

SECCION Nº 1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERIA

AVDA. REINA REGENTE S/N
Tlf.: 950-03-72-92. Fax: 950-00-50-22

N.I.G. 0401342120180006955
Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 1460/2019
Asunto: 101565/2019
Autos de: Procedimiento Ordinario 734/2018
Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº7 DE ALMERIA

Apelante: RAFAEL LOPEZ MARTINEZ
Procurador: MARIA DEL MAR BRETONES ALCARAZ
Abogado: MARIA CONCEPCION DELGADO GOMEZ
Apelado: AYUNTAMIENTO DE ALHAMA DE ALMERIA
Procurador:
Abogado: JUAN CERRILLO PEÑA

SENTENCIA Nº 716/2020

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS
D. LAREANO MARTINEZ CLEMENTE
D. MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS
D. JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ
D. ANA DE PEDRO PUERTAS

En la ciudad de Almería a 13 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- - Por la Sra. Juez adjunta del Juzgado de 1ª Instancia Nº 7 de Almería se ha seguido procedimiento de juicio ordinario registrado con el número 734/2018 en el que se ha dictado sentencia de fecha 9 de julio de 2019, cuyo Fallo dispone;

“Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por el procurador D. ALICIA DE TAPIA APARICIO en nombre y representación de D. CAYETANO TORRES DE JUAN DE LA CRUZ y D. INMACULADA CONCEPCIÓN ALONSO FAJARDO contra BANKIA S.A., por caducidad de la acción ejercitada.


Se condena en costas a la parte demandante.”



¶

Código Seguro de verificación:6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS 13/10/2020 14:26:47 LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE 13/10/2020 17:17:47 JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ 15/10/2020 18:03:25 ANA DE PEDRO PUERTAS 15/10/2020 19:13:22 JUANA ALFONSO RODRIGUEZ 16/10/2020 12:57:56	FECHA	16/10/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es 6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==	PÁGINA	1/10



6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==



TERCERO.- Contra la referida sentencia y por la representación procesal de la parte demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que la parte apelada impugnó.

Los referidos autos fueron elevados a este Tribunal, donde se formó el rollo correspondiente, y seguido el recurso por sus trámites, se señaló día para la votación, deliberación y fallo, que tuvo lugar el día 6 de octubre de 2020xx.

Ha sido Ponente la Ilma. Sr. Magistrada D. María del Mar Guillén Socías.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de la demanda por parte de D. Rafael López Martínez, copropietario (una catorceava parte) de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Alhama con el numero 9.302, era la resolución por incumplimiento grave (retraso arbitrario e injustificado) del convenio de permuta de fecha 17 de febrero de 2011, celebrado entre el demandante y los otros copropietarios de la finca (familia Urrea Mizzi), con el Ayuntamiento de Alhama de Almería. Y con sujeción al artículo 1.124 del CC, solicitaba la entrega del valor que de común acuerdo, se le ha dado a la finca permutada (en parte ocupado por parte del Ayuntamiento de Alhama de Almería), que asciende a la cantidad de 163.246,00 €, a razón de 240 € el valor del metro de edificabilidad (suelo techo), teniendo en cuenta la edificabilidad (676,651 m2 techo), de la parcela R2-6 de la UE 13-15, que iba a ser entregada a la familia Urrea Mizzi por la finca 9.302 de la que son co-titulares (una catorceava parte cada uno)

El ayuntamiento de Alhama de Almería, se personó tardíamente en el procedimiento, por lo que no obra contestación a la demanda.

La sentencia desestima la demanda por falta de prueba, no tanto del acuerdo de permuta, que si consta en la certificación del Ayuntamiento (documento 5 de la demanda) sino del titulo negocial, pues no obra en autos (el Convenio de Permuta), ni sus términos y condiciones negociales, por lo que con sujeción a la carga de la prueba que impone el artículo 217 de la LEC, y la disponibilidad y facilidad probatorio, que le impone dicho articulo sobre un documento esencial a sus pretensiones, rechaza la demanda.

