

Fecha: 21/04/2006

Marginal: 28079110012006100409

Jurisdicción: Civil

Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ

Origen: Tribunal Supremo

Tipo Resolución: Sentencia

Sala: Primera

Cabecera: COMPRAVENTA DE BUNGALOW: mayor superficie de la registrada. Oposición del comprador al pago del precio en tanto la entidad vendedora no acomode el Registro a la realidad extrarregistral. Inexistencia de imposibilidad originaria de la prestación. Venta de cuerpo cierto. NULIDAD Y RESOLUCIÓN contractual: incompatibilidad porque la resolución se refiere siempre a un contrato válido. INCONGRUENCIA: no la hay porque la pretensión acogida por la resolución recurrida no fue la de rescisión contractual por ejercicio de la facultad de disentimiento contractual del art. 1.454 del CC, sino otra de las ejercitadas con carácter alternativo, por lo que no correspondía acoger en el fallo las consecuencias jurídicas del precepto referido.

Texto

Encabezamiento

Número de Resolución: 406/2006

Número de Recurso: 2579/1999

Procedimiento: CIVIL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Abril de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, como consecuencia de autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Alicante; cuyo recurso fue interpuesto por D. Jose Daniel, representado por el Procurador D. Miguel Angel de Cabo Picazo; siendo parte recurrida la entidad GRUPO FERROVIAL S.A., representado por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

Antecedentes de Hecho

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Perfecto Ochoa Poveda, en nombre y representación de la entidad Ferrovial Internacional S.A., hoy Grupo Ferrovial, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Alicante, siendo parte demandada D. Jose Daniel, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "estimando la demanda con los siguientes pronunciamientos: 1º.- Declarando la validez y eficacia del compromiso suscrito entre las partes en documento de fecha 8 de junio de 1.992, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración, y condenándole al cumplimiento del mismo en los términos pactados, por lo que deberá comparecer el día y hora y ante el Notario que por el Juzgado se determine en ejecución de sentencia, para que se proceda al otorgamiento de la escritura pública a su favor de la finca registral núm. NUM000 del Registro de la Propiedad núm. Cuatro de Alicante, que es el bungalow o vivienda unifamiliar núm. NUM001 de la Urbanización DIRECCION000, sita en la C/ DIRECCION001 núm. NUM002 del Cabo de las Huertas de esta ciudad de Alicante, con la descripción registral que la misma tiene, y en los términos y con las condiciones previstas en el meritado documento de fecha 8 de junio de 1992, y debiendo el demandado Don Jose Daniel satisfacer en el acto del otorgamiento de la escritura el importe total del precio pactado de diecisiete millones quinientas mil pesetas, deduciendo el importe de la señal entregada, y de la cantidad que deba retener para la solvencia del importe del préstamo hipotecario que quede pendiente en dicho momento, y asimismo condenándole a pagar a mi representada el importe de los intereses y amortizaciones que la misma haya satisfecho por razón de dicho préstamo hipotecario desde el 10 de agosto de 1.992 hasta la fecha en que se otorgue la escritura, y el importe de los intereses legales que correspondan del resto del precio pactado pendiente durante el mismo periodo de tiempo. 2º.- Alternativamente, caso de no estimarse el pedimento anterior por entender que la discordancia existente entre la realidad registral y la física, justifica la negativa del demandado a no avenirse al otorgamiento de la escritura en los términos previstos en el documento de fecha 8 de junio de 1.992, y que por tanto no se ha incurrido en incumplimiento alguno por parte del Sr. Jose Daniel; no siendo posible para mi representada el subsanar por si misma la referida discrepancia que hay entre la descripción registral y la realidad física de la vivienda, y por tanto siendo imposible el incumplimiento del compromiso de compra venta contenido en el documento de fecha 8 de junio de 1.992, declarar resuelto el mismo y nula la obligación de él derivada, debiendo las partes reintegrarse las prestaciones recibidas, o sea entregándose por

