



Roj: **STS 2383/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2383**

Id Cendoj: **28079110012018100373**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2018**

Nº de Recurso: **3388/2015**

Nº de Resolución: **384/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 384/2018

Fecha de sentencia: 21/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3388/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/05/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. SECCIÓN 17.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3388/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 384/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 21 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.^a Raquel , D. Damaso , D. Florentino y D.^a Agustina , representados por la procuradora D.^a Mercedes Caro Bonilla bajo la dirección letrada de D. Alex Ausset, contra la sentencia n.º 365/2015 dictada en fecha 30 de septiembre por la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 652/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 117/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona, sobre naturaleza del contrato: sociedad civil o permuta de solar a cambio de edificación futura. Han sido partes recurridas, la mercantil Gravitas Gestión Suelo S.L., Inversiones Gravitas S.L. y Roberto , representados por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, bajo la dirección letrada de D. José María Losa Reverté y albacea universal herencia yacente de D. Carlos Francisco , representado por la procuradora D.^a Elisa Zabía de la Mata y bajo la dirección letrada de D. Félix Vilaseca.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.^a Raquel , D. Damaso y D. Florentino interpusieron demanda de juicio ordinario contra Inversiones Gravitas S.L., Gravitas Gestión Suelo S.L. y D. Roberto en la que solicitaban se dictara sentencia por la que estimando íntegramente la demanda se:

« **A.-** Declare la nulidad contractual del documento de fecha 31 de julio de 2007, por todo lo referido en el cuerpo de esta demanda, en función de cualesquiera de los hechos y fundamentos de la misma declarándose tal nulidad bien en su modalidad absoluta, bien en su modalidad relativa (anulabilidad); y en consecuencia:

»i.- Condene a los demandados solidariamente, con expresa imposición de costas: A la restitución de la finca a que se refiere el documento de fecha 31 de julio de 2007 al caudal hereditario de D. Carlos Francisco que se encuentra bajo la administración del albacea universal D. Darío y, por ser imposible tal restitución en la misma condición en la que se transmitió, entre otras razones por existir sobre ella derechos de terceros con amparo en la protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria , los demandados sean condenados, sin necesidad de esperar al procedimiento de ejecución de sentencia, y según permite y establece el artículo 1307 del Código Civil y su interpretación, por todas, en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003 , vía prestación por equivalencia, a abonar al indicado caudal relicto la cantidad de 1.004.531,68 €, que se corresponde con el 93,1250 % de la cantidad total actualizada, que asciende a 1.079.770 €, resultante de: (i) el inicial valor otorgado por las partes a la finca en el documento de 31 de julio de 2007, esto es, 923.000,04 €; (ii) el coste de las obras de urbanización que ascendió a 65.407,7 €; todo ello, de conformidad con el informe pericial acompañado como Documento número 29.

»Deberá condenarse además a los demandados solidariamente al pago de los correspondientes intereses de la total cantidad indicada desde la fecha de la presente interpelación judicial.

»ii.- Acordando, y en lo menester, condenando a la herencia yacente a que coetáneamente al cumplimiento de la condena interesada *supra* se proceda, en cualquiera de las formas admitidas en derecho, por el albacea universal D. Darío , o por quien le haya sustituido, o por los herederos si se hubiera partido y adjudicado la herencia, a la restitución de las participaciones números 316 a 502, todas ellas inclusive de la compañía Gravitas Gestión Suelo, que, a la fecha, forman parte del caudal hereditario, a Inversiones Gravitas o cualquiera de los demandados según corresponda en derecho.

B.- Subsidiariamente a la anterior pretensión y única y exclusivamente para el supuesto de que la misma no fuera estimada, declare la resolución del documento de fecha 31 de julio de 2007 por la existencia de incumplimientos contractuales graves imputables a los demandados y, en consecuencia:

»i.- Condene a los demandados solidariamente, con expresa imposición de costas: A la restitución de la finca a que se refiere el documento de fecha 31 de julio de 2007 al caudal hereditario de D. Carlos Francisco que se encuentra bajo la administración del albacea universal D. Darío y, por ser imposible tal restitución en la misma condición en la que se transmitió, entre otras razones por existir sobre ella derechos de terceros con amparo en la protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria , los demandados sean condenados, sin necesidad de esperar al procedimiento de ejecución de sentencia, vía prestación por equivalencia, a abonar al indicado caudal relicto la cantidad de 1.004.531,68 € que se corresponde con el 93,1250 % de la cantidad total actualizada que asciende a 1.079.770 €, resultante de: (i) el inicial valor otorgado por las partes a la finca en el documento de 31 de julio de 2007, esto es, 923.000,04 €; (ii) el coste de las obras de urbanización que ascendió a 65.407,7 €; todo ello, de conformidad con el informe pericial acompañado como documento número 29.



»Deberá condenarse además a los demandados solidariamente al pago de los correspondientes intereses de la total cantidad indicada desde la fecha de la presente interpelación judicial.

»ii.- Acordando, y en lo menester, condenando a la herencia yacente a que coetáneamente al cumplimiento de la condena interesada *supra* se proceda, en cualquiera de las formas admitidas en derecho, por el albacea universal D. Darío , o por quien le haya sustituido, o por los herederos si se hubiera partido y adjudicado la herencia, a la restitución de las participaciones números 316 a 502, todas ellas inclusive de la compañía Gravitas Gestión Suelo que, a la fecha, forman parte del caudal hereditario, a Inversiones Gravitas o cualquiera de los demandados según corresponda en derecho».

En el «otrosí digo primero» se solicitaron medidas cautelares consistentes en la administración judicial de las compañías demandadas.

2.- La demanda fue presentada el 3 de febrero de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona y fue registrada con el n.º 117/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Inversiones Gravitas S.L., Gravitas Gestión Suelo S.L. y D. Roberto contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora por su temeridad y mala fe.

4.- El albacea universal de la herencia yacente de D. Carlos Francisco , a través de su representación procesal, solicita se le tenga por comparecido y parte demandante, tanto en los autos de referencia como en la pieza separada de medidas cautelares, intervención que fue denegada mediante auto de fecha 20 de abril de 2011.

5.- D.^a Agustina , solicita mediante el correspondiente escrito su personación en calidad de demandante, tanto en el procedimiento ordinario como en la pieza separada de medidas cautelares, intervención que fue admitida mediante auto de 17 de junio de 2011.

6.- Inversiones Gravitas S.L., Gravitas Gestión Suelo, S.L. y D. Roberto solicitaron, al amparo de lo prevenido en el art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se declarase la terminación del proceso y su archivo por carencia sobrevenida del objeto, a lo que se accedió mediante auto de 19 de septiembre de 2011 y que fue revocado por la Audiencia Provincial de Barcelona .

7.- Conocida en la presente causa la tramitación de otro procedimiento en el Juzgado de Primera Instancia n.º 55 con número de autos 524/2012 relacionado con la presente demanda, se sometió a consideración de las partes la posibilidad de que se acumulara a la que se tramita en el Juzgado de Primera Instancia n.º 44, lo que se acordó por medio de auto de este Juzgado de 4 de septiembre de 2012 y auto de 23 de octubre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona .

Tal procedimiento se inició por medio de demanda presentada por D.^a Raquel , D. Damaso y D. Florentino contra Inversiones Gravitas S.L., Gravitas Gestión Suelo S.L., D. Roberto , D. Darío , la herencia yacente de D. Carlos Francisco y D. Rafael .

En dicha demanda, tras exponer los elementos de hecho y de derecho que se estimaron pertinentes, se solicitó del Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1.- Se declare la nulidad del documento de 15 de julio de 2011, por todo lo referido en los hechos y fundamentos jurídicos contenidos en el cuerpo del presente escrito, acordando dejar sin efecto el mismo, con las declaraciones de reposición de la situación jurídica que sean necesarias.

»2.- Subsidiariamente a la anterior pretensión, y única y exclusivamente para el supuesto que la misma no fuera estimada, se declare la resolución del documento de 15 de julio de 2011, por la existencia de graves incumplimientos tal como se ha explicado en el cuerpo de este escrito.

»3.- En cualquier caso, se condene a los codemandados causantes de los daños al abono, a favor de la herencia yacente, de la indemnización por los respectivos daños y perjuicios causados y que se causen, y cuyo importe y determinación se efectuará en procedimiento posterior de conformidad con el artículo 219.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

»4.- Se condene a los codemandados, en su caso, al pago de las costas del procedimiento».

