



Roj: **SAP M 9023/2017 - ECLI: ES:APM:2017:9023**

Id Cendoj: **28079370282017100268**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/06/2017**

Nº de Recurso: **601/2015**

Nº de Resolución: **316/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0236903

Recurso de Apelación 601/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 431/2013

APELANTE: D. Ángel Jesús

PROCURADOR: Dña. Myriam Álvarez del Valle Lavesque

LETRADO: Dña. Laura de Bustos Arroyo

APELADO: D. Dionisio y PROMOCIONES LUBANK MECO SL

PROCURADOR D. José Periañez González

LETRADO: D. Germán Díaz Tajuelo

S E N T E N C I A nº 316/2017

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

En Madrid, a 19 de junio de 2017.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ENRIQUE GARCÍA GARCÍA, Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ y Don FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 601/2015 interpuesto contra la Sentencia de fecha 1 de junio de 2015 dictado en el proceso número 12 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, D. Ángel Jesús , siendo apelada PROMOCIONES LUBANK MECO, S.L., y D. Dionisio , ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 28 de mayo de 2013 por la representación de D. Ángel Jesús contra la mercantil PROMOCIONES LUBANK MECO, S.L., y D. Dionisio , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que:

" **A)** Declare que la sociedad PROMOCIONES LUBANK, S.L. adeuda a mi mandante la suma de CIEN MIL EUROS (100.000,00.-€), más los correspondientes intereses legales de dicha cantidad desde la interpelación judicial, todo ello en base al incumplimiento del contrato de permuta por obra futura de 10 de mayo de 2006, y correspondiendo dicha cantidad al valor dado por las partes al objeto del citado contrato.

B) Declarando que Don Dionisio es responsable solidario de dicho pago a favor de Don Ángel Jesús , en virtud de la responsabilidad que como liquidador tiene asumida por los actos realizados en perjuicio a este concreto acreedor, en su derecho de forma absoluta.

C) Se condene a PROMOCIONES LLUBANK, S.L. y a Don Dionisio a pagar solidariamente a mi mandante la suma de CIEN MIL EUROS (100.000,00.-€) euros más los correspondientes intereses legales de dicha cantidad desde la inerpelación judicial.

D) Imponiendo a todos los demandados el pago solidario de las costas que se originen en este procedimiento."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid dictó sentencia con fecha 1 de junio de 2015 cuyo fallo es del siguiente tenor:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por don Ángel Jesús , siendo demandados PROMOCIONES LUBANK MECO, SL.L., y don Dionisio , debo absolver y absuelvo a éstos últimos de los pedimentos efectuados en su contra.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandante."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Ángel Jesús se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 15 de junio de 2017.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Don Ángel Jesús interpuso demanda contra la mercantil PROMOCIONES LUBANK MECO, S.L. (en adelante, PROMOCIONES) en reclamación de 100.000 €, cantidad correspondiente a la estimación del valor de una vivienda y una plaza de garaje de la edificación que la demandada promovió y que deberían haberle sido entregadas al demandante en cumplimiento de un contrato de permuta de 10 de mayo de 2006 por medio del cual este había transmitido a dicha sociedad la propiedad de una porción de terreno de 86,54 m² a cambio de dichos inmuebles futuros.

En la propia demanda acumuló el actor acción de responsabilidad por idéntica cantidad contra el liquidador de la aludida mercantil Don Dionisio .

La sentencia de primera instancia, entendiendo que el contrato de permuta había quedado sin objeto por no pertenecer al actor la porción de terreno transmitida a la demandada, consideró que no existía la deuda reclamada ni, por ende, era necesario entrar a analizar la acción deducida contra el liquidador, por cuyo motivo desestimó la demanda.

Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza Don Ángel Jesús a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO .- Con su escrito de contestación a la demanda, la demandada PROMOCIONES acompañó como Documento número 7 (especialmente, folios 216 y ss. de las actuaciones) un acuerdo transaccional de 6 de febrero de 2007 por el que, en lo que ahora interesa, el demandante Sr. Ángel Jesús venía a reconocer que 59 de los 86,54 metros cuadrados que dijo transmitir a la demandada mediante el aludido contrato de permuta no le pertenecían a él sino que pertenecían a las Sras. Vanesa y Enma , consintiendo expresamente en dicho documento en que fueran dichas señoras -y no él- quienes transmitieran a PROMOCIONES la propiedad de esos 59 m² a cambio de la suma de 39.065,78 €, lo que así se convino con dicha entidad, quien también intervenía en el otorgamiento del documento en cuestión .



