



Roj: STS 2615/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2615
Id Cendoj: 28079110012016100371
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 320/2014
Nº de Resolución: 382/2016
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 324/2013 por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1077/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Granada, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña María del Carmen Parera Montes en nombre y representación de Empresa Provincial de Vivienda, Suelo y Equipamiento de Granada S.A. (VISOGSA), siendo parte recurrida el procurador don Antonio Ángel Sánchez-Jáuregui Alcaide en nombre y representación de Duet Granada, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Irene Ollero Robles, en nombre y representación de la mercantil Duet Granada, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario, contra la mercantil Empresa Provincial de Vivienda, Suelo y Equipamiento de Granada, S.A. (VISOGSA) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

« [...] A) Declare resuelto el contrato de 16 de Marzo de 2.006 celebrado entre VISOGSA S.A. y Duet Granada S.A., condenando a la mera a la devolución íntegra de las cantidades entregadas, así como los intereses legales que procedan desde el 5 de Mayo de 2.008 y hasta que se complete el pago.

B) Con carácter subsidiario a lo anterior, declare resuelto el contrato por la imposibilidad sobrevenida de su cumplimiento, ordenando la restitución de las prestaciones de las partes.

C) Subsidiariamente a lo anterior, previa declaración de la resolución del contrato, declare la nulidad de la cláusula penal establecida en la estipulación octava citada, y ordene a la demandada a devolver a mi mandante las cantidades entregadas, salvo las consistentes en la cuantificación de daños y perjuicios que estime el Juzgado y que esta parte fija prudencialmente en 225.009,92 euros.

D) Subsidiariamente a las anteriores pretensiones, proceda a declarar la resolución del contrato y en virtud de lo expuesto en los fundamentos de derecho jurídicos SEXTO a UNDÉCIMO, proceda a moderar la Pena estipulada, rebajando su importe al 4% del precio global de la cesión, como sería procedente caso de haberse fijado una garantía en contrato administrativo y, en su defecto, no más del 20% del precio global, como viene siendo la práctica usual en el tráfico y a la que se adhiere la misma demandada en sus pliegos de contratación.

E) Con carácter totalmente subsidiario y para el caso de que ninguna de las pretensiones anteriores fueran estimadas, se declare resuelto el contrato y se condene a la demandada a devolver a mi mandante el 50% del precio global de venta que fue entregado a la demandada, con los intereses legales desde el requerimiento de resolución.

F) Para el caso de estimarse cualquiera de las pretensiones anteriores condenándose a VISOGSA S.A., se condene también en costas a la demandada, al amparo de lo previsto en el art. 394 y 395 segundo párrafo de la LEC ».

SEGUNDO .- La procuradora doña Carmen Parera Montes, en nombre y representación de Empresa Provincial de Vivienda, Suelo y Equipamiento de Granada, S.A. (VISOGSA), 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: « [...] desestime íntegramente la demanda ejercitada por ser improcedente en todos sus pedimentos, con expresa imposición al demandante de las costas causadas».

Y formulando demanda reconvenzional alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al juzgado:

« [...] dicte sentencia por la que, estimando las legítimas pretensiones de esta parte, condene a la demandante-reconvenida al cumplimiento íntegro del contrato de cesión suscrito, esto es: 1.- Construcción de las edificaciones antes del término de 20 meses desde que así sea acordado por ese Tribunal, y bajo las condiciones de la licencia concedida por Ayuntamiento de Granada.

»2.- Conservar las edificaciones y mantenerlas en buen estado de uso y conservación, seguridad, limpieza e higiene, durante toda la vigencia del derecho de superficie y

»3.- Destinar las Edificaciones a realizar las actividades respectivamente determinadas en el contrato, imponiendo al demandante reconvenido las costas causadas».

La procuradora doña Carmen Parera Montes en nombre y representación de Empresa Provincial de Vivienda, Suelo y Equipamiento de Granada, S.A. (VISOGSA), mediante escrito de fecha 27 de octubre de 2010, desistió de la demanda reconvenzional.