8.- Mediante providencia de fecha de 23 de noviembre de 2012, se tiene a D. Darío por comparecido y parte en el procedimiento.

9.- Inversiones Gravitas S.L., Gravitas Gestión Suelo S.L. y D. Roberto , así como el resto de demandados (D. Darío y D. Rafael) contestaron a la demanda a través de sus respectivas representaciones procesales



mediante escritos en los que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora por su temeridad y mala fe.

10.- La comunidad hereditaria de herederos-comuneros de D. Carlos Francisco solicitó la sucesión procesal en la posición que ostentaban los demandantes y, mediante auto de 3 de mayo de 2013, se declaró no haber lugar a tal sucesión.

11.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 44 dictó sentencia de fecha 12 de junio de 2013, con el siguiente fallo:

«Que desestimo la demanda origen de las presentes actuaciones e instada por D. Antonio María de Anzizu Furest, procurador de los tribunales, actuando en representación de D.^a Raquel, D. Damaso y D. Florentino, y a la que se incorporó asimismo como demandante D.^a Agustina frente a Inversiones Gravitas S.L., Gravitas Gestión Suelo S.L. y D. Roberto.

»Que desestimo la demanda inicialmente tramitada ante el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 55 con el número de autos 524/2012 y acumulada a la presente e interpuesta por D. Antonio María de Anzizu Furest, procurador de los tribunales, actuando en representación de D.^a Raquel, D. Damaso y D. Florentino, frente a Inversiones Gravitas S.L., Gravitas Gestión Suelo S.L., D. Roberto, D. Darío, la herencia yacente de D. Carlos Francisco y D. Rafael.

»En materia de costas, se imponen las mismas a los demandantes en las dos demandas objeto de la presente causa».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Raquel, D. Damaso, D. Florentino y D.^a Agustina.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 652/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de septiembre de 2015, con el siguiente fallo:

«Debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Raquel, Damaso, Florentino y Agustina contra la sentencia dictada en los autos de procedimiento ordinario, número 117/2011, por el Juzgado de Primera Instancia 44 de Barcelona, de fecha 12 de junio de 2013, la cual se CONFIRMA con imposición de costas a dicha recurrente».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D.^a Raquel, D. Damaso, D. Florentino y D.^a Agustina interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción del ordinal 2.º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 218.2 en relación con el art. 209 reglas 2.ª y 3.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que imponen la necesidad de motivar las sentencias, expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho.

»Segundo.- Infracción del ordinal 2.º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que impone la vinculación de lo resuelto por sentencia firme que haya puesto fin a un proceso al Tribunal de un proceso posterior, cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos. Lesión del art. 24 de la Constitución española.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso. Nos referimos a las consideraciones realizadas, como *ratio decidendi*, en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, y al pronunciamiento acerca de la naturaleza jurídica de la estipulación de 31 de julio de 2007 como pretendido contrato de sociedad civil.

»Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Nos referimos a las consideraciones realizadas en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, y al pronunciamiento acerca de la nulidad de la estipulación de 31 de julio de 2007. Todo ello por infracción del artículo 1273 CC y jurisprudencia



emitida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en interpretación y aplicación del mismo e infracción por indebida inaplicación del artículo 3 de la Ley 23/2001 .

»Tercero.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso. Nos referimos a las consideraciones realizadas en los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la sentencia en la manifestación de inexistencia de incumplimiento resolutorio de la estipulación de 31 de julio de 2007, todo ello articulado con carácter subsidiario a la declaración de nulidad a la que se refiere el anterior motivo de casación. Infracción del artículo 1124 CC y jurisprudencia dictada en ejecución del mismo.

»Cuarto.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso. Nos referimos a las consideraciones realizadas en el fundamento de derecho sexto de la sentencia, como *ratio decidendi* , en la manifestación de inexistencia de mala fe por parte de los demandados. Todo ello por infracción del artículo 1258 del CC y jurisprudencia dictada en interpretación y aplicación del mismo.

»Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Nos referimos a la nulidad de la estipulación de 15 de julio de 2011. Infracción por inaplicación del artículo 1208 del Código Civil .

»Sexto.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Nos referimos a las consideraciones que con el carácter de *ratio decidendi* , se llevan a cabo en el fundamento de derecho undécimo de la sentencia. Todo ello, por infracción del artículo 1124 CC en relación con el incumplimiento de la estipulación de 15 de julio de 2011, y doctrina jurisprudencial dictada en aplicación del mismo.

»Séptimo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Nos referimos a las consideraciones que con el carácter de *ratio decidendi* , se llevan a cabo en el fundamento de derecho duodécimo de la sentencia. Todo ello, por infracción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 7 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de D.^a Raquel , D. Damaso , D. Florentino y D.^a Agustina contra la sentencia dictada con fecha 30 de septiembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoséptima), en el rollo de apelación n.º 652/2013 , dimanante del procedimiento ordinario n.º 117/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona».

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 17 de abril de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 30 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- La sentencia recurrida recoge como antecedentes los siguientes:

«A) El 14 de febrero de 2007 D. Carlos Francisco otorga testamento nombrando únicos y universales herederos a sus hijos y "Albacea Universal con todas las facultades que determina el artículo 316 del Codi de Successions" al abogado D. Darío , sin derecho a percibir remuneración alguna excepto lo que acredite por honorarios profesionales en el desempeño de su cargo y abogado de la herencia el cual ejercerá el cargo por plazo de tres años. Asimismo nombra al propio albacea árbitro en la eventual partición o administración de los bienes que sus hijos mantienen en la actualidad en proindiviso" (fs 65 y ss).

»B) El 31 de julio de 2007 D. Carlos Francisco y D. Roberto , éste en nombre y representación de la Sociedad Inversiones Gravitas, promotor y socio único de Gravitas Gestión Suelo S.L acuerdan en lo que aquí importa, a) que el primero aporta a la sociedad su solar "mediante la creación de nuevas participaciones con prima de emisión a fin de que el capital social final responda a los porcentajes de permuta previstos, b) la



permuta se llevará a cabo mediante la compensación del 60% de la obra futura, habida cuenta de que la total edificación será de 696,64 metros cuadrados, la obra futura consistirá en entregar a D. Carlos Francisco una superficie construida de 278,75 metros cuadrados que corresponderán aproximadamente a 4.8 viviendas, c) las viviendas que se entregarán serán 5 de los distintos tipos y alturas debiendo en su caso compensar los metros que existan a favor de una u otra parte con el importe equivalente a la diferencia de metros, d) los gastos de urbanización serán por cuenta de D. Carlos Francisco, e) la finca se aportará a la sociedad mediante ampliación de capital y por un importe de 923.000,04 €, en el momento de la ampliación se llevará a cabo con las condiciones de la permuta, una ampliación de capital que suscribirá íntegramente D. Carlos Francisco por un importe nominal de 2.010 euros dividido en 201 participaciones de 10 € de valor nominal cada una de ellas, dichas participaciones se emitirán por una prima para cada una de ellas de 4.582,04 € lo que supondrá una prima de emisión total de 920.990,04 €, esta ampliación de capital subsistirá hasta la fecha en que se entreguen las viviendas, en cuyo momento se llevará a cabo la reducción de capital mediante la amortización de acciones, f) el plazo para la entrega de las obras será el de 24 meses desde el otorgamiento de la licencia de construcción, g) coetáneamente a la entrega de las viviendas D. Carlos Francisco suscribirá una reducción de capital de la totalidad de sus participaciones por amortización de las mismas, lo que supondrá una adjudicación a sus favor de las viviendas descritas para la permuta (f.108 a 112).

»C) El 24 de enero de 2008 D. Carlos Francisco hace donación pura y simple a su hijo D. Rafael de 14 participaciones de Gravitas Gestión Suelo S.L. -un 2,79 % de las participaciones que el primero ostentaba en "Gravitas"- (copia de Escritura de donación a fs 895 y ss).

»D) El 9 de julio de 2008 el promotor y D. Carlos Francisco suscriben otro contrato análogo al anterior, pero corrigiendo el error material en cuanto corresponde en función de los metros cuadrados construidos el 40%, entre 4-5 viviendas y concretando las proporciones valores reales una tabla que se adjunta al documento.

»E) A consecuencia de las desavenencias entre los hijos del Sr. Carlos Francisco, éste constituye "Patrimonio protegido" en abril de 2009 con la finalidad de que sus cinco hijos, constituidos en consejo de gestión y administración, decidieran sobre patrimonio y satisfacción de necesidades vitales (doc. nº 7 de la demanda).

»F) El 9 de mayo de 2008 se constituye hipoteca sobre el solar a favor de BBVA por un préstamo de 1.763.000 €.

»G) D. Carlos Francisco fallece el 4 de enero de 2010.

»H) El 15 de julio de 2011, D. Roberto en su condición de representante de "Gravitas", D. Darío en nombre y representación de la herencia yacente, en su condición de Albacea universal y D. Rafael en su propio nombre e interés pactan: a) que habiendo finalizado las obras del edificio compuesto por 12 viviendas, plazas de parking y trasteros con una superficie construida de 707 metros cuadrados, 399 metros cuadrados y 44,29 metros cuadrados respectivamente y "ante el actual desplome del mercado inmobiliario y crisis financiera que afecta especialmente al sector inmobiliario" que "Gravitas" ha decidido adquirir participaciones propias para proceder a la amortización y se compromete a comprar a la herencia yacente que se compromete a vender las 1.878 participaciones y a D. Rafael que se compromete a vender 14 participaciones conviniéndose como precio el importe neto de las fincas 4 viviendas (planta baja puertas NUM000 y NUM001, planta NUM000 puerta NUM002 y planta NUM003 puerta NUM000) y trastero n.º NUM004, se incluyen cuatro garajes y cuatro trasteros que se identifican con precio de valor de realización (IVA no incluido), b) que en cualquier momento antes del día 30 de diciembre de 2011 el Albacea podrá solicitar la entrega de las fincas que no se hayan transmitido a terceros, c) en todo caso y salvo acuerdo de las partes sobre prórroga, si la venta no se hubiese perfeccionado la sociedad adoptará el acuerdo de reducción de capital mediante compraventa de participaciones que no hayan sido amortizadas con carácter previo y en pago de las mismas se entregarán las fincas que no hayan sido realizadas frente a terceros, d) el albacea en nombre de la herencia yacente pero por cuenta del heredero D. Rafael pagará a la sociedad la cantidad de 50.000 euros en concepto de compensación libremente pactada entre las partes (fs 1987 a 1985)».

2.- El 3 de febrero de 2011, los hermanos D.^a Raquel, D. Damaso, D. Florentino, hijos y herederos del fallecido D. Carlos Francisco, interponen demanda (a la que posteriormente se adhiere D.^a Agustina) contra Gravitas Gestión Suelo S.L., Inversiones Gravitas S.L. y Roberto, en la que solicitan se dicte sentencia que:

A) Declare la nulidad contractual del documento de fecha 31 de julio de 2007, bien en su modalidad absoluta, bien en su modalidad relativa (anulabilidad); y en consecuencia: 1.- Condene a los demandados solidariamente, con expresa imposición de costas: A la restitución de la finca a que se refiere el documento de fecha 31 de julio de 2007 al caudal hereditario de D. Carlos Francisco que se encuentra bajo la administración del albacea universal D. Darío y, por ser imposible tal restitución en la misma condición en la que se transmitió, entre otras razones por existir sobre ella derechos de terceros con amparo en la protección registral del art. 34 LH, los demandados sean condenados, conforme al art. 1307 CC, a abonar la cantidad de 1.004.531,68 €, que se corresponde con el 93,1250 % de la cantidad total actualizada, que asciende a 1.079.770 €, resultante de: (i) el



inicial valor otorgado por las partes a la finca en el documento de 31 de julio de 2007, esto es, 923.000,04 €; (ii) el coste de las obras de urbanización que ascendió a 65.407,7 €; todo ello, con el pago de los correspondientes intereses de la total cantidad indicada desde la fecha de la demanda. 2.- Se acuerde y se condene a la herencia yacente a la restitución a Inversiones Gravitas de las participaciones números 316 a 502 de la compañía Gravitas Gestión Suelo S.L., que, a la fecha, forman parte del caudal hereditario.

B) Subsidiariamente, declare la resolución del documento de fecha 31 de julio de 2007 por la existencia de incumplimientos contractuales graves imputables a los demandados, con las mismas consecuencias restitutorias solicitadas para el caso de nulidad.

3.- El 2 de abril de 2012, D.^a Raquel , D Damaso y D Florentino , interponen otra demanda frente a Inversiones Gravitas S.L., Gravitas Gestión Suelo S.L., D. Roberto , D Darío , la herencia yacente de D. Carlos Francisco y D. Rafael . Solicitan que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del documento de 15 de julio de 2011, dejándolo sin efecto, con las declaraciones de reposición de la situación jurídica que sean necesarias y, subsidiariamente, que se declare la resolución por incumplimiento del documento de 15 de julio de 2011 y, en cualquier caso, la condena a los codemandados al abono a favor de la herencia yacente de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

4.- Tras la acumulación de los dos procedimientos, se dicta sentencia en primera instancia por la que se desestiman ambas demandas. La sentencia tiene en cuenta, en síntesis, las siguientes razones:

i) El contrato de 31 de julio de 2007 articula bajo una forma societaria la aportación de solar por obra futura, ya que D. Carlos Francisco se integró en Gravitas Gestión Suelo S.L. mediante una ampliación de capital de una sociedad preexistente; existían aportaciones de bienes y actividades, un fin común y *affectio societatis* .

ii) D. Carlos Francisco no padeció error vicio de consentimiento ni hubo dolo por la contraparte, por lo que no puede prosperar la pretensión de anulabilidad ejercida en la demanda.

El juzgado valora, a estos efectos, el contenido del documento de 31 de julio de 2007, del que resultaría que se garantizaba precisamente mediante la fórmula societaria la operación realizada y rechaza que, pese a la edad de D. Carlos Francisco cuando firmó el contrato, pudiera considerarse que no sabía lo que firmaba. Para llegar a esta conclusión, el juzgado tiene en cuenta otros actos realizados por D. Carlos Francisco y que no impugnados: un complejo testamento, otorgado unos meses antes; el mismo día que el contrato impugnado, otorga una escritura de ampliación de capital de Gravitas Gestión del Suelo S.L., actuación societaria que concretaría la forma de arbitrar el contenido del contrato impugnado; una escritura, otorgada el mismo día junto a otros parientes, por la que vendían un solar contiguo al ahora litigioso y de la que podría deducirse que integraba una operación inmobiliaria conjunta; después de la firma del contrato, D. Carlos Francisco cumplió las obligaciones referidas a la urbanización a las que se había comprometido, lo que exigió varias actuaciones de las que cabría derivar que era conocedor de los detalles del contrato; otorgó con posterioridad una escritura de donación a favor de su hijo D. Rafael por la que le donó algunas participaciones de la sociedad en la que se había integrado con ocasión de la operación urbanística, lo que revela que conocía el mecanismo al que había recurrido mediante el documento ahora impugnado; que, con posterioridad, el 9 de junio de 2008, pactó una modificación del contrato ahora impugnado para ajustar las compensaciones inicialmente pactadas y concretar que, puesto que habría diferencia de precio de las viviendas, las equivalencias se calcularían según unas tablas de ventas que se adjuntaban y que aceptaban las partes con asesoramiento de una inmobiliaria; que este documento, novación del anterior, se firmó cuando el solar ya había hipotecado y, aunque en ese momento la escritura no se hubiese inscrito, tras la inscripción ni D. Carlos Francisco ni sus herederos han realizado actuación alguna al respecto.

Añade el juzgado que otro acto de fecha posterior (dos años) otorgado por D. Carlos Francisco y que pone de relieve su nivel de conocimiento y capacidad, por las manifestaciones que hacía, fue la constitución de un patrimonio protegido mediante escritura pública, cuyas reglas de administración modificó mediante otra escritura pública posterior. Tiene en cuenta también el juzgado un certificado médico de fecha 15 de abril de 2009 sobre el pleno dominio de las facultades físicas y mentales de D. Carlos Francisco y que fue aportado en la contestación a la demanda.

iii) No ha quedado acreditado el dolo *in contrahendo* por parte de los demandados: no se desprende del hecho de que tuvieran la mayoría en el capital social y, en consecuencia, en la gestión de la sociedad; no se desprende de la constitución de la hipoteca del solar, por ser el medio habitual de financiación en estas operaciones; no se desprende de las discrepancias mantenidas en la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad acerca del tratamiento que debían recibir las aportaciones previstas en el contrato ahora impugnado ni en la oposición a la exigencia de que la pignoración de las participaciones previstas en el contrato se hiciera con derechos políticos; los informes aportados por las partes sobre la desproporción de los riesgos asumidos por ambas al celebrar el contrato son contradictorios, no existe prueba adicional que lo demuestre y, si bien es



cierto que D. Carlos Francisco aportó el solar que permitió obtener financiación, Inversiones Gravitass S.L. asumió el proceso constructivo, que igualmente tiene un valor añadido que permitiría a D. Carlos Francisco beneficiarse de lo construido.

iv) No existe nulidad por indeterminación del objeto del contrato de 31 de julio de 2007, modificado por el acuerdo de 9 de junio de 2008. Con cita de doctrina de la Sala Primera (sentencia de 13 de abril de 2010) el juzgado razona que no hay indeterminación absoluta del objeto de un contrato en el que la prestación se fija por un porcentaje de los pisos locales y garajes a construir, lo que sucede en el caso litigioso, en el que no se señalaron viviendas concretas pero sí porcentajes de superficies, indicados de manera fija en el contrato de 2007 y con referencia a márgenes en el contrato de 9 de junio de 2008 (que no ha sido impugnado).

v) Respecto de la acción subsidiaria de resolución por incumplimiento contractual del contrato de 31 de julio de 2007, la sentencia analiza cada uno de los incumplimientos denunciados y concluye que no hay causa de resolución.

Por lo que se refiere al plazo de entrega de las obras, dice la sentencia que hubo retraso en la ejecución de las obras pero que no fue de entidad suficiente como para frustrar el fin del contrato, atendidas las circunstancias del caso (duración del retraso, términos del contrato, de los que resultaría que el plazo de veinticuatro meses desde el otorgamiento de la licencia no era esencial).

Por lo que se refiere a la constitución de una hipoteca sobre el solar como forma de obtener financiación dice la sentencia que nada se decía en el contrato sobre este punto, por lo que no puede constituir un incumplimiento del contrato.

Por lo que se refiere a la falta de constitución de la garantía pignoratícia de las participaciones de Inversiones Gravitass S.L. en Gravitass Gestión Suelo S.L. como garantía de la entrega de las obras y en beneficio de D. Carlos Francisco, razona la sentencia que no pudo constituirse al exigir los administradores del patrimonio protegido que se hiciera la pignoración con derechos políticos, lo que no estaba previsto en el contrato y fue objeto de discusión por las partes; añade que no se ejercitó una acción judicial al respecto, a diferencia de la impugnación del acuerdo que aprobó las cuentas de la sociedad, lo que hace pensar que los recurrentes consideraban que la oposición tenía cierta base, que no sería una obligación esencial y que, en todo caso, puesto que lo garantizado se ha llevado a buen fin, pues el edificio se ha terminado, su no constitución no sería causa de resolución contractual.

vi) Respecto del contrato de ejecución del acuerdo extraestatutario firmado el 15 de julio de 2011 no existe extralimitación del albacea universal de la herencia de D. Carlos Francisco, pues el testador le atribuyó todas las facultades que mencionaba la norma catalana aplicable a la sucesión, que incluía las facultades dispositivas y lo único que hizo el albacea en el documento impugnado fue concretar el caudal relicto, en el que se integraba el derecho a los inmuebles fruto de la permuta. En el caso, la obra se terminó tras el fallecimiento de D. Carlos Francisco y el albacea, dentro de las funciones que le habían sido encomendadas, negoció y llegó a un acuerdo para dar cumplimiento al acuerdo de 31 de julio de 2007.

Tampoco procede la resolución porque no hay incumplimiento: las obras se terminaron tras la muerte de D. Carlos Francisco (hay certificado final, seguro decenal, licencia de primera ocupación), de modo que toda la intervención dirigida a llevar a cabo lo acordado incumbía al albacea; el 4 de marzo de 2011, de acuerdo con Gravitass Gestión Suelo S.L., BBVA excluyó de la hipoteca constituida varias entidades inmobiliarias y, por acuerdo de la junta general de Gravitass Gestión Suelo S.L., se acordó dar cumplimiento al acuerdo de 31 de julio de 2007, modificado el 9 de junio de 2008, procediéndose a adquirir de la herencia yacente de D. Carlos Francisco y de D. Rafael las participaciones correspondientes para su amortización mediante reducción de capital y a la entrega de las viviendas; que ante la dificultad de venta de los apartamentos el albacea dirigió a los ahora demandantes un correo informándoles de que iba a interesar la entrega de las viviendas, garajes y trasteros para poder pagar los legados y deudas pendientes; ante la existencia de informes periciales contradictorios, la sentencia rechaza que quede acreditada la imposibilidad de reducción de capital de Gravitass Gestión Suelo S.L. alegada por los demandantes y concluye que ello afectaría a la eventual responsabilidad de los socios en caso de recuperar el importe de su participación; las entidades liberadas de la hipoteca por BBVA se corresponden exactamente con las viviendas que, según el acuerdo de 15 de julio de 2011 firmado por el albacea, se acuerda entregar.

5.- Los demandantes interponen recurso de apelación y la Audiencia Provincial dicta sentencia desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia de primera instancia. La sentencia tiene en cuenta, en síntesis, las siguientes razones: i) Nos encontramos ante un contrato atípico, debe estarse a la intención real de las partes, el juzgado lo ha calificado como contrato de sociedad y, dentro de los márgenes de su actuación, esa interpretación debe considerarse lógica, siendo objeto del contrato el solar cedido en permuta y lo que



la adquirente se compromete a entregar a cambio, cosa inexistente en el momento de la firma del contrato pero no indeterminable.

ii) Descarta que proceda la resolución por incumplimiento porque las viviendas se terminaron, pero se presentó la primera demanda después del certificado final de obras y unos días antes de la licencia de primera ocupación; la sociedad estuvo dispuesta a pignorar las participaciones, pero los demandantes exigieron que se pignoraran con el derecho a voto, lo que hubiera dejado en sus manos todo el poder de decisión de la sociedad; por lo que se refiere al gravamen del solar, su finalidad era obtener la correspondiente financiación, sin que ello estuviera vedado en ninguno de los contratos aportados.

iii) El albacea actuó dentro de las facultades atribuidas por el testador.

iv) No hay incumplimiento del contrato porque el BBVA liberó de la hipoteca los pisos, apartamentos y plazas de garaje que son objeto del acuerdo suscrito por el albacea, que acordó con la promotora retrasar la formalización de la compraventa de las acciones y la transmisión de los inmuebles y consta un requerimiento del promotor al albacea para el cumplimiento de lo acordado, y entonces es cuando los demandantes interpusieron su demanda contra el acuerdo suscrito entre el albacea y la promotora.

6.- Frente a la sentencia de apelación, la parte demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, fundado en dos motivos, y recurso de casación fundado en siete motivos.

SEGUNDO. - *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- *Formulación del motivo primero* . El motivo primero denuncia «infracción del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 218.2 en relación con el art. 209, reglas 2.ª y 3.ª LEC , que imponen la necesidad de motivar las sentencias, expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho».

En el desarrollo del motivo se razona que la Audiencia Provincial, como si fuera un órgano de casación, y renunciando a la función que le es propia en sede de recurso de apelación, no entra a analizar la conformidad o no a derecho de la interpretación contractual llevada a cabo por el juez de primera instancia y se limita a utilizar el canon de la casación, analizando si la interpretación realizada en primera instancia es ilógica o absurda pero sin realizar una sola consideración sobre el caso concreto. En el recurso se argumenta que la sentencia recurrida ha dejado imprejuzgada la cuestión de la naturaleza jurídica de la estipulación de 31 de julio de 2007 realizada por el juez de primera instancia, lo que ha privado a los recurrentes de la segunda instancia, causándoles indefensión.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2.- *Desestimación del motivo primero* . Tienen razón los recurrentes cuando advierten que no hay duda acerca de la competencia de los órganos de instancia por lo que se refiere a su función de cognición plena respecto de las cuestiones que se susciten sobre la interpretación de los contratos. En la apelación puede perseguirse que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se dicte otra favorable al recurrente mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante el tribunal de primera instancia y conforme a la prueba que, en los casos previstos en la ley, se practique ante el tribunal de apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 456 LEC . Por ello, no cabe limitar la función del tribunal de apelación a la que es propia del Tribunal Supremo en el recurso de casación.

La doctrina reiterada de esta sala según la cual debe mantenerse la interpretación que del contrato haya hecho el tribunal de instancia, aunque no sea la única posible, por ser «más objetiva y desinteresada» que la «más subjetiva y parcial del recurrente», salvo que la primera sea absurda, arbitraria, ilógica o infrinja preceptos legales (entre otras, SSTS. 150/2016, de 10 de marzo , 536/2017, de 2 de octubre , 144/2018, de 14 de marzo , y 162/2018, de 21 marzo) debe entenderse en el sentido de que dentro de la interpretación del tribunal de instancia se encuentra también la realizada por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación, para lo que goza de cognición plena.

Sucede, sin embargo, que la sentencia recurrida, a pesar de dar por supuesto de forma errónea que tiene limitadas sus funciones de revisión de la interpretación, no se limita a confirmar la realizada por el juzgado por no considerarla ilógica, sino que además explica la razón por la que entiende, al igual que el juzgado, que en el caso se trata de un contrato de sociedad: porque, atendiendo al *iter* contractual y fáctico, considera que se dan los caracteres del contrato de sociedad que deduce del art. 1665 CC (agregado de personas, relación de confianza, propósito de actividad duradera en beneficio común), ya que el dueño del solar se implicó más profundamente en la consecución del objetivo marcado, la construcción del edificio, de lo que es propio en un contrato de intercambio de cosa inmueble presente por construcción futura. Ciertamente que es una



motivación breve pero suficiente, si además se tiene en cuenta la remisión a lo razonado por el juzgado, por lo que permite conocer las razones por las que se considera que el contrato es de sociedad.

No hay por tanto falta de motivación, con independencia de que la parte recurrente discrepe del criterio de la sentencia recurrida. La motivación, como derecho incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, es un requisito de la sentencia que exige que se hagan saber a las partes y se exterioricen las razones que conducen al fallo de la resolución, por lo que solo una motivación arbitraria o ilógica porque en la sentencia no se entiendan las razones por las que se sientan las conclusiones del litigio o su fallo podrían ser revisadas por falta de motivación (sentencias 790/2013, de 27 de diciembre , y 294/2012, de 18 de mayo , entre otras muchas).

3.- Formulación del motivo segundo . El motivo segundo denuncia «infracción del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 222.4 LEC que impone la vinculación de lo resuelto por sentencia firme que haya puesto fin a un proceso al Tribunal de un proceso posterior, cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos. Lesión del art. 24 CE ».

En el desarrollo del motivo se razona que la Audiencia estaba vinculada por lo resuelto por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia 589/2014, de 3 de noviembre , que estimó el recurso de casación interpuesto por D.ª Raquel , D. Damaso , D. Florentino (ahora también demandantes- recurrentes) en el que defendían la naturaleza de permuta del contrato de 31 de julio de 2007 frente a la tesis de la sociedad Inversiones Gravitas S.L. y la sociedad constituida para llevar a cabo la promoción inmobiliaria, Gravitas Gestión Suelo S.L., que sostenían la existencia de un mero pacto social extraestatutario.

En el recurso se argumenta que «nos hallamos ante un supuesto paradigmático de la llamada prejudicialidad impropia, reconocida jurisprudencialmente y que con buen criterio ha incorporado el legislador en el art. 222.4 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil . Así, nos encontramos ante las mismas partes en el seno de sendas controversias en que se discute, entre otros aspectos, el carácter y alcance del acuerdo alcanzado eran, las mismas, por lo que una vez calificado a efectos de su constancia en las cuentas anuales como contrato de permuta vinculante instrumentado como mera toma de participación transitoria de participaciones sociales sin efectiva *affectio societatis* , sino con fines de mera garantía de cumplimiento de la obligación y como economía de opción fiscal, deberá sin duda respetarse tal calificación judicialmente firme como antecedente lógico necesario para enjuiciar los efectos que en el plano civil debe desplegar ese mismo negocio jurídico».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

4.- Desestimación del motivo segundo .

a) Como recuerda la sentencia de esta sala 307/2010, de 25 de mayo :

«Junto al llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, la sentencia firme tiene también un efecto positivo o prejudicial, que impide que en un proceso ulterior se resuelva un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes.

«El hecho de que los objetos de dos procesos difieran o no sean plenamente coincidentes no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque tan sólo con carácter prejudicial, y no impide que el órgano judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la *litis* (SSTS 1 de diciembre de 1997, RC n.º 2936/1993 y 12 de junio de 2008, RC n.º 1073/2001).

«El efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991 , 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000). La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquellos contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987 , 3 de noviembre de 1993 , 27 de mayo de 2003 , 7 de mayo de 2007, RC n.º 2069/2000). Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE (STC 34/2003, de 25 de febrero).

«Esta doctrina, desarrollada por esta Sala durante la vigencia de la LEC 1881, en interpretación del, hoy derogado, artículo 1252 CC , es de aplicación a los procesos seguidos bajo la vigencia de la LEC, que, en el artículo 222.4 , contempla los efectos positivos de la cosa juzgada».

b) En el recurso que ahora se examina se dice que el contrato de 31 de julio de 2007 fue calificado de permuta, a efectos de su constancia en las cuentas anuales de la sociedad, por la sentencia de esta sala 589/2014, de



3 de noviembre , y que esa calificación vincula en el actual proceso. Es preciso por tanto analizar el contenido y alcance de dicha sentencia para ver lo que dijo y las razones por las que lo dijo.

La sentencia 589/2014, de 3 de noviembre , en la que se basan los recurrentes, puso fin al litigio iniciado por demanda interpuesta por D.^a Raquel , D. Damaso , D. Florentino sobre impugnación de acuerdos sociales relativos a la aprobación de las cuentas anuales referidas al ejercicio de 2008 de la sociedad Gravitass Gestión Suelo S.L., adoptados en la junta general de socios de fecha 15 de septiembre de 2009. La solicitud de nulidad del acuerdo tenía, entre otros fundamentos, la ausencia de reflejo de la imagen fiel del patrimonio de la compañía, al no incluir ni en el balance ni en la memoria, mención alguna del pacto de socios suscrito con fecha 31 de julio de 2007.

La citada sentencia de esta sala 589/2014 dio la razón a los demandantes y consideró que, al no haber tenido en cuenta las normas de contabilidad, ni en el balance ni en la memoria, las cuentas anuales de Gravitass Gestión Suelo S.L. no se habían formulado con la claridad necesaria, ni mostraban la imagen fiel del patrimonio, ni de la situación financiera y de los resultados, por lo que el acuerdo que las aprobó era nulo.

La sentencia explicó que:

«En virtud del citado pacto parasocial se describía una operación de permuta por la que, mediante una ampliación de capital social, los recurrentes suscribirían las participaciones de la misma con la aportación no dineraria del solar de su propiedad (de 696,64 mts²). Finalizada la construcción de las viviendas, 4,8 de ellas se entregarían a los socios que aportaron el solar (278,75 mts²) y la sociedad acordaría una reducción del capital social en la cantidad necesaria equivalente al valor de las participaciones en el momento de la enajenación a favor de la propia sociedad, que las amortizaría. En garantía de que la operación descrita pudiera llevarse a cabo, mediante la adopción de los pertinentes acuerdos con el voto favorable por parte del restante socio y administrador de la compañía demandada, los recurrentes exigieron una prenda de acciones que Inversiones Gravitass S.L. ostentaba en el capital social de Gravitass Gestión Suelo S.L.».

La misma sentencia añadió que:

«No hay más socios que intervengan en el contrato parasocial y, además, Inversiones Gravitass S.L. es -o era, antes de la aportación del solar- socio único y administrador de Gravitass Gestión Suelo S.L. En el presente supuesto, no cabe hablar de pactos reservados para la sociedad Gravitass Gestión Suelo S.L. sino pactos manifiestamente conocidos por dicha sociedad. Regula el contrato una mera operación de permuta, que bien pudo convenirse directamente con esta última sociedad y que, por cuestiones tributarias, interesó dejarla al margen, describiéndose la operativa a seguir para obtener el resultado final, a saber: la ampliación de capital social con desembolso de aportaciones no dinerarias (el solar), ex art. 300 LSC; ejecución de la promoción; y venta de las participaciones sociales a la sociedad siendo el precio *in natura* , las 4,8 viviendas, satisfecho, simultáneamente a la reducción de capital social con amortización de las participaciones.

»Como pone de manifiesto la parte recurrente, el solar aportado era el único patrimonio de Gravitass Gestión Suelo S.L. No tener en cuenta los criterios contables que exige el Plan de Contabilidad de Pequeñas y Medianas empresas aprobado por el RD 151/2007, de 16 de noviembre, como consecuencia de la incorporación de un inmovilizado en el balance con finalidad de permuta, por circunstancia de que la sociedad no fue parte del contrato parasocial, siendo así que su administrador y único socio, Inversiones Gravitass S.L. fue el que lo suscribió juntamente con el aportante, hoy recurrente, supone un alegato que infringe abiertamente los apartados, 2 y 3, del art. 34 del CCom , modificados por la Ley 16/2007, de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea».

En definitiva, la sentencia 589/2014, de 3 de noviembre , partiendo de que en la contabilización de las operaciones debe atenderse a la realidad económica y no solo a la forma jurídica, y que en la veracidad de la contabilidad a veces se establecen criterios no siempre coincidentes con las normas contenidas en las leyes societarias, consideró que, por razones de transparencia frente a terceros, en la memoria y en las cuentas de Gravitass Gestión Suelo S.L. debía reflejarse la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad de modo que:

«En el presente caso, se omiten normas tan básicas como la 2.^a del RD 1514/2007, de 16 de noviembre de 2007, sobre Registro y Valoración de elementos del inmovilizado material cuando se adquiere por permuta, la norma 15.^a sobre Provisiones y Contingencias, que pueden venir determinadas por una disposición legal, contractual o por una obligación implícita, como es el caso de una permuta en términos predeterminados con su aportante D. Carlos Francisco con el que se asumió la obligación de entregarle una contraprestación en inmuebles resultantes de la promoción, lo que debe figurar, cuando menos en la memoria; infracción de la Norma 17.^a sobre Transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio, cuando el pago debe



hacerse mediante parte del patrimonio aportado, por lo que debe reconocer un pasivo en la medida en que la empresa hubiere incurrido en una obligación presente de liquidar con activos, como es el caso; infracción de la Norma 4.^a y 24.4.^a que ordena que en la memoria debe hacerse constar: "la naturaleza y el propósito de negocio de los acuerdos de la empresa que no figuren en el balance y sobre los que no se haya incorporado información en otra nota de la memoria, así como su posible impacto financiero, siempre que esta información sea significativa y de ayuda para la determinación de la posición financiera de la empresa"; y, por último la norma 12.^a sobre operaciones con partes vinculadas, que en el presente supuesto que contemplamos se da entre Gravitass Inversiones S.L. como socio administrador de Gravitass Gestión Suelo S.L., el socio aportante, aquí recurrente. El apartado segundo de la referida norma señala: "La empresa facilitará información suficiente para comprender las operaciones con partes vinculadas que haya efectuado y los efectos de las mismas sobre sus estados financieros, incluyendo, entre otros, los siguientes aspectos: a) Identificación de las personas o empresas con las que se han realizado las operaciones vinculadas [...]».

c) Por lo expuesto, resulta con claridad que la sentencia 589/2014, de 3 de noviembre, invocada por los recurrentes, tuvo en cuenta la aportación del inmueble por parte del padre de los recurrentes a Gravitass Gestión Suelo S.L., así como la obligación que se asumió de entregarle en contraprestación 4,8 viviendas resultantes de la promoción, a efectos de reflejar en el balance y en la memoria de la sociedad el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad, atendiendo, como dice la propia sentencia, a la realidad económica y no a su forma jurídica, de acuerdo con las normas de contabilidad.

Este pronunciamiento y las razones por las que se hizo no son determinantes de la calificación jurídica del contrato celebrado el 31 de julio de 2007 entre el padre de los demandantes ahora recurrentes e Inversiones Gravitass S.L. La denominada permuta de solar por obra futura es una operación económica y no un modelo de contrato, pues puede articularse por las partes con estructuras jurídicas diferentes, incluido un contrato de sociedad (como fue, por ejemplo, el caso que dio lugar a la sentencia de esta sala 332/1988, de 26 de abril, que se ocupó de los problemas surgidos durante la liquidación de una sociedad creada con la aportación del solar por un socio y del trabajo constructivo por otro, con adjudicación de pisos y reparto de beneficios).

La sentencia 589/2014 no reprochó que el contrato se estructurara como se hizo y que se aumentara el capital de la sociedad por la aportación del solar, sino que lo que reprochó fue que en las cuentas anuales de la sociedad no se reflejara esa realidad y la obligación de entregar el futuro los inmuebles al socio aportante del solar.

No decimos ahora que el contrato de 31 de julio de 2007 por el que las partes acordaron realizar esa aportación sea una sociedad, sino que la sentencia 589/2014, de 3 de noviembre, se limitó a decir, por las razones expuestas, que el inmueble aportado constituía el único elemento patrimonial de la compañía y no debía omitirse en las cuentas de la sociedad, por lo que no es posible concluir que tal sentencia contenga un pronunciamiento o un razonamiento del que se haya apartado la ahora recurrida ni que, por tanto, se haya infringido el art. 224.3 LEC.

TERCERO.- Recurso de casación

1.- *Formulación del motivo primero*. El motivo denuncia «infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso. Nos referimos a las consideraciones realizadas, como *ratio decidendi*, en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, y al pronunciamiento acerca de la naturaleza jurídica de la estipulación de 31 de julio de 2007 como pretendido contrato de sociedad civil». A continuación enumera la infracción del art. 1665 CC, por indebida aplicación, e infracción por errónea aplicación, de los arts. 1281 y 1258 CC.

En el desarrollo del motivo se alega que el documento de 31 de julio de 2007 no recoge un contrato de sociedad civil sino una permuta, con obligaciones sinalagmáticas asumidas por las partes. Dice que así resulta de la propia literalidad del contrato y de que no existió *affectio societatis* y explica que la adquisición de las participaciones en la sociedad respondía, además de a razones fiscales, a una finalidad de garantía respecto de la entrega de bienes que llevaba a cabo el Sr. Carlos Francisco. Añade que las partes no tenían la intención de que el Sr. Carlos Francisco se convirtiera en promotor, en socio de la promoción que participara en los beneficios y pérdidas de la misma, sino solo que recibiera las viviendas comprometidas a cambio de la entrega del solar de su propiedad. Explica que así lo confirma el que una vez construidas y entregadas las viviendas se preveía la reducción del capital y la desaparición de las participaciones. Añade que el contrato lo suscribieron un promotor con una persona de edad avanzada ajena al mundo de la construcción y que la interpretación de que es un contrato de sociedad es contraria a la buena fe y a los arts. 1282, 1288 y 1289 CC.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.



2.- Desestimación del motivo primero . En la interpretación del contrato en sentido amplio, es decir, para la interpretación de la voluntad de las partes y la calificación del contrato, es preciso buscar la intención común y el propósito negocial querido por las partes y valorar en qué tipo de contrato encaja el acuerdo vinculante alcanzado, en función precisamente del propósito empírico querido por las partes. En el presente caso parece evidente que la operación a la que se refiere el contrato suscrito el 31 de julio de 2007 entre D. Carlos Francisco (propietario del solar) y la sociedad promotora (Inversiones Gravitas S.L.) responde a la causa propia de una permuta de solar por obra futura que se articuló mediante la aportación de la finca por parte de D. Carlos Francisco a otra sociedad, Gravitas Gestión Suelo S.L., de la que hasta entonces Inversiones Gravitas S.L. era único socio, a cambio de lo cual D. Carlos Francisco recibió unas participaciones en Gravitas Gestión Suelo S.L., participaciones que serían amortizadas cuando le fueran adjudicadas a D. Carlos Francisco las viviendas descritas en el contrato.

En realidad, las partes (propietario del solar y promotora) pretendían un intercambio de prestaciones (solar por obra futura) y toda la operación societaria relacionada con la sociedad Gravitas Gestión Suelo S.L. respondía a una finalidad de garantía de los derechos del propietario del solar. La continua referencia a la permuta que se contiene en el documento y el hecho de que se previera la amortización de las participaciones adjudicadas a D. Carlos Francisco cuando recibiera las viviendas que le correspondían refuerzan esta interpretación.

Literalmente, la sentencia recurrida, confirmando el criterio del juzgado, califica el contrato como contrato de sociedad. Pero sucede más bien que lo hace refiriéndose en conjunto a la operación articulada por las partes y, más concretamente, a la ampliación y reducción de capital de Gravitas Gestión Suelo S.L. Lo cierto es que, tras esa calificación inicial que se hace en la instancia, todos los problemas analizados se resuelven atendiendo a la reciprocidad de las prestaciones intercambiadas por las partes. Es decir, como si la calificación del contrato fuera la de permuta.

La propia parte recurrente, en el desarrollo del motivo segundo del recurso de casación, tras reprochar a la sentencia recurrida que se limitara a confirmar la interpretación contractual realizada por el juez de primera instancia dice algo que es verdaderamente decisivo para desestimar este motivo del recurso: «Es reconfortante que cuando la Sentencia tiene que entrar en el análisis de los problemas fundamentales de la relación contractual, y por lo tanto, cuando tiene que analizar si el objeto está determinado o no, vuelva al terreno de la permuta y lo que analiza es si la obligación de entrega de 5 viviendas por parte del adquirente del terreno es compatible, en términos de determinación de su objeto, con lo dispuesto en el art. 1273 CC . Por lo tanto, a los propios términos de la Sentencia recurrida debemos remitirnos en el reconocimiento manifiesto de estamos ante una permuta y no ante otro tipo de negocio jurídico». Y más adelante, dice la propia recurrente: «Vuelve a ser llamativo que la sala apele a la cosa futura porque con ello vuelve a asumir que estamos ante una permuta. Si nos encontrásemos ante una sociedad -civil o mercantil-, nada habría quedado para el futuro, porque el contrato de sociedad se determina absolutamente en el momento de su celebración con la voluntad concorde y las aportaciones de las partes, y aquél está determinado con independencia del buen fin o no, de la industria que se pretende desarrollar» (folios 33 y 34 del recurso).

De modo parecido, la propia parte recurrente, en el desarrollo del motivo tercero del recurso de casación, pone de manifiesto que, al analizar si ha habido incumplimiento contractual, la sentencia recurrida, tras calificar el contrato como de sociedad, «se contradice, por cuanto asumiendo que estamos ante una permuta, lo que hace es analizar las razones del incumplimiento de las obligaciones esenciales que incumben al promotor» (folio 41 del recurso).

En definitiva, las afirmaciones de la sentencia recurrida acerca de que el documento de 31 de julio de 2007 recoge un contrato de sociedad no son decisivas para la solución de los problemas que se plantean y que son resueltos por la sentencia como si de un contrato de permuta se tratara. Así sucede en el análisis de la determinación del objeto del contrato, considerando como tal los pisos que debía recibir D. Carlos Francisco , así como en el análisis de la procedencia de resolución del contrato por incumplimiento conforme al art. 1124 CC , que carecería de sentido si no se considerara que estamos ante un contrato sinalagmático.

Por tanto, con independencia de la incorrección de las afirmaciones de la sentencia recurrida acerca de que el contrato es de sociedad, lo cierto es que resuelve los problemas atendiendo a la verdadera naturaleza de permuta del contrato, y no funda sus decisiones en la aplicación de ninguna de las normas propias del contrato de sociedad, por lo que el motivo debe ser desestimado.

3.- Formulación del motivo segundo . El motivo denuncia «infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Nos referimos a las consideraciones realizadas en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, y al pronunciamiento acerca de la nulidad de la estipulación de 31 de julio de 2007. Todo ello por infracción del art. 1273 CC y jurisprudencia emitida por la Sala Primera del Tribunal



Supremo en interpretación y aplicación del mismo e infracción por indebida inaplicación del art. 3 de la Ley 23/2001 ».

En el desarrollo del motivo se alega que no estaban determinadas las viviendas que debía recibir D. Carlos Francisco (localización, calidades, equipamientos) por lo que procede la declaración de nulidad por indeterminación del objeto (art. 1273 CC) y, puesto que el contrato contiene obligaciones recíprocas, la nulidad por falta de causa (art. 1274 CC).

En el recurso se menciona como infringido el art. 3 de la ley catalana 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, que impone un contenido mínimo en los contratos. De conformidad con lo dispuesto en el art. 10.5.II CC , esta ley no es aplicable al contrato litigioso, puesto que el inmueble está en la provincia de Huesca, por lo que en el análisis del motivo nos centraremos en el art. 1273 CC .

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

4.- Desestimación del motivo segundo . Para que haya contrato debe haber objeto cierto que sea materia del contrato (art. 1261 CC), pero la indeterminación no es un obstáculo para que exista el contrato si el objeto es determinable sin necesidad de un acuerdo (art. 1273 CC). Lo que la ley exige, para que haya contrato, es que el acuerdo de las partes sobre los elementos esenciales para cada tipo de contrato sea suficiente. En particular, se excluye que puedan ser considerados contratos aquellos acuerdos tan imprecisos e indeterminados que requieran un nuevo acuerdo para que pueda entenderse que existe vinculación, así como aquellos en los que una de las partes puede fijar de modo arbitrario su contenido (art. 1256 CC). Pero si las partes desean vincularse no debe excluirse que exista contrato, aunque en ese momento no puedan fijar todos los detalles de sus prestaciones. Incluso en el caso de que las partes no se pusieran de acuerdo con posterioridad en la concreción de los elementos pendientes o el tercero al que hubieran encomendarlo hacerlo no lo determinara, la existencia y validez del contrato no se vería afectada si hay algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

Reglas semejantes están recogidas en las propuestas más modernas del Derecho de contratos, como el art. 2.103 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, el art. 2.1.14 de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, el art. II-4:103 de los Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo (el Marco Común de Referencia), el art. 30.1.c) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo , relativo a una normativa común de Compraventa Europea y, entre nosotros, en el art. 1242 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Comisión General de Codificación y en el art. 522-4 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En esta línea, y en particular para los contratos de permuta de solar por obra futura, la sentencia de esta sala 196/2010, de 13 de abril , declaró que:

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

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

Aplicando esta doctrina al presente caso, el motivo debe ser desestimado. Puesto que en el contrato se fijaron criterios que permitían concretar las viviendas que debían ser objeto de entrega una vez terminada la construcción, el objeto era determinable y no puede decirse que adoleciera de una indeterminación susceptible de dar lugar a la nulidad de la obligación de una de las partes y, en consecuencia, del contrato. Al entenderlo así la sentencia recurrida su razonamiento es correcto y debe ser confirmada.



5.- Formulación del motivo tercero . El motivo denuncia «infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso. Nos referimos a las consideraciones realizadas en los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la sentencia en la manifestación de inexistencia de incumplimiento resolutorio de la estipulación de 31 de julio de 2007, todo ello articulado con carácter subsidiario a la declaración de nulidad a la que se refiere el anterior motivo de casación. Infracción del art. 1124 CC y jurisprudencia dictada en ejecución del mismo».

En el desarrollo del motivo se explica que la sentencia aplica incorrectamente la doctrina jurisprudencial sobre el art. 1124 CC y trata con extraordinaria benevolencia al incumplidor. Dice que las viviendas no han sido entregadas, que la demandada no ha constituido la garantía pignoratícia a que se refiere el apartado III del contrato de 31 de julio de 2007 y que ha constituido un gravamen sobre el solar que a su vez pende sobre las propias viviendas. Razona que se trata de un incumplimiento esencial e imputable a la parte demandada.

6.- Desestimación del motivo tercero . El motivo solo podría admitirse si se cambiaran los hechos probados, pues la sentencia recurrida expresamente declara probados unos hechos reveladores de que no ha habido incumplimiento contractual. Literalmente, puede leerse en la sentencia:

«Según la apelante el plazo para la finalización de las obras terminaba en octubre de 2009, porque éste se iniciaba el 23 de noviembre de 2007 fecha de concesión de la licencia. Pero no se puede hablar de incumplimiento con el alcance que se pretende mediante el recurso por cuanto 1) la autorización de la Alcaldía de 03-04-2008 permite el inicio de las obras a partir del 14-04-2008 (Doc. 24 de la demanda), 2) el certificado de final de las obras es de 13 de octubre de 2010 (fs 941 y 942), 3) la licencia de primera ocupación se solicita el 10 de diciembre de 2010, mediante resolución de la Alcaldía de fecha de fecha 16 de febrero de 2011 se resuelve conceder la licencia de primera ocupación (fs. 820 a 822), suscribiéndose asimismo la póliza de seguro decenal con efectos desde el 13 de octubre de 2010. y) no es superfluo: el 3 de febrero de 2011 se presenta la primera de las demandas.

»En lo que concierne a la falta de pignoración invocada, mediante Junta General de Socios de "Gravitas Gestión Suelo" de 15 de septiembre de 2009, en las que también asisten, los señores Jose Francisco y Carlos Francisco , el Presidente Sr. Abel indica "respecto a la pignoración de participaciones, con independencia de lo que pretende la representación de D. Carlos Francisco , en modo alguno implica la pérdida de los derechos políticos, si no se establece de forma taxativa. En cuanto a la pignoración no hay inconveniente, como se ha dicho en repetidas ocasiones en establecer día y hora para su constitución, y dar fiel cumplimiento a lo que las partes firmaron, sin ninguna reticencia". Adviértase que la contraparte interesaba la pignoración de las acciones con derecho a voto, lo que implicaba que la garantía dejaba el total poder de decisión respecto de la marcha de las obras en manos de la contraparte.

»Por lo que respecta al gravamen del solar tiene como finalidad obtener la correspondiente financiación, sin que ello esté vedado en ninguno de los contratos obrantes en las actuaciones».

7.- Formulación del motivo cuarto . El motivo denuncia «infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso. Nos referimos a las consideraciones realizadas en el fundamento de derecho sexto de la sentencia, como *ratio decidendi* , en la manifestación de inexistencia de mala fe por parte de los demandados. Todo ello por infracción del art. 1258 CC y jurisprudencia dictada en interpretación y aplicación del mismo».

En el desarrollo del motivo se explica que los demandados obraron de mala fe, que así se alegó en la demanda y en la apelación y que la sentencia recurrida realiza una exposición de la doctrina jurisprudencial sobre los arts. 7 y 1258 CC sin conectarla con los elementos concretos de mala fe denunciados en el caso. Añade que la sentencia reconoce que, al hipotecar el solar, los demandados violaron los vínculos obligacionales existentes, pero desestima el motivo referido a la buena fe y al incumplimiento. Afirma que la sentencia se refiere únicamente a la ausencia de mala fe del banco, que aparte de no ser lo invocado por la demandante en su recurso de apelación, también sería discutible, dado que la entidad no ignoraba la situación económica de la hipotecante y la situación a que se abocaba con el préstamo hipotecario.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

8.- Desestimación del motivo cuarto . De la extensa reproducción jurisprudencial que sobre la buena fe contiene la sentencia recurrida resulta que la mala fe hay que probarla, lo que la recurrente no habría hecho. Por otra parte, no se alcanza a comprender la finalidad que se persigue con la denuncia de infracción del art. 1258 CC pues, dando por supuesta la mala fe de los demandados, que como se ha dicho no ha quedado acreditada en la instancia, el recurso tampoco explica las consecuencias que se derivarían del recurso a la buena fe como mecanismo de integración del contrato.



9.- Formulación del motivo quinto. El motivo denuncia «infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Nos referimos a la nulidad de la estipulación de 15 de julio de 2011. Infracción por inaplicación del art. 1208 CC ».

En el recurso, la recurrente, expresamente declara que no valora ahora la existencia de facultades por parte del albacea para negociar y alcanzar el acuerdo a que se refiere el documento de 15 de julio de 2011, por lo que solo es objeto del recurso la infracción del art. 1208 CC . En el desarrollo del motivo se explica: que la celebración del acuerdo de 15 de julio de 2011 por parte del albacea para poder ejecutar el acuerdo de 31 de julio de 2007 determina la nulidad de este último acuerdo, por aplicación del art. 1273 CC ; que, en consecuencia, puesto que el acuerdo de 15 de julio de 2011 es una novación del de 31 de julio de 2007, si este es nulo también lo será el de 15 de julio de 2011, por aplicación del art. 1208 CC , conforme al cual la novación es nula si lo fuere la obligación primitiva. Insiste en que, además, la negociación se ha hecho de mala fe y en perjuicio de los demandantes.

Procede desestimar el motivo por la razón que exponemos a continuación.

10.- Desestimación del motivo quinto . Puesto que, como hemos explicado al desestimar el motivo segundo del recurso de casación, el contrato de 31 de julio de 2007 no es nulo por indeterminación del objeto, falla el presupuesto en el que se funda el motivo quinto, por lo que también debe ser desestimado.

11.- Formulación del motivo sexto . El motivo denuncia «infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Nos referimos a las consideraciones que con el carácter de *ratio decidendi* , se llevan a cabo en el fundamento de derecho undécimo de la sentencia. Todo ello, por infracción del art. 1124 CC en relación con el incumplimiento de la estipulación de 15 de julio de 2011, y doctrina jurisprudencial dictada en aplicación del mismo».

En el desarrollo del motivo señala que no se ha cumplido la obligación principal del promotor y que algunos de los inmuebles que deberían entregarse a los herederos están embargados por el BBVA con ocasión de un procedimiento de ejecución de títulos no judiciales. Con cita de la sentencia de esta sala 589/2014, de 3 de noviembre reitera que la obligación del promotor era la de entregar las viviendas libres de cargas y que ello no es posible porque fueron hipotecadas y que la sociedad ahora, por su situación patrimonial, no está en situación de adquirir sus acciones.

Procede desestimar el motivo por la razón que exponemos a continuación.

12.- Desestimación del motivo sexto . El motivo solo podría admitirse si se cambiaran los hechos probados, pues la sentencia recurrida expresamente declara probados unos hechos reveladores de que no ha habido incumplimiento contractual. Literalmente dice:

«El contrato no se incumple. El 4 de marzo de 2011 BBVA libera de la hipoteca garante del préstamo las plazas de aparcamiento NUM005 , NUM002 , NUM006 , NUM004 , y los trasteros NUM005 , NUM002 , NUM006 y NUM004 del NUM007 , la vivienda planta NUM008 puerta NUM000 , la vivienda planta NUM008 puerta NUM001 , la vivienda puerta NUM000 planta NUM002 y la vivienda planta NUM003 puerta NUM005 (fs. 869 y ss.). El 20-12-11 el albacea y la promotora acuerdan "posponer la formalización de la compraventa de las acciones y amortización de las mismas mediante la transmisión de los inmuebles hasta el 16 de enero de 2012" (f. 226) y las mismas partes el 7 de febrero de 2012 acuerdan otra prórroga hasta el 30 de abril de 2012 "con el objeto de facilitar la venta de los apartamentos adjudicados a la Herencia Yacente" (f. 227). A f. 2028 obra requerimiento del promotor al albacea el 2 de abril de 2012 "para llevar a cabo la formalización de la compraventa de las participaciones y amortización de las mismas mediante la transmisión de los inmuebles", con todo, la segunda de las demandas se presenta el 2 de abril de 2012».

13.- Formulación del motivo séptimo . El motivo denuncia «infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Nos referimos a las consideraciones que con el carácter de *ratio decidendi* , se llevan a cabo en el fundamento de derecho duodécimo de la sentencia. Todo ello, por infracción del art. 394 LEC ». En el desarrollo del motivo impugna la imposición de costas en las instancias.

Procede desestimar el motivo por la razón que exponemos a continuación.

14.- Desestimación del motivo séptimo . El motivo no solo carece de fundamento por lo que razona, puesto que la sentencia aplica correctamente el art. 394 LEC , sino que, sobre todo, no se funda en la infracción de normas aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso, motivo único del recurso de casación (art. 477.1 LEC), por lo que incurre en causa de inadmisibilidad que ahora es causa de desestimación.

CUARTO.- Costas y depósitos



- 1.- Desestimados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, se imponen a la parte recurrente las costas generadas por ambos recursos.
- 2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.ª Raquel , D. Damaso , D. Florentino y D.ª Agustina contra la sentencia dictada con fecha 30 de septiembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoséptima), en el rollo de apelación n.º 652/2013 , dimanante del procedimiento ordinario n.º 117/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona.

2.º- Imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENTRAL