se trate (STS de 14 de noviembre de 2012, núm. 658/2012). En segundo término, y en estrecha relación con lo anteriormente señalado, porque en la valoración de la diligencia o previsión del citado riesgo por las partes resulta especialmente relevante el carácter profesional del comprador, que debe conocer y evaluar las posibilidades y riesgos que pueda presentar el destino urbanístico perseguido (STS de 8 de octubre de 2012, núm. 597/2012).

En el presente caso, por lo demás, en el curso negocial llevado a cabo la calificación de las parcelas era de uso mixto. Manifestando expresamente la entidad compradora, expositivo cuarto de los contratos de 2006 y estipulación segunda de la escritura pública de 2006, que conocía los terrenos adquiridos, por haberlos visitado personalmente, y que se había informado de su calificación urbanística conforme a la certificación de la Secretaria del Ayuntamiento de Ocaña.

Por último, llegados a este punto de la interpretación del negocio celebrado, el argumento de la parte recurrente bien desde la perspectiva del error sufrido, o bien desde el plano del incumplimiento obligacional del vendedor por entrega de cosa distinta a la pactada ("aliud pro alio"), resulta carente de fundamentación.

En el primer aspecto indicado, porque el vendedor ni ocultó, ni facilitó información falsa acerca de la calificación urbanística de las fincas que pudiera llevar a un error en el consentimiento del comprador, que adquirió dichas fincas conforme a la calificación legal de suelo mixto que permite su posible edificación; sin que el vendedor tuviera, por tratarse de un contrato por negociación, mayores o especiales deberes de información con arreglo a la naturaleza del contrato celebrado.

En el segundo aspecto señalado, no sólo por lo que la Audiencia ya declara respecto a la incidencia en la presente litis de la sentencia de 3 de septiembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, nº 1, de Toledo, que se ha reproducido en los antecedentes del presente caso. Sino también, y sobre todo, porque de la correcta interpretación del negocio celebrado se desprende que el riesgo de esta incidencia y de otras que pudieran afectar al aprovechamiento urbanístico resultante de las parcelas fue a cargo de la promotora compradora de las citadas fincas. No es aplicable, por tanto, el incumplimiento

contractual derivado de una entrega de una cosa distinta a la pactada ("aliud pro alio"), ni tan siquiera la doctrina del llamado "factum principis" como caso fortuito, dada la diligencia que debió emplear la compradora para prevenir esta circunstancia en la reglamentación contractual celebrada. La vendedora ha cumplido con la obligación de entrega de acuerdo con el objeto del contrato y las estipulaciones establecidas al respecto, y la compradora ha adquirido las fincas con pleno conocimiento de su calificación urbanística y asumiendo el riesgo del resultado de su futura edificabilidad.

Recurso de casación interpuesto por don Constancio y doña Rosalía .

Novación extintiva. Delimitación y alcance. Su proyección sobre las garantías accesorias del crédito: el aval bancario.

TERCERO.- 1. La parte demandante, propietaria de las fincas vendidas, al amparo del ordinal segundo del artículo 477. 2 LEC , interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

En el motivo primero, denuncia la vulneración de los artículos 1203 , 1204 y 1257 del Código Civil . En su desarrollo argumenta que el contrato privado otorgado el 30 de julio de 2008, frente al otorgado el 17 de marzo de 2006, no supuso una novación extintiva sino en todo caso modificativa al no existir disparidad entre la obligación primitiva y la nueva, persiguiendo ambas prestaciones el mismo objeto negocial.

En el motivo segundo, denuncia la infracción de los artículos 1281 , 1282 , 1284 , 1285 y 1288 del Código Civil , en orden a lo efectivamente estipulado en los contratos y al conocimiento que tenía de la operación la entidad avalista.

Por último, en el motivo tercero, denuncia la infracción de la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación de la novación, con cita de las SSTs de 19 de febrero de 2013 , de 18 de diciembre de 2012 de diciembre de 2012 , de 4 de abril de 2011 y de 22 de noviembre de 2010 .

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser desestimados.

2. Novación extintiva. Delimitación conceptual y alcance.

Como ya tiene declarado esta Sala entre otras, STS de 31 de julio de 2015 (núm. 451/2015), en nuestra teoría general del Derecho de obligaciones, fuera de una expresa declaración de voluntad de las partes al respecto, la novación extintiva comporta la sustitución de la obligación inicialmente pactada cuando la nueva obligación alcanzada presenta una clara incompatibilidad objetiva o contradicción con la reglamentación de intereses prevista en la primitiva relación obligacional.

En esta línea, también hay que precisar que cuando existe contradicción entre las partes corresponde a los tribunales de justicia la valoración o interpretación del alcance jurídico de los hechos quedeterminan el fenómeno de la novación, esto es, si tales hechos comportan un efecto sustitutorio de la obligación y, en tal caso, si dicho efecto sustitutorio se proyecta de un modo propio o extintivo sobre el originario vínculo obligacional, o por el contrario si se proyecta de un modo impropio o meramente modificativo de dicho vínculo obligacional. En principio, la valoración jurídica realizada en la instancia debe prevalecer en casación, y a ella habrá de estarse cuando dicha valoración resulte coherente y razonable (STS de 3 de noviembre de 2004), o cuando no se revele falta de racionalidad o de lógica (SSTs de 4 de marzo de 2005 , 16 de marzo de 2006 y 1 de julio de 2006 , entre otras).

