

Roj: STS 3137/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3137
Id Cendoj: 28079110012016100441
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2057/2014
Nº de Resolución: 432/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 27 de junio de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 140/2014, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 781/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Denia; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por la mercantil Hotel Moradix S.L., la mercantil Administración de Fincas e Inversiones S.A. (AFINSA) y por D. Luis Enrique, representados todos ellos por la procuradora Dña. María Dolores Poyatos Herrero, bajo la dirección letrada de D. Alfonso Egea de Haro y D. Benjamín, compareciendo en esta alzada en sus nombres y representaciones la procuradora Dña. María Gemma Píriz Chacón en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Colina Baja S.L. representada por la procuradora Dña. Rosa María García González bajo la dirección letrada de D. Josep Lloret Lloret.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- El procurador D. Agustín Marti Palazón, en nombre y representación de Colina Baja S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, en reclamación de obligación de hacer, reclamación por cláusula penal, reconocimiento y anotación en el Registro de la Propiedad de crédito refaccionario y de alteración del orden de prioridad de ejecución, contra la mercantil Hotel Moradix S.L., la mercantil Administración Fincas e Inversiones S.A., contra D. Luis Enrique, contra Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja y contra Instituto Valenciano de Finanzas y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que:

»a) Se condene a la mercantil Hotel Moradix S.L., a realizar todos los trámites necesarios para escriturar a nombre de la mercantil Colina Baja S.L. "de 10 bungalows o suites señalados en el plano a) que se adjunta con la numeración del 1 al 10 y la correspondiente participación en elementos comunes. Las unidades se entregarán totalmente terminadas y aptas para su ocupación inmediata, dotadas de permisos, suministros y habilitaciones necesarias", libres de cargas y gravámenes.

»b) Se condene solidariamente a la mercantil Hotel Moradix S.L., D. Luis Enrique y a la mercantil Administración, Fincas e Inversiones S.A., al pago a mi mandante en la cantidad de 1.549.000,00 euros, por penalización a aplicar por el retraso en la entrega de los inmuebles pactados, calculados hasta el 16/04/2012; así como todas aquellas cantidades que se devenguen hasta la entrega efectiva de los inmuebles cifrada en cien euros por unidad/día, a determinar en ejecución de sentencia; más los intereses desde la interposición de la presente demanda.

»c) Se reconozca el derecho de crédito refaccionario de la mercantil Colina Baja S.L. por importe de 3.730.788,80 euros, cuyo obligado al pago es la mercantil Hotel Moradix S.L.; habiendo asumido solidariamente esta obligación D. Luis Enrique y la mercantil Administración, Fincas e Inversiones S.A.

»d) Se proceda a la anotación preventiva del crédito refaccionario por importe de 3.730.788,80 euros, a favor de la mercantil Colina Baja S.L., en el registro de la propiedad de Jávea núm. 1, en virtud de lo dispuesto en el art. 42.8.º LH, sobre la finca registral núm. NUM000; propiedad de la mercantil Hotel Moradix S.L..

»e) Se altere el orden de prioridad -rango- de su ejecución, posponiendo al crédito por importe de 3.730.788,80 euros que ostenta la mercantil Colina Baja S.L., la hipoteca constituida por la mercantil Hotel Moradix S.L. a favor de Caja de Ahorros de Valencia, Castellón Y Alicante, Bancaja, inscrita con fecha 26/06/2007, sobre la finca registral de Jávea con el núm. NUM000 (inscripción 5.^a), modificada conforme consta nota al margen con fecha 25/05/2009; y a favor de Instituto Valenciano de Finanzas, inscrita con fecha 10/04/2010, sobre la finca registral de Jávea con el núm. NUM000 (inscripción 6.^a); por ser el crédito de mi mandante anterior. Subsidiariamente, se acuerde la igualdad de rango hipotecario de la mercantil Colina Baja S.L. y la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja y el Instituto Valenciano de Finanzas».

2.- Bankia S.A. se personó en las actuaciones representada por la procuradora Dña. Isabel Daviu Frasquet y bajo la dirección técnica del letrado D. Enrique García Romeu Palomares, y contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, finalmente terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime la demanda en lo que afecta a Bankia S.A., es decir, los apartados c), d) y e) del suplico, con expresa imposición de costas a la actora».

3.- Hotel Moradix S.L. representado por el procurador D. Enrique Gregori Ferrando y asistido por el letrado D. Miguel Ángel de Prada Vicente, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Desestimatoria de la demanda con expresa imposición de costas a la demandante».

