

RECURSO DE CASACIÓN, INCUMPLIMIENTO POR EL  
COMPRADOR DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE.  
COMENTARIO A LA STS (SALA DE LO CIVIL) 705/2013, DE 12 DE  
NOVIEMBRE (RJ 2013, 7866)

*APPEAL OF CASSATION, BREACH BY THE PURCHASER OF THE  
CONTRACT OF SALE OF ESTATE. COMMENT ON STS (CIVIL CHAMBER) NO.  
705/2013, OF NOVEMBER 12 (RJ 2013, 7866)*

*Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 596-607*



María J.  
MONFORT  
FERRERO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 3 de agosto de 2014

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de octubre de 2014

**RESUMEN:** La imposibilidad de cumplimiento de la prestación excluye la situación de mora y produce un incumplimiento definitivo al verse frustrado el interés del acreedor. Para que exista la novación, sea con efectos modificativos o extintivos de la obligación originaria, es necesario el acuerdo de las partes.

**PALABRAS CLAVE:** Recurso de casación, compraventa civil, venta de finca con contraprestación en dinero y en especie, permuta, obligaciones del comprador, incumplimiento de la obligación del pago, mora, novación, indemnización de daños y perjuicios.

**ABSTRACT:** The lack of payment or breach of contract excludes the default and produces a final non-fulfilment because the creditor's interest becomes frustrated. For that there is a novation, either with amending or extinctive effects of the originative obligation, the agreement of the parties is required.

**KEY WORDS:** appeal of cassation, civil sale, sale of estate with contraprestation in money and in species, obligations of the buyer, breach of the obligation of the payment, payment delay, novation, compensation of damages.

**SUMARIO:** I. Consideraciones preliminares: la calificación del contrato.- II. Incumplimiento del comprador.- 1. La mora del deudor.- 2. Incumplimiento definitivo.- A) Incumplimiento del plazo.- B) Imposibilidad sobrevenida.- 3. Inexistencia de novación.- 4. Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso.- III. Efectos del incumplimiento: indemnización de daños y perjuicios.

## SUPUESTO DE HECHO

El recurso de casación tiene su origen en un contrato de opción de compra que condujo finalmente a la compraventa de una finca en la que son vendedoras las demandantes en instancia y parte recurrida en casación, D<sup>a</sup> Caridad y D<sup>a</sup> Ana y en la que el comprador es Promocionesparqueapardiel, SL, a quien Promociones Kaledat, SL transmitió la opción y que figuran como demandados en la instancia, junto con los avalistas D. Romualdo y D. Lorenzo.

El precio de dicha compraventa se componía de una primera cantidad que se pagó al celebrar la opción de compra, una segunda que se abonó en el momento de la escritura y una tercera cantidad que se abonaría en especie, y que constituye la cuestión controvertida, consistente en la entrega de una vivienda, con plaza de garaje y trastero, a construir en solar que se transmite. La vivienda se describiría y se escogería una vez realizada la obra nueva y división en propiedad horizontal. La entrega no llegó a efectuarse, pues fue transmitida la propiedad de todos los pisos a otros compradores.

La Audiencia Provincial revocando la de primera instancia declara probado que no se cumplió la parte del pago consistente en la obligación de entrega de la vivienda con la plaza de garaje y el trastero. La AP condenó, pues, a la promotora y a los avalistas D. Romualdo y D. Lorenzo a indemnizar a las actoras, puesto que un cumplimiento *in natura* resultaba ya imposible al haber terceros adquirentes de buena fe. D. Lorenzo formula el presente recurso de casación.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto y declara no haber lugar al recurso de casación al considerar que está mal formulado pues en ambos motivos

### • María J. Monfort Ferrero

Es Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se licenció. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, con la calificación de sobresaliente cum laude. Ha publicado diversos artículos y monografías, centrando sus líneas de investigación en el Derecho de familia, Derecho contractual y derecho de propiedad, materias en las que viene impartiendo clases y cursos de especialización. Correo electrónico: maria.j.monfort@uv.es.

alega preceptos heterogéneos. La jurisprudencia ya ha señalado en numerosas ocasiones que no cabe como motivo de casación la cita de preceptos heterogéneos ni de preceptos generales. No obstante, sí se pronuncia en el sentido de considerar que no se ha producido mora del deudor sino incumplimiento definitivo, ni ha existido una novación en el objeto del contrato.

