

Id Cendoj: 28079110012010100186
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1069/2006
 Nº de Resolución: 196/2010
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CAMBIO DE SUELO POR VUELO x
- x INCUMPLIMIENTO (CAMBIO DE SUELO POR VUELO) x
- x OBRA FUTURA (CAMBIO DE SUELO POR VUELO) x
- x ÁMBITO (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x
- x VALORACIÓN DE LA PRUEBA x

Resumen:

Permuta de solar por obra a construir. Consecuencias para el desenvolvimiento del contrato por no poder obtener la constructora adquirente del solar la pertinente licencia de edificación. Valoración de la prueba.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Abril de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos de casación y extraordinario interpuesto, por las mercantiles "SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L.", "SESENTA Y OCHO DE BARCÍA BARBÓN, S.L." y "38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L.", representadas por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Gloria Sánchez Yzquierdo, contra la Sentencia dictada, el día 14 de marzo de 2006, por la referida Audiencia, en el rollo de apelación nº 33/05, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ourense, en el procedimiento ordinario 503/05. Ante esta Sala comparece el Procurador Sr. de Hoyos Mencía en nombre y representación de "38 DE VELÁZQUEZ MORENO, S.L.", "SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L." y "SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L.", en calidad de partes recurrentes; el Procurador Sr. Estévez Fernández Novoa, en nombre y representación de "PROMOTORA IFER, S.L." en concepto de parte recurrida y la Procuradora Sra. González Rivero, en nombre y representación de "IFER HOTEL, S.L.", en calidad de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ourense, interpuso demanda de juicio ordinario las mercantiles "SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L.", "SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L." y "38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L.", contra "PROMOTORA IFER, S.L." y "PROMOTORA IFER HOTEL, S.L.". El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *".... se dicte sentencia, en su día, por la que, con expresa condena de costas del procedimiento a la parte demandada, se declare:*

a) La nulidad del contrato de 10 de agosto de 1995, por falta de objeto, tanto determinado como determinable, y por tanto en cuanto a las Promotoras, su obligación será la de restituir la situación jurídica existente sobre los terrenos a la situación anterior a la firma del contrato, y por parte de mis representadas la de devolver los 70 millones (420.708,47 euros) percibidos como parte del precio (PACTO A del contrato), más los intereses, haciendo estar y pasar por tal declaración a las demandadas.

b) O, subsidiariamente, se declare resuelto el contrato de 10 de agosto de 1995, por incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato por parte de las demandadas, debido a la frustración de las

legítimas expectativas de mis representadas y del fin del contrato, y especialmente por transcurso de un plazo prudencial para el cumplimiento del mismo sin haber obtenido licencia, al amparo de los arts. 1124 y 1504, en relación con los arts. 1182.2, 1127 y 1285 del C.C., y por tanto, en cuanto a las Promotoras, su obligación será la de restituir la situación jurídica existente sobre los terrenos a la situación anterior a la firma del contrato, condenándole, igualmente, al abono de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados que se determinen en ejecución de sentencia, conforme a lo expuesto en la presente demanda, y por parte de mis representadas, la de devolver los 70 millones (420.708,47 euros) percibidos como parte del precio (PACTO A del contrato), más los intereses, haciendo estar y pasar por tal declaración a las demandadas.

c) O, subsidiariamente, y para el improbable supuesto de que se entienda que el plazo de espera no ha sido prudencial, se proceda por el Tribunal a la fijación de un plazo para que la Promotora obtenga la preceptiva licencia de edificación".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazadas las demandadas, alegando la representación de "PROMOTORA IFER, S.L." y "PROMOTORA IFER HOTEL, S.L." los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... en su día se dicte Sentencia por la que se resuelva:*

1º.- Que se desestimen las pretensiones a) sobre nulidad; y b) sobre resolución por incumplimiento de nuestra parte.

2º.- Aceptamos la pretensión c) sobre fijación del plazo, si se concede en los términos que hemos indicado en el último párrafo del fundamento duodécimo anterior, como legalmente procedente.

3º.- Se impongan las costas a las actoras si se desestiman todas sus pretensiones".