TERCERO.- Practicadas las pruebas, las partes formularon sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Granada, dictó sentencia en fecha 17 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que con estimación de la demanda interpuesta por doña Irene Ollero Robles, procuradora de los tribunales en nombre y representación de Duet Granada S.A., en relación a la solicitud de carácter subsidiario, procede declarar la nulidad del contrato suscrito entre las partes de 16 de mayo de 2006, condenando a la demandada Empresa Provincial de Vivienda, Suelo y Equipamiento de Granada S.A. (Visogsa), a que abone a la actora el 50% del precio global de venta que fue entregado por la actora a la demandada, más intereses legales y sin hacer expresa condena en costas».

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de Duet Granada, S.A., la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: Se revoca la sentencia, en cuanto se condena a la demandada al pago de los intereses legales desde el requerimiento de resolución, confirmando sus restantes pronunciamientos. Sin mención respecto de las costas del recurso».

QUINTO.- La procuradora doña María del Carmen Parera Montes, en nombre y representación de la mercantil Empresa Provincial de Vivienda, Suelo y equipamiento de Granada S.A. (VISOGSA) interpuso recurso de casación contra la anterior Sentencia, con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 289 y 35 del Real Decreto Legislativo 1/1992 . Segundo.- Vulneración de los artículos 1184 y 1182 del Código Civil . Tercero.- Artículos 1295 y 1303, en relación con el artículo 1124 todos del Código Civil . Cuarto.- Infracción del artículo 1100 y 1108 del Código Civil . Quinto.- Infracción de los artículos 1182 y 1184 del Código Civil .

SEXTO.- Por Auto de fecha 28 de enero de 2015, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Antonio Ángel Sánchez Jáuregui Alcaide, en representación y defensa de la mercantil Duet Granda, S.A, presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de febrero del 2016, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, las consecuencias derivadas de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículos 1182 y 1184 del Código Civil) en un contrato de cesión del derecho de superficie sobre una finca urbana.

2. En síntesis, la entidad Empresa Provincial de Vivienda, Suelo y Equipamiento de Granada, S.A. (en adelante Visogsa), demandada y aquí recurrente, como previa cesionaria de la Diputación Provincial de Granada, realizó una oferta pública para la adjudicación de la cesión del derecho de superficie de una parcela, de propiedad municipal, destinada a un uso principal de complejo deportivo, más otros usos secundarios de restauración, espectáculos y aparcamiento público de tres plantas en el subsuelo. De la citada oferta pública resultó adjudicataria la entidad Duet Granada, S.A., demandante y aquí recurrida, celebrándose entre las partes un contrato de cesión del derecho de superficie de la citada parcela, con fecha de 16 de mayo de 2006. En dicho contrato, la demandante, por importe de 1.771.000 €, se obligaba, de acuerdo a los plazos previstos, a la implementación del complejo deportivo y aparcamiento a cambio de su explotación comercial durante 75 años. Merece destacarse, a los efectos que aquí interesan, la cláusula octava del citado contrato que presenta el siguiente tenor:

«[...] OCTAVA.- CONDICIÓN RESOLUTORIA.

»Las obligaciones 4, 7 y 8 determinadas en la estipulación quinta se acuerda someterlas a condición resolutoria expresa, en beneficio de "EMPRESA PROVINCIAL DE VIVIENDA, SUELO Y EQUIPAMIENTO DE GRANADA S.A" , por lo que su incumplimiento constituirá causa de resolución del contrato de compraventa. En cualquiera de los casos de resolución anteriormente expresados, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedan por el incumplimiento de estas obligaciones conllevará para la compradora la obligación de indemnizar a la EMPRESA PROVINCIAL DE VIVIENDA, SUELO Y EQUIPAMIENTO DE GRANADA, S.A, por los daños y perjuicios ocasionados, que, como mínimo se fijan a estos efectos en el 50% del precio global de venta, quedando de propiedad de la vendedora las obras y edificaciones que se hayan realizado en la parcela. En todo caso, el derecho de superficie de esta parcela con sus accesiones revertirá automáticamente a VISOGSA, que podrá inscribirla a su nombre en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 de la Ley Hipotecaria con solo acreditar el cumplimiento de la condición resolutoria por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho».