parte de Ferrovial Internacional S.A. -hoy Grupo Ferrovial, S.A.-, al Sr. Jose Daniel la suma percibida de 200.000 pts. con más sus intereses legales correspondientes hasta la fecha de entrega, y entregando al Sr. Jose Daniel a Grupo Ferrovial S.A. la posesión del bungalow o vivienda unifamiliar núm NUM001 de la DIRECCION000, que es la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad núm. CUATRO de Alicante, y abonando a la misma en contraprestación por el uso y utilización de la referida vivienda la cantidad que se determine en ejecución de sentencia equivalente al importe de la renta mensual que se haya venido satisfaciendo por la ocupación y disfrute de una vivienda de similares características en la zona, y durante el periodo comprendido desde la fecha del 10 de agosto de 1.992 hasta la fecha en que se reintegre a mi mandante la posesión de su vivienda. 3º.- Por último, y caso de no estimación de ninguno de los dos pronunciamientos anteriores, y habiendo mediado señal o arras en el compromiso de compraventa, declarar correctamente ejercitado el derecho de mi parte a rescindir el contrato conforme con lo dispuesto en el art. 1.454 del Código Civil, y en consecuencia declarar resuelto el mismo allanándose mi mandante a devolver las arras duplicadas, y condenando al demandado a reintegrar a Ferrovial Internacional S.A. la posesión de la vivienda ya reseñada objeto de la litis, y así mismo condenando al Sr. Jose Daniel a satisfacer a mi mandante por la utilización y ocupación de la misma la contraprestación equivalente al importe de la renta mensual que se determine en ejecución de sentencia, por el arrendamiento de una vivienda de características similares en la zona, y por el periodo comprendido entre la fecha del 10 de agosto de 1.992 hasta el momento en que se reintegre a mi mandante la posesión de la vivienda. 4º.- Y en todo supuesto con la expresa imposición de todas las costas de este procedimiento al demandado por su temeridad y manifiesta mala fe."

2.- La Procurador D^a. María Paz de Miguel Fernández, en nombre y representación de D. Jose Daniel, contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "en la que se absuelva a mi mandante de la demanda formulada de contrario con expresa imposición de la totalidad de las costas causadas en esta litis a la parte actora."

Asimismo formuló reconvencción alegando los hechos y fundamentos de derecho pertinente, suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "que contenga los siguientes pronunciamientos: Primero.- que se declare la obligación de dar cumplimiento al contrato firmado por mi mandante y GRUPO FERROVIAL S.A. el día 8 de junio de 1.992. Segundo.- Que se declare la obligación, por parte de la reconvenida, de otorgar la correspondiente escritura pública a favor de mi representado, de acuerdo con la realidad física del bungalow NUM001 de la Urbanización DOS

AGUAS-DE LUXE. Tercero.- Que se condene a la reconvenida a entregar a mi mandante la Licencia Municipal de primera ocupación y la consiguiente documentación para la contratación del servicio individual de agua potable. Cuarto.- Que se declare la obligación de mi representado, al momento de la firma de la escritura, del pago del precio convenido previo descuento de la señal entregada y la cantidad del capital pendiente del préstamo hipotecario, con subrogación del mismo y pagando mi mandante los intereses desde la citada subrogación. Quinto.- Que se condene a la mercantil reconvenida al pago de los daños y perjuicios, tanto patrimoniales como morales, que en periodo de ejecución de sentencia se determinará, con sus intereses correspondientes, por la desprotección registral e inseguridad jurídica que la vendedora ha provocado a mi mandante por su actitud. Sexto.- Que se condene a la mercantil reconvenida al pago de la totalidad de las costas causadas en la presente reconvencción."

3.- El Procurador D. Perfecto Ochoa Poveda, en nombre y representación de la entidad Grupo Ferrovial S.A., contestó a la demanda reconvenccional alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para suplicar al Juzgado se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda reconvenccional deducida de adverso, absolviendo de ella a mi mandante y con expresa imposición de todas las costas a la demandada reconviniente."

4.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Dos de Alicante, dictó Sentencia con fecha 15 de mayo de 1.995 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda instada por el procurador Don Perfecto Ocho Poveda, en nombre y representación de la entidad mercantil GRUPO FERROVIAL S.A. (antes FERROVIAL INTERNACIONAL S.A.) debo declarar y declaro RESUELTO el contrato de compraventa y nula la obligación de él derivada debiendo las partes reintegrarse las prestaciones recibidas con sus intereses legales hasta la fecha de entrega, debiendo entregar el demandado don Jose Daniel a la actora la posesión del bungalow, en el perfecto estado en que se encontraba en el momento de la entrega. Debiendo abonar a la misma en contraprestación por el uso y utilización de la referida vivienda la cantidad que se determine en ejecución de sentencia equivalente al importe de la renta mensual que se haya venido satisfaciendo por la ocupación y disfrute de una vivienda de similares características en la zona, y durante el periodo comprendido desde la fecha del 10 de agosto de 1.992 hasta la fecha en que se reintegre a la actora la posesión del bungalow. Y desestimando la demanda RECONVENCCIONAL instada por la procuradora Doña M^a Paz de Miguel Fernández, en nombre y representación de Don Jose Daniel,

debo absolver y absuelvo a la mercantil GRUPO FERROVIAL S.A. (antes FERROVIAL INTERNACIONAL S.A.), de los pedimentos contenidos en la misma. Se imponen las costas procesales al demandado-reconveniente."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Jose Daniel, al que posteriormente se adhirió la entidad Ferrovial Internacional S.A., la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, dictó Sentencia con fecha 8 de abril de 1.999 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña María Paz de Miguel Fernández en representación de Don Jose Daniel contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº Dos de la ciudad de Alicante en fecha 15 de mayo de 1.995 en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia, CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS íntegramente la misma, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas."