Asimismo en dicho escrito de contestación formuló demanda reconvenzional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimo de aplicación y terminó suplicando: *"... y de estimarse la nulidad o resolución pretendida en la demanda principal, en vez de la suma e intereses que ofrecen las actoras, se fije como indemnización de daños y perjuicios a la "Promotora IFER, S.L.", y "Promotora IFER HOTEL, S.L.", conjuntamente, las cantidades relacionadas en el hecho Quinto de esta Reconvencción, y que en total asciende a la suma de dos millones ochocientos treinta y dos mil setecientos setenta y ocho Euros, más los intereses calculados en la forma indicada en el Fundamento sustantivo -D- de esta Reconvencción. Todo ello con imposición de costas a los actores reconvenidos".*

La representación de las mercantiles "SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L.", "SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L." y "38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L.", presentó escrito contestando a la demanda reconvenzional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: *"se dicte sentencia, en su día, por la que, con expresa condena en costas del procedimiento a las reconvinientes, se declare no haber lugar a la reconvencción, siendo estimada la demanda formulada, en su día, por mis representadas".*

Contestada la demanda y la reconvencción y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes para la celebración de la oportuna Audiencia Previa, la que tuvo lugar en el día y hora señalados y con asistencia de las partes, acordándose en dicho acto señalar día y hora para la celebración del oportuno Juicio, el que tuvo lugar en el día y hora señalados, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ourense dictó Sentencia, con fecha 20 de mayo de 2005, y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que, estimando parcialmente la demanda planteada por la representación de "SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L.", "SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L." y "38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L.", contra "Promotora Ifer, S.L." y "Promotora Ifer Hotel, S.A.", debo acordar y acuerdo la fijación del plazo de dos meses para que los demandados obtengan la preceptiva licencia de edificación, a computar conforme a lo señalado en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, no habiendo lugar al resto de las pretensiones deducidas en demanda, así como en la reconvencción formulada por la representación de las demandadas frente a la actora. No se hace expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento".*

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación "SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L.", "SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L." y "38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L.". Sustanciada la apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense dictó Sentencia, con

fecha 14 de marzo de 2006 , con el siguiente fallo: " *Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales Dña. MARÍA GLORIA SÁNCHEZ YZQUIERDO, en nombre y representación de SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L., SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L. y TREINTA Y OCHO DE VELAZQUEZ MORENO, S.L. contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. CINCO DE LOS DE OURENSE en autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 503/03, Rollo de apelación nº 333/05, de fecha 20 de MAYO 2005, QUE SE CONFIRMA, con imposición de costas de la alzada al APELANTE.*"

TERCERO. Anunciado recurso de casación por "SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L.", "SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L." y "38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L." contra la Sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representadas por D^a María Gloria Sánchez Yzquierdo, los interpuso ante dicha Sala, de la siguiente forma:

Recurso Extraordinario por Infracción Procesal . Se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (*art. 469,1,2º LEC*) por infracción, por vulneración de los *arts. 316, 318, 319 y 326.1 LEC* y los *arts. 348 y 376 LEC* .

Recurso de Casación . Se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en el *art. 1261.2º* , en relación con el *art. 1273 y 1278, todos ellos del Código Civil* .

Segundo.- Infracción por inaplicación e interpretación errónea de lo establecido en los *arts. 1124, apartados uno y dos, y 1504 del Código Civil* , ambos en relación con los *arts. 1258 y 1118.2* , todos ellos del mismo cuerpo legal.

Tercero.- Infracción por interpretación errónea de lo establecido en los *arts. 1128 apartados uno dos del Código Civil* , en relación con el *art. 1118.2* del mismo cuerpo legal.

Por resolución de fecha 11 de mayo de 2006, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador Sr. de Hoyos Mencía, en nombre y representación de "38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L.", "SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L." y "SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L." en concepto de recurrente. De igual forma se personó el Procurador Sr. Estévez Fernández Novoa, en nombre y representación de "PROMOTORA IFER, SL.", en concepto de parte recurrida. Asimismo la Procuradora Sra. González Rivero se personó en nombre y representación de "IFER HOTEL, S.L.", en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por Auto de fecha 28 de octubre de 2008 , y evacuado los traslados conferidos al respecto, el Procurador D. Carlos Estévez Fernández, en nombre y representación de "PROMOTORA IFER, S.L.", impugnó los mismos, solicitando se declarase no haber lugar al recurso. Asimismo la Procuradora D^a Beatriz González Rivero, en nombre y representación de "IFER HOTEL, S.L.", presentó escrito formalizando oposición a los recursos formulados de contrario, y solicitando su desestimación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el once de marzo de dos mil diez, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion **Roca** Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de los hechos probados.*

1º Las demandantes SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L.; SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L. y 38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L. habían concluido con las demandadas PROMOTORA IFER, S.L. y PROMOTORA IFER HOTEL, S.L. en fecha 10 agosto **1995** un contrato privado de cesión de solar, propiedad de las primeras, por obra nueva a construir por las segundas.