El demandante apela la sentencia por error en la valoración de la prueba y las reglas de disponibilidad y facilidad probatorio que marca el artículo 217 de la LEC, aportando documentación suficiente, designando los archivos del Ayuntamiento y solicitando que se recabaran de oficio por parte del Juzgado, copia del Expediente relativo al Convenio de Permuta, al objeto de acreditar la valoración de los terrenos.

SEGUNDO.- El objeto de la permuta sobre la finca indicada propiedad del demandante y resto de familiares, se corresponde con la parcela catastral 47 del polígono 19 y con la parcela 33 del polígono 1 Sector 1-29, de Alhama de Almería, de la que el Ayuntamiento ha ocupado la parcela 47, sin efectuar el canje de parcelas permutadas.



□

Código Seguro de verificación:6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS 13/10/2020 14:26:47	FECHA	16/10/2020	
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE 13/10/2020 17:17:47			
	JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ 15/10/2020 18:03:25			
	ANA DE PEDRO PUERTAS 15/10/2020 19:13:22			
	JUANA ALFONSO RODRIGUEZ 16/10/2020 12:57:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==	PÁGINA	2/10



6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==



El demandante D. Don RAFAEL LOPEZ MARTINEZ y su esposa D. AMPARO URREA MIZZI propietarios en regimen de gananciales, de una catorceava parte de la referida finca, junto con los otros copropietarios miembros de la familia Urrea Mizzi (con idénticas participaciones sobre la finca permutada), reclamaban la resolución del contrato de permuta, y optaban por la indemnización del valor de la finca que habrían obtenido de la permuta y que cifran en la cantidad de 162.396,24 €.

Señalaban en su demanda, que de las parcelas de su propiedad permutadas, la parcela 47 fue ocupada por el Ayuntamiento, en virtud de acuerdo privado de 29 de enero de 2010, hasta tanto se aprobara la permuta por el Ayuntamiento, lo que se verifico por Acuerdo del Pleno de 17 de febrero de 2011. Aportaron documentación fotográfica expresiva de la ocupación de la parcela, que no ha sido impugnada por la parte contraria, y surte plenos efectos probatorios con sujeción al artículo 226 de la LEC.

SEGUNDO.- Seguidamente se resuelven las cuestiones suscitadas en este recurso.

ERROR de VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una revisión *e*, en la que el Tribunal superior tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*) (ATC 315/1994, y SSTC 3/1996, 9/1998 y 212/2000).

La apelación es un nuevo juicio, por lo que el Tribunal de apelación mantiene la instancia y puede revisar el hecho y el derecho, sin que pueda perjudicar al apelante en virtud del principio *reformatio in peius*, salvo que se haga al estimar el recurso de la otra parte, y sin que pueda revisar aspectos de la sentencia recurrida que no hayan sido apelados (STS 103/2009, de 23 febrero, con cita en la de 14 de mayo de 2002).


Pues bien revisado el material documental que constituye el único medio de prueba aportado por las partes, nuestras conclusiones difieren de las del Juzgador de la Primera Instancia.

Estimamos que con sujeción al artículo 217 de la LEC con relación a los artículos 319 (valoración de documentos públicos administrativos) y, 326 de la LEC (valoración de documentos privados no impugnados), la parte actora, ha desplegado prueba suficiente sobre el acuerdo de permuta y los términos o condiciones esenciales de la su pretensión , que permiten analizar y pronunciarnos sobre la acción de resolución del contrato, por incumplimiento grave y esencial desestimado en la instancia.