Instada la aclaración de la sentencia por la representación de D. Jose Daniel, la Audiencia Provincial dictó Auto con fecha 27 de abril de 1.999 , en el que se acuerda no haber lugar a la aclaración solicitada.

TERCERO.- 1.- Por el Procurador D. Miguel Angel de Cabo Picazo, en nombre y representación de D. Jose Daniel, interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, de fecha 8 de abril de 1.999 , con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del nº 3º del art. 1.692 de la LEC de 1.881 , se alega infracción del art. 24 de la Constitución en relación con el art. 359 de la LEC . SEGUNDO.- Al amparo del nº 4º del art. 1.692 de la LEC se alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, y en este motivo es si ha existido o no arras penitenciales. TERCERO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 1261 y 1300 del Código Civil . CUARTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 609, 1.254, 1.255 y 1.258 en relación con el art. 1.124 del mismo Texto Legal . QUINTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, y en concreto infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación del Grupo Ferrovial, S.A., presentó escrito de impugnación al recurso formulado de contrario.

3.- Habiéndose presentado por la parte recurrente escrito renunciando a la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de marzo de 2.006, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El proceso versa sobre las discrepancias surgidas entre vendedora y comprador de un bungalow que tiene más metros de superficie que los registrados.

Por la entidad mercantil GRUPO FERROVIAL S.A. (con anterioridad FERROVIAL INTERNACIONAL S.A.) se dedujo demanda, en concepto de vendedora del Bungalow nº NUM001 de la Urbanización DIRECCION000, sita en el nº NUM002 de la DIRECCION001, en el Cabo de Huertas de Alicante, contra Dn. Jose Daniel, en concepto de comprador, en la que solicita los siguientes pronunciamientos: 1º.- Se declare la validez y eficacia del compromiso suscrito entre las partes en documento de fecha 8 de junio de 1.992, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración y al cumplimiento del mismo en los términos pactados, por lo que deberá comparecer el día y hora que se determine ante Notario que se determine por el Juzgado para que se proceda al otorgamiento de la escritura pública a su favor de la finca registral nº NUM000 del Registro de Propiedad nº 4 de Alicante, que es el bungalow o vivienda unifamiliar nº NUM001 de la Urbanización DIRECCION000, sita en la DIRECCION001NUM002 del Cabo de las Huertas de Alicante, con la descripción registral que la misma tiene en los términos y con las condiciones previstas en el meritado documento de 8 de junio de 1.992; y debiendo el demandado Don Jose Daniel satisfacer en el acto del otorgamiento de la escritura el importe total del precio pactado de 17.500.000'- ptas, deduciendo el importe de la señal entregada, y de la cantidad que deba retener para la solvencia del importe del préstamo hipotecario que quede pendiente en dicho momento, y así mismo condenándole a pagar a la actora el importe de los intereses y amortizaciones que la misma haya satisfecho por razón del préstamo hipotecario desde el 10 de agosto de 1.992 hasta la fecha en que se otorgue la escritura y el importe de los intereses legales que correspondan del resto del precio pactado pendiente durante el mismo periodo de tiempo. 2º.- Alternativamente, caso de no estimar el pedimento anterior

por entender que la discordancia entre la realidad registral y la física justifica la negativa del demandado a no avenirse al otorgamiento de la escritura en los términos previstos en el documento de 8 de junio de 1.992 y que por tanto no ha incurrido en incumplimiento alguno por parte del demandado; no siendo posible para la actora el subsanar por sí misma la discrepancia entre la descripción registral y la realidad física de la vivienda y por tanto siendo imposible el cumplimiento del compromiso de compra de 8 de junio de 1.992, declarar resuelto el contrato de compraventa y nula la obligación de él derivada, debiendo las partes reintegrarse las prestaciones recibidas con sus intereses legales hasta la fecha de la entrega y entregando el Sr. Jose Daniel a la actora la posesión del bungalow y abonando a la misma en contraprestación por el uso y utilización de la referida vivienda la cantidad que se determine en ejecución de sentencia equivalente al importe de la renta mensual que se haya venido satisfaciendo por la ocupación y disfrute de una vivienda de similares características en la zona, y durante el periodo comprendido desde la fecha del 10 de agosto de 1.992 hasta la fecha en que se reintegre a la actora la posesión de su vivienda. 3º.- Por último y en caso de no estimación de ninguno de los pronunciamientos anteriores y habiendo mediado señal o arras en el compromiso de compraventa, declarar correctamente ejercitado el derecho de la actora a rescindir el contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 1.454 de c.c . y en consecuencia declarar resuelto el mismo, allanándose la actora a devolver las arras duplicadas y condenando al demandado a reintegrar a la actora la posesión de la vivienda y asimismo condenando al demandado a satisfacer a la actora por utilización y ocupación de la misma la contraprestación equivalente al importe de la renta mensual que se determine en ejecución de sentencia por el arrendamiento de una vivienda de características similares en la zona y por el periodo comprendido desde la fecha de 10 de agosto de 1.992 hasta el momento en que se reintegre a la actora la posesión de la vivienda. 4º.- En todo supuesto con expresa imposición de las costas procesales.

