

Roj: **STS 802/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:802**Id Cendoj: **28079110012016100115**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/02/2016**Nº de Recurso: **2534/2013**Nº de Resolución: **83/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 1337/2013,**  
**STS 802/2016**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2013 dictada en recurso de apelación núm. 490/2011 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 368/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Estepona, cuyos recursos fueron interpuestos ante la citada Audiencia por la procuradora doña María del Carmen Martínez Torres, en nombre y representación de don Pedro Antonio y doña Benita, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Antonio Martínez de la Casa Rodríguez en calidad de recurrente y el procurador don Daniel Bufalá Balmaseda, en nombre y representación de la entidad West Pier S.L., en calidad de recurrido.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO .- 1.-** El procurador don Julio Cabellos Menéndez, en nombre y representación de West Pier, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Inversiones Hergar 2000, S.L., y contra don Pedro Antonio y doña Benita, y alegando los hechos y fundamentos de derecho, que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia «en la que se contengan los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena:

*1º Se declare la obligación y se condene a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa del total de las participaciones que constituyen el capital social de la entidad Alsoara Property, S.L., a favor de mi patrocinado, o persona física o jurídica que esta designe, momento en que se entregará la parte del precio pactado que resta por pagar, y que asciende a la cantidad de OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO EUROS (88.198.-€).*

*En consecuencia, se declare, previamente, la obligación y se condene a los demandados a realizar todo lo que sea necesario para procurar la inscripción de la escritura pública de ampliación de capital autorizada por el Notario de Marbella Don Miguel Motos Girau, el día 16 de agosto del año 2.005, bajo el número 4.165 de su protocolo, primero, en el Registro Mercantil de Málaga, y después, en el Registro de la Propiedad Número Dos de Estepona.*

*En su consecuencia también, se declare, previamente, la obligación y se condene a los demandados a realizar todo lo que sea necesario para procurar la cancelación de cuantas cargas, gravámenes, limitaciones e impuestos tengan las fincas números NUM000, NUM001 y NUM002 del Registro de la Propiedad Número Dos de Estepona.*

*Y por último, se declare, previamente, la obligación y se condene a los demandados al pago de las cargas, gravámenes, responsabilidades y afecciones que aparezcan contra las participaciones sociales de la entidad*



Alsoara Property, S.L., así como a realizar todo lo que sea necesario para procurar la cancelación de cuantas deudas tenga contraída la sociedad; Todo ello, con imposición a los demandados de las costas de este procedimiento.

2° Cuando por limitaciones impuestas por la legislación vigente, o por no ser los demandados titulares del total de las participaciones que constituyen el capital social de la entidad Alsoara Property, S.L., el cumplimiento de las obligaciones anteriores resultare imposible, se declare resuelto el acto de disposición, es decir, la ampliación de capital realizada por los aquí demandados, y autorizada por el Notario de Marbella Don Miguel Motos Girau, el día 16 de agosto del año 2.005, bajo el número 4.165 de su protocolo, con restitución de las fincas números NUM000 , NUM001 y NUM002 del Registro la Propiedad Número Dos de Estepona.

En consecuencia, se declare la obligación y se condene a los demandados a constituir una sociedad de responsabilidad limitada, donde habrán de aportar las fincas números NUM000 , NUM001 y NUM002 del Registro la Propiedad Número Dos de Estepona, para luego transmitir a mi patrocinado, o persona física o jurídica que esta designe, previas las inscripciones oportunas, el total de las participaciones sociales, mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa, momento en que se entregará la parte del precio pactado que resta por pagar, y que asciende a la cantidad de OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO EUROS (88.198.-€).

En su consecuencia también, se declare, previamente, la obligación y se condene a los demandados a cancelar cuantas cargas, gravámenes, limitaciones e impuestos tengan las fincas números NUM000 , NUM001 y NUM002 del Registro la Propiedad Número Dos de Estepona. Todo ello, con imposición a los demandados de las costas de este procedimiento.

3° Si el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del contrato de compraventa concertado entre el actor y los demandados resultare imposible, se declare la resolución del mismo, y se condene a los demandados a reintegrar y pagar al actor la suma de OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL OCHOCIENTOS DOS EUROS (817.802.-€) que tienen percibidos éstos.