El demandante, que no efectuó la menor alusión a dicho documento en su escrito rector, no solamente no lo impugnó en el acto de la audiencia previa sino que lo reconoció de manera solemne al indicar su letrada en dicho acto, textualmente, que, en efecto, "...dicho acuerdo tuvo lugar...".

Así las cosas, no tienen cabida dentro de los límites del recurso de apelación (Art. 456-1 de la L.E.C .) cuantos alegatos ha vertido el apelante en su escrito de interposición del recurso negando haber intervenido en la suscripción de dicho documento, en la medida en que ello supone fundar su impugnación de la sentencia sobre argumentos no solo distintos sino radicalmente contrarios a los que hizo valer y asumió en la instancia precedente.

Por lo tanto, lo único que podría mantenerse como objeto de debate en esta segunda instancia es su pretensión subsidiaria de ser resarcido por PROMOCIONES de la parte del valor de los inmuebles esperados (100.000 €) que correspondería proporcionalmente a la fracción de los 86,54 € que las referidas señoras no transmitieron a la demandada y que, s.e.u.o., se debería concretar en 27,54 m² (en el recurso se nos habla -desconocemos la razón- de 29,09 m²).

Pese a conocer, por haberlo suscrito personalmente, el acuerdo transaccional de 6 de febrero de 2007, el demandante no planteó esa pretensión subsidiaria en su demanda sino que lo hizo, en calidad de pretensión complementaria, en el acto de la audiencia previa. Es dudosa, desde luego, la admisibilidad de tal pretensión en dicho momento procesal porque, pese a concretarse en la reclamación de una cantidad de dinero cuantitativamente inferior, lo cierto es que tal reclamación no constituye un "minus" respecto de lo interesado en la demanda sino un "alliud" al tener que fundarse, forzosamente, en planteamientos y hechos pasados y conocidos -en modo alguno novedosos- que nunca fueron mencionados ni hechos valer en el escrito rector. Pese a ello, el hecho de que en el acto de la audiencia previa el juez admitiera a trámite esa pretensión complementaria sin oposición o reacción alguna de la parte contraria, quien se abstuvo de recurrir en reposición la resolución oral correspondiente, determina que debemos considerarla integrada en el litigio y que sea, por ello, objeto de examen y de decisión.

Lo que la defensa del actor indicó en el acto de la audiencia previa, que es, como hemos dicho, el momento procesal que él mismo eligió para introducir en el proceso y construir argumentalmente esta novedosa pretensión, es que, pese a ser otorgado el acuerdo transaccional de 6 de febrero de 2007, sin embargo nunca convinieron los otorgantes del contrato de permuta en dejar sin efecto este contrato, lo que supondría que al día de la fecha el mismo sigue plenamente vigente.

En opinión de este tribunal, un documento en el que todos sus otorgantes se muestran conformes en declarar que el permutante Sr. Ángel Jesús nunca va a poder cumplir con la obligación que contrajo de entregar la mayor parte de los 86,54 metros cuadrados que comprometió y en el que todos consienten en que sean las verdaderas propietarias de esa porción -ciertamente muy considerable en términos porcentuales- quienes efectúen la transmisión, constituye un entramado de declaraciones de voluntad implícitamente equivalente a un mutuo disenso con respecto al contrato de permuta. Manejaremos, sin embargo, a efectos meramente dialécticos, la idea que nos sugiere el apelante, a saber, la de que la falta de otorgamiento formal y explícito de un documento de mutuo disenso implica la plena vigencia del contrato de permuta. Porque, de ser ello así, el contrato de permuta subsistiría tal cual, es decir, con el mismo contenido con el que se otorgó. Para que ello no fuera de ese modo, sería necesario que el actor demostrase que alcanzó con PROMOCIONES algún tipo de acuerdo por el que esta entidad hubiera consentido en la novación objetiva de dicho contrato, es decir, en que estaba de acuerdo en recibir tan solo 27,54 m² y no los 86,54 m² comprometidos. En esta materia no cabe asumir, sin más, que quien está interesado en lo más, está interesado en lo menos: una promotora inmobiliaria puede estar interesada en adquirir la totalidad de un terreno de 86,54 m² para utilizar de esa superficie la porción que precise para llevar a cabo la edificación proyectada, y, en cambio, no tener el menor interés en adquirir tan solo una superficie de 27,54 m², insuficiente para satisfacer sus necesidades.