2º Entre los pactos figuraba lo que se transcribe: "A) *Los propietarios aportan dicho solar recibiendo como contraprestación el 29% de los metros cuadrados de la totalidad de los pisos, locales comerciales y garajes que se han de construir, por cuenta de la constructora y en la forma que más adelante se detalla,*

quedándose en propiedad de la empresa constructora el 71% restante. Como complemento de la anterior contraprestación, los propietarios recibirán del constructor, la cantidad de 70.000.000 de pesetas; pagaderas de la siguiente forma [...].

B) Para la realización de la edificación, la propiedad del solar cedido transmite el derecho de vuelo (o de elevación) y el derecho de construcción bajo el suelo de la parcela (o subsuelo) a favor de la empresa constructora, la cual acepta y se obliga a efectuar la edificación con sus propios medios [...]

C) El plazo de tiempo que se pacta para llevar a cabo la edificación es de cuatro años (plazo que comenzará a partir de la concesión de la licencia de obra), transcurrido el cual se transformará el derecho de vuelo y el de subsuelo en derecho de propiedad plena de lo construido. Si transcurrido el plazo de cuatro años, la empresa constructora no ha finalizado la construcción del 29% de obra perteneciente a la propiedad del solar perderá el derecho de vuelo y subsuelo sobre lo que esté pendiente de construir, derecho que revertirá de nuevo a la propiedad del solar de forma plena y sin limitaciones".

3º Se plantearon una serie de problemas relativos a la urbanización de la zona, al existir en ella unos terrenos que pertenecían a RENFE, que produjeron que la adquirente no pudiera obtener la licencia de construcción.

4º Las vendedoras SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L.; SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L. y 38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L. demandaron a PROMOTORA IFER, S.L. y PROMOTORA IFER HOTEL, S.L. En la demanda ejercieron las siguientes acciones: a) la nulidad del contrato de 18 agosto 1995 por falta de objeto; b) subsidiariamente, la acción de resolución del contrato en base al art 1124 CC, por concurrir incumplimiento de las demandadas basado en su negligencia y mala fe en la tramitación administrativa, y c) subsidiariamente de la anterior, que se procediera a la fijación de un plazo para que la promotora obtuviera la preceptiva licencia de edificación.

Las demandadas contestaron la demanda pidiendo que se desestimaran las pretensiones de nulidad y de resolución por incumplimiento y aceptando la pretensión c) sobre la fijación de plazo. Formularon, además, demanda reconvenzional, pidiendo que caso de estimarse la nulidad o la resolución, se indemnizara a las demandantes en la cantidad de 2.832.778# más los intereses.

5º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 Ourense, de 20 mayo 2005, estimó en parte la demanda, acogiendo la petición c) sobre la que se había producido el allanamiento de las demandadas. Los argumentos que se utilizan para rechazar las pretensiones señaladas como a) y b), son: a) no se ha producido la nulidad del contrato porque su objeto está claramente determinado; b) no se aprecia ni negligencia ni mala fe de las demandadas porque en la actuación de los años 94 a 98, el retraso se produjo por la no constitución de la junta de compensación necesaria para obtener la licencia, lo que proviene, en parte de la problemática planteada por RENFE y consta la actividad continuada de la promotora, "estimándose que han sido las numerosas vicisitudes surgidas en torno a la problemática urbanística las determinantes del retraso", y c) respecto de la fijación del plazo a lo que se había allanado la promotora demandada, se accede a la petición "matizando que el plazo deberá computarse desde la fecha en que el Ayuntamiento de Vigo haya aprobado definitivamente el proyecto de compensación y el de la urbanización de la unidad de actuaciones[...]."