Por el demandado Dn. Jose Daniel se formuló reconvencción en la que solicita: 1º.- Que se declare la obligación de dar cumplimiento al contrato firmado por las partes el 8 de junio de 1.992. 2º.- Que se declare la obligación, por parte de la reconvenida de otorgar la correspondiente escritura pública a favor del demandado, de acuerdo con la realidad física del bungalow NUM001 de la urbanización DIRECCION000. 3º.- Que se condene a la reconvenida a entregar al demandado la licencia municipal de primera ocupación y la consiguiente documentación para la contratación del servicio individual de aguas potables. 4º.- Que se declare la obligación del reconveniente al momento de la firma de la escritura, del pago del precio convenido previo descuento de la señal entregada y la cantidad del capital pendiente del préstamo hipotecario, con la subrogación del mismo y pagando el demandado los intereses desde la

citada subrogación. 5º.- Que se condene a la mercantil reconvenida al pago de los daños y perjuicios, tanto patrimoniales como morales, que en periodo de ejecución de sentencia se determinarán con sus intereses correspondientes por la desprotección registral e inseguridad jurídica que la vendedora ha provocado. 6º.- Que se condena a la mercantil reconvenida al pago de la totalidad de las costas procesales.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Alicante de 15 de mayo de 1.995, recaída en los autos de juicio de menor cuantía nº 62 de 1.994, estima la demanda y desestima la reconvenición, y acuerda "declarar resuelto el contrato de compraventa y nula la obligación de él derivada debiendo las partes reintegrarse las prestaciones recibidas con sus intereses legales hasta la fecha de la entrega, debiendo entregar el demandado Dn. Jose Daniel a la actora la posesión del bungalow, en el perfecto estado en que se encontraba en el momento de la entrega. Debiendo abonar a la misma en contraprestación por el uso y utilización de la referida vivienda la cantidad que se determine en ejecución de sentencia equivalente al importe de la renta mensual que se haya venido satisfaciendo por la ocupación y disfrute de un vivienda de similares características en la zona, y durante el periodo comprendido desde la fecha del 10 de agosto de 1.992 hasta la fecha en que se reintegre a la actora la posesión del bungalow.

La Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante de 8 de abril de 1.999, confirmó en apelación la resolución del Juzgado; y por Auto del día 27 siguiente declaró no haber lugar a la aclaración solicitada por el demandado apelante Dn. Jose Daniel.

La resolución de la Audiencia declara expresamente que confirma la sentencia recurrida por el demandado, la cual acoge una de las peticiones alternativas de la demanda, concretamente la relativa a declarar resuelto el contrato de compraventa y nula la obligación de él derivada debiendo las partes reintegrarse las prestaciones recibidas con base en encontrarnos ante una obligación de imposible cumplimiento; si bien, "aunque indudablemente en lo que supone de refuerzo", según dicción de la propia Sentencia de la Audiencia, en los dos fundamentos posteriores discurre ampliamente sobre las arras penitenciales y el art. 1.454 CC, e incluso califica el contrato de 8 de junio de 1.992 como de arras ("no puede catalogarse de plena compraventa, sino de arras para la futura compraventa"). Asimismo señala la Sentencia recurrida que el demandado compró el bungalow como cuerpo cierto, no en atención a unos metros determinados, según consta en el contrato de 8 de junio de 1.992, y como así pudo haber comprobado directamente en el Registro de la Propiedad ya que se trataba de la finca registral nº NUM000, no pudiendo servir de excusa para el debido cumplimiento del contrato el amparo de una medición posterior efectuada en la instancia con el

argumento de que la ocupación de la finca por el demandado obedeció a un acto de mera tolerancia de la demandante, y habida cuenta que aquel ha venido ocupando un bungalow de 17.500.000 pts. en una de las zonas más importantes desde el punto de vista residencial de Alicante, a pesar de los requerimientos a que se vio sometido por parte del demandante.