Asimismo, y en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados, se condene a los demandados a pagar al actor los intereses legales de dicha suma, desde los requerimientos extrajudiciales efectuados con fecha 9 de febrero de 2007;

Todo ello, con imposición a los demandados de las costas de este procedimiento».

2.- El procurador don Luis Mayor Moya, en nombre y representación de don Pedro Antonio y doña Benita , contestó a la demanda formulando reconvencción. Contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación suplicando al Juzgado «se desestime íntegramente la demanda, condenando a la parte actora al pago de las costas devengadas». Formuló reconvencción con los hechos y razonamientos jurídicos que estimó pertinentes suplicando al juzgado «se dicte sentencia por la que se resuelva el contrato de fecha 15 de abril de 2005 y se condene a la misma a abonar a mis patrocinados la cantidad de CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SESENTA Y SEIS EUROS Y NOVENTA CÉNTIMOS DE EURO (443.066,90.-€) más las costas e intereses procesales correspondientes».

3.- El procurador don Julio Cabellos Menéndez, en nombre y representación de West Pier S.L., contestó a la demanda reconvenccional de don Pedro Antonio y doña Benita con los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables suplicando al juzgado «se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la misma, con expresa imposición de costas a la demandada reconviniente».

4.- El procurador don Luis Mayor Moya, en nombre y representación de Inversiones Hergar 2000 S.L., contestó a la demanda oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicando «se desestime íntegramente la demanda, condenando a la parte actora al pago de las costas devengadas» y formuló demanda reconvenccional con los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos suplicando al juzgado «se dicte sentencia por la que se resuelva el contrato de fecha 15 de abril de 2005 y se condene a estar y pasar por dicha resolución, e igualmente se condene a la misma a abonar a mis patrocinados la cantidad de UN MILLÓN DOSCIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS Y SESENTA CÉNTIMOS DE EURO (1.211.332,60.-€), más la cantidad que se devenguen en concepto de intereses desde el 15 de junio de 2005 hasta que se declare resuelto el contrato, igualmente en concepto de daños, más las costas e intereses procesales correspondientes».

5.- El procurador don Julio Cabellos Menéndez, en nombre y representación de West Pier S.L., contestó a la demanda reconvenccional formulada por Inversiones Hergar 2000 S.L. oponiéndose a la misma solicitando «se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la misma, con expresa imposición de costas a la demandada reconviniente».



6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Estepona (Málaga) se dictó sentencia, con fecha 18 de octubre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO.

*QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Julio Cabellos Menéndez, en nombre y representación de la entidad mercantil WEST PIER, S.L. contra la entidad INVERSIONES HERGAR 2000, S.L., quien ha litigado representada por el Procurador de los Tribunales D.ª Patricia Marta Mérida Ortiz, y contra D. Pedro Antonio y D.ª Benita , quienes han litigado representados por el Procurador de los Tribunales D. Luis Mayor Moya, absolviendo a los demandados de todos los pedimentos formulados en su contra, con expresa imposición de costas a la entidad demandante.*

*QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda reconvenicional interpuesta por el Procurador de los Tribunales D.ª Patricia Marta Mérida Ortiz, en nombre y representación de la entidad INVERSIONES HERGAR 2000, S.L., contra la entidad WEST PIER, SL., quien ha litigado representada por el Procurador de los Tribunales D. Julio Cabellos Menéndez, DECLARANDO resuelto el contrato suscrito entre las partes en fecha 15 de abril de 2005, sin expresa condena en costas.*

*QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda reconvenicional interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Luis Mayor Moya, en nombre y representación de D. Pedro Antonio y D.ª Benita , contra la entidad WEST PIER, SL., quien ha litigado representada por el Procurador de los Tribunales D. Julio Cabellos Menéndez, DECLARANDO resuelto el contrato suscrito entre las partes en fecha 15 de abril de 2005, sin expresa condena en costas.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por las representaciones procesales de todas las partes la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia, con fecha 27 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS.