4.- La entidad mercantil Administración de Fincas e Inversiones S.A. y D. Luis Enrique, se personaron en las actuaciones representados ambos por el procurador D. Enrique Gregori Ferrando, asistidos por el letrado D. Miguel Ángel de Prada Vicente, y contestaron a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron oportunos, suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Desestimatoria de la demanda con expresa imposición de costas a la demandante».

5.- El abogado de la Generalitat actuando en representación del Instituto Valenciano de Finanzas, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos jurídicos que consideró de aplicación suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime la demanda interpuesta en los pedimentos c), d) y e) del suplico de su demanda, con condena en costas a la parte actora».

6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Denia se dictó sentencia, con fecha 2 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimo parcialmente la demanda formulada por el procurador don Agustín Martí Palazón, en nombre y representación de la mercantil Colina Baja S.L., contra la mercantil Hotel Moradix, S.L., y condeno a la misma a realizar todos los trámites necesarios para escriturar a nombre de la mercantil Colina Baja, S.L., los diez bungalows o suites señalados en el plano a) que se adjunta con la numeración del 1 al 10 y la correspondiente participación en los elementos comunes, libres de cargas y gravámenes, con desestimación del resto de pretensiones deducidas contra esta demanda, sin expresa imposición de costas a ninguna de estas partes.

»Y, asimismo, desestimo la demanda formulada por el procurador don Agustín Martí Palazón, en nombre y representación de la mercantil Colina Baja, S.L., contra la mercantil Administración, Fincas e Inversiones, S.A., don Luis Enrique, el Instituto Valenciano de Finanzas y la entidad Bankia, S.A., absolviendo a estas partes demandadas de todos los pedimentos contra ellas planteados y con expresa imposición de las costas que en este juicio se les haya causado a la parte demandante».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, impugnada la sentencia por la parte demandada, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia, con fecha 9 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Denia, de

fecha 2 de septiembre de 2013 , y desestimando la impugnación planteada por los demandados Hotel Moradix S.L., D. Luis Enrique y Administración, Fincas e Inversiones S.A. frente a dicha resolución, debemos revocar y revocamos dicha resolución, únicamente en el extremo de estimar en parte la demanda planteada por la mercantil Colina Baja S.L. frente a los codemandados Hotel Moradix S.L., D. Luis Enrique y Administración, Fincas e Inversiones S.A., condenando a éstos solidariamente a abonar a la demandante la suma de 689.000.- €, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas de la instancia y de esta alzada derivadas del recurso de apelación interpuesto. E imponiendo expresamente las costas procesales derivadas de la impugnación a la parte impugnante. Permaneciendo inalterables sus restantes pronunciamientos».

TERCERO.- 1.- Por las mercantiles Hotel Moradix S.L., Administración de Fincas e Inversiones S.A. (AFINSA) y por D. Luis Enrique , a través de su representación procesal se interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

El extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Defectos de motivación al extraer sus conclusiones de razonamientos infundados, apartarse de la lógica jurídica e incorporar conocimientos intuitivos e inferencias presuntivas que carecen de razonamiento suficiente. Al amparo del art. 469.1.2.º LEC , por resultar insuficiente la motivación contenida en la sentencia conforme a las exigencias del art. 218.2 *in fine* de la LEC , que dispone que la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto; y por incumplir las exigencias de singular motivación contempladas en el art. 386.1, párrafo 2.º de la LEC , en relación con las presunciones, todo lo cual supone asimismo la vulneración del deber de motivación contemplado en los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución y en el art. 248.3 de la LOPJ .

Motivo segundo.- Infracción de las normas reguladoras por incongruencia de la sentencia. Al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC , por la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por incongruencia *extra petitum* , ya que la sentencia de segunda instancia se aparta de las exigencias del art. 218.1 y 465.4 de la LEC , vulnerando las garantías constitucionales de los arts. 120.3 y 24.1 CE .

Motivo tercero.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia ,por haberse producido una inversión de la carga de la prueba en contra de mi representado. Al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC , por apartarse la sentencia de segunda instancia de las normas sobre carga de la prueba contempladas en el art. 217 de la LEC , provocando una inversión de la carga probatoria, contraria a las normas y garantías procesales.