Por Dn. Jose Daniel se interpuso recurso de casación articulado en cinco motivos, todos ellos al amparo del nº 4 del art. 1.692 LEC, salvo el primero que utiliza como cauce el inciso primero del ordinal tercero del mismo artículo, y solicita: PRIMERO: Se decrete la nulidad de la Sentencia recurrida por infringir el art. 359 de la LEC en relación al art. 24 de la CE, y, en consecuencia, se devuelvan los autos a la Audiencia Provincial para que dicte una sentencia congruente; SEGUNDO: De no estimarse la nulidad expresada se revoque [sic] la sentencia de apelación en el sentido de establecer que no existen arras penitenciales, ni tampoco una obligación de contenido imposible, y como consecuencia se desestime la demanda de GRUPO FERROVIAL S.A. y se estime la reconvencción del recurrente en el sentido de reconocerse el contrato de 8 de junio de 1.992 y condenar a Grupo Ferrovial S.A. al otorgamiento de la escritura de compraventa conforme a la realidad física del bungalow NUM001, con el abono de daños y perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia por el incumplimiento de la obligación de otorgamiento de la escritura de compraventa, debiendo abonar el aquí recurrente el resto del precio; y TERCERO: En el caso de que se estime que existen arras penitenciales o una obligación de contenido imposible se deje sin efecto cualquier clase de indemnización a favor del Grupo Ferrovial S.A. al no haber existido enriquecimiento sin causa por Dn. Jose Daniel.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se alega la infracción de incongruencia del art. 359 LEC, y en el suplico final se pide que, como consecuencia de su apreciación, se decrete la nulidad de la sentencia recurrida y se remita a la Audiencia para que dicte otra ajustada a derecho.

El motivo carece de consistencia por lo que procede su desestimación.

En primer lugar debe señalarse que la incongruencia no conlleva, por lo general, el efecto de nulidad de actuaciones, porque, al tratarse de un defecto de la sentencia corregible por el Tribunal de casación, sólo da lugar a que "la Sala resuelva lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate", tal y como establece el art. 1.715.1, 3º LEC, al que se remite el art. 1.692, 3º, inciso primero, del mismo Texto Legal.

En segundo lugar la respuesta casacional es que no hay incongruencia. El

contenido de la denuncia del motivo se sintetiza en que, pese a acoger la resolución recurrida como fundamento de su decisión la doctrina sobre las arras penitenciales, sin embargo no aplica el efecto previsto en el art. 1.454 CC que exige devolverlas duplicadas. Tal alegación carece de fundamento porque la Sentencia de la Audiencia no basa su decisión en el régimen jurídico de las arras penitenciales, sino que confirma la solución de la sentencia apelada, la cual acoge la segunda de las pretensiones alternativas de la demanda, y no la tercera que es la que se refiere a aquéllas, y ello es tan así que la propia resolución recurrida expresa que la argumentación relativa a las arras que consigna tiene carácter de refuerzo, aunque hubiera sido mejor no haberse referido para nada a las arras por ser innecesario e incluso perturbador.

Como consecuencia de lo expuesto debe desestimarse también el motivo segundo en el que se alega la inexistencia del pacto de arras penitenciales con base en que -según la parte recurrente- en el contrato no se establece que las partes pueden rescindirlo allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas. La desestimación debe entenderse sin perjuicio de que el Tribunal pueda tener que volver sobre el tema en el caso de asunción de la instancia por acogerse el recurso de casación por alguno de los motivos siguientes.

TERCERO.- En el motivo tercero se alega infracción de los arts. 1.261 y 1.300 del Código Civil, que fundamenta en que "no nos encontramos ante una obligación de contenido imposible".

La Sentencia impugnada confirma el fallo de la de primera instancia que "declara resuelto el contrato de compraventa y nula la obligación de él derivada", y asume la "ratio decidendi" del mismo de hallarnos ante una obligación de imposible cumplimiento.

En el pronunciamiento de las sentencias de instancia, lo mismo que ocurría con la pretensión alternativa que estima, se incurre en la imprecisión de expresar dos conceptos jurídicos incompatibles como son la nulidad y la resolución, pues la primera obedece a una causa originaria y la segunda (en la perspectiva técnica; no siempre en la jurisprudencia) a una causa sobrevenida, y además, y éste es el aspecto más relevante, si el contrato es inválido no cabe hablar de resolución porque ésta se refiere siempre a un contrato válido.