*Que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante/reconvenida entidad mercantil WEST PIER, S.L., por los demandados/reconvinientes DON Pedro Antonio y DOÑA Benita , y por la codemandada/reconviniente entidad mercantil INVERSIONES HERGAR 2000, S.L., todos contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2010 dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Estepona en los autos civiles de Juicio Ordinario nº 368/07, de los que dimana el presente rollo, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución en los siguientes términos:*

*1.- Se complementan los pronunciamientos de la sentencia apelada acordándose la condena solidaria de los demandados/reconvinientes don Pedro Antonio , doña Benita y la entidad mercantil INVERSIONES HERGAR 2000, S.L. a restituir a la actora/reconvenida entidad mercantil WEST PIER, S.L. la cantidad de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL (789.000.-) EUROS, más los intereses correspondientes, devengados desde la fecha de las sucesivas entregas parciales realizadas por la actora a los demandados hasta el completo pago del principal, y calculados al tipo de interés legal vigente en cada momento, incrementado en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia.*

*2.- Se deja sin efecto el pronunciamiento de condena de la parte actora/reconvenida al pago de las costas de la primera instancia, acordándose no haber lugar a la expresa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias.*

*Ello con pérdida del depósito prestado por las partes para recurrir en apelación.*

Y con fecha 24 de julio de 2013 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva indica:

*Se aclara y rectifica la sentencia de fecha 27 de junio de 2013 dictada en el Rollo de Apelación nº 490/2011 , en los términos que se expresan en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución.*

Y el fundamento de derecho segundo es del tenor literal siguiente:

*«SEGUNDO.- Habiéndose cumplido en el presente caso los requisitos de índole subjetivo y temporal anteriormente expresados, se constata que, ciertamente, existe la contradicción puesta de manifiesto por la parte demandada/reconviniente, para cuya superación se hace procedente y necesario llevar a cabo la aclaración de la sentencia, en los términos que a continuación se expresan.*

*1.- El último párrafo del fundamento de derecho segundo de la sentencia queda redactado como sigue:*

*En cuyos términos se desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora/reconvenida, salvo en materia de las costas de la primera instancia, sobre la que se estará a lo que se acuerda más adelante.*

*2.- El fundamento de derecho cuarto de la sentencia queda redactado como sigue:*



Por todo lo anterior, procede el mantenimiento de los pronunciamientos de la sentencia apelada, excepción hecha del pronunciamiento en materia de costas, para el que se estará a lo que se resuelva más adelante, complementados aquellos con la condena solidaria de los demandados/reconvientes don Pedro Antonio , doña Benita y la entidad mercantil INVERSIONES HERGAR 2000, S.L. a restituir a la actora/reconvenida entidad mercantil WEST PIER, S.L. la cantidad de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL (789.000) EUROS, más los intereses correspondientes, devengados desde la fecha de las sucesivas entregas parciales realizadas por la actora a los demandados hasta el completo pago del principal, y calculados al tipo de interés legal vigente en cada momento, incrementado en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia.

En materia de costas, teniendo en cuenta el rechazo de las pretensiones de las partes apelantes y las especiales circunstancias concurrentes en los hechos enjuiciados, así como el resultado del proceso, que ha provocado la retroacción de la relación entre las partes litigantes al momento anterior al nacimiento de la relación jurídica controvertida, la Sala considera procedente acordar la no expresa imposición de las costas procesales causadas en las dos instancias, al amparo de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Ello con revocación de la sentencia de primera instancia sobre este particular y con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la parte actora/reconvenida.

Conforme establece el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009 , cuando el órgano jurisdiccional confirme la resolución recurrida, el recurrente perderá el depósito, al que se dará el destino legalmente previsto. Además, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 8 de la citada DA 15ª LOPJ , si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

3.- El fallo de la sentencia queda redactado como sigue: FALLAMOS.