Tras diversas vicisitudes en la ejecución del contrato, la adjudicataria interpuso una demanda en la que como petición principal solicitaba la resolución del contrato celebrado, con la devolución de las cantidades entregadas, así como los intereses legales desde el 5 de mayo de 2008, y como petición subsidiaria, relevante a los efectos del recurso de casación, la declaración de la resolución del contrato por la imposibilidad sobrevenida de la prestación, dado que durante la celebración de la audiencia previa, como hecho nuevo, posterior a la demanda y a su contestación, fue alegado y documentado por ambas partes que por resolución, de 5 de octubre de 2010, el Ayuntamiento había declarado el derecho de superficie, objeto del contrato, en situación de venta forzosa para su ejecución por sustitución ante la inadecuación de lo edificado con arreglo a la ordenación urbanística y a los plazos previstos en la licencia de obras. Visogsa, se opuso a la demanda y formuló demanda reconventional de la que desistió ante la resolución del Ayuntamiento, solicitando finalmente la desestimación de la demanda.

3. Como hechos relevantes acreditados en la instancia, deben señalarse los siguientes.

A) La adjudicataria venía obligada a solicitar la licencia de obras dentro del plazo de los cien días siguientes a la notificación de la adjudicación, esto es, desde el 24 de febrero de 2006. Sin embargo, la obtención de dicha licencia se demoró hasta el 27 de marzo de 2007.

B) Asimismo, la adjudicataria venía obligada a construir la edificación antes del término de veinte meses desde la obtención de la licencia, y siempre dentro de un plazo máximo de tres años desde la notificación de la correspondiente adjudicación, esto es, febrero de 2009. Sin embargo, no es hasta el 17 de marzo de 2008 cuando la adjudicataria emite un informe de condiciones financieras, que finalmente no resulta aceptado por la entidad financiera; restando sólo once meses para que la edificación estuviese terminada.

4. La sentencia de primera instancia considera que la resolución del Ayuntamiento acerca de la venta forzosa de la parcela constituye causa de resolución del contrato. En este sentido, estima la pretensión subsidiaria de la demandante y declara la nulidad del contrato celebrado y sobre la base de la cláusula resolutoria pactada condena a la demandada al abono del 50% del precio global de la cesión que fue entregado.

Recorre en apelación la actora, solicitando que se estime su pretensión principal y, en todo caso, que se condene al pago de los intereses solicitados en la demanda así como al IVA satisfecho.

La demandada se opone al recurso de apelación e impugna la sentencia señalando que el demandante ya se había constituido en mora antes de la declaración de imposibilidad sobrevenida, que los otros hechos que se invocan (falta de obtención de financiación, inviabilidad del aparcamiento y construcción de otro centro deportivo) pertenecen al ámbito de responsabilidad del deudor y que, aun admitiendo la imposibilidad sobrevenida, las consecuencias serían la extinción de la obligación y la liberación del deudor.

5. La sentencia de la Audiencia estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante. En este sentido, condena a la demandada al pago de los intereses desde el requerimiento de la resolución contractual y desestima la impugnación de la sentencia formulada por la demandada, confirmando el resto de pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso de casación.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Contrato de cesión de derecho de superficie. Imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículos 1182 y 1184 del Código Civil). Su diferenciación de la resolución y de nulidad del contrato.*

1. La parte demandada, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en cinco motivos.

2. Por la trascendencia para la resolución del presente recurso se procede, en primer lugar, al examen conjunto de los motivos segundo y quinto planteados.