Cuando se produce una imposibilidad de cumplimiento de la prestación hay que distinguir si tal imposibilidad existe en el momento de la perfección contractual (momento de formación del contrato) en cuyo caso el efecto jurídico que procede es el de la nulidad contractual de conformidad con el art. 1.272 en relación con el art. 1.261.2, ambos del Código Civil, o si se trata de una imposibilidad sobrevenida -con

posterioridad a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora- en cuyo caso (art. 1.184 CC) se da lugar a la liberación de la prestación (resolución contractual). En tal sentido, por todas, Sentencias de 10 de abril 1.956 y 30 de abril 2.002 .

Como en el caso la imposibilidad aludida es la originaria, la controversia se plantea en el ámbito de la nulidad contractual.

Esta Sala en profusa jurisprudencia ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la materia, la cual se resume en la Sentencia de 30 de abril de 2.002 en los siguientes términos: "La regulación de los artículos 1.272 y 1.184 CC (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar ex art. 1.182 , SS 21 Feb. 1.991, 29 Oct. 1.996, 23 Jun. 1.997) recoge una manifestación del principio ad impossibilia nemo tenetur (SS 21 Ene. 1.958 y 3 Oct. 1.959) , que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles (impossibilium nulla obligatio est: D. 50, 17, 1.185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (SS 15 Feb. Y 21 Mar. 1.994 , entre otras); 2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística -atendiendo a los <<casos y circunstancias>>- (SS 10 Mar. 1.949, 5 May. 1.986 y 13 Mar. 1.987) , pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la S. 16 Dic. 1.970 se refiere también a la moral, y la de 30 Abr. 1.994 a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica (sentencias, entre otras, 15 Dic. 1.987, 21 Nov. 1.958, 3 Oct. 1.959, 29 Oct. 1.970, 4 Mar., 11 May. 1.991 y 26 Jul. 2000); 3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (S. 6 Oct. 1.994) , pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad (sentencias, entre otras, 8 Jun. 1.906, 10 Mar. 1.949, 6 Abr. 1.979, 5 May. 1.986, 11 Nov. 1.987, 12 May. 1.992, 12 Mar. 1.994 y 20 May. 1.997) , ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la S. 6 Oct. 1.994) , de ahí que se siga un criterio objetivo (sentencias, entre otras, de 15 y 23 Feb., 12 Mar. y 6 Oct. 1.994); 4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (S. 13 Mar. 1.987) -que sólo tiene efectos suspensivos (S. 13 Jun. 1.944)-, y la derivada de una situación accidental del deudor (S. 8 Jun. 1.906); 5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (SS. 22 Feb. 1.979 y 11 Nov. 1.987); 6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (S. 20 Mar. 1.997) . La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (SS. 2 Ene. 1.976 y 15 Dic. 1.987) , o le

es imputable (SS. 7 Abr. 1.965, 7 Oct. 1.978, 17 Ene. y 5 May. 1.986, 15 Feb. 1.994, 20 May. 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (SS. 15 Feb: y 23 Mar. 1.994, 17 Mar. 1.997, y 14 Dic. 1.998), o se podía conocer (S. 15 Feb. 1.994), o era previsible (SS. 7 Oct. 1.978, 15 Feb. 1.994, 4 Nov. 1.999), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (S. 23 Feb. 1.994). La S. 17 Mar. 1.997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca; 7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (SS 8 Jun. 1.906, 7 Abr. 1.965, 6 Abr. 1.979, 12 Mar. 1.994, 20 May. 1.997 , entre otras). La S. 14 Feb. 1.994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la S. 2 Oct. 1.970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento; y, 8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (art. 1.182; y S. 23 Feb. 1.994).

Aplicada al caso la doctrina jurisprudencial expuesta resulta que no existe una situación de imposibilidad originaria de cumplir la prestación.

Es cierto que, en principio, la apreciación de la imposibilidad es una cuestión de hecho que, por tal condición, corresponde a los tribunales de instancia (SS. 6 abril 1.932, 8 abril 1.969, 30 abril 2.002, 14 marzo 2.006): Sin embargo, junto al aspecto fáctico, puede haber un aspecto jurídico, porque la "imposibilidad" es un concepto jurídico indeterminado, y, en tal caso -como aquí sucede-, el segundo aspecto es verificable en casación por su naturaleza de "questio iuris".

La sentencia de primera instancia (asumida por la de apelación) entiende que la actora no podía por sí sola subsanar la discrepancia, y señala "que como le comunicó el Palmeral de Obras S.L., que era quién había efectuado la declaración de obra nueva y división horizontal [y quien transmitió la finca a la aquí vendedora y recurrida Grupo Ferrovial], había otorgado una escritura de subsanación de fecha 30 de enero de 1.989 que estaba en trámite de inscripción registral, lo cierto es que sigue sin inscribirse todavía, entre otras circunstancias por los litigios que existen entre los propietarios de la primera fase de la urbanización y el Palmeral de Obras S. L. y también con los de la segunda fase, que han hecho que hasta la fecha se nieguen a dar su consentimiento algunos de ellos para modificación y rectificación de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal".

De lo expuesto no cabe deducir una situación de imposibilidad jurídica, ni siquiera en su versión de dificultad que pudiera ser valorada como de imposibilidad, en los términos a que se refiere la doctrina de la Sala antes expuesta. La declaración del Juzgado es simplemente apodíctica, y no hay razonamiento alguno que explique porqué no puede efectuarse una

rectificación de la cabida de la finca (art. 298 R.H .) con base catastral, o máxime existiendo ya una escritura pública de subsanación, con independencia de las restantes fincas.

Por ello debe estimarse el motivo, casarse y anularse la resolución recurrida, -sin necesidad de examinar los motivos cuarto y quinto, sin perjuicio de que su contenido pueda ser contemplado de ser preciso en los razonamientos ulteriores-, y revocar la resolución del juzgado, y como consecuencia de todo ello debe asumirse la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 1.715.1. 3ª LEC .

CUARTO.- Examinadas las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas y las conclusiones de las dos resoluciones de instancia - primera y apelación- resulta probado con claridad meridiana que el comprador (demandado recurrente) Sr. Jose Daniel conocía perfectamente las condiciones de la finca al tiempo de perfeccionar el contrato de compraventa y prestó el consentimiento plenamente consciente de sus características, incluida la cabida, por lo que nos hallamos ante un supuesto de compraventa de "cuerpo cierto" regulada en el art. 1.471 CC , en cuyo párrafo primero se establece que "en la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato", y a la cual se refiere una profusa doctrina jurisprudencial (SS., entre las más recientes, de 18 y 25 febrero y 24 abril 1.997, 25 julio 1.998, 18 junio 1.999, 21 julio y 5 diciembre 2.000 y 31 enero 2.001). Por consiguiente la diferencia de cabida del objeto comprado resulta irrelevante, por lo que ninguna trascendencia económica derivado de ello puede tener para el vendedor en el presente proceso.

A lo anterior debe añadirse que no se trata de un supuesto de menor cabida en que pudiera resultar hasta cierto punto comprensible una queja del comprador y que incluso, en ciertas circunstancias, determinó la apreciación de una situación de incumplimiento -"aliud pro alio"- (caso de la S. 20 marzo 2.002), sino de un supuesto de mayor superficie, es decir, que el apartamento tiene más metros que los que figuran registrados. No se advierte que enriquecimiento injusto resulta para la entidad vendedora, por lo demás incompatible con la propia existencia del contrato, ni que beneficio puede derivarse para la misma de esa diferencia de cabida, ni en definitiva que trastornos graves se pueden producir para el comprador. La Sentencia del Juzgado se refiere a desembolsos o molestias no previstas en el momento de celebrar el contrato, lo que no se aviene con la compra de un objeto individualizado con conocimiento de sus circunstancias, ni tampoco se concretan. Podría ocurrir que se originasen algunas repercusiones tributarias, o de la cuota comunitaria (ésta muy

improbable porque parece que la situación es similar para todos los apartamentos), pero, aún en el caso de que fuere así, resultaría de tan escasísima entidad en la perspectiva económica del contrato que en modo alguno podría justificar el incumplimiento del comprador. La conducta del Sr. Jose Daniel, ocupando del apartamento, manteniéndose en el mismo con excusas como la expuesta, o con las totalmente carentes de fundamento probatorio, en incluso en contradicción con su propia confesión, como las relativas a la cédula de habitabilidad y a los boletines de luz y agua, y ello habiendo abonado sólo doscientas mil pesetas de los diecisiete millones quinientas mil pesetas a que asciende el precio total de la compraventa, supone una actuación abusiva y de absoluta mala fe, que conculca la normativa contractual (art. 1.258 CC) y el comportamiento exigible en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 y 2 CC).

Con base en lo expuesto procede acordar la estimación de la pretensión de la demandada ejercitada con carácter alternativo en el número primero del petitum de la demanda, en el que se solicita se declare la validez y eficacia del compromiso suscrito entre las partes en el documento de fecha 8 de junio de 1.992, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración y al cumplimiento del mismo en los términos pactados, por lo que deberá comparecer ante el Notario el día y hora que se determine por el Juzgado para que se proceda al otorgamiento de la escritura pública a su favor de la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad nº 4 de Alicante, que es el bungalow o vivienda unifamiliar nº NUM001 de la Urbanización DIRECCION000, sita en la DIRECCION001 nº NUM002 del Cabo de las Huertas de Alicante, con la descripción registral que la misma tiene y en los términos y con las condiciones previstas en el meritado documento de 8 de junio de 1.992; y debiendo el demandado satisfacer en el acto del otorgamiento de la escritura el importe total del precio pactado de 17.500.000 pts., deduciendo el importe de la señal entregada, y de la cantidad que deba retener para la solvencia del importe del préstamo hipotecario que quede pendiente en dicho momento, y así mismo condenándole a pagar a la actora el importe de los intereses y amortizaciones que la misma haya satisfecho por razón del préstamo hipotecario desde el 10 de agosto de 1.992 hasta la fecha en que se otorgue la escritura y el importe de los intereses legales que correspondan del resto del precio pactado pendiente durante el mismo periodo de tiempo.

La estimación de la demanda se fundamenta en los arts. 1.091, 1.254, 1.258, 1.278, 1.450, 1.471, 1.500 y 1.501 del Código Civil que establecen la obligatoriedad, derivada del contrato de compraventa una vez perfeccionado, de pagar el precio de la cosa y sus intereses.

Las costas de la primera instancia y de la apelación se imponen al demandado Dn. Jose Daniel, tanto en lo que respecta a la demanda

principal como a la reconvenional, cuya desestimación es consecuencia necesaria de la estimación de la demanda, condena en costas que se impone por aplicación del principio del vencimiento objetivo -"victus victori"- de los arts. 523, párrafo primero, y 710, párrafo segundo, LEC , y también porque se aprecia temeridad en el demandado reconviniente, lo que es trascendente a los efectos del párrafo cuarto del art. 523 LEC , y cuya concurrencia resulta de la conducta abusiva y de mala fe del mencionado, y que resulta tanto más reforzada por su conducta endoprosesal, de la que es un significativo ejemplo la actitud adoptada durante la confesión y que se expone en la resolución de primera instancia (fundamento séptimo) consistente en <<no contestar [a las posiciones] o ampararse en su desconocimiento del idioma español, por haber estado "largos años fuera de España" para soslayar las posiciones que podían comprometerle>>.

Por lo que respecta a las costas de la casación cada parte debe satisfacer la suyas de conformidad con el art. 1.715.2 LEC ; y asimismo procede acordar la devolución del depósito.

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

Fallo

PRIMERO.- Que declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Dn. Miguel Angel de Cabo Picazo en representación procesal de Dn. Jose Daniel contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante el 8 de abril de 1.999, en el Rollo nº 580 de 1.997 , la cual casamos y anulamos, y asimismo revocamos la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de la misma Capital de 15 de mayo de 1.995, recaída en los autos de juicio de menor cuantía nº 62 de 1.964 .

SEGUNDO.- Estimamos la demanda interpuesta por el Procurador Dn. Perfecto Ochoa Poveda en representación de FERROVIAL INTERNACIONAL S.A. -en la actualidad GRUPO FERROVIAL S.A.- contra Dn. Jose Daniel, acogiendo la petición alternativa primera del "petitum" en el sentido de declarar la validez y eficacia del compromiso suscrito entre las partes en el documento de fecha 8 de junio de 1.992, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración y al cumplimiento del mismo en los términos pactados, por lo que deberá comparecer ante el Notario el día y hora que se determine por el Juzgado para que se proceda al otorgamiento de la escritura pública a su favor de

la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad nº 4 de Alicante, que es el bungalow o vivienda unifamiliar nº NUM001 de la Urbanización DIRECCION000, sita en la DIRECCION001 nº NUM002 del Cabo de las Huertas de Alicante, con la descripción registral que la misma tiene y en los términos y con las condiciones previstas en el meritado documento de 8 de junio de 1.992; y debiendo el demandado satisfacer en el acto del otorgamiento de la escritura el importe total del precio pactado de 17.500.000 pts., deduciendo el importe de la señal entregada, y de la cantidad que deba retener para la solvencia del importe del préstamo hipotecario que quede pendiente en dicho momento, y así mismo condenándole a pagar a la actora el importe de los intereses y amortizaciones que la misma haya satisfecho por razón del préstamo hipotecario desde el 10 de agosto de 1.992 hasta la fecha en que se otorgue la escritura y el importe de los intereses legales que correspondan del resto del precio pactado pendiente durante el mismo periodo de tiempo.

TERCERO.- Se desestima la reconvencción interpuesta por Dn. Jose Daniel.

CUARTO.- Se condena al demandado y reconviniente a pagar las costas de las dos instancias, y tanto en lo que atañe a la demanda como a la reconvencción, con apreciación expresa de temeridad en la oposición y en la formulación de la reconvencción.

QUINTO.- No se hace imposición de las costas del recurso de casación, debiendo cada parte pagar las suyas. Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesús Corbal Fernández.- Vicente Luis Montés Penadés.- Clemente Auger Liñán.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, 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.