Motivo cuarto.- Vulneración de derechos fundamentales, por incongruencia interna de la sentencia, falta de motivación y falta de coherencia, incurriendo en arbitrariedad y vulneración del derecho a la tutela judicial, al amparo del art. 469.1.3.º de la LEC , por vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales de los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución , por incurrir la sentencia de la Audiencia Provincial en incongruencia, y arbitrariedad, arbitrariedad de los poderes públicos proscrita en el art. 9.3 de la Constitución , y carecer de una fundamentación razonable.

E interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , se alega incorrecta interpretación y aplicación de las normas relativas a la interpretación de los contratos, arts. 1281 y 1282 del Código Civil . y en particular respecto a la integración de los contratos mediante las actuaciones de las partes, con infracción de la jurisprudencia aplicable que en el desarrollo del motivo se cita.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , se alega incorrecta interpretación y aplicación de las normas relativas a las cláusulas penales por el juzgador y de los arts. 1152 y 1154 del Código Civil así como la jurisprudencia que los desarrolla.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , se alega incorrecta interpretación de las obligaciones contractuales referidas a la inscripción registral de la división horizontal de los elementos de edificación a transmitir por el cesionario y se alega incorrecta interpretación y aplicación de las normas relativas a la formación y parcelación de fincas, arts. 17 del texto refundido de la Ley de Suelo , Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 16 de diciembre de 2015 , se acordó admitir los recursos interpuestos, extraordinario por infracción procesal y de casación y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Rosa María García González, en nombre y representación de la entidad mercantil Colina Baja S.L., presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 14 de junio de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes.*

1. Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

Los presentes recursos traen causa de la demanda formulada por Colina Baja S.A. contra Administración, Fincas e Inversiones, S.A., Don Luis Enrique , el Instituto Valenciano de Finanzas y Bankia, S. A., en la que se ejercitan diferentes acciones derivadas del contrato de permuta de suelo por obra futura, suscrito entre las partes con fecha de 26 de marzo de 2004 , y elevado a escritura pública con fecha de 19 de julio de 2005.

En el escrito de demanda la actora interesaba: la condena de la demandada a escriturar un total de diez inmuebles; la condena dineraria a la entidad demandada por el importe de 1.549.000 euros, por incumplimiento del plazo de entrega; el reconocimiento de crédito refaccionario a la mercantil Colina Baja, S.L. por importe de 3.730.788,80 euros, y su anotación preventiva sobre una finca registral; y la alteración del orden de prioridad de su ejecución, posponiéndose las hipotecas constituidas por Bankia, S.A., o subsidiariamente se acordara la igualdad de rango hipotecario con los mismos.

La sentencia de Primera instancia estimó parcialmente la demanda formulada, y condenando a la entidad demandada a escriturar diez inmuebles, en los términos solicitados en el escrito de demanda.

Declaró que el retraso no era imputable a la cesionaria, dado que se suspendió administrativamente la ejecución de la obra y no se concedió licencia para ampliación, la constructora entró en concurso y se declaró en ruina parte de la obra en construcción. Por el contrario sí entendió como incumplimiento que no se incluyeran como de la titularidad dominical de la cedente los inmuebles que le atribuía la escritura de permuta, en la declaración de obra nueva. Igualmente incumplió la cesionaria la obligación de no gravar los inmuebles que se atribuían a la cedente.

2. Sentencia de segunda instancia.

Frente a la citada sentencia se alzó el demandante mediante el correspondiente recurso de apelación, limitándose el recurso a la desestimación relativa a la indemnización por retraso en la entrega de la contraprestación del contrato de permuta. La sentencia de la sala de apelación estimó parcialmente el recurso formulado, en el sentido de condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de 689.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Se desestimó la impugnación planteada por la demandada, al no proponer pronunciamiento revocatorio de la sentencia del juzgado. En la sentencia se entiende que el retraso solo está parcialmente justificado, por lo que aplica la penalización pactada (cien euros por unidad y día) sobre 689 días y no sobre los 1359 días pretendidos por el demandante.

3. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Frente a la citada sentencia se interpone por la parte demandada recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se fundamenta en cuatro motivos, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , los tres primeros, y del ordinal 3.º, del mismo precepto el cuarto: en el primero, se alega la infracción del art. 218.2 LEC por motivación insuficiente e incumplimiento de las exigencias de motivación singular previstas en el art. 386.1 LEC en relación con las presunciones, con vulneración de los arts. 24.1 CE y 465.4 LEC , así como del art. 248.3 LOPJ ; en el segundo, se refiere la infracción de los arts. 218.1 y 465.4 LEC , así como vulneración de las garantías constitucionales de los arts. 120.3 y 24.1 CE , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia por incongruencia *extra petitum* ; en el tercero, se invoca la infracción de las normas sobre la carga de la prueba contemplada en el art. 217 LEC , por provocar una inversión en la carga de prueba contraria a las garantías procesales y perjudicando al apelado por la falta de prueba de los hechos constitutivos de la pretensión del apelante; y el cuarto, por incurrir la sentencia recurrida en incongruencia y arbitrariedad, con infracción de los arts. 24.1 , 120.3 y 9.3 CE .

4. Recurso de casación.

Por su parte el recurso de casación se compone de tres motivos:

- El primero, por incorrecta interpretación y aplicación de las normas relativas a la interpretación de los contratos (arts. 1281 y 1282 CC), pues resultaría evidente que en los actos posteriores al contrato de permuta los contratantes evidenciarían una voluntad compartida de modificar los términos obligacionales, aunque la novación no fuera plasmada documentalmente, pues habrían existido distintos factores, admitidos por la resolución impugnada (la necesaria sustitución de la empresa constructora, al ser declarada en concurso, así como la declaración en ruina de parte de la construcción y distintas dificultades administrativas), que evidenciarían la renovación del acuerdo de permuta con modificación del proyecto de urbanización, en los que se asumiría el lógico impacto de estas circunstancias en los tiempos de ejecución.

- El segundo, por incorrecta interpretación y aplicación de las normas relativas a la cláusulas penales (arts. 1152 y 1154 CC), por inexistencia del supuesto que origina la aplicación de la cláusula penal de incumplimiento imputable al cesionario. Considera la parte que la modificación consensuada de los supuestos en base a los que se pactó, al haber existido importantes adiciones y modificaciones en el proyecto original, admitidas por las sentencias de ambas instancias, lo que conllevaría la desaparición de la cláusula penal, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras STS de 5 de marzo de 2002), que determina, en síntesis, que «por tratarse en definitiva de una sanción penal (...), excepción al régimen normal de las obligaciones, requiriendo que no se hayan alterado los supuestos de base (...) que si se altera, la eficacia de tal cláusula desaparece (...), por lo que no puede aplicarse cuando se han alterado las supuestas bases a las cuales se pactó».

- El tercero, por incorrecta interpretación de las obligaciones contractuales en relación a la aplicación incorrecta de las normas relativas a la formación y parcelación de fincas (art. 17 L Suelo), por cuanto el cumplimiento de la obligación en los términos pactados llevaría a la contravención de la normativa en vigor, circunstancia conocida por la parte actora que no reclama inmediatamente el cumplimiento literal de esta obligación y que motiva las alegaciones acerca de la mala fe en el escrito de impugnación de la sentencia impugnada.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO .- Motivo primero. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Defectos de motivación al extraer sus conclusiones de razonamientos infundados, apartarse de la lógica jurídica e incorporar conocimientos intuitivos e inferencias presuntivas que carecen de razonamiento suficiente. Al amparo del art. 469.1.2.º LEC , por resultar insuficiente la motivación contenida en la sentencia conforme a las exigencias del art. 218.2 *in fine* de la LEC , que dispone que la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto; y por incumplir las exigencias de singular motivación contempladas en el art. 386.1, párrafo 2.º de la LEC , en relación con las presunciones, todo lo cual supone asimismo la vulneración del deber de motivación contemplado en los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución y en el art. 248.3 de la LOPJ .

TERCERO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo

En la sentencia recurrida concurre motivación suficiente, al concretar los días en total de paralización, la fecha en la que se debían haber entregado los inmuebles, según el contrato, y los días en los que la paralización estaba justificada, tras lo cual no cabe otra conclusión que calificar el resto como retraso imputable al cesionario, que era el que debía haber entregado la obra en plazo y no lo hizo.

En la sentencia recurrida se declara que durante la tramitación del expediente administrativo no se paralizaron las obras, lo cual se llevó a efecto el 11 de octubre de 2011 , por lo que no puede considerarse justificado el retraso en la entrega de la obra, durante el tiempo de la tramitación del mencionado expediente, puesto que no consta que las obras estuvieran paralizadas durante dicho tiempo.

El recurrente pretende que el tiempo durante el que se tramitó el procedimiento administrativo se considere tiempo de paralización y no aporta prueba alguna tendente a ello, por lo que la sentencia recurrida motivó y considera probado el retraso antes mencionado, en base a las pruebas practicadas y sin que acuda a la prueba de presunciones judiciales, pues el retraso no justificado ha quedado evidenciado con prueba directa (art. 217 LEC).

CUARTO .- Motivo segundo. Infracción de las normas reguladoras por incongruencia de la sentencia. Al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC , por la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por

incongruencia *extra petitem* , ya que la sentencia de segunda instancia se aparta de las exigencias del art. 218.1 y 465.4 de la LEC , vulnerando las garantías constitucionales de los arts. 120.3 y 24.1 CE .

QUINTO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

Se pretende que la sentencia recurrida se pronunció sobre el examen de lo que consideraba causas justificadas e injustificadas del retraso, cuando ello no lo planteó el demandante, por lo que resuelve sobre cuestiones que no fueron objeto de debate y se le produjo indefensión al demandado, hoy recurrente.

En la sentencia recurrida se declaró en el FDD sexto, folios 8, in fine:

«Para resolver la cuestión planteada debemos de partir de un hecho cierto y objetivo que es efectivamente que se ha producido un retraso en la entrega de los inmuebles objeto de la contraprestación del contrato de permuta, retraso que las demandadas no negaron; limitándose a oponer que el mismo no era imputable a su voluntad, alegando una serie de causas motivadoras del retraso, que no le eran imputables. Por lo que alegar ahora en la alzada que la parte actora no manifestó en su escrito concretos incumplimientos en el retraso, no puede ser acogido, pues fue la propia parte apelada la que con su contestación a la demanda introdujo aquellos hechos que entendió motivaron el retraso y que no le eran imputables; motivos que acogió el juzgador de instancia para desestimar la pretensión de la actora. Hechos y motivos que formaron parte esencial del litigio y respecto de los que giró la mayor parte de la prueba practicada; por lo que entendemos no se puede alegar ahora, cuando se apela la sentencia por error en la valoración de la prueba respecto de tales hechos, que nos encontremos ante una alteración de la causa de pedir que causa indefensión».

En el FDD séptimo, folio 11 se declaró:

«En cuanto a los restantes motivos de oposición planteados, es cierto que la demanda se planteaba respecto del hecho objetivo del retraso, hecho objetivo que está plenamente acreditado, si bien ello se vinculaba según el pacto sexto del contrato a que el retraso o incumplimiento de los plazos de entrega, fuese fruto de la voluntad del cesionario (promotora) o imputable a la misma. Siendo la parte demandada quien al contestar a la demanda introdujo los motivos por los que entendía que dicho retraso no le era imputable, por lo que entender ahora que la apelación interpuesta por error en la valoración de la prueba respecto de hechos y alegaciones introducidos en el pleito por la propia demandada apelada, modifican la causa de pedir, no puede merecer favorable acogida».

De lo expuesto debemos declarar que esta cuestión tuvo respuesta en la sentencia recurrida, con rotundidad y el ahora recurrente reproduce sus argumentos sin concretar en qué aspectos se aparta de la realidad la sentencia recurrida.

Mal puede argüirse incongruencia, cuando fue el propio demandado, hoy recurrente, quien planteó las causas justificativas de su retraso, sobre las que ahora entiende que no debió pronunciarse la sentencia recurrida.

El Tribunal Constitucional ha resumido la doctrina constitucional sobre la incongruencia, en la sentencia 9/1998, de 13 de enero :

«Desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española , se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitem*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitem*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes". Y tal como dicen las Sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 29 de mayo de 1997 , 28 de octubre de 1997 , 5 de noviembre de 1997 , 11 de febrero de 1998 y 10 de marzo de 1998 : es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También

puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia* ».

SEXTO .- Motivo tercero. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por haberse producido una inversión de la carga de la prueba en contra de mi representado. Al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC , por apartarse la sentencia de segunda instancia de las normas sobre carga de la prueba contempladas en el art. 217 de la LEC , provocando una inversión de la carga probatoria, contraria a las normas y garantías procesales.

SÉPTIMO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida no se infringe la carga de la prueba (art. 217 LEC), pues constata los días de retraso totales de la obra, deducibles desde el plazo pactado hasta la paralización administrativa de la obra.

Sentada esta base, analiza las causas que la demandada alegaba y que consideraba justificativas del retraso, las cuales solo admite en la parte que consta, por tanto atribuye la carga de la prueba de los hechos constitutivos a la actora y de los impositivos a la demandada, por lo que ninguna violación procesal concurre, siendo la recurrente la que bajo el presente motivo intenta una nueva valoración probatoria, improcedente en casación, al no violarse el art. 24 de la Constitución por ser la valoración lógica, razonable y ponderada.

Esta Sala ha declarado en sentencia de 30 de septiembre de 2015, rec. 897/2012 :

«También en este caso hemos de recordar que esta alegación de la alteración de las reglas de la carga de la prueba, en el recurso extraordinario por infracción procesal, no ampara una revisión de la prueba, según ha declarado esta Sala pues no son normas de valoración de prueba (Sentencia 333/2012, de 18 de mayo y sentencia 377/2010, de 14 de junio). De tal manera que no puede alegarse la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba al tiempo que se impugna la valoración de pruebas efectivamente practicadas (Sentencia 333/2012, de 18 de mayo y Sentencia 693/2003, de 10 de julio)».

OCTAVO .- Motivo cuarto. Vulneración de derechos fundamentales, por incongruencia interna de la sentencia, falta de motivación y falta de coherencia, incurriendo en arbitrariedad y vulneración del derecho a la tutela judicial, al amparo del art. 469.1.3.º de la LEC , por vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales de los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución , por incurrir la sentencia de la Audiencia Provincial en incongruencia, y arbitrariedad, arbitrariedad de los poderes públicos proscrita en el art. 9.3 de la Constitución , y carecer de una fundamentación razonable.

Entiende el recurrente que no se le dio respuesta al escrito de impugnación de la sentencia del Juzgado.

NOVENO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

Procede rechazar, de plano, el presente motivo dado que el tribunal de apelación rechazó la impugnación en tanto que no pedía la revocación de la sentencia de primera instancia ni oponía planteamientos alternativos, lo que constituía un contrasentido insalvable, por lo que la incoherencia no se halla en la sentencia recurrida sino en la impugnación y en la formulación del presente motivo (art. 461 LEC).

Recurso de casación.

DÉCIMO .- Motivo primero. Al amparo del art. 477.1 de la LEC , se alega incorrecta interpretación y aplicación de las normas relativas a la interpretación de los contratos, arts. 1281 y 1282 del Código Civil , y en particular respecto a la integración de los contratos mediante las actuaciones de las partes, con infracción de la jurisprudencia aplicable que en el desarrollo del motivo se cita.

Entiende el recurrente que por los actos posteriores al contrato de permuta, los contratantes evidenciarían una voluntad compartida de modificar los términos obligacionales, aunque la novación no fuera plasmada documentalmente, pues habrían existido distintos factores, admitidos por la resolución impugnada (la necesaria sustitución de la empresa constructora, al ser declarada en concurso, así como la declaración en ruina de parte de la construcción y distintas dificultades administrativas), que evidenciarían la renovación del acuerdo de permuta con modificación del proyecto de urbanización, en los que se asumiría el lógico impacto de estas circunstancias en los tiempos de ejecución.

UNDÉCIMO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

Pretende el recurrente una novación contractual tácita, derivada de los acontecimientos posteriores al contrato de permuta, para ello invoca los arts. 1281 y 1282 del C. Civil y sin cita alguna de los preceptos que considera infringidos de la novación.

Ciertamente tras el contrato inicial, se concertó el contrato del 10 de octubre de 2006 por el que se agregó una finca para la prevista, de antemano, construcción de un complejo hotelero y bungalows.

Consta que las partes firmaron el contrato denominado de permuta el 26 de marzo de 2004, que se elevó a público el 19 de julio de 2005.

Con igual fecha (19 de julio de 2005) las partes concertaron contrato privado por el que se modificaban ciertos aspectos del de 26 de marzo de 2004, pero se incluía cláusula penal por retraso de 100 euros por unidad/día.

En el mencionado contrato de 10 de octubre de 2006, por el que se agregaba una finca, no se modificó el plazo de entrega, ni la cláusula penal ni tampoco intervino la actora, por lo que mal puede modificar dicho contrato el primitivo de permuta (art. 1204 del C. Civil).