6º Recurrieron la sentencia las demandantes. El recurso fue desestimado por la sentencia de la AP de Ourense, de 14 marzo 2006. Argumenta dicha sentencia que a) el contrato no es nulo, porque "el objeto del contrato quedaba claramente establecido y prefijado sin necesidad de ulterior acuerdo entre las partes de conformidad con lo establecido en el art. 1273 CC"; b) respecto a la resolución por incumplimiento, se rechaza porque "desde un primer momento surgieron vicisitudes urbanísticas que afectaron al expediente previo a la obtención de la licencia de edificación [...] no imputables a la promotora demandada", que llevaron a una transacción con una de las propietarias, transacción que fue declarada nula por STS de 21 octubre 2003, lo que "aboca sin más a la necesaria constitución de la Junta de compensación, lo que llevará a efecto la propiedad el 28 diciembre 1999, siendo objeto de expropiación los terrenos de RENFE e incluidos en la unidad de ejecución, al no adherirse a la Junta de compensación, trámite expropiatorio que como reconoce el testigo de la parte actora [...] fue objeto de demora por culpa solo imputable al Ayuntamiento de Vigo", y c) respecto del plazo señala que en la demanda no se ha precisado el *dies a quo* para el cómputo del plazo, por lo que se estima ajustada a derecho la solución de la sentencia de 1ª Instancia porque dado que siguen persistiendo los problemas urbanísticos, "no puede hacerse derivar una tan grave consecuencia resolutoria de hechos ajenos a la voluntad y comportamiento de las partes [...]".

7º Las demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron admitidos por auto de esta Sala de 28 octubre 2008.

A) RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL**SEGUNDO.** *El único motivo del recurso por infracción procesal.*

El recurso extraordinario por infracción procesal contiene un *único motivo*, que denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, según el Art. 469.1.2º. Entiende vulnerados los arts. 316, 318, 319 y 326.1 LEC sobre valoración legal de la prueba y los arts. 348 y 376 LEC sobre valoración de las pruebas según las reglas de la sana crítica. El único motivo de recurso aparece estructurado en diferentes apartados: 1) *Pronunciamiento relativo a la interpretación del contrato de 10 de agosto de 1.995 y más concretamente su errónea interpretación sobre el objeto del mismo y su determinación o indeterminación* entendiéndose que se ha producido vulneración de los arts. 326.1 y 319 LEC ; 2) *Pronunciamiento relativo a la interpretación del contrato de 10 de agosto de 1995 sobre las obligaciones de las partes y de los actos anteriores coetáneos y posteriores a la firma de dicho contrato, alegando vulneración de los arts. 326.1 y 319 LEC por error en la interpretación y valoración de los documentos privados, del interrogatorio del representante legal de las codemandadas, de los documentos públicos y de los arts. 348 y 376 por ausencia de interpretación y valoración de las declaraciones de los testigos y testigos-peritos y todo ello en relación con lo dispuesto en los arts. 1.281.2 y 1.282 del Código Civil ; 3) Pronunciamiento relativo a la errónea o inexistente valoración de la prueba que acredita la negligencia y responsabilidad en la tramitación y gestión urbanística imputable a la promotora, y a la errónea o inexistente valoración de la prueba que acredita los incumplimientos urbanísticos llevados a cabo por la promotora y el transcurso de un plazo prudencial para la obtención de la licencia de edificación, apartado que luego desglosa en su argumentación; 4) *Pronunciamiento sobre el desconocimiento por parte de la Promotora de la existencia de los terrenos de RENFE en la unidad de actuación antes de la firma del contrato, con vulneración de los arts 326.1 y 319.1 de la LEC; 5) Pronunciamiento sobre la interpretación errónea de la prueba, que según el Tribunal de Apelación, justifica el retraso en la obtención de licencia, alegando la vulneración de los arts. 319.1 y 326.1 de la LEC; 6) Pronunciamiento sobre la errónea valoración de las declaraciones del perito Sr Mariano, con vulneración de los arts. 348 y 376 de la LEC ; 7.1) Pronunciamiento sobre la errónea valoración que se hace en la sentencia de apelación de la única referencia efectuada a la declaración del testigo-perito D. Rogelio, con vulneración de los arts.376 y 348 de la LEC ; 7.2) Sobre la inexistente y ausente valoración de la declaración y opinión del testigo-perito D. Rogelio, lo que implica errónea o inexistente valoración e interpretación de la prueba apreciable según las reglas de la sana crítica, dada su condición de experto urbanista a nivel nacional y letrado asesor del Ayuntamiento de Vigo y director jurídico de su PGOU, y 8.) Pronunciamiento relativo a lo que debe interpretarse como un plazo prudencial de espera para la obtención de una licencia, así como la interpretación efectuada del contrato por el Tribunal para la fijación del plazo para la obtención de licencia, con vulneración del art. 1.281.1 del Código Civil, de los arts. 326.1, 319.1, 316 de la LEC y Arts. 348 y 376 del mismo cuerpo legal.**

TERCERO. *Desestimación del motivo.*

Los diferentes apartados en que articula el motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal van a ser examinados de forma conjunta, puesto que se produce una argumentación común sobre la base del error en la interpretación y valoración de la prueba.