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante/reconvenida entidad mercantil WEST PIER, S.L., y desestimando los recursos interpuestos por los demandados/reconvientes don Pedro Antonio y doña Benita , y por la codemandada/reconviniendo entidad mercantil INVERSIONES HERGAR 2000, S.L., todos contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2010 dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Estepona en los autos civiles de Juicio Ordinario nº 368/07, de los que dimana el presente rollo, ACORDAMOS LO SIGUIENTE:

1.- La REVOCACIÓN PARCIAL DE LA SENTENCIA en el sentido de dejarse sin efecto el pronunciamiento de condena de la parte actora/reconvenida al pago de las costas de la primera instancia, acordándose no haber lugar a la expresa imposición de las mismas.

2.- La COMPLEMENTACIÓN de los pronunciamientos de la sentencia apelada acordándose la condena solidaria de los demandados/reconvientes don Pedro Antonio , doña Benita y la entidad mercantil INVERSIONES HERGAR 2000, S.L. a restituir a la actora/reconvenida entidad mercantil WEST PIER, S.L. la cantidad de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL (789.000) EUROS, más los intereses correspondientes, devengados desde la fecha de las sucesivas entregas parciales realizadas por la actora a los demandados hasta el completo pago del principal, y calculados al tipo de interés legal vigente en cada momento, incrementado en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia.

Ello sin expresa imposición de las costas procesales de la segunda instancia. Acordándose la devolución del depósito prestado por la parte actora/reconvenida apelante para recurrir en apelación y con pérdida del depósito prestado por las partes demandadas/reconvientes para la misma finalidad».

**TERCERO .- 1.-** Por la representación procesal de D. Pedro Antonio y D.ª Benita se interpuso recurso de extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL basado en los siguientes:

Primer motivo.- Infracción de las normas procesales reguladores de la sentencia recogido en el art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC ). Infracción del art. 218 de la LEC , congruencia de la sentencia.

Segundo motivo.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia recogido en el art. 469.1.2º de la LEC . Falta de motivación fáctica y jurídica ( art. 218.2 de la LEC ).

RECURSO DE CASACIÓN basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Infracción por inaplicación de los artículos 1137 , 1138 y 1139 del Código Civil y de la jurisprudencia.

Segundo motivo.- Infracción por indebida aplicación del art. 1124 C. Civil y arts. 1101 y 1106 del mismo Código .





Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 8 de julio de 2014 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador don Daniel Bufalá Balmaseda, en nombre y representación de West Pier S.L., presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 9 de diciembre del 2015, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido por haberse prolongado su deliberación.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Constan como antecedentes del litigio:

La demanda origen de este procedimiento fue presentada por la entidad West Pier, S.L. en ejercicio de acción de cumplimiento de contrato de opción de compra de fecha 15 de abril de 2005 concertado entre aquella como compradora optante y los ahora recurrentes, D. Pedro Antonio y Dña. Benita y la entidad mercantil Inversiones Hergar 2000, S.L., como vendedores optatarios, con relación a las fincas nº NUM000 , NUM001 y NUM002 del Registro de la Propiedad nº 2 de Estepona, parcelas nº NUM003 , NUM004 y NUM005 de la URBANIZACIÓN000 . Se solicitaba la condena de la parte demandada a otorgar escritura pública de compraventa de las participaciones que constituyen el capital social de la entidad Alsoara Property, S.L. a favor de la actora o de la persona física o jurídica que ella designe, a cambio del pago de la parte de precio pendiente ascendente a la cantidad de 88.198.- euros. Los demandados, D. Pedro Antonio y Dña. Benita , de una parte, y la entidad mercantil Inversiones Hergar 2000, S.L. de otra, contestaron separadamente oponiéndose a la demanda y formulando reconvenición en solicitud de declaración de la resolución del contrato de opción de compra, por incumplimiento de la compradora optante, solicitando al mismo tiempo la condena de la reconvenida a la indemnización de los daños y perjuicios causados a los reconvinentes como consecuencia del incumplimiento contractual de la reconvenida, cuantificándose el importe de la indemnización en las respectivas cantidades de 443.066,9.- euros y 1.211.332,6.- euros.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y estimó parcialmente las demandas reconventionales, declarando la resolución del contrato de opción de compra, rechazando las demás pretensiones indemnizatorias formuladas por los reconvinentes. Recurrida en apelación por ambas partes, la sentencia de segunda instancia estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante reconvenida West Pier, S.L. y desestimó los recursos de apelación interpuestos por las demandadas/reconvinentes, estableciendo el incumplimiento recíproco de ambas partes contratantes, manteniendo la resolución judicial del contrato de opción de compra acordada en primera instancia, complementada con la condena solidaria de los demandados/reconvinentes, D. Pedro Antonio , Dña. Benita y la entidad mercantil Inversiones Hergar 2000, S.L. a restituir a la actora/reconvenida, West Pier S.L., las cantidades satisfechas por esta última en el marco del contrato de opción de compra de fecha 15 de abril de 2005, ascendente a la suma de 789.000.- euros, incrementándose tal cantidad con los intereses legales devengados desde las fechas de las respectivas entregas, hasta su completo pago, incrementados en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