En suma, la agregación unilateral al proyecto, de una finca, ajena a la actora, por parte de la demandada, no consta que pueda conllevar un aumento en el plazo de entrega que desvirtúe la aplicación de la cláusula penal, al no constar novación expresa ni tácita. Máxime cuando como se declara en la sentencia recurrida, la inaplicabilidad de los plazos al proyecto ampliado constituye un hecho nuevo no alegado en la contestación a la demanda.

DUODÉCIMO .- Motivo segundo. Al amparo del art. 477.1 de la LEC , se alega incorrecta interpretación y aplicación de las normas relativas a las cláusulas penales por el juzgador y de los arts. 1152 y 1154 del Código Civil así como la jurisprudencia que los desarrolla.

Considera la parte recurrente que la modificación consensuada de los supuestos en base a los que se pactó, al haber existido importantes adiciones y modificaciones en el proyecto original, admitidas por las sentencias de ambas instancias, conllevaría la desaparición de la cláusula penal, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras STS de 5 de marzo de 2002), que determina, en síntesis, que:

«por tratarse en definitiva de una sanción penal (...), excepción al régimen normal de las obligaciones, requiriendo que no se hayan alterado los supuestos de base (..) que si se altera, la eficacia de tal cláusula desaparece (...), por lo que no puede aplicarse cuando se han alterado las supuestas bases a las cuales se pactó».

DECIMOTERCERO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

De lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, se deduce que no se produjo novación en el contrato, sino agregación unilateral de una finca, sin que ello supusiese modificación de los tiempos de entrega ni supresión de la cláusula penal, por lo que de acuerdo con la sentencia que la propia parte invoca, debe mantenerse la sentencia recurrida, en la que con exquisita moderación se reducen los días de retraso computados, en cuanto no todos fueron imputables a la demandada (arts. 1203 , 1152 y 1154 del C. Civil).

DECIMOCUARTO .- Motivo tercero. Al amparo del art. 477.1 de la LEC , se alega incorrecta interpretación de las obligaciones contractuales referidas a la inscripción registral de la división horizontal de los elementos de edificación a transmitir por el cesionario y se alega incorrecta interpretación y aplicación de las normas relativas a la formación y parcelación de fincas, arts. 17 del texto refundido de la Ley de Suelo , Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio.

Alega el recurrente que el cumplimiento de la obligación en los términos pactados llevaría a la contravención de la normativa en vigor, circunstancia conocida por la parte actora que no reclama inmediatamente el cumplimiento literal de esta obligación y que motiva las alegaciones acerca de la mala fe en el escrito de impugnación de la sentencia impugnada. Añade que en la sentencia del juzgado, se declaró el incumplimiento por no haber incluido en la escritura de obra nueva y constitución de propiedad horizontal la asignación a favor del cedente de sus derechos sobre los elementos o inmuebles que se entregaban como compensación por la aportación de suelo. Entiende el recurrente que ello infringe el art. 17 del texto refundido de la Ley del Suelo de la Comunidad Valenciana .

DECIMOQUINTO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

La invocación del referido precepto, es una cuestión nueva no invocada en ninguna de las instancias.

Esta Sala ha declarado:

«no es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias (SSTS de 27 de marzo de 2003, RC n.º 1273/1995 ; 1 de febrero de 2000, RC n.º 1400/1995 ; 10 de julio de 1996, RC n.º 3108/1992 ; 27 de septiembre de 2000, RC n.º 2908/1995 ; 27 de febrero de 2007, RC n.º 287/2000 ; 24 de enero de 2008, RC n.º 5149/2000 y 14 de marzo de 2011, RC n.º 2114/2007 y 7 de noviembre de 2011, RC 1430/2008), en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (SSTS 28 de mayo de 2004, RC n.º 2171/1998 ; 21 de julio de 2008, RC n.º 3705/2001 y 3 de diciembre de 2009, RC n.º 2236/2005)».

Junto con ello debemos declarar que el incumplimiento del contrato por no recoger en la escritura de obra nueva los elementos referidos, es una cuestión que no fue recurrida por la demandada y que quedó, por tanto, firme.

DECIMOSEXTO .- Desestimados ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, procede imponer al recurrente las costas de los mismos (arts. 394 y 398 LEC).

Procede la pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, para ambos recursos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Hotel Moradix S.L., Administración de Fincas e Inversiones S.A. (AFINSA) y D. Luis Enrique , contra sentencia de 9 de mayo de 2014 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante . **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. **3.º**- Procede imposición en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación al recurrente. Procede la pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, para ambos recursos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto. Firmado y rubricado.