El motivo único se desestima.

Las razones de la desestimación se exponen a continuación

1ª El recurrente realiza una revisión pormenorizada del material probatorio que configuró la base fáctica de la sentencia recurrida, para realizar una interpretación o valoración acorde a sus pretensiones que determine la consecuencia jurídica reclamada. Es decir, está promoviendo una tercera instancia. Ante el planteamiento así realizado no puede prosperar el recurso fundamentando la infracción procesal en la disconformidad de la parte recurrente con la valoración de la prueba llevada a cabo por la Audiencia, pues ello permitiría que el recurso extraordinario diera lugar a una tercera instancia con revisión del juicio de hecho, y conduciría a su desnaturalización (SSTS de 12 de mayo y 30 de junio de 2005 y 10 de diciembre de 2008 entre otras).

Como señala la sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2007 " *la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS*

de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , *entre otras*). *En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de instancia y es ajena a la casación-* y ahora al recurso extraordinario por infracción procesal (SSTS 8 de abril de 2005, 29 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, 16 de junio de 2006, 23 de junio de 2006, 28 de julio de 2006, 29 de septiembre de 2006 y 6 de noviembre de 2009 *entre las más recientes*), supuestos que no concurren en el presente caso.

2ª. Además, la parte recurrente no sólo pretende una nueva valoración de la prueba diferente a la realizada por el Juzgador de instancia y acorde a sus pretensiones, sino que desglosando y analizando de forma individualizada los distintos medios de prueba practicados desarticula la valoración conjunta para ofrecer sus propias conclusiones, pretensión que no puede prosperar, conforme a la doctrina consolidada de esta Sala (Sentencias de 10 de diciembre de 2008, recursos 2389/2003 y 2901/2008 - dictadas bajo la vigencia de la LEC 2000-, 8 de febrero de 2008 y 8 de marzo de 2007, y las allí citadas).

3ª La infracción alegada de las normas que remiten a las reglas de la sana crítica para valoración de la prueba (*Arts. 348 LEC, referente a la pericial y 376 , a la testifical*), carece de relevancia para fundamentar el presente recurso extraordinario en la medida en que dichas reglas no se encuentran recogidas en precepto alguno, ni previstas en ninguna norma valorativa, conforme al principio jurisprudencial, pacífico y constante de esta Sala (SSTS de 14 de febrero y 7 de marzo, 20 y 24 de abril de 1989), " *salvo que el Juzgador "a quo" tergiversare ostensiblemente[...] o falsee de forma arbitraria o extraiga deducciones absurdas o ilógicas*", sin que esto ocurra en el presente caso en el que, tras la valoración conjunta de la prueba, se consideran probados los hechos determinantes de la estimación parcial de la demanda y sin que la falta de ajuste a la valoración de la propia parte pueda considerarse determinante de una deducción absurda, ilógica o arbitraria.

4ª En su argumentación, la parte recurrente confunde la interpretación con la valoración probatoria y contradice la doctrina jurisprudencial pacífica de que no cabe mezclar los temas probatorios con los interpretativos documentales (SSTS de 3 de abril de 2003, 27 de mayo, 20 de octubre y 14 de diciembre de 2005).

En el presente caso, en base inicialmente a la vulneración de los *Arts. 319 y 326 de la LEC* , relativos a la fuerza probatoria de los documentos públicos y privados respectivamente, entienden las recurrentes (apartados 1,2 y 8 in fine) que se ha producido una infracción de norma procesal en los pronunciamientos de la sentencia objeto del presente recurso, relativos a la interpretación del contrato de fecha 10 de agosto de 1.995 s uscrito entre los litigantes (documento 6 de la demanda) en cuanto del mismo y del croquis adjunto, concluye la sentencia la determinación del objeto, el contenido de las obligaciones contractuales, o la determinación del plazo. Del examen de la argumentación esgrimida por la recurrente, en desarrollo de lo que literalmente refiere a "interpretación del contrato", resulta manifiesto que la infracción que denuncia afecta a normas de naturaleza sustantiva, como son las contenidas en los *Arts. 1281 y siguientes del Código Civil* , y cuya infracción pertenece al ámbito específico del recurso de casación y queda fuera del recurso extraordinario por infracción procesal, circunscrito a la infracción de normas de esta naturaleza en los supuestos y con los requisitos previstos en el *art. 469 y siguientes de la LEC* , así como en la *Disposición Final 16ª de la misma ley procesal*.

El ámbito propio, específico y excluyente de cada recurso extraordinario determina conforme a la doctrina de esta Sala, que ni el recurso de casación ni el extraordinario por infracción procesal permitan motivos de contenido *heterogéneo* que mezclen problemas, sustantivos, procesales y probatorios (SSTS 7 de junio, 12 de junio, 4 de julio y 19 de julio de 2006, 8 de octubre de 2008 y 22 de abril de 2009)

5ª. A lo anteriormente expuesto se añade el hecho de que, tal y como ha señalado la Sentencia de esta Sala de fecha 18 de junio de 2009, en recurso nº 2506/2004 , no cabe plantear el error en la valoración de la prueba al amparo del *art. 469.1.2º de la LEC* que se refiere a las normas procesales reguladoras de la sentencia. La valoración de la prueba es función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en instancia, que no es verificable en el recurso extraordinario. Solamente cuando se conculque el *art. 24.1 de la Constitución* por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, que puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada, cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal, aunque al amparo del *ordinal 4º del art. 469.1 LEC* .

B) RECURSO DE CASACIÓN .

CUARTO. La determinación del objeto del contrato.

El primer motivo denuncia la infracción, por interpretación errónea, del *art. 1261.2* , en relación con los *Arts. 1273 y 1278 CC* , relativos a la determinación y determinabilidad del objeto del contrato. Señalan las

recurrentes que de las cláusulas del contrato no se puede concluir que el objeto se halle determinado, porque no es posible saber cuáles serán las concretas propiedades de las permutantes y así la indeterminación existe porque falta concreción del objeto material del contrato, y además porque el pacto no es suficiente para regular esta relación, lo que produce una desprotección del cedente, frente a una arbitrariedad del cesionario por indeterminación del objeto.

El motivo se desestima.

De acuerdo con lo dispuesto en el *art. 1273 CC*, el objeto del contrato debe ser cierto y se considera que tiene esta cualidad cuando pueda ser determinado sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes contratantes. Esta regla es perfectamente aplicable al caso en que el objeto del contrato lo constituyan cosas futuras. La sentencia de esta Sala de 31 diciembre 1999 ha considerado como tales los locales o viviendas de un edificio en construcción y esta doctrina debe ser aplicada al presente contrato.

En consecuencia, deben examinarse las cláusulas contractuales específicas para determinar si nos hallamos ante un supuesto de indeterminación relativa o determinabilidad o bien queda absolutamente indeterminado el objeto; éste es un problema de interpretación. Examinando la *cláusula A) de las del contrato de 1995*, que rige las relaciones entre las partes, debe concluirse que el sentido dado por la sentencia recurrida a lo acordado es absolutamente correcto y adecuado a los términos contractuales, puesto que la aportación de los solares recibe en compensación el 29% " *de los metros cuadrados de la totalidad de los pisos, locales comerciales y garajes que se han de construir*", y además, la cantidad de 70 millones de pesetas. Tratándose de una cosa que aun no existe, la concreción del objeto es muy clara y no incurre en la prohibición del nuevo convenio contenida en el *artículo 1273 CC*, al ser éste absolutamente necesario por tratarse de cosa futura, aun no existente ni tan solo en el momento actual, puesto que el nuevo convenio solo fijara las concretas unidades que se incluyen en el 29% atribuido en el contrato.

CUARTO. *El incumplimiento del contrato.*

El segundo motivo denuncia la infracción, por inaplicación e interpretación errónea, de los *arts 1124.1 y 2 y 1504 CC*, en relación con los *arts 1258 y 1118.2 CC*, que deben ponerse en relación con los *arts 157.1, 20.1, d), 34, 207,a) y 227.1 de la ley 1/1992, de 26 junio*, ley del suelo, estatal. Las recurrentes entienden que de la valoración de las pruebas efectuada en el FJ 4ª de la sentencia recurrida, no cabe llegar a la conclusión absurda de decir que si solo se transmite el derecho de vuelo y el subsuelo, la promotora no estaba obligada a llevar a cabo la gestión urbanística previa a la obtención de la licencia de edificación, pues ello dependerá de lo pactado. A continuación, pasa a examinar el contenido de las declaraciones de los testigos y de determinados documentos, para concluir que la obtención de la licencia de construcción se podría haber logrado cumpliendo la legalidad urbanística, no dependiendo de ningún suceso futuro e incierto, sino tan solo de la conducta del obligado, de su buen hacer y de las autorizaciones administrativas regladas, que la promotora ha obviado o retrasado voluntariamente.

