



Roj: STS 1901/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100179  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 223/2009  
Nº de Resolución: 151/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación e infracción procesal contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 434/2008 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm 34/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Oviedo, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don ENRIQUE A. TORRE LORCA en nombre y representación de doña Rebeca y don Ismael , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don ANTONIO PIÑA RAMÍREZ en calidad de recurrente y el procurador don ANTONIO MARÍA ALVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS en nombre y representación de FONTELA GESTIÓN Y EDIFICACIÓN S. A., en calidad de recurrido y en sucesión procesal de PROMOCIONES JOVE S. A. acreditando documentalmente la absorción de esta sociedad la personada.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** La procuradora doña LAURA FERNÁNDEZ MIJARES SÁNCHEZ, en nombre y representación de PROMOCIONES JOVE S. A. interpuso demanda de juicio ordinario en solicitud de elevación a escritura pública del contrato privado de fecha 12 de marzo de 2004, contra Dña. Rebeca y don Ismael y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en la que con íntegra estimación de la demanda se condene a los demandados doña Rebeca y don Ismael a elevar a escritura pública el documento privado firmado el día 12 de marzo de 2.004 entre las partes demandante y demandados y ante el notario de elección de esta parte y con entrega de forma simultánea a la firma de la escritura pública del resto del precio pendiente de pago y con expresa condena en costas a los demandados.

**2.-** El procurador don ENRIQUE A. TORRE LORCA, en nombre y representación de don Ismael , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestime íntegramente la demanda planteada por la entidad Promociones Jove, S. A. contra mi representado y lo absuelva de las pretensiones contra él deducidas; con la imposición y condena de las costas de este proceso a dicha demandante. El mismo procurador se persona posteriormente, dentro de plazo, en nombre y representación de doña Rebeca , contestando a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y suplicando al juzgado que en su día dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda planteada por la entidad Promociones Jove, S. A. contra mi representada y la absuelva de las pretensiones contra ella deducidas; con la imposición y condena de las costas de este proceso a dicha demandante.

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 29 de julio de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue:

**FALLO:** *Estimo íntegramente la demanda formulada por PROMOCIONES JOVE S. A. representada por la Procuradora doña LAURA FERNÁNDEZ-MIJARES SÁNCHEZ y asistida por el Letrado don ÁNGEL*

GARRIDO FERNÁNDEZ, frente a doña Rebeca Y don Ismael , representados por el Procurador don ENRIQUE A. TORRE LORCA y asistidos por el Letrado don MIGUEL RUIZ VÁZQUEZ y en su virtud:

1º.- Condeno a los demandados a elevar a escritura pública el documento privado firmado el día 12 de marzo de 2004 entre las partes, en un plazo máximo de noventa días naturales, ante el notario de elección de la actora, que deberá notificar con una antelación mínima de quince días naturales día, lugar, hora y Notaria, y con entrega de forma simultánea a la firma de la escritura pública por la actora del resto del precio pendiente de pago, debidamente actualizado conforme a lo previsto en el contrato.

2º.- Condeno a los demandados al pago de las costas.

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de los demandados, la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 3 de diciembre de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**.- *Desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Ismael y por doña Rebeca contra la sentencia dictada el veintinueve de julio de dos mil ocho por el Ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Oviedo , en los autos de los que el presente rollo dimana, la que se CONFIRMA en todos sus pronunciamientos. No procede hacer expresa declaración de las costas del recurso.*

**TERCERO** .- **1.-** Por doña Rebeca Y don Ismael se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, basado en los siguientes motivos:

1. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, infringiendo el art. 218.1 LEC , incurriendo en el vicio de incongruencia "extra petitum" que provoca la indefensión de los recurrentes con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, previsto en el art. 24.1 y 2 de la Constitución en su vertiente de derecho a obtener una resolución congruente con las pretensiones de las partes.

2. Igual infracción basada en el art. 218.2 LEC incurriendo en el vicio de incongruencia por falta de motivación y contradictoria decisión que provoca indefensión de los recurrentes con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, previsto en el art. 24.1 y 2 de la Constitución , en su vertiente de derecho a obtener una resolución congruente y ajustada a las reglas de la lógica y de la razón.