Pues bien, tan cierto es que no existe documento de mutuo disenso respecto del contrato de permuta como que no existe documento alguno por el que PROMOCIONES consienta en novarlo objetivamente y en recibir tan solo 27,54 m² de los 86,54 m² comprometidos. Ello significaría que, a no ser que el actor acreditase por medios no documentales la existencia de ese consentimiento novatorio, la actual vigencia -que proclama- del contrato de permuta implicaría que al día de la fecha sigue existiendo a su cargo la obligación de transmitir a PROMOCIONES los 86,54 m² íntegros, obligación que, obviamente, ni ha cumplido ni podrá cumplir jamás desde el momento en que la mayor parte de esa superficie ya fue transmitida a la referida entidad, con el beneplácito de aquel, por parte de las Sras. Vanesa y Enma .

Para salir al paso de tan poderosa objeción argumental, lo que nos dice el apelante es que PROMOCIONES consintió tácitamente en recibir tan solo esos 27,54 m² del total de lo comprometido en el contrato de permuta y que el hecho que evidenciaría ese consentimiento tácito no es otro que el de haber edificado dicha entidad



sobre la referida porción de 27,54 m2. Pues bien, ya desde su escrito de contestación a la demanda la entidad PROMOCIONES mantuvo una versión opuesta, manifestando que únicamente edificó sobre 57,36 m2 de los 59 m2 que le transmitieron las Sras. Vanesa y Enma : nunca sobre la porción restante, con independencia de que la propiedad de ese resto pertenezca o no al actor. Así lo corroboró, por lo demás, el testigo Don Juan Antonio , arquitecto autor del proyecto de edificación acometido por PROMOCIONES y otrora administrador de dicha entidad. No hacemos esta última alusión con la finalidad de otorgar a su testimonio valor probatorio sino tan solo para corroborar que ese y no otro ha sido el posicionamiento mantenido a lo largo de todo el proceso por parte de PROMOCIONES.

Pues bien, si tenemos en cuenta que el hecho consistente en haber edificado PROMOCIONES sobre la porción residual de 27,54 m2 es el hecho sobre el que el apelante apoya el consentimiento tácito de PROMOCIONES a la recepción de un objeto distinto y cuantitativamente muy inferior al comprometido, es patente que, por aplicación del Art. 217 de la L.E.C ., incumbía al demandante Sr. Ángel Jesús la carga de acreditar ese hecho y no a la demandada la de desvirtuarlo. Por lo demás, se trata de un hecho que, en razón a su naturaleza, se vería precisado de apoyo pericial para su acreditación. Pues bien, ninguna prueba de dicho carácter suministró el actor: la única prueba técnica que aportó, consistente en una copia del informe emitido en su día y por su encargo por la arquitecta Doña Adelina , informe aportado en otro proceso, no hace la menor referencia al hecho en cuestión, es decir, al hecho de haberse edificado sobre la superficie residual de 27,54 m2, y ni siquiera se efectuó a dicha experta la menor pregunta al respecto cuando depuso en el acto del juicio en calidad de testigo.

Es manifiesta, en consecuencia, la improsperabilidad del recurso ya que, no habiendo cumplido el actor la obligación de transmitir a PROMOCIONES la propiedad de los 86,54 m2 comprometidos en el contrato de permuta que asegura vigente, la obligación correlativa contraída por PROMOCIONES en dicho contrato no habría devenido aún -ni parece que podrá devenir en el futuro- exigible. Ello de acuerdo con el Art. 1100 del Código Civil a cuyo tenor *"En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro"*.

Y, no habiendo devenido exigible la deuda que el actor considera existente, superfluo resultaría entrar en el análisis sobre la concurrencia o ausencia de los presupuestos precisos para el éxito de la acción de responsabilidad del liquidador de la mercantil.

TERCERO .- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Ángel Jesús contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer al apelante las costas derivadas de su recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.