El motivo se desestima.

Entrando en el fondo de los argumentos del motivo, debe negarse que el contrato pueda ser resuelto por las razones alegadas por las recurrentes. En el fondo, el problema que plantea el presente recurso de casación se centra en saber si hubo o no incumplimiento que pueda llevar a la resolución del contrato como pretenden las recurrentes. La prueba producida lleva a la conclusión de que la demandada y ahora recurrida no incumplió porque se ha demostrado: a) la actividad de la promotora; b) que no se obtuvieron las correspondientes licencias por problemas urbanísticos ajenos a la voluntad de la promotora que en el momento de dictarse la sentencia recurrida aun no se habían solucionado, y c) que no se pactó tampoco en el contrato quién debía tramitar todo el procedimiento administrativo que había de llevar a la obtención de las licencias para construir.

Sin embargo, es cierto que no se ha obtenido la satisfacción que se pretendía con la celebración del contrato, lo que ha afectado a ambas partes contratantes. El hecho obstativo a la realización de las finalidades perseguidas con el contrato no ha provenido de la actitud de la parte demandada, sino que lo que lo ha impedido han sido los problemas acaecidos en la tramitación del plan urbanístico de la zona y, consecuencia de ello, el retraso en la obtención de las correspondientes licencias. Esta situación ha generado un retraso no imputable a ninguna de las partes contratantes, pero no ha frustrado aun el fin del contrato, cuyo cumplimiento sigue siendo posible, tal como demuestran las propias recurrentes cuando de manera alternativa, piden al juez que fije un plazo para la ejecución. Por lo tanto, no es posible aplicar lo dispuesto en el *Art. 1124 CC* por la sencilla razón de que la demandada no ha incumplido, faltando, por tanto, uno de los requisitos para su aplicación.

QUINTO. *La fijación de un plazo cierto para el cumplimiento.*

El tercer motivo denuncia la infracción, por interpretación errónea, del Art. 1128. 1 y 2 CC , en relación con el art. 1118.2 CC , tras considerar que no ha transcurrido un plazo prudencial para obtener la licencia, por la forma en que se ha procedido a la fijación de un plazo por parte del juzgador de instancia.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida confirma la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia, que fija un plazo razonable para la ejecución del contrato a partir de la obtención de la licencia, plazo que coincide con el que las partes establecieron para el cumplimiento del contrato, al decir en la cláusula C que se establecía un término de " *cuatro años (plazo que comenzará a partir de la concesión de la licencia de obra)*". El plazo establecido en la sentencia por tanto, resulta coincidente con la voluntad de las propias partes, que debían ser conscientes de las dificultades del proyecto cuando fijaron como día inicial del cómputo de los cuatro años para la ejecución del contrato el de la concesión de la licencia de obra.

SEXTO. *Desestimación de los recursos y costas.*

La desestimación del motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L.; SESENTA DE GARCÍA BARBÓN S.L. y 38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 14 marzo 2006 determina la de su recurso.

La desestimación de los motivos del recurso de casación presentados por la representación procesal de SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L., SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L. y 38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 14 de marzo de 2006 determina la de su recurso.

Se imponen a las recurrentes las costas de sus recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, de acuerdo con lo establecido en el *artículo 398.1 LEC/2000* , que se remite al *art. 394 LECiv* .

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

FALLAMOS

1º. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de "SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARÓN, S.L.", "SESENTA DE GARCÍA BARBÓN, S.L.", y "38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L.", contra la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ourense de 14 de marzo de 2006 , en el rollo de apelación nº 333/05.

2º. Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de "SESENTA Y OCHO DE GARCÍA BARBÓN, S.L."; "SESENTA DE GARCÍA BARBÓN S.L." y "38 DE VELAZQUEZ MORENO, S.L. ", contra la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ourense de 14 marzo 2006 , en el rollo de apelación nº 333/05.

3º. Confirmar con este alcance la sentencia recurrida.

4º. Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación a las recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion **Roca Trias**, 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.