Igualmente los referidos interpusieron recurso de casación basado en:

1. Infracción, por no aplicación, de las normas contenidas en los arts. 1255 y 1258, en relación con los arts. 1278 y 1279 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

2. Infracción, por indebida aplicación, de las normas contenidas en los arts. 1278 y 1279 del C. Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

3. Infracción, por no aplicación, de las normas contenidas en los arts. 1281 y 1283 del C. Civil y la jurisprudencia que los interpreta.

4. Infracción, por indebida aplicación, de las normas contenidas en los arts. 1281.2 y 1282 del C. Civil y jurisprudencia que los interpreta.

5. Infracción, por no aplicación, de las normas contenidas en el art. 1261. En relación con el art. 397 del C. Civil y jurisprudencia que los interpreta.

6. Infracción, por no aplicación, de las normas contenidas en los arts. 1261.2 en relación con los arts. 1273 y 1445 del C. Civil y jurisprudencia que los interpreta.

7. Infracción, por errónea aplicación, de las normas contenidas en el art. 1271, párrafo primero, del C. Civil y la jurisprudencia que los interpreta, se interpone con carácter subsidiario con los motivos anteriores para el caso de que los mismos no sean estimados.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de mayo de 2010 se acordó admitir los recursos interpuestos de casación y extraordinario por infracción procesal y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don ANTONIO MARÍA ÁLVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS, en nombre y representación de la mercantil FONTELA GESTIÓN Y EDIFICACIÓN S. A., personada como sucesora procesal de PROMOCIONES JOVE S. A. por absorción de esta sociedad conforme lo acreditó en su momento, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día veintinueve de febrero del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- De lo actuado resulta acreditado que:

Con fecha 12 de marzo de 2004, PROMOCIONES JOVE, S. A. y doña Rebeca , a través de su representante, su nieto, don Carlos Alberto y don Ismael , de forma personal, suscribieron un contrato de compraventa con condición suspensiva de todos los derechos edificatorios y/o parcela/as que les correspondieran merced a sus derechos sucesorios en las herencias de sus abuelos maternos don Nazario y doña Eulalia y de los hijos de éstos don Cayetano y don Edmundo como herederos adjudicatarios de la también hija de aquéllos doña Purificación , pendientes de la oportuna partición, según señaló la sentencia dictada el 20 de abril 2001 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Oviedo, confirmada por otra de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de fecha 27 de febrero de 2002, dictada en los autos de juicio de menor cuantía 85/00, y tras su gestión por la correspondiente Junta de compensación de la Unidad de Gestión Loma del Canto, y una vez sea inscrito en el Registro de la Propiedad el Proyecto de Compensación debidamente aprobado por el Ayuntamiento de Oviedo, y que se concretan en una cuota o participación indivisa de 2/3 partes del 73,33 % sobre el único bien relicto de dicha herencia, que es el siguiente:

*Finca destinada a mata y labor llamada MONTE DE LOS PAPELINOS sita en el lugar de su nombre, parroquia de DIRECCION000 , concejo de Oviedo, que tiene una cabida de CIEN ÁREAS Y SESENTA Y CUATRO CENTIÁREAS, equivalente a ocho días de bueyes, Linda Norte, reguero y bienes de Jose Luis ; Sur, otros de Jesús María ; Este, más bienes de Adriano y camino servidero; Oeste, otros de Jose Luis .*

Sobre esta finca existe edificada UNA CASA compuesta de piso bajo y alto, que tiene seis y medio metros de frente por cinco de fondo y linda por todos sus lados con la finca en que se halla, con la que forma un único predio.

Esta finca está afectada por expediente municipal de expropiación número NUM000 , en cuanto a un trozo de terreno por el Este de 1.545 metros cuadrados, para obras de acondicionamiento y viales de acceso al campo de Rugby de Oviedo, (parcela nº NUM001 ), expropiación parcial que se encuentra actualmente en trámite y que reduce la extensión de la finca en la citada medida.

TITULO.-

Adquirió esta finca don Nazario , en estado de casado con doña Eulalia :

- a) El terreno, por compra a doña Marta , viuda de Viena.
- b) La casa por derecho de accesión.

Todo ello según consta en expediente posesorio aprobado por auto de fecha 30 de enero de 1904, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo , que causó en el Registro de la Propiedad núm. 1 de Oviedo la inscripción a que seguidamente se alude.

INSCRIPCIÓN.- Tomo NUM002 general del Registro de la Propiedad nº 1 de Oviedo, Libro NUM003 de Oviedo, finca NUM004 .