En el motivo segundo, el recurrente alega la vulneración de los artículos 1184 y 1182 CC en relación con la constitución en venta forzosa del derecho de superficie. Señala la recurrente que, según estos preceptos, para que se extinga la obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación no debe apreciarse culpa del deudor y tampoco haberse constituido en mora; considera que la sentencia enumera varias conductas negligentes de la actora que evidencian la existencia de culpa en el cumplimiento de sus obligaciones, pese a ello, entiende que no puede considerarse probado que exclusivamente por su conducta incurriera en mora, afirmación que entiende insostenible a la vista de los hechos probados en la instancia.

En el motivo quinto denuncia la infracción de los artículos 1182 y 1184 CC al calificar como imposibilidad sobrevenida acontecimientos previsibles e imputables al deudor. Considera la recurrente en este motivo que ninguno de los motivos invocados (inviabilidad del aparcamiento, necesidad de financiación, creación de otro centro deportivo cercano) pueden ser considerados como de imposibilidad sobrevenida.

3. Por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos indicados, deben ser estimados. Su estimación comporta la estimación del recurso de casación sin necesidad de entrar en el examen de los restantes motivos.

4. Con carácter general, debe precisarse que no cabe confundir el supuesto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, que opera en el plano de la liberación del deudor y determina la extinción de la obligación, con el supuesto, propio y diferenciado, de la resolución contractual.

En el presente caso, ambas instancias incurren en dicha confusión al establecer las consecuencias derivadas de la imposibilidad sobrevenida en el plano de la resolución del contrato. Dicha confusión se ve agravada cuando toman por referencia la resolución convencional establecida en el contrato que, además, claramente se prevé sólo en beneficio del cedente, tal y como expresamente contempla la cláusula octava del citado contrato: «las obligaciones 4, 7 y 8 determinadas en la estipulación quinta se acuerda someterlas a condición resolutoria expresa en beneficio de Empresa Provincial de Vivienda, Suelo y Equipamiento de Granada, S.A.».

En esta línea también debe precisarse, en contra de lo declarado por ambas instancias, que tanto la imposibilidad sobrevenida de la prestación, como los supuestos de la resolución contractual, no determinan la nulidad del contrato, sino la extinción o su resolución, respectivamente.

Señaladas estas previas delimitaciones, en el presente caso, debe acordarse que le asiste la razón a la parte recurrente de acuerdo al régimen general que nuestro Código Civil dispone a propósito de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículos 1182 y 1184 del Código Civil). En efecto, para que la imposibilidad sobrevenida de la prestación opere el efecto liberatorio resulta imprescindible que dicha imposibilidad no

resulte imputable al deudor, de acuerdo con los criterios generales de imputación de responsabilidad, y que además el deudor no esté constituido en mora.

En el presente caso, conforme a los hechos acreditados, no se cumple ninguna de estas dos condiciones o presupuestos. La resolución del Ayuntamiento por la que se declara el derecho de superficie en situación de venta forzosa viene motivada por el incumplimiento de las obligaciones del cesionario. Del mismo modo que dicho incumplimiento exterioriza claramente su situación en mora respecto del cumplimiento obligacional y, en definitiva, la imposibilidad de cumplir en el plazo previsto. Todo ello, según lo acreditado y sin culpa de la cedente. Por lo que los motivos indicados deben ser estimados.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La estimación del recurso de casación comporta que no se haga expresa imposición de las costas causadas por el mismo, de conformidad con los artículos 398.2 y 394 LEC .

2. La estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación, por lo que no debe hacerse expresa imposición de las costas del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .

3. La estimación del recurso de apelación comporta, a su vez, la desestimación de la demanda, por lo que las costas de primera instancia deben imponerse a la parte demandante, conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC .

4. Asimismo, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª LOPJ .

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

FALLO

FALLAMOS

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Empresa Provincial de la Vivienda y Suelo de Granada, S.A. (Visogsa) contra la sentencia dictada, en fecha 22 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, en el rollo de apelación núm. 324/2013 , que casamos y anulamos en su integridad, y en su lugar, con estimación del recurso de apelación, acordamos desestimar la demanda interpuesta.

2.º- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.

3.º- No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de apelación.

4.º- Procede imponer las costas de primera instancia a la parte demandante.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo **Francisco Javier Orduña Moreno** Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.