Pues bien, en el presente caso esto es lo que sucede cuando la sentencia de la Audiencia, en el ámbito de su competencia y función jurisdiccional, valora el alcance jurídico de la novación planteada y llega a la conclusión, de un modo lógico y razonado, acerca de la sustitución operada y de su efecto propio o extintivo sobre el originario vínculo obligacional. De forma que la sentencia de la Audiencia desarrolla correctamente los criterios de interpretación que resultan determinantes para calibrar el cambio operado, es decir, la voluntad querida por las partes y la posible compatibilidad de la nueva obligación con el fundamento causal que informaba a la primitiva obligación.

En efecto, en el primer aspecto indicado, basta con atender a la interpretación literal del acuerdo de 30 de julio de 2008, suscrito entre los vendedores y la mercantil compradora (beneficiarios y avalada) para concluir, con claridad, que el "animus novandi" (voluntad de realizar la renovación) tuvo por finalidad dar por sustituida y extinguida la configuración inicial que tuvo el aval en el marco de la escritura pública de 26 de diciembre de 2006, que le da carta de naturaleza, y del acuerdo de 28 de marzo de 2007, que lo concreta de acuerdo con las bases ya establecidas en la anterior escritura. Sólo así se comprende que los firmantes del acuerdo de 30 de julio de 2008 expresamente destaquen que la nueva reglamentación acordada para el

pago sustituye definitivamente al pago en especie concretado en el acuerdo de 28 de marzo de 2007, y fija inamoviblemente el total del precio pactado en la escritura de diciembre de 2006. Nuevo acuerdo que, por lo demás, no contó con la necesaria aceptación de la entidad avalista (artículos 1827 del Código Civil y 440 del Código del Comercio).

En parecidos términos, nos tenemos que pronunciar con relación a la incompatibilidad resultante como presupuesto del efecto extintivo de la novación operada; todo ello a tenor de los criterios de interpretación que cabe establecer, de un modo objetivado, al respecto.

Así, en primer lugar, la incompatibilidad se infiere cuando el acto novatorio supone necesariamente una renovación del negocio que generó la primitiva obligación. En nuestro caso, las propias partes resaltan la trascendencia del cambio operado con el nuevo acuerdo, tanto respecto de la escritura de 2006, como respecto del acuerdo de concreción del 2007; de modo que necesariamente se debió llevar a cabo una renovación del aval que originariamente garantizaba el cumplimiento obligacional.

En segundo lugar, en el presente caso también se da la incompatibilidad que deriva de la distinta naturaleza o alcance de las obligaciones. De acuerdo con la argumentación de la sentencia de la Audiencia, el nuevo acuerdo adoptado comporta una alteración cualitativa del objeto de la garantía que determinó la configuración inicial del aval. En efecto, la entidad bancaria, por un importe de hasta 3.456.000 €, avaló el cumplimiento obligacional de la compradora en concepto de garantía de la entrega de las unidades inmobiliarias pactadas como parte del precio en especie. No en un concepto o alcance distinto, tal y como se desprende de la escritura pública del 2006. Éste concepto o razón de la garantía queda totalmente alterado en el acuerdo de 2008, en donde el objeto del aval, hasta comprender su importe total, pasa a garantizar directamente el cumplimiento obligacional del pago del precio además de la entrega de nueve unidades o viviendas. De forma que se produce una clara incompatibilidad por razón del distinto objeto o concepto que configura la garantía tras el cambio operado.

Por último y en tercer lugar, el presupuesto de la incompatibilidad también puede inferirse desde una perspectiva cuantitativa, o si se prefiere, de la alteración del equilibrio de intereses que presidió la configuración de la primitiva relación obligacional. Desde este criterio, tal y como declara la Audiencia, tampoco cabe duda de que en el presente caso dicho equilibrio patrimonial queda alterado con el cambio operado, pues la posición garante de la entidad bancaria resulta más gravosa no sólo por garantizar directamente el cumplimiento obligacional del pago del precio, y no la concreta obligación de entrega de las viviendas, sino porque el importe límite del aval pactado inicialmente se incrementa con la garantía de un nuevo pago en especie, las citadas nueve unidades o viviendas previstas en el acuerdo de 2008.

3. Por su parte, el motivo segundo debe ser desestimado. El conocimiento por la entidad bancaria del acuerdo de 2008 que alega la parte recurrente carece de apoyo probatorio en la base fáctica de los hechos que declara la sentencia de la Audiencia, que expresamente señala la ausencia de aceptación de dicho acuerdo por la entidad bancaria. Se pretende, por tanto, una revisión de los hechos totalmente improcedente en el ámbito del recurso de casación.

4. En el motivo tercero, la parte recurrente se limita a una mera cita de sentencias de esta Sala acerca de los presupuestos y regulación de la figura de la novación sin precisar, lo más mínimo, la relación de similitud o correlación de dichas sentencias con las circunstancias concretas del caso aquí enjuiciado. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Desestimación del recurso de casación interpuesto por la mercantil "Proyectos y Soluciones Gestión Diez S.A.", y costas.

1. La desestimación del motivo planteado comporta la desestimación del recurso de casación interpuesto.

2. Por aplicación del artículo 398. 1 en relación con el artículo 394 LEC , procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

QUINTO.- Desestimación del recurso de casación interpuesto por don Constancio y doña Rosalia , y costas procesales.

1. La desestimación de los motivos planteados comporta la desestimación del recurso de casación interpuesto.

2. Por aplicación del artículo 398. 1 en relación con el artículo 394 LEC , procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente.



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

FALLAMOS

1. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil "Proyectos y Soluciones Gestión Díez S.A." contra la sentencia dictada, con fecha 28 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 358/2012 .

2. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Constancio , y sus sucesores procesales, don Gonzalo , don Modesto , doña Alejandra , don Víctor , don Ángel Daniel y doña Estrella y doña Rosalía , contra la sentencia citada.

3. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

4. Imponer a cada parte recurrente las costas de sus respectivos recursos de casación.

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, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDO