

Roj: STS 4041/2011  
Id Cendoj: 28079110012011100374  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1988/2007  
Nº de Resolución: 479/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Junio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 556/05 , seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Fuengirola; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **don Inocencio** , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel de la Misericordia García; siendo parte recurrida la entidad **Promocru, S.L.** , representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Mercedes Blanco Fernández. Autos en los que también ha sido parte don Santiago que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de la entidad Promocru, S.L. contra don Inocencio y don Santiago .

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara *"... Sentencia por la que con íntegra estimación de esta demanda declare resuelto el contrato de compraventa habido entre las partes el 4 de Diciembre de 2002, por incumplimiento en la obligación de pago por parte de los compradores, hoy demandados, con los demás efectos y pronunciamientos legalmente inherentes a tal declaración, entre ellos el de la pérdida por la parte compradora-demandada y de hacer suyo la vendedora-actora el importe del veinticinco por ciento del total de las cantidades recibidas a cuenta en concepto de daños y perjuicios pactados a tanto alzado; condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones. Con costas..."*

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Inocencio contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, *"... se dicte sentencia desestimando íntegramente los pedimentos de la actora y se absuelva a mi mandante con expresa imposición, en todo caso, de costas a la parte actora, solicitando subsidiariamente para el supuesto que sean estimada total o parcialmente la pretensión de la parte demandante, que la pena convencional sea jurisdiccionalmente moderada en función de los hechos relatados y que se acrediten durante el trámite del procedimiento."*

3.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 27 de septiembre de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLO: Que estimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Martínez Muñoz, en nombre y representación de la mercantil Promocru SL, contra D. Inocencio , representado por la Procuradora Sra. Huescar Durán, debo Declarar y Declaro resuelto el contrato de compraventa de 4 de diciembre de 2002, por incumplimiento de la obligación de pago del expresado*

*comprador, declarando en concepto de daños y perjuicios ocasionados la pérdida del comprador del veinticinco por ciento del total del precio hasta la fecha, debiendo ser condenado el referido demandado a estar y pasar por la anterior declaración, y todo ello con condena en costas.- Que desestimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Martínez Muñoz, en nombre y representación de la mercantil Promocru, SL, contra D. Santiago, debo Absolver y Absuelvo al referido demandado de las pretensiones dirigidas en su contra y ello sin imposición de costas."*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación don Inocencio y don Santiago, y sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2007, cuyo Fallo es como sigue: *"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por las Procuradoras de los Tribunales Sras. Huéscar Durán y Martín Jiménez en la representación que respectivamente ostentan de D. Inocencio y D. Santiago, frente a la sentencia de 27 de septiembre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Cuatro de Fuengirola, por la que estimándose la demanda formulada por la entidad mercantil Promocru S.L. contra ambos declara resuelto el contrato de compraventa de 4 de diciembre de 2002, suscrito por D. Inocencio y D. Santiago por incumplimiento de la obligación de pago del primer comprador, declarando en concepto de daños y perjuicios ocasionados la pérdida del 25% del total del precio abonado hasta la fecha por el primero, debiendo de ser condenado dicho demandado a estar y pasar por dicha declaración y al abono de las costas, desestimando la demanda formulada contra D. Santiago, al que absuelve de las pretensiones formuladas en su contra, sin imposición de costas; y consiguientemente debemos de confirmar y confirmamos la sentencia de instancia en su integridad. - Respecto de las costas procesales de esta segunda instancia procede imponérselas a los recurrentes."*

**TERCERO.-** El Procurador don Carlos González Olmedo, en nombre y representación de don Inocencio, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Audiencia Provincial de Málaga fundado en los siguientes motivos: 1) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de lo dispuesto en los artículos 459 y 12.2 de la misma Ley al no haber sido apreciada la situación de litisconsorcio pasivo necesario; y 2) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.3º y 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por falta de admisión de prueba en segunda instancia con infracción de lo dispuesto en el artículo 460.2 de la misma Ley.

Por su parte el recurso de casación, formulado al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene fundamentado en los siguientes motivos: 1) Infracción de los artículos 1100, 1224 y 1504 del Código Civil; y 2) Infracción de lo dispuesto en el artículo 1256 del mismo código.

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 19 de mayo de 2009 por el que se acordó admitir ambos recursos, así como que se diera traslado de los mismos a la parte recurrida, Promocru S.L., que se opuso a los mismos representada por la Procuradora doña Mercedes Blanco Fernández.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 8 de junio de 2011, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller**,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La cuestión planteada en el proceso, y en consecuencia en el presente recurso, se refiere a la resolución de un contrato celebrado entre las partes en fecha 4 de diciembre de 2002, novado el 22 de junio de 2005, por el cual la actora Prodocru S.L. vendía a los demandados don Inocencio y don Santiago, que posteriormente se apartó del contrato a favor del otro comprador, un total de veinticinco plazas de garaje en el Edificio Cine de la calle Oviedo de Fuengirola; resolución que la parte actora fundamenta en el incumplimiento por la compradora de los compromisos de pago asumidos, haciendo suyo la vendedora el importe del veinticinco por ciento del total de las cantidades recibidas a cuenta, en concepto de daños y perjuicios pactados, interesando que se condenara a los demandados a estar y pasar por todo ello así como al pago de las costas.

Los demandados se opusieron a tales pretensiones y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Fuengirola dictó sentencia de fecha 27 de septiembre de 2006 por la cual estimó íntegramente la demanda acogiendo la totalidad de las pretensiones de la parte actora respecto del demandado don Inocencio, condenándole al pago de las costas, mientras que desestimó la demanda en cuanto al codemandado don Santiago, sin especial declaración sobre costas causadas por el mismo.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por ambos demandados y la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª) dictó sentencia de fecha 17 de julio de 2007, por la que desestimó ambos recursos con imposición de costas a los recurrentes.

Contra dicha sentencia ha recurrido por infracción procesal y en casación el demandado don Inocencio.

**SEGUNDO.-** La sentencia impugnada confirma la estimación de la demanda acordada por la de primera instancia fundándose, en síntesis, en el hecho de que las obligaciones contenidas en el contrato de fecha 4 de diciembre de 2002 fueron objeto de novación mediante nuevo acuerdo de fecha 22 de junio de 2005, afectando al calendario de pagos, la forma de pago y la resolución del contrato. Mediante el citado acuerdo, tras certificar el Arquitecto Director de la obra que "se han corregido las circunstancias que provocaron la aparición de aguas subterráneas, que el sótano es estanco tal y como se había proyectado y que la estimación de la finalización de la totalidad de las obras se sigue estimando para mayo de 2006", se llega al acuerdo de novar de forma expresa el contrato de 4 de diciembre de 2002 por otro suscrito en esa fecha y en el que se estipula, en lo que aquí interesa, que se entregan 26.000 €, dándose carta de pago de su abono en ese momento y se acuerda librar doce letras de cambio, aceptadas por ambos compradores, con vencimientos mensuales desde el 20 de julio de 2005 hasta el 20 de junio de 2006, se pacta que la condición resolutoria que se contiene en el contrato de 4 de diciembre de 2002 se mantiene adaptándose a que si no es satisfecha cualquiera de las indicadas letras, procederá la aplicación de la referida resolución y que en este supuesto se devolverá el dinero entregado menos el veinticinco por ciento en el que "alzadamente se acuerdan los daños y perjuicios derivados del incumplimiento". A ello añade que «*ha quedado acreditado que las letras se libraron y que a la fecha de vencimiento de las tres primeras los días 20 de julio, 20 de agosto y 20 de septiembre de 2005 no fueron atendidas ninguna de ellas por el librado D. Inocencio; ante dicha circunstancia la entidad actora vuelve a dirigir nuevo requerimiento al Sr. Inocencio el 9 de agosto de 2005 en el sentido de tener por resuelto el contrato de compraventa de 4 de diciembre de 2002, poniendo a su disposición el dinero entregado, excepto el 25% de indemnización de daños y perjuicios*». También se refleja que el Sr. Inocencio contestó oponiéndose al requerimiento porque no se habían cumplido ciertas exigencias, lo que la Audiencia no tiene en cuenta en tanto que ello no se llevó, como habría sido necesario, al documento novatorio de 22 de junio de 2005. Así concluye la Audiencia afirmando que «*es evidente que en aquél momento [el del requerimiento] hubo un incumplimiento por parte del comprador que justificaba la resolución del contrato de compraventa, aclarando que la resolución del contrato de compraventa se produjo en el momento en el que se efectuó el requerimiento, es decir en el mes de agosto de 2005, pues la sentencia sólo tiene un valor confirmatorio de aquella resolución*».

Teniendo en cuenta tales antecedentes, procede abordar ahora el estudio de los recursos planteados.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**TERCERO.-** Denuncia en primer lugar la parte recurrente la infracción por la Audiencia de lo dispuesto en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la apelación por infracción de normas o garantías procesales y sus requisitos, y del 12.2 de la misma Ley sobre la necesidad en el caso del litisconsorcio pasivo. Tales alegaciones han de ser rechazadas. La primera porque, pese a la invocación que hace la Audiencia de la falta de cumplimiento de requisitos procesales (artículo 459), entra a considerar la cuestión planteada y razona sobre la inexistencia de litisconsorcio necesario.

Como esta Sala ha declarado, entre las más recientes, en sentencia nº 670/2010, de 4 noviembre (Rec. 422/2007), para que concurra el litisconsorcio necesario, a tenor del artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso que por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, ya que, como sostiene la sentencia 266/2010, de 4 mayo, con cita de las de 16 diciembre 1986, 28 diciembre 1998 y 28 junio 2006 «*se exigen conjuntamente como requisitos para la existencia de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, los siguientes: a) Nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; b) Que ese nexo, sea inescindible, homogéneo y paritario; y c) Que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor*»; y añade lo siguiente: «*la característica del litisconsorcio pasivo necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, entonces la intervención del tercero en el litigio podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa...*».

Este es el supuesto ahora presente. Es cierto que don Inocencio y don Santiago cedieron sus

derechos sobre una plaza de garaje de las compradas a Promocru S.L., a cambio de un precio, a doña Ascension , mediante documento de fecha 21 de febrero de 2003 firmado por Promocru S.L., pero del contenido del mismo no se deduce que se estableciera relación jurídica alguna entre la promotora y la cesionaria, pues sólo se comprometía la primera a otorgar en su día la escritura pública correspondiente a la venta de esa plaza de garaje figurando la segunda como compradora, quedando todo ello sujeto a la entrega por parte de los cedentes a la cesionaria de un documento expreso de aceptación de la cesión por parte de Promocru S.L., que no consta entregado, ignorándose incluso -dado el tiempo transcurrido- si la cesión entonces operada mantuvo su vigencia.

La sentencia 643/2000, de 27 junio, recuerda cómo esta Sala siempre destacó que no basta la existencia de un mero interés en el resultado del litigio para que haya que demandar a todos los que acrediten el mismo, pues es un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario - sentencias de 4 de octubre de 1989 , 26 de marzo de 1991 y 25 de febrero de 1992-. Por su parte , la de 31 enero 1995 , afirma que es doctrina jurisprudencial, reiterada y constante, que no son litisconsortes necesarios aquellos que se vean afectados por la sentencia que se dicte de modo indirecto, reflejo o prejudicial.

**CUARTO.-** El segundo motivo por infracción procesal se formula por la vía del *artículo 469.1, apartados 3º y 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y denuncia la falta de admisión de un documento relevante aportado en segunda instancia y que consiste en el acta levantada por el Notario de Fuengirola Sr. Martín Mayoral en fecha 20 de octubre de 2006 a los efectos de acreditar el estado de las obras y la falta de entrega de los inmuebles.

El motivo se desestima ya que la prueba es irrelevante pues, como dijo la Audiencia, la resolución del contrato ya se había producido por incumplimiento de la parte compradora en cuanto al pago del precio según los plazos estipulados y de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 1504 del Código Civil* ; habiéndose formulado el requerimiento resolutorio con fecha 9 de agosto de 2005. En consecuencia, a partir de tal fecha el contrato quedó ineficaz y la entidad vendedora quedó libre de sus obligaciones.

Esta Sala ha precisado en sentencia núm. 192/2010, de 25 marzo , que para que la denegación de prueba tenga trascendencia a los efectos del recurso extraordinario por infracción procesal es preciso que la decisión se haya traducido en indefensión efectiva para la parte proponente, lo que no cabe sostener cuando el medio no admitido no era decisivo, esto es, cuando de haberse practicado carecería de influencia en la resolución del conflicto - sentencias de 11 de julio de 2.005 y 5 de enero de 2.006 y las que en ellas se citan -.

#### **Recurso de casación**

**QUINTO.-** Se denuncian como infringidos los *artículos 1101, 1124 y 1504 del Código Civil* , por un lado, y el *artículo 1256 del mismo código* , por otro, reiterando la excepción "non adimpleti contractu" en el sentido de que dicha excepción ha de prosperar si alguna de las partes pretende exigir de la otra el cumplimiento o, en este caso, la resolución del contrato de compraventa, sin ofrecer la realización de la prestación debida por su parte.

El motivo ha de ser rechazado. Las partes son libres a la hora de regular sus obligaciones contractuales (*artículo 1255 del Código Civil* ) así como el tiempo en que han de ser cumplidas, y en el presente caso los contratantes, al proceder a la novación del contrato mediante documento suscrito el 22 de junio de 2005, comenzaron por establecer unas obligaciones mensuales de pago por parte de los compradores mediante letras de cambio, que no fueron cumplidas, lo que dio lugar al requerimiento resolutorio por parte de la vendedora, según lo expresamente estipulado en el indicado documento; momento a partir el cual, habiéndose declarado justificada la resolución -como ya se ha reiterado- dejó de existir la obligación de la promotora respecto de los compradores y, en consecuencia, no cabe imputarle incumplimiento alguno de conformidad con lo dispuesto en los artículos que se citan ni puede haber sido conculcado el *artículo 1256 del Código Civil* , ya que de ninguna forma quedó la validez y el cumplimiento la obligación al arbitrio exclusivo de la demandante Promocru S.L.

**SEXTO.-** Procede por ello la desestimación de ambos recursos con imposición al recurrente de las costas causadas por los mismos (*artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ).

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

**FALLAMOS**

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar** a los recursos **extraordinario por infracción procesal** y de **casación** interpuestos por la representación procesal de **don Inocencio** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª) de fecha 17 de julio de 2007 en Rollo de Apelación nº 257/2007 , dimanante de autos de juicio ordinario número 556/2005 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Fuengirola, en virtud de demanda interpuesta por **Promocru S.L.** contra el hoy recurrente y otro, la que **confirmamos** con imposición a la parte recurrente de las costas causadas por los referidos recursos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesus Corbal Fernandez.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.