REFERENCIA CATASTRAL.-

a) El total del terreno (incluido el afectado por la expropiación) figura con el número NUM005 , con una superficie de 0,9699 Ha.

b) La casa con el número NUM006

CARGAS.- Libre de ellas.

2º.- Con fecha 1 de septiembre de 2006, la compradora, por conducto notarial, comunicó por carta a los vendedores el desistimiento de la condición suspensiva establecida en su favor y pactada en la cláusula segunda, en la que igualmente se convoca a los vendedores el día 20 de noviembre de 2006, a las 13 horas, en la Notaría de don Luis Alfonso Tejuca Pendás, para el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa.

Así en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato se establece la siguiente CONDICIÓN SUSPENSIVA:

"La validez del presente contrato queda supeditada a que sea aprobado e inscrito en el Registro de la Propiedad el proyecto de Compensación de la Unidad de Gestión denominada Loma del Canto; constituida por tanto la Junta de compensación y aprobado el Plan de Urbanización de tan reiterada Unidad de Gestión, que habrá de cumplirse en el plazo de treinta meses contados a partir de la fecha de la forma del presente documento", plazo que se prorrogaría automáticamente por doce meses más.

Transcurrido dicho plazo máximo, según la cláusula cuarta, si los compradores no hacían efectivo el precio y otorgaban la correspondiente escritura pública, la suma de 12.000 euros quedará en poder de la parte vendedora en concepto de arrendamiento.

No obstante, en la cláusula tercera del contrato, se establece: *En todo caso, la compradora podrá desistir en cualquier momento de la condición suspensiva antes citada, otorgando firmeza al presente contrato mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, de compraventa, ya haciéndose efectivo el pago del precio pactado, o en su caso, del precio actualizado en los términos antedichos.*

3º.- Con fecha 15 de noviembre de 2.006, don Ismael y doña Rebeca remitieron Burofax a Promociones Jove, en el que señalan lo siguiente:

"Muy Sr. Nuestro:

*Mediante la presente le comunicamos que no compareceremos en la fecha y hora indicadas, asimismo ponemos en su conocimiento la revocación de toda representación, poderes o facultades otorgados en su día ante Notario por lo que rogamos se abstengan de su uso o utilización a partir de la recepción de la presente.*

*Oviedo, 15 de noviembre de 2006."*

4º.- Con fecha 20 de noviembre de 2006, se levanta acta notarial en la que se refleja la comparecencia del legal representante de la promotora desde las 13 hasta las 14:15 horas, sin que por los vendedores se personara nadie.

5º.- En la cláusula primera de dicho contrato se fija el precio total de la compraventa en la cantidad de 680.300 euros; de los cuales, en concepto de pago a cuenta, se entrega en aquel acto a don Carlos Alberto un cheque por importe de 6.000 # y a don Ismael otro cheque por importe de 6.000 #, que hacen un total de 12.000 #, comprometiéndose a entregar la parte compradora el resto del importe del mencionado precio, esto es, 668.300 # en el momento de la firma de la escritura pública de venta.

*"No obstante lo anterior, la parte compradora abonará, en última instancia, pues la compraventa se realiza por unidad de medida, y no por cuerpo cierto; el precio resultante de aplicar a los metros cuadrados reales de superficie de la finca citada en el expositivo V de este contrato, determinados según medición topográfica, y reducida dicha superficie hasta la proporción que sobre la misma representan sus derechos sucesorios; esto es: 2/3 de un 73,33%. La resolución matemática de esta fórmula se realizará únicamente a efectos de determinar el precio de la compraventa sujeta a condición suspensiva".*

## **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL**

**SEGUNDO** .- *Motivo primero. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, infringiendo el art. 218.1 LEC, incurriendo en el vicio de incongruencia "extra petitem" que provoca la indefensión de los recurrentes con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, previsto en el art. 24.1 y 2 de la Constitución en su vertiente de derecho a obtener una resolución congruente con las pretensiones de las partes.*

*Se desestima el motivo.*

Entiende el recurrente que el litigio se centra en los derechos edificatorios y no los derechos sucesorios de los demandados, por lo que la sentencia recurrida y antes la de instancia habrían incurrido en incongruencia "extra petitem".

Si examinamos el contrato observamos que el antecedente octavo, obrante al folio 15, constan así:

*Que los derechos sucesorios en las sucesiones de D. Nazario y D<sup>a</sup>. Eulalia suman en conjunto dos terceras partes de una participación en el inmueble que se describe en el expositivo QUINTO de este documento de setenta y tres enteros y treinta y tres centésimas por ciento (es decir, 2/3 de un 73,33%).*

En el antecedente VII se mencionan las hijuelas.

En la cláusula primera se mencionan los derechos sucesorios.

En la cláusula segunda se menciona que se adquieren los derechos edificatorios que pudiesen corresponder a los vendedores merced a sus derechos sucesorios, en las sucesiones de sus abuelos maternos.

En la audiencia previa el actor se refiere constantemente a los derechos sucesorios que venden los demandados.

La parte demandada en la audiencia previa alegó que el inmueble de referencia era el único bien relicto de la herencia, que está indiviso.

La parte actora en la demanda se refiere a los derechos sucesorios de los demandados (folio 4, párrafo segundo).

De lo expuesto se deduce que la sentencia recurrida no incurre en incongruencia al tratar un tema que es esencial, al estar referido en el contrato, en la demanda y concretado en la audiencia previa.

Establece la jurisprudencia sobre la incongruencia que debe concurrir *desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes". Y tal como dicen las Sentencias del TC de 18 de noviembre de 1996, 29 de mayo de 1997, 28 de octubre de 1997, 5 de noviembre de 1997, 11 de febrero de 1998 y 10 de marzo de 1998.*

**TERCERO** .- *Motivo segundo. Igual infracción basada en el art. 218.2 LEC incurriendo en el vicio de incongruencia por falta de motivación y contradictoria decisión que provoca indefensión de los recurrentes con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, previsto en el art. 24.1 y 2 de la Constitución, en su vertiente de derecho a obtener una resolución congruente y ajustada a las reglas de la lógica y de la razón.*

*Se desestima el motivo.*

Alega el recurrente que en la sentencia recurrida no se impusieron las costas de la segunda instancia, por las especiales circunstancias concurrentes, pero se mantuvo la imposición de las costas de la primera instancia, lo que sería contrario a la lógica y a la coherencia interna de la sentencia.

La materia de costas no puede ser objeto del recurso extraordinario por infracción procesal, como viene determinando esta Sala, entre otras en sentencia de 15 de diciembre de 2010, Rec. 1159/2007, dado que no puede incardinarse en los motivos tasados en el art. 469. 1 LEC.

### RECURSO DE CASACION

**CUARTO** .- *Motivo primero. Infracción, por no aplicación, de las normas contenidas en los arts. 1255 y 1258, en relación con los arts. 1278 y 1279 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.*

*Se desestima el motivo.*

Entienden los recurrentes que la parte actora pidió la elevación del contrato privado a escritura pública y que al establecer la sentencia que simultáneamente se haría entrega del resto del precio, realmente se le estaría condenando al otorgamiento de escritura pública en lugar de a la elevación a escritura pública, para lo cual no fue requerido fehacientemente conforme a la cláusula séptima del contrato.

El recurrente efectúa un análisis diferencial entre la elevación de documento privado a público y el otorgamiento de escritura pública, pero analizado el documento privado, es exhaustivo en sus previsiones contractuales, completo en cuanto a los elementos del negocio (art. 1261 del C. Civil) y claro en cuanto a la consumación del mismo, por lo que el pretendido otorgamiento no pasa de ser, en este caso, una diferencia artificial, pues la entrega del precio es una conclusión lógica de la elevación del documento a público (art. 1445 del C. Civil), no apreciándose que en la condena que se contiene en el fallo de la sentencia recurrida, se estableciese alguna previsión no contenida en el contrato privado. En este sentido la STS de 28-11-2005. Rec. 1265 de 1999.

En cuanto a la falta de requerimiento previo para el otorgamiento establecido en la cláusula séptima del contrato, valga recordar que un requerimiento judicial como es la interposición de la demanda es hábil a dichos efectos, tal y como alegó la parte recurrida.

**QUINTO** .- *Motivo segundo. Infracción, por indebida aplicación, de las normas contenidas en los arts. 1278 y 1279 del C. Civil y de la jurisprudencia que los interpreta .*

*Se desestima el motivo .*

Con cierta confusión, la parte recurrente invoca que la sentencia recurrida aplica indebidamente los arts. 1278 y 1279 del C. Civil cuando debió estar a lo dispuesto en las cláusulas 3 y 7 del contrato.

Esta Sala debe declarar que la sentencia recurrida evalúa el contenido del contrato, en concreto la condición suspensiva de la que desiste la parte compradora, por lo que aplica correctamente los preceptos mencionados, dado que una de las partes insta la elevación a público del contrato privado, y en lo relativo al requerimiento de la cláusula 7ª ya dimos contestación en el anterior fundamento de derecho.

**SEXTO** . *Motivo tercero. Infracción, por no aplicación, de las normas contenidas en los arts. 1281 y 1283 del C. Civil y la jurisprudencia que los interpreta .*

*Se desestima el motivo .*

La parte recurrente alega que el objeto del contrato eran los derechos edificatorios y no los sucesorios.

La sentencia recurrida no equipara los derechos edificatorios con los sucesorios, pues lejos de ello establece en su fundamento de derecho segundo, que " *el objeto de la venta fueron los derechos edificatorios o parcela de resultado, más también en dicho instrumento se hace mención a su derivación de los derechos sucesorios y a la procedencia de la finca .*"

Es doctrina reiterada de esta Sala, que la interpretación de los contratos realizada por el tribunal de instancia, no puede ser revisada en casación, en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquélla en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico o arbitrario y, con ello, la infracción de la ley aplicada por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; tales defectos, en modo alguno pueden predicarse de la sentencia impugnada por lo que, el recurso de casación debe ser desestimado ( STS 8-9-2011 , entre otras).

**SÉPTIMO** .- *Motivo cuarto. Infracción, por indebida aplicación, de las normas contenidas en los arts. 1281.2 y 1282 del C. Civil y jurisprudencia que los interpreta .*

*Se desestima el motivo .*

Este motivo se plantea como subsidiario del anterior, pero analiza las mismas cuestiones de fondo y en base igualmente a la interpretación del contrato, por lo que merece la misma respuesta, por idénticas razones.

**OCTAVO** .- *Motivo quinto. Infracción, por no aplicación, de las normas contenidas en el art. 1261. En relación con el art. 397 del C. Civil y jurisprudencia que los interpreta .*

*Se desestima el motivo .*

Entiende la parte recurrente que el contrato sería nulo en cuanto que ninguno de los condueños puede sin consentimiento de los demás disponer del bien común.

Como bien refleja la sentencia de esta Sala de 23 de junio de 2009 (Rec 4154 de 2009 ) se han sucedido en el tiempo dos posiciones jurisprudenciales sobre la venta de bienes, propiedad de comunidad hereditaria, por uno solo de los herederos, sin consentimiento de los demás, a saber:

1. La STS 9-5-1980 , citando como precedentes las SSTS 28-12-1932 , 31-1-1963 y 20-10-1954 , se decanta por la nulidad de la venta por carencia de objeto, tesis próxima a la de la sentencia de apelación ahora recurrida, mediante el argumento de que, sin confundir objeto con poder de disposición sobre el objeto, el de la compraventa está integrado no sólo por la cosa sino también "por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar"; la STS 27-5-1982 , citando como precedente la STS 1-3-1949 y resolviendo un caso de venta de cosas determinadas de la herencia por un solo coheredero antes de la partición, opta decididamente por la validez del contrato desde el principio general de la validez de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento, aun cuando no deja de matizar que la eficacia de la compraventa será "puramente condicional, o sea subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias"; el mismo principio general de la validez de la venta de cosa ajena preside los razonamientos de la STS 31-1-1994 (rec. 1231/91 ) , que sin ajustarse literalmente a lo pedido por las partes litigantes declara "la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones..., pues todos tienen interés en la decisión"; y como no podía ser menos, tampoco faltan

sentencias que, dadas las circunstancias del caso, singularmente la creencia de buena fe del comprador e incluso la creencia común de comprador y vendedor de que la cosa era propia de éste, resuelven el problema declarando la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento (p.ej. SSTS 11-4-1912 , 26-6-1924 , 8-3-1929 , 7-4-1971 , 15-10-1973 , 15-2-1977 y 6-7-1992 ).

2. Ahora bien, la solución generalmente adoptada por esta Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide con la de la sentencia de primera instancia de este litigio, es decir nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los arts. 397 y **1261** CC al implicar la *disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes* una alteración que requeriría el consentimiento de los demás. Es el criterio seguido por las SSTS 19-12-1985 , 8-7-1988 , 25-5-1990 , 23-10-1990 , 30-6-1993 , 24-7- 1998 y 13-11-2001 , así como también por la STS 9-10-2008 , ya citada, en otro de sus fundamentos.

Aplicando la referida doctrina al caso de autos, debemos declarar que no procede la nulidad pues:

a) Los vendedores hicieron constar que no eran los únicos propietarios del bien y de ello eran perfectamente conocedores los compradores

b) El resto de los comuneros también vendieron la cuota que les correspondía, en parte también a la actora.

c) Los derechos sucesorios estaban definidos porcentualmente y siempre sobre la única finca que componía el caudal relicto.

Por tanto, procede declarar que no procede la nulidad, dado que ambas partes conocían el objeto que se transmitía, la cuota participativa y los nulos efectos que ello tiene sobre el resto de los comuneros que también transmitieron los derechos que les correspondían, unido a la existencia de, exclusivamente, un bien relicto, por lo que el contrato tiene plenos efectos obligacionales.

**NOVENO** . *Motivo sexto. Infracción, por no aplicación, de las normas contenidas en los arts. 1261.2 en relación con los arts. 1273 y 1445 del C. Civil y jurisprudencia que los interpreta .*

*Se desestima el motivo .*

Entienden los recurrentes que este motivo aparece indisolublemente unido a los motivos III y IV, que ya han sido desestimados en esta sentencia.

El discurso de los recurrentes se centra en que el objeto del contrato no está determinado.

Consta que junto con la venta la participación de los vendedores sobre la parcela como unidad física se transmitían los derechos edificatorios que pudieran corresponder a los vendedores merced a sus derechos sucesorios (cláusula segunda), dado que la finca se encontraba integrada dentro de una Junta de compensación.

Las partes convinieron una condición suspensiva que hacía depender la validez del contrato de la aprobación del correspondiente proyecto de compensación, en el que se concretarían los derechos edificatorios.

Igualmente las partes acordaron (cláusula tercera) que la parte compradora podía desistir de la condición suspensiva, como efectivamente hizo PROMOCIONES JOVE SA.

Por tanto, ninguna indeterminación consta en el objeto del contrato ( art. 1273 del C. Civil ), pues desistida la condición suspensiva, solo resta por materializar la transmisión de la participación de los vendedores en la finca, que está determinada, sin contradicción, corriendo la compradora con los riesgos inherentes a la aprobación del Plan de Compensación.

**DÉCIMO** .- *Motivo séptimo. Infracción, por errónea aplicación, de las normas contenidas en el art. 1271, párrafo primero, del C. Civil y la jurisprudencia que los interpreta, se interpone con carácter subsidiario con los motivos anteriores para el caso de que los mismos no sean estimados .*

*Se desestima el motivo .*

Alega el recurrente la imposibilidad de cumplimiento del contrato pues los derechos edificatorios no existen y no pueden ser entregados.

Este alegato es trasunto de los ya expuestos y que han sido rechazados.

El contrato puede ser perfectamente cumplido, pues los vendedores han de otorgar escritura de lo acordado en el contrato, es decir, de los derechos hereditarios sobre la finca, a saber, de la cuota porcentual

reflejada en el contrato, sin que los derechos edificatorios enturbien el objeto contractual, pues la compradora renunció a la condición suspensiva plasmada para la espera de la consolidación de los mismos en el correspondiente Plan.

Los vendedores transmitieron sus derechos sucesorios, sobre el bien relicto, antes de la partición, lo que permite el art. 1067 del C. Civil, pues la herencia ya no era futura (art. 1271.2 del C. Civil) pues como reflejan las sentencias, de 1 diciembre de 1995 y 11 de junio de 2003, no es herencia futura la que corresponde a persona ya fallecida (STS 16 de junio de 2011. Rec 1717 de 2007).

**UNDÉCIMO** .- Desestimados los recursos por infracción procesal y casación se imponen a los recurrentes las costas derivadas de los mismos (arts. 398 y 394 LEC).

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

## FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por doña Rebeca y don Ismael, representados por el Procurador don Antonio Piña Ramírez, contra sentencia de 3 de diciembre 2008 de la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo.

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso casación a los recurrentes.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Roman Garcia Varela, Xavier O'Callaghan Muñoz, firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, 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.