¶

Código Seguro de verificación:6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS 13/10/2020 14:26:47	FECHA	16/10/2020
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE 13/10/2020 17:17:47		
	JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ 15/10/2020 18:03:25		
	ANA DE PEDRO PUERTAS 15/10/2020 19:13:22		
	JUANA ALFONSO RODRIGUEZ 16/10/2020 12:57:56		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/10
			
6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==			



El acuerdo de permuta aprobado por el Ayuntamiento de Almería de 17 de febrero de 2011, queda reflejado en la certificación del Ayuntamiento aportado como documento 5. Este documento público, no ha sido impugnado en cuanto a su autenticidad y surte plenos efectos probatorios (artículo 319 LEC), Indica el siguiente contenido;

“ACUERDO:

PRIMERO, Proceder a la permuta del bien inmueble del Ayuntamiento, parcela R2-6 de la UE 13-15 de 445.16 m2 de techo, calificada como suelo urbano consolidado, por las parcelas:

-Parcela nº 47 del polígono 19, catalogada en las NN.SS. como sistemas generales de 7.053 m2.

-Parcela nº 33 del polígono 1, catalogada como suelo no urbano de 1.984 ma.

-Parcela en el Sector 1-29. catalogada por las NN.SS. como suelo urbano no consolidado, equipamiento deportivo, de 3.108 m2.

SEGUNDO. Elevar el expediente, como requisito previo a su ejecutividad, a la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía, para su conocimiento.

TERCERO. Notificar este acuerdo a los interesados, a los efectos legales oportunos.

CUARTO. Formalizar el Acuerdo en Escritura pública, facultando a la Alcaldía para la firma de la misma y de cuantos otros documentos sean necesarios para la consunción del presente Acuerdo.”

Con fecha 10 de octubre de 2016, el demandante junto con su esposa D. Amparo Urrea Mizzi, titulares del 14,2856% de la finca, presentan un reclamación solicitando la restitución de las fincas permutadas a la familia Urrea Mizzi, ante el incumplimiento del acuerdo. Reclamación que transcribimos aquí, puesto que da cuenta de parte del acuerdo privado de permuta, previo a su aprobación por el Pleno del Ayuntamiento;

“EXPONEN:

1, Que el Pleno del Ayuntamiento que usted preside, en su sesión de 18 de febrero de 2011, aprobó la permuta de bienes inmuebles entre el Ayuntamiento y la familia URREA MIZZI.

2. Que los solicitantes son propietarios de un 14,2856% de los bienes en cuestión.

3. Que el expediente de permuta se inició, a instancias de ese Ayuntamiento; mediante escrito del entonces Alcalde, Registro , de salida 24 de septiembre de 2009, número 1417. |

4, Que, a efectos de la permuta, los terrenos fueron valorados en su día, por los técnicos de ese Ayuntamiento, en 163.246,00 ; a los que, a fecha de hoy, y contando desde el día siguiente al acuerdo de la permuta, hay que sumar 43.445,64 en ; concepto de interés legal de demora de la Administración.

5, El 29 de enero de 2010, en prueba de buena fe, la familia URREA MIZZI suscribió acuerdo por el que se autorizaba al Ayuntamiento que usted preside para que pudiera disponer de la parcela número 47 del Polígono 19, para la realización de : las obras del Centro de Interpretación de Aguas termales, mientras se finalizaba el convenio de permuta.



Código Seguro de verificación:6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS 13/10/2020 14:26:47	FECHA	16/10/2020	
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE 13/10/2020 17:17:47			
	JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ 15/10/2020 18:03:25			
	ANA DE PEDRO PUERTAS 15/10/2020 19:13:22			
	JUANA ALFONSO RODRIGUEZ 16/10/2020 12:57:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==	PÁGINA	4/10



6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==



En el punto SEGUNDO de! mencionado acuerdo se dice taxativamente; En caso de inexistencia de convenio urbanístico se procederá a dejar la parcela en su estado primitivo.

6. La incuria con que ha actuado hasta ahora ese Ayuntamiento, que ni siquiera ha notificado oficialmente si ha tomado alguna decisión sobre el incumplimiento de un acuerdo del Pleno; ha perjudicado y está perjudicando los legítimos intereses de la familia URREA MIZZI.

Por lo expuesto hasta ahora, SOLICITAN:

- Que al recibo de la presente reclamación se proceda a cumplir lo previsto en el punto SEGUNDO del Acuerdo suscrito entre : la familia URREA MIZZI y el Ayuntamiento de Alhama de Almería, el día 29 de enero de 2010 y se devuelva la posesión de los bienes afectados a la familia URREA MIZZI propietaria legítima de los mismos.

Y en relación a esta reclamación cursada por un copropietario en nombre de todos, el Dictamen de 31 de enero de 2017 de la Diputación de Almería (documento de carácter publico administrativo), da respuesta negativa a la reclamación cursada por la familia Urrea Mizzi, y concluye, que:

1.- No hay incumplimiento por parte del Ayuntamiento de Alhama puesto que ;en el convenio de Permuta (contrato privado) no se fijó plazo alguno. Transcribimos su contenido al respecto;

“es importante reiterar que en ninguno de los documentos obrantes en el expediente se establece un plazo para la entrega de la finca municipal a la otra parte, lo que supone que no cabe hablar de incumplimiento por parte del Ayuntamiento, a menos que asuma que no va a cumplir con su prestación.”

2.- No procede la devolución de intereses reclamados en cuantía de 43.445,64, porque no hay fecha para el cumplimiento del acuerdo. Transcribimos su contenido al respecto;

“En cuanto a los intereses, entendemos que no procede su abono puesto que no ha habido un incumplimiento por parte del Ayuntamiento ya que no se fijó un plazo para la entrega del solar municipal.”

3.- Pero que si el Ayuntamiento asume (decide) que no va a cumplir el convenio, deberá restituir las fincas permutadas, sin los intereses solicitados por aquellas. Transcribimos su contenido al respecto; ;

“No obstante lo anterior, si el Ayuntamiento asume que no va a cumplir con su prestación, procedería aceptar la resolución propuesta por la contraparte, con los efectos señalados en los anteriores fundamentos jurídicos.”


Debemos tener en cuenta que ; éstos documentos públicos han sido expedidos por funcionarios que dan fe de su contenido o emitidos por funcionarios técnicos competentes (en el caso del Dictamen) , y que de conformidad con el artículo 319 .2 de la LEC hacen prueba pleno;

”los hechos , actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos , se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza del documento.”



4

Código Seguro de verificación:6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS 13/10/2020 14:26:47	FECHA	16/10/2020
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE 13/10/2020 17:17:47		
	JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ 15/10/2020 18:03:25		
	ANA DE PEDRO PUERTAS 15/10/2020 19:13:22		
	JUANA ALFONSO RODRIGUEZ 16/10/2020 12:57:56		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/10
			
6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==			



De modo que; tanto el Acuerdo de Permuta como sus condiciones esenciales, resultan acreditados en virtud de los expresados documentos públicos, que reiteramos, no han sido impugnados ni desvirtuados por medio de prueba en contrario y la parte actora designó los archivos del expediente en el Ayuntamiento para el caso de que pudieran ser cuestionados (su contenido o autenticidad ,artículo 265 de la LEC).

Por lo tanto, no compartimos las conclusiones del juzgador y estimamos justificada , a partir de la documentación aportada los siguientes hechos ;

Por lo tanto, no compartimos las conclusiones del juzgador y estimamos justificada , a partir de la documentación aportada, se extraen los siguientes hechos ;

1.- El acuerdo de Permuta consistía en el canje de la finca 9.302, que se corresponden con las parcelas nº 47 del polígono 19, nº 33 del polígono, 1 y Sector 1-29, propiedad de la familia Urrea), con la parcela R2-6 de la UE 13-15 propiedad del Ayuntamiento de Alhama de Almería, que iba a ser urbanizada Permuta aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Alhama de Almeria el 17 de febrero de 2011.

2.-Que el convenio de permuta no fijo fecha para su efectiva consumación.

3.-Que no obstante ello, el demandante y resto de familiares, en fecha 29 de enero de 2010, permitieron al Ayuntamiento de Alhama la ocupación de la parcela 47, para iniciar las obras del del Centro de Interpretación de Aguas Termales, que no llego a ejecutarse.

4.- Que el proyecto urbanístico que motivo el acuerdo de permuta, no llegó a buen fin, pese a la ocupación del terreno, por lo que el Ayuntamiento posee actualmente la citada parcela 47 para otros fines (documentación fotográfica donde se aprecia su uso como espacio de deposito).

5. Y por ultimo, y lo mas importante, que ; transcurridos siete años desde la permuta y entrega de las parcela (al menos la numero 47 del poligono19 de Alhama de Almeria), los propietarios;

a) Ni han recibido la parcela permutada; esto es la parcela R2-6 de la UE 13-15 de 445.16 m2 de techo según certificación del acuerdo del pleno (que no de 676,651 m2) .

b) Ni han obtenido la restitución de las parcelas que eran de su propiedad (ver certificación registral de la finca 9.302 del Registro de la Propiedad de Alhama de Almeria).

Es decir que el cumplimiento del convenio, sin plazo fijado en el acuerdo para su efectiva consumación, ha quedado al arbitrio de una de las partes contratantes; el Ayuntamiento de Almeria, que con su silencio y falta de pronunciamiento, durante siete años, y la ocupación parcial de la parcela 47, ha incumplido de forma grave el convenio con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.256 del CC, toda vez que el cumplimiento de un contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes del contrato, que es lo que ha efectuado desde su aprobación por el pleno , sin dar respuesta



¶

Código Seguro de verificación:6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS 13/10/2020 14:26:47	FECHA	16/10/2020	
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE 13/10/2020 17:17:47			
	JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ 15/10/2020 18:03:25			
	ANA DE PEDRO PUERTAS 15/10/2020 19:13:22			
	JUANA ALFONSO RODRIGUEZ 16/10/2020 12:57:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==	PÁGINA	6/10



6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==



alguna durante siete años, avalado por un dictamen de la Diputación de Almería que habilita para decidir si cumple o no con el convenio y la eventual restitución de la finca permutada.

La determinación de qué haya de entenderse por "incumplimiento grave" ha sido objeto de una interpretación progresiva por parte de la jurisprudencia. Inicialmente se exigía la concurrencia de "una voluntad deliberadamente rebelde del deudor (SSTs de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982 , 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986, 18 de noviembre de 1994 y 5 de diciembre de 2002 , entre muchas otras)". Sin embargo, en la actualidad ya no es preciso probar esa conducta deliberadamente rebelde en el deudor-demandado, sino que basta con demostrar la frustración del fin del contrato.

Y el cumplimiento de los contratos, nunca puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes, que es lo que ocurriría, si se permite al Ayuntamiento dejar sin plazo y *sine die*, la fecha de la permuta de las parcelas, con grave perjuicio de una de las partes contratantes. Máxime cuando los propietarios permitieron la ocupación de parte de las parcelas permutadas.

En definitiva, este incumplimiento es grave y esencial, y ya de entada frustra las legítimas expectativas de los propietarios de las parcelas permutadas, que no obtendrán en un futuro, o, no se sabe cuando, la parcela permutada, y que ya han entregado a cambio la parcela 47. Todo lo cual permite y legitima la resolución del contrato ejercitada por el demandante copropietario de la finca permutada , en beneficio del resto de comuneros de la finca registral 9.302 del Registro de la Propiedad de Alhama de Almería.

CONSECUENCIAS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Ahora bien, llegado este punto, el artículo 1.124 del CC dispone que ;
El perjudicado por el incumplimiento, podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

El demandante solicita en beneficio de la propiedad de la que son titulares, la resolución del contrato, es decir la restitución de las parcelas objeto de permuta entre las partes contratantes. Y de facto esta es la pretensión que formula en la reclamación de fecha 10 de octubre de 2016, que expresa;


- Que al recibo de la presente reclamación se proceda a cumplir lo previsto en el punto SEGUNDO del Acuerdo suscrito entre : la familia URREA MIZZI y el Ayuntamiento de Alhama de Almería, el día 29 de enero de 2010 y se devuelva la posesión de los bienes afectados a la familia URREA MIZZI propietaria legítima de los mismos.

Pero en la suplica de su demanda interesa, la resolución del contrato, y la entrega del valor de la parcela que habría obtenido de la permuta, es decir el cumplimiento de la permuta a modo de indemnización. Pretensiones acumuladas que no tienen encaje legal en el artículo 1124 del CC, si se interesan simultáneamente.



8

Código Seguro de verificación:6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS 13/10/2020 14:26:47	FECHA	16/10/2020
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE 13/10/2020 17:17:47		
	JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ 15/10/2020 18:03:25		
	ANA DE PEDRO PUERTAS 15/10/2020 19:13:22		
	JUANA ALFONSO RODRIGUEZ 16/10/2020 12:57:56		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/10
 6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==			



Y además la parcela que habría obtenido es la *parcela R2-6 de la UE 13-15 de 445,16 m2 de techo, y no de 676,651 m2* de edificabilidad o suelo techo, como afirma sin sustrato probatorio alguno en la demanda. Lo único justificado es el valor del metro cuadrado de suelo techo o de edificabilidad, a razón de 240 € el metro cuadrado consignado en el Informe del Técnico del Ayuntamiento aportado al subsanar la cuantía de la demanda y que, la parte actora multiplica erróneamente por una superficie de 676,651 m2 techo, que arroja la cifra de 163.396 € cuando ha de hacerlo por 445,16 m2.

En realidad, el cálculo aritmético para obtener el valor de la parcela permutada sería sobre 445,16 m2 de techo, que es la superficie de la parcela que habría obtenido el demandante junto con la familia Urria Mizzi, según el Acuerdo de Permuta transcrito en la certificación del Ayuntamiento. Y con esta superficie obtendríamos un valor de **106.838 €**, y no de 162.396 €. Pues aquel sería el valor de la parcela que habrían obtenido el demandante a distribuir con el resto de copropietarios en proporción a sus respectivas participaciones (catorceavos partes cada uno).

Y dicho esto, lo que no puede solicitar en la demanda, es la resolución del contrato de permuta que exige la restitución de las parcelas permutadas, y a la par la entrega del valor de la parcela permutada a modo de indemnización, pues produciría un enriquecimiento injusto, al quedarse con la parcela primitiva, mas el valor de la parcela del Ayuntamiento a permutar.

Además es copiosa la jurisprudencia que precisa que la condena a la indemnización de daños y perjuicios exige la prueba de su existencia, cuya acreditación incumbe al demandante. Así lo establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2010 cuando señala que es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama.

El art. 1106, Código Civil, señala: "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes".

En este supuesto, si el demandante obtiene la restitución de la finca 9.302 del Registro de la Propiedad de Alhama, mediante la resolución del contrato, solo cabría ponderar el perjuicio sufrido por el tiempo que no ha dispuesto de ella.


En consecuencia, a modo de indemnización acreditada, solo podemos estimar daños por pérdida, capitalizando los intereses legales del artículo 1108 del CC, sobre el valor de la finca que hubiera obtenido de la permuta (valor de la parcela parcela R2-6 de la UE 13-15 de 445,16 m2 de techo) de 106.838,4 €, desde la fecha de la reclamación extrajudicial (10 de octubre de 2016) hasta el dictado de esta sentencia (bases de liquidación que permite el artículo 219 de la LEC), incrementados en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia con sujeción al artículo 576 de la LEC hasta su completo pago.

De modo que la indemnización por daños y perjuicios, no la puede constituir la cantidad de 106.838, pues obtendría doble restitución; la de su parcela y la del valor equivalente de la permutada; sino el computo de los intereses legales devengados sobre esta cantidad de 106.838,4 €, desde la fecha de reclamación extrajudicial (10 de octubre de 2016) hasta su completo pago.



8

Código Seguro de verificación:6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS 13/10/2020 14:26:47	FECHA	16/10/2020
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE 13/10/2020 17:17:47		
	JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ 15/10/2020 18:03:25		
	ANA DE PEDRO PUERTAS 15/10/2020 19:13:22		
	JUANA ALFONSO RODRIGUEZ 16/10/2020 12:57:56		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/10
 6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==			



Por la suma de los razonamientos expuestos, procede la estimación parcial de la demanda.

TERCERO .- Costas En materia de costas procesales, no se imponen a ninguna de las partes en primera instancia, y no se imponen las costas de este recurso a ninguna de las partes, habida cuenta la estimación parcial de la demanda, aplicación de lo dispuesto en los artículos art. 394 y 398. LEC.

CUARTO.- Según establece el artículo 1108 del Código Civil, si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios no habiendo pacto en contrario consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio en el interés legal, que será incrementado en dos puntos a partir de la fecha de la firmeza de ésta resolución a tenor de lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC.

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS en parte el recurso de apelación frente a la Sentencia de 79 de julio de 2019, dictada por el Sr. Juez Adjunto del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Almería en autos de Juicio Ordinario 734/2018 del que deriva la presente alzada, REVOCAMOS la anterior resolución y sustituimos por la siguiente;

- 1.- DECLARAMOS la resolución del contrato de permuta aprobado por el pleno del AYUNTAMIENTO DE ALHAMA DE ALMERIA con fecha 17 de febrero de 2011 entre las parcela copropiedad del demandante, finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Alhama con el numero 9.302 y la parcela a R2-6 de la UE 13-15 de 445.16 m2 de techo, calificada como suelo urbano, con restitución a su estado anterior, a sus respectivos propietarios.
- 2.- CONDENAMOS al Ayuntamiento de Almeria a abonar en concepto de indemnización de daños y perjuicios al demandante y en beneficio de la comunidad de propietarios de la finca 9.302 mencionada, la suma resultante del interés legal devengado sobre la cantidad de 106.838,4 € desde la fecha de reclamación extrajudicial (10-10-2016) hasta la fecha de ésta resolución judicial, incrementado en dos puntos a partir de la fecha de ésta resolución hasta su completo pago.
- 2.- Sin imposición de costas a la demandada en primera instancia.
- 3.- Sin imposición de costas a ninguna de las partes en este recurso .

Devuélvase la totalidad del depósito constituido al recurrente, visto el apartado 8 de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Recursos.-Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el

□

Código Seguro de verificación:6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS 13/10/2020 14:26:47	FECHA	16/10/2020	
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE 13/10/2020 17:17:47			
	JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ 15/10/2020 18:03:25			
	ANA DE PEDRO PUERTAS 15/10/2020 19:13:22			
	JUANA ALFONSO RODRIGUEZ 16/10/2020 12:57:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==	PÁGINA	9/10



6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==



recurso extraordinario por infracción procesal por el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.-es el órgano competente para conocer de ambos recursos – si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo s con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.


Plazo y forma para interponerlos.-Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Así, lo acordamos, mandamos y firmamos.



¶

Código Seguro de verificación:6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS 13/10/2020 14:26:47	FECHA	16/10/2020
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE 13/10/2020 17:17:47		
	JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ 15/10/2020 18:03:25		
	ANA DE PEDRO PUERTAS 15/10/2020 19:13:22		
	JUANA ALFONSO RODRIGUEZ 16/10/2020 12:57:56		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/10
 6vj5LvsVywo13gWV99Hofg==			