## COMENTARIO

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO.

Como es sabido el contrato de compraventa consiste en el intercambio de cosa por precio. El precio en la compraventa ha de ser cierto y consistir en dinero o signo que lo represente. Pero se admite que no consista íntegramente en dinero. De la sentencia se desprende la confusión que existe entre las partes, relativa a la calificación que el contrato merece.

Por otro lado, existe un contrato atípico en nuestro derecho, aunque regulado en algún ordenamiento autonómico como el catalán, conocido, además de otras denominaciones, como permuta o cesión de solar por obra que se realizará, que consiste en aquella práctica en cuya virtud un sujeto, propietario del terreno o solar, se obliga a ceder o cede el solar de su propiedad, o lo transmite en permuta, a otro sujeto el cual se obliga a entregarle a cambio parte de la cosa que construya. En concreto, se obliga a entregar determinados pisos o locales, que construirá sobre el solar transmitido.

Como se ha señalado en los hechos que dan lugar a la sentencia, se trata de la enajenación de un terreno, con la finalidad de construir, a cambio de un precio. La cuestión es que el precio, en este caso, consiste en parte en dinero y en parte en la entrega de una cosa. Con lo que, al consistir una de las prestaciones en parte en dinero y en parte en la entrega de una cosa, puede plantearse la duda de si estamos ante un contrato de compraventa, de permuta o, incluso, de este contrato atípico de permuta o cesión de solar por obra.

A este respecto, el art. 1446 CC, que es al que se refiere en la sentencia el TS para calificarlo de compraventa, dispone que "si el precio de la venta consistiera en parte en dinero y en parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario".

En este caso podemos deducir de la sentencia que las partes en el momento de celebración no manifestaron expresamente su voluntad de que se tratara de uno u otro contrato, pues se señala que no aparece en el contrato intención manifiesta de las partes de calificar el contrato como permuta. No conocemos exactamente qué cantidades corresponden a los dos primeros pagos, que sí se cumplieron, ni en cuánto valoraron el piso, con plaza de garaje y trastero, que esperaban recibir las vendedoras y que se correspondía con el tercer pago. No obstante, se consideran hechos probados que las cantidades ya pagadas que formaban parte del precio excedían en mucho del valor del inmueble, por lo que siguiendo la regla establecida en el art. 1446 CC el contrato debería calificarse como compraventa.

El contrato se formalizó en escritura pública en la que se determinó la finca y el precio, haciendo constar que el precio se compone de una primera cantidad que se pagó al celebrar la opción de compra, una segunda que se abonó en el momento de la escritura y una tercera cantidad que se abonaría en especie, viviendas y locales, de la cual le corresponde a las demandantes una vivienda a construir. Parece ser que en la escritura de compraventa no se especificó esta vivienda y que fue en un documento posterior; del que no consta la fecha, en el que se hizo.

En este documento se concreta el "compromiso de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de permuta", haciendo constar que a las demandantes les corresponde por mitad un determinado piso y la plaza de garaje y trastero que se describirá y escogerá una vez realizada la obra nueva y división en propiedad horizontal.

Por estas razones la sentencia deja claro, en su fundamento de derecho segundo, que el contrato no es de permuta sino de compraventa con parte del precio en especie, pese a que las partes lo denominen "permuta" en alguna ocasión. El TS, en la mayoría de los casos, ha calificado estos contratos en un sentido u otro de acuerdo con la realidad jurídica que se escondía debajo de cada caso concreto con independencia de la denominación otorgada por las partes [ARNAU MOYA, F.: "Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra futura", *Revista de Derecho Patrimonial* (2009), núm. 22, pp. 213-233].

Calificar el contrato como compraventa o como permuta, en principio, tampoco tendría que suponer un cambio significativo en la regulación del contrato, pues como señala el art. 1541 CC "en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta". Sin embargo, el calificarlo de una u otra manera o como contrato atípico de cesión de solar por obra futura, sí que podría ser relevante a efectos de un posible incumplimiento resolutorio, pues, por un lado, las partes estarían dando prevalencia, considerándola esencial, a la parte de la prestación consistente en la entrega del piso frente a la que consiste en la entrega de dinero; y, por otro lado sería relevante a la hora de resolver aplicando el art. 1124 CC, si se considera contrato atípico, o el 1504 CC si se considera compraventa

o permuta [LÓPEZ FRÍAS, A.: *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*. Barcelona (1997): p. 17].

Aparte de otras posibles formas de calificación, la jurisprudencia, en la mayoría de los casos en los que la contraprestación del cesionario consistía en parte en obra y en parte en dinero ha considerado que se trata de un contrato complejo o mixto, siendo su régimen aplicable el de las normas que regulan la compraventa, la permuta y el contrato de obra [STS 7 abril 1999 (RAJ 1999, 2659) y 6 junio 2002 (RAJ 2002, 992)] o solamente las normas de la compraventa y la permuta [STS 18 abril 1997 (RAJ 1997, 3247)].

Partiendo, pues, de que en este caso se ha calificado simplemente como un contrato de compraventa no hay que olvidar la semejanza de parte de este contrato, la relativa al intercambio de solar por obra futura, con el contrato de permuta de cesión o solar o por obra, con lo que no está de más acercarnos a las soluciones que se proponen frente al incumplimiento, en este contrato atípico, de la obligación de entrega de los pisos o locales.

## II. INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR.

La promotora, compradora o cesionaria del terreno, contrajo, con la celebración del contrato, la obligación de pagar el precio, en parte en dinero, prestación que se cumplió correctamente, y en parte en especie. Sobre esta parte se centra la cuestión controvertida. Es decir, la promotora debía, en primer lugar, construir un edificio. Se trata de una obligación de hacer previa a la entrega del piso con trastero y plaza de garaje a las cedentes o vendedoras. El edificio efectivamente se construyó pero no se cumplió la obligación de entrega del piso.

Como se lee en la sentencia “se declara probado que no se cumplió en el plazo previsto y que nunca se entregó en especie el piso con garaje y trastero en el edificio levantado en la finca propiedad de las actoras”. Es claro, pues, que una parte de la contraprestación que se debía entregar a cambio del solar, no llegó a recibirse por las vendedoras.

En el caso que nos ocupa existe, en mi opinión, una pluralidad de prestaciones pues exigen del deudor diferentes comportamientos. El deudor se compromete a entregar una cantidad de dinero, en dos plazos y se compromete también a construir y entregar una vivienda con plaza de garaje y trastero. El problema que se plantea es el de decidir si cada una de las prestaciones puede ser objeto de cumplimiento y exigibilidad, con separación de las otras o si por el contrario el deudor solamente puede cumplir entregando el conjunto. El problema se resuelve atendiendo a la voluntad de las partes [DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2º, Las relaciones obligatorias. Madrid (1993): p. 314]. En nuestro caso, las distintas

prestaciones pueden cumplirse separadamente sin que se vea frustrado el interés de las acreedoras.

De entre los posibles tipos de incumplimiento contractual se plantean varias posibilidades a lo largo de la sentencia. Así, se habla de mero retraso, de mora, de incumplimiento definitivo por incumplimiento del término esencial, así como de incumplimiento definitivo de la obligación de entrega y cumplimiento defectuoso de la obligación en general.

### **I. La mora del deudor.**

En el primero de los motivos del recurso de casación se alega infracción, entre otros, del art. 1100 CC, haciendo hincapié en la intimación que exige el Código civil para constituir al deudor en mora. Sin embargo, el TS considera que no se trata de un retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, puesto que ya se ha acreditado un incumplimiento de la misma por no respetar el plazo pactado. Se ha probado, afirma la sentencia, que “el plazo vencía el 2 de octubre 2006 y en aquella fecha la obra no estaba terminada”.

Éste no es argumento suficiente para considerar que no hubo mora. Efectivamente, la mora es el retraso cualificado en la realización de la prestación por el deudor: La prestación todavía es posible y con su realización quedaría satisfecho el acreedor. Ahora bien, para que exista mora se requiere, además del retraso, una intimación o reclamación del cumplimiento del acreedor al deudor y que el retraso sea imputable al deudor; es decir, no se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

En el caso que estamos analizando podría haberse dado esta situación de mora del deudor: Efectivamente, llegó la fecha del cumplimiento y el deudor no entregó la prestación, pues como declara la sentencia de instancia “... el plazo vencía el 2 de octubre 2006 y en aquella fecha la obra no estaba terminada”. Tras esa fecha el acreedor podía haber interpelado al deudor para que cumpliera y lo habría colocado en situación de mora. Podría, pues, haberse dado la situación de mora del deudor que se resolvería con la entrega del piso, una vez acabada la obra, más la correspondiente indemnización atendiendo a los días de retraso. El interés del acreedor hubiera quedado satisfecho de este modo.

Sin embargo, no ha podido producirse esta situación de mora porque ha sido subsumida por un incumplimiento definitivo de la obligación de entrega de la cosa, con lo que no tiene sentido mantener la existencia de mora al no poder satisfacerse ya el interés del acreedor (DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 620). Por tanto, en este caso no procedía plantear en el recurso la infracción del art. 1100 CC.

## 2. Incumplimiento definitivo.

No se ha producido pues un mero retraso sino un incumplimiento definitivo. Uno de los supuestos de incumplimiento definitivo más usuales cuando una de las prestaciones consiste en la construcción y entrega de pisos se refiere precisamente a su no entrega. En este caso pese a que la vivienda ha sido terminada, no llega a entregarse al cedente o vendedor del solar.

### A) Incumplimiento del plazo.

La sentencia, en su Fundamento de derecho segundo, apunta que se declara probado “que no se cumplió el plazo”, como si se tratara de un plazo o término esencial. Igualmente en el Fundamento tercero añade que “se ha acreditado un incumplimiento de la misma por no respetar el plazo pactado, como así se ha probado y así se ha declarado por la sentencia de instancia que dice: ...el plazo vencía el 2 de octubre 2006 y en aquella fecha la obra no estaba terminada”.

Si el plazo se configura como esencial, su incumplimiento supone un incumplimiento definitivo de la obligación. El término esencial se da, bien cuando la naturaleza de la prestación no admite un cumplimiento tardío, bien cuando ha sido la voluntad de las partes la que ha determinado que el plazo se configure como tal. En cualquiera de estos casos un cumplimiento tardío ya no serviría para satisfacer el interés del acreedor.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa no parece que se trate de un término esencial. En primer lugar porque la naturaleza de la obligación admite claramente un cumplimiento tardío, y, en segundo lugar, porque de los datos que nos aporta el texto de la sentencia no podemos deducir que las partes lo hubieran configurado como tal en el contrato.

La voluntad de las vendedoras era recibir el piso en la fecha pactada pero hubieran visto igualmente satisfecho su interés si lo hubieran recibido en una fecha posterior. En este caso sí que podrían haber colocado al deudor en mora, con los consiguientes efectos de la misma, pero habrían recibido la prestación quedando satisfechas. Podría, tal vez, haberse configurado como un término esencial impropio, en cuyo caso la solución hubiera sido la misma: mora automática del deudor; dado que la prestación todavía puede tener utilidad para el acreedor.

### B) Imposibilidad sobrevenida.

Pero en este caso, aun cuando un cumplimiento tardío hubiera satisfecho el interés de las acreedoras, el deudor en ningún momento cumple con la entrega ni parece que pueda ser posible cumplir en un momento posterior por encontrarse

la cosa en poder de terceros de buena fe. Así, puede leerse en la sentencia de la AP que “las actoras son conscientes de la imposibilidad de hacer tal petición (pedir la entrega del piso) una vez transmitida la propiedad a otros compradores y lo que hacen es reclamar la indemnización de daños y perjuicios con apoyo en lo pactado en el compromiso”.

El concepto de imposibilidad sobrevenida deriva del de pérdida de la cosa. Como puede leerse en el art. 1122.I. 2° CC, “si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios”, añadiendo que se entiende “que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar”. En el caso que estamos analizando el piso, aunque existe y no está fuera del comercio, no se puede recobrar por haberse vendido a terceros de buena fe.

Así pues, la imposibilidad sobrevenida es imputable al deudor, que ha vendido el piso consciente de que no podría cumplir su obligación de entrega con las cedentes o vendedoras del terreno, por lo que no quedaría liberado sino que su obligación se convierte en la obligación de resarcir los daños y perjuicios, que más adelante veremos.

### 3. Inexistencia de novación.

No obstante todo lo anterior, el fiador, recurrente en casación, sostiene que no hubo incumplimiento por parte del deudor principal puesto que se produjo una novación del contrato por cambio del objeto.

Efectivamente, parece ser que en un determinado momento, cuando la compradora vio la imposibilidad de cumplir con la entrega pactada por haberse vendido el piso a un tercero de buena fe, ofreció a las vendedoras la entrega de otra vivienda, que aún no había sido vendida, en la misma finca construida.

Este ofrecimiento, como bien entiende el TS, no constituye la novación del contrato. Efectivamente, “la novación exige el concurso de voluntades de los contratantes”. Sólo habría novación o modificación de la relación obligatoria por cambio de objeto en el caso de que las partes así lo hubieran acordado. La novación es un efecto de la autonomía de la voluntad de las partes.

En ningún caso puede haber una novación en contra de la voluntad de una de las partes o sin constar su aceptación y como establece la sentencia “no consta ni se ha probado que las demandantes compradoras aceptaran una modificación, que se refería exclusivamente a una rectificación en el objeto del contrato (una vivienda de menor tamaño que la pactada) “modificación forzada” dice la sentencia de instancia, que nunca fue aceptada por las compradoras demandantes”.

En otro orden de cosas, llama la atención que las sentencias se refieran a las demandantes como compradoras, como si estuvieran comprando la vivienda, cuando la vivienda que se les debería haber entregado forma parte del precio por la venta del solar. Venta en la que actúan como vendedoras.

#### 4. Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso.

Si consideramos que se trata de un contrato de compraventa, como hemos hecho en la primera parte del comentario, y que la obligación de la demandada consiste en una pluralidad de prestaciones, vemos que no ha habido un incumplimiento total de la obligación del comprador; sino parcial, puesto que parte del precio, la consistente en dinero, sí que se pagó, como han reconocido las partes. Sólo la parte de la prestación consistente en la entrega de la vivienda con la plaza de garaje y trastero es la que ha sido incumplida y, por tanto, así considerado podríamos afirmar que se ha producido un incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso.

### III. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Ante el incumplimiento de la obligación de entrega a las vendedoras les queda la posibilidad, conforme al art. 1124 CC, de resolver el contrato o pedir el cumplimiento forzoso. Puesto que nos encontramos con que la obra prometida ha sido vendida a terceros de buena fe, protegidos en su adquisición por ser terceros registrales del art. 34 LH, no será posible el cumplimiento *in natura*.

Conscientes de esta situación, como indica la sentencia al decir que “las actoras son conscientes de la imposibilidad de hacer tal petición (pedir la entrega del piso) una vez transmitida la propiedad a otros compradores...”, las vendedoras reclaman la indemnización de daños y perjuicios con apoyo en lo pactado en el compromiso.

También el TS en otras sentencias sostiene que si el cumplimiento en forma específica no puede ya realizarse, se debe sustituir por una indemnización que constituye lo que se conoce como cumplimiento por equivalente [STS 12 febrero 1979 (RJ 1979, 1979), 30 diciembre 1991 (RJ 1991, 9607), 22 julio 1993 (RJ 1993, 6276), 13 marzo 1997 (RJ 1997, 2475) y 16 diciembre 2002 (RJ 2002, 10749)]. En alguna de estas sentencias puede leerse que “el efecto retroactivo de la resolución, sea por condición resolutoria expresa, sea por incumplimiento de las obligaciones bilaterales, no alcanza a terceros adquirentes de buena fe..., por lo cual la disposición a terceros de buena fe se resuelve en indemnización de daños y perjuicios”.

Igualmente, la doctrina considera que en los casos en que se produce un incumplimiento definitivo de la obligación por resultar sobrevenidamente imposible, la obligación de entrega se transforma en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios (DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 682).

A la vista de todo lo anterior, pese a que el TS desestima los motivos del recurso de casación al considerar que está mal formulado pues en ambos alega preceptos heterogéneos, si se hubiera entrado en el fondo del asunto tampoco se habría casado la sentencia. Partiendo de los hechos probados, se observa que se incumplió la parte de la obligación principal de la compradora sin que se haya producido la situación de mora ni se haya novado la obligación. El fiador recurrente, por tanto, tendrá que hacer frente al pago de la correspondiente indemnización.