En el contrato se fijó una prima de opción de 50.000.- euros, y un precio total por la operación de compraventa de 906.000.- euros, de los que en la resolución recurrida se declaran recibidos por los optatarios la cantidad de 789.000.- euros.

En el documento nº 12 de la demanda consta, firmado por ambas partes, que quedaban por pagar 46.000.- euros, estando pendiente de otorgamiento de escritura, pagos de gastos de notaría y subrogación del comprador en las deudas que gravaban los inmuebles.

Por los codemandados D. Pedro Antonio , Dña. Benita , hoy recurrentes, se formalizó recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 477. 2. 2.º de la LEC .

EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL se compone de dos motivos.

En el motivo primero, con fundamento en el ordinal 2º del apartado 1 del art. 469 de la LEC , se alega la infracción del art. 218 de la LEC , por incongruencia de la sentencia (extra petitum), ya que se concede algo distinto a lo que se ha pedido por las partes, puesto que nadie pidió la condena de forma solidaria de los demandados reconvinentes y la entidad Inversiones Hergar 2000, S.L.. Es más la parte demandante en su recurso de apelación precisa que "para el supuesto de que alguna de las parcelas vendidas, o dos de ellas,



se pierdan para el patrimonio de la sociedad [...] se indemnice a la parte actora por la que se pierda en la cantidad que resulte de la diferencia entre el precio que proporcionalmente correspondería a cada una de ellas en función de los metros cuadrados registrados que para la parcela NUM003 sería de 432.752,63.- euros; para la parcela NUM004 , de 286.635,63.- euros y para la parcela NUM005 (titularidad de D. Pedro Antonio y Dña. Benita ) de 186.611,74.- euros y el que resta por pagar".

En el motivo segundo con el mismo fundamento del ordinal 2º del apartado 1 del art. 469 de la LEC , se alega la infracción del art. 218.2 de la LEC , por falta de motivación, ya que se declara de manera genérica en el fundamento jurídico cuarto la condena solidaria de los codemandados, sin que en ninguno de los fundamentos jurídicos precedentes se expresen los fundamentos o razonamientos que le lleven a adoptar esta decisión, ni se haga mención alguna al respecto con anterioridad, lo que le causa indefensión.

El RECURSO DE CASACIÓN, formulado al amparo del art. 477.2.2 de la LEC , se compone de dos motivos.

En el motivo primero se alega la infracción por inaplicación de los arts. 1137 , 1138 y 1139 del CC y en él se cuestiona si la sentencia recurrida puede acordar la condena solidaria entre los codemandados a restituir la totalidad de las cantidades satisfechas por el comprador tras acordarse la resolución del contrato de opción de compra, pese a no haber previsión alguna expresa de solidaridad al efecto y la responsabilidad de la que habrían de responder cada una de las fincas integrantes del contrato para el caso de que las mismas se perdieran como consecuencia de las ejecuciones hipotecarias iniciadas, se encuentra perfectamente delimitada, habiéndose indicado por la parte actora tanto en el acto de la audiencia previa como en su recurso de apelación para tal eventualidad que debería indemnizarse a la parte actora en la cantidad que resulte de la diferencia entre el precio que proporcionalmente correspondería a cada una de las fincas en función de los metros cuadrados registrados que para la finca nº NUM005 propiedad de los ahora recurrentes, sería la cantidad de 186.611,74.- euros, siendo esta una de las fincas integrantes del contrato de opción de compra que celebró D. Aquilino como mandatario verbal de estos, como representante legal de la entidad Inversiones Hergar 2000 S.L. con respecto a las parcelas NUM003 y NUM004 y a título personal respecto de la parcela nº NUM006 , en el que si bien se incluían otras fincas, como las parcelas nº NUM003 y NUM004 , no eran de su propiedad. Concluye que lo anterior demuestra que la obligación contraída no era solidaria sino mancomunada por lo que no cabe una condena solidaria cuando no hubo voluntad expresa, ni cabe deducir que lo fuera de manera implícita, ni por el proceder de los recurrentes ni del de la actora que individualiza y concreta la cuantía a devolver del precio pagado en función de los metros de cada parcela de los vendedores.

En el motivo segundo se invoca la infracción por indebida aplicación de los arts. 1124 , 1101 y 1106 del CC , planteándose si al haber quedado acreditado el cumplimiento de las obligaciones principales que a la recurrente le correspondían, como vendedora, así como haber realizado todas aquellas actuaciones necesarias para que la transmisión de la propiedad de las participaciones de la referida sociedad pudiera llevarse a cabo y el incumplimiento de la obligación de pago del precio por la parte compradora, debe acordarse la percepción de una indemnización por los daños y perjuicios derivados del referido incumplimiento, calculados a tenor de las penalizaciones pactadas y los intereses de las hipotecas que gravaban las fincas objeto del contrato. Además añade que el incumplimiento que se achaca a los recurrentes de no haber advertido lo suficiente a la contraparte de las graves consecuencias de su incumplimiento y de la posibilidad de que el negocio jurídico se frustrara no se puede considerar de tal entidad para legitimar la resolución, discutiendo en definitiva la aplicación de la doctrina del mutuo disenso que hace la sentencia recurrida.

### **RECURSO DE CASACIÓN.**

**SEGUNDO** .- *Motivo segundo . Infracción por indebida aplicación del art. 1124 C. Civil y arts. 1101 y 1106 del mismo Código .*

*Se estima el motivo .*

Esta Sala inicia el estudio de la cuestión por el recurso de casación y dentro del mismo, por el segundo motivo, en aras a mantener una sistemática lógica en la resolución del litigio.

Alega el recurrente que en su condición de "vendedores" cumplieron las obligaciones principales que les correspondían, mientras que la compradora incumplió la obligación de pago del precio. Continúa el recurrente oponiendo que en la sentencia recurrida se reconoce que la falta de consumación de la compraventa se debió a que el comprador no abonó los honorarios del gestor. Por tanto solicitó la indemnización de daños y perjuicios, derivada del incumplimiento del comprador.

Esta Sala no puede compartir el criterio expresado en la resolución recurrida, relativo al pretendido incumplimiento por parte de los vendedores, pues no era obligación de los vendedores hacer frente a los gastos de gestoría, pues en la cláusula tercera del contrato de compraventa se atribuía dicha obligación de pago a los compradores.



En base a lo declarado no podemos aceptar que concurriese un supuesto de mutuo disenso, sino un claro incumplimiento de sus obligaciones por parte de los compradores que retrasaron sucesivamente los pagos del precio, que fueron efectuando, por fases, sin llegar a completarlo.

No puede entenderse que el impago de los gastos de gestoría por parte de los vendedores constituyese una dejadez o muestra de falta de interés en el cumplimiento del contrato, sino que simplemente se limitaron a cumplir con las obligaciones que les correspondían, pues dichos gastos correspondían a la parte compradora.

En la sentencia recurrida, pese a reconocer que los gastos de gestoría debía abonarlos la compradora, termina declarando que los vendedores (aunque no era su obligación) debieron suplirlos en aras a la consumación del contrato y el no hacerlo se interpreta en la sentencia recurrida como una demostración del escaso interés en el éxito del contrato, lo que le lleva a aplicar la doctrina del mutuo disenso.

En este sentido, conforme a la sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 2012 (núm. 639/2012 ), debe señalarse que *"el mutuo disenso constituye una figura jurídica claramente diferenciable de la facultad resolutoria del contrato. En efecto, no se trata de consentir la ineficacia del contrato por razón del incumplimiento observado, sino de un auténtico acuerdo de las partes y, por tanto, un nuevo negocio jurídico dirigido a dejar sin efecto una relación obligacional preexistente plenamente válida y eficaz."*

*El mutuo disenso, como negocio jurídico, requiere de su propia y autónoma existencia, con sus presupuestos de validez y eficacia, de forma que precisa su plasmación expresa o su constatación inequívoca a través de la doctrina de los actos propios llevado a cabo por las partes, sin que pueda inferirse, directamente, de la interpretación o integración del contrato principal que nada contempló al respecto".*

**TERCERO** .- El recurrente solicita que declarado el incumplimiento se determine la indemnización de daños y perjuicios correspondientes que solicita sea igual a la cantidad entregada como parte del precio. Subsidiariamente, solicitó que fuese la de 186.611,74.- euros, que es el valor de la finca propiedad de los recurrentes.

Sin embargo, al formalizar la reconvencción su petición fue la de indemnización de 443.066,9.- euros.

Esta Sala acuerda estimar la casación y asumiendo la instancia declara que, quedando de manifiesto el incumplimiento, procede fijar una indemnización que prudentemente se determina por esta Sala en un 10 % de la cantidad que se ha de devolver, a saber, 78.900.- euros ( arts. 1101 y 1106 del C. Civil ), cantidad que engloba los perjuicios por la frustración del contrato y los intereses del préstamo hipotecario que los demandados han tenido que seguir abonando.

Esta suma se considera más adecuada que la peticionada por la parte recurrente, a la vista de las fluctuaciones en sus peticiones indemnizatorias y a la complejidad probatoria de la cuestión, huyendo la Sala de cálculos exagerados, mediante evaluación de carácter prospectivo ( *res ipsa loquitur* ); en este sentido, entre otras, la sentencia de 9 de abril de 2012, rec. 229/2007 .

**CUARTO** .- *Motivo primero. Infracción por inaplicación de los artículos 1137 , 1138 y 1139 del Código Civil y de la jurisprudencia.*

*Se desestima el motivo .*

Plantea el recurrente que se yerra en la sentencia recurrida al condenar a los demandados (hoy recurrentes) a devolver solidariamente las cantidades entregadas a cuenta. Plantea que la condena a la devolución debe ser con carácter mancomunado, por lo que los recurrentes solo deberían devolver 50.000.- euros, que es la única suma percibida por la operación, según alegan.

Esta Sala debe declarar que se compraron tres fincas, por un solo precio, actuando los vendedores bajo una misma representación, que era el representante legal de HERGAR que a su vez era, respectivamente, el padre y suegro de D.<sup>a</sup> Benita y de D. Pedro Antonio matrimonio covendedor.

La compra de las tres fincas se hizo como un todo integrado, por lo que se creó una unidad obligacional, generante de una responsabilidad "in solidum", pues por la naturaleza de lo pactado se comprometían a prestar un resultado conjunto.

Se transmitieron tres parcelas, con identidad de obligación dando nacimiento a un único hecho jurídico inescindible. Actuaron como un único sujeto, único contrato, unidad de objeto (pese a la diversidad de fincas), único cobro y con responsabilidad, unitaria y solidaria.

Declara la sentencia de esta Sala de 17 de abril de 2015; rec. 611 de 2013 :

*Este concepto de "solidaridad tácita" ha sido reconocido en otras sentencias de la Sala incluso anteriores a la anteriormente mencionada, declarando que existe cuando el vínculo obligacional tiene comunidad de objetivos,*



con interna conexión entre ellos ( sentencia de 28 de octubre de 2005, recurso 233/1999 ), sin que se exija con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad, habiéndose de esta manera dado una interpretación correctora al artículo 1137 del Código Civil para alcanzar y estimar la concurrencia de solidaridad tácita pasiva, admitiéndose su existencia cuando del contexto de las obligaciones contraídas se infiera su concurrencia, conforme a lo que declara en su inicio el artículo 1138 del Código Civil , por quedar patente la comunidad jurídica con los objetivos que los recurrentes pretendieron al celebrar el contrato ( sentencia de 17 de octubre de 1996, recurso 1887/1993 ), debiéndose admitir una solidaridad tácita cuando aparece de modo evidente una intención de los contratantes de obligarse "in solidum" o desprenderse dicha voluntad de la propia naturaleza de lo pactado, por entenderse, de acuerdo con las pautas de la buena fe, que los interesados habían querido y se habían comprometido a prestar un resultado conjunto, por existir entre ellos una comunidad jurídica de objetivos ( sentencia de 23 de junio de 2003, recurso 3247/1997 ) .

#### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

**QUINTO** .- *Motivo primero. Infracción de las normas procesales reguladores de la sentencia recogido en el art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Infracción del art. 218 de la LEC , congruencia de la sentencia.*

Se desestima el motivo .

Se tacha de incongruente la sentencia al haber impuesto la condena a la devolución de las cantidades entregadas con carácter solidario.

Del tenor de la demanda se establece la única conclusión posible, cual fue la actuación integrada y de consuno de los demandados, los que debían otorgar el contrato de compraventa, al tiempo; constituir conjuntamente una nueva sociedad a la que aportar los inmuebles; que recibieron los pagos parciales a través el Sr. Aquilino , (representante legal de HERGAR) suegro y padre de los demandados respectivamente. Quien también les representó en el contrato de opción de compra.

No puede tacharse de incongruente la sentencia recurrida, dado que se limita a extraer la consecuencia lógica de lo alegado y debatido. Por el contrario, los recurrentes pretenden que solo recibieron de los pagos la cantidad de 50.000.- euros, hecho que intentan probar por el acta de manifestaciones del suegro y padre, respectivamente. Esta alegación de los recurrentes debe ser rechazada pues la sentencia recurrida se limita a efectuar una traducción lógica de lo debatido y acaecido contractualmente, pues si el cumplimiento debía efectuarse con una conducta unitaria, si los pagos se efectuaron al sujeto que representaba a los recurrentes, si existía una identidad familiar y si todos actuaban bajo una misma representación, las consecuencias de la resolución deben ser afrontadas, también, "in solidum".

**SEXTO** .- *Motivo segundo. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia recogido en el art. 469.1.2º de la LEC . Falta de motivación fáctica y jurídica ( art. 218.2 de la LEC ).*

Se desestima el motivo .

Se alega que la cuestión de la solidaridad se introduce "ex novo" en la sentencia de apelación, sin motivación alguna.

Esta Sala debe declarar que la cuestión de la solidaridad no es nueva sino que se deduce de las alegaciones y pruebas practicadas, como ya hemos dicho. Que por primera vez se introduzca en la sentencia recurrida, es lógico, dado que en la primera instancia no se acordó la devolución de las cantidades entregadas a cuenta.

En cuanto a la pretendida falta de motivación de la sentencia recurrida sobre la solidaridad, es cuestión que debió ser objeto de subsanación, vía aclaración, complemento o incidente de nulidad de actuaciones, lo cual no se efectuó, infringiéndose por tanto lo dispuesto en el art. 469.2 LEC ( sentencia de 16 de noviembre de 2010, REC. 137/2007 ), entre otras.

**SÉPTIMO** .- Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, se imponen a los recurrentes las costas del mismo.

Estimado parcialmente el recurso de casación, no se efectúa expresa imposición de costas con respecto al mismo ( arts. 394 y 398 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 interpuesto por D. Pedro Antonio y D.ª Benita , representados por el Procurador D. Antonio Martínez de la Casa Rodríguez contra sentencia de 27 de junio de 2013 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga .





2. ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN Y CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el sentido de declarar que la parte compradora incumplió el contrato concertado, condenando a WEST PIER S.L. que indemnice a los vendedores en la cantidad de 78.900.-€ (setenta y ocho mil novecientos euros). Cantidad que será compensable parcialmente con la que los vendedores han de devolver solidariamente a la compradora y que figura en la sentencia recurrida.
3. No procede imposición en las costas del recurso de casación a los recurrentes, acordándose la devolución del depósito para recurrir relacionado con el mismo.
4. Se imponen a la recurrente las costas derivadas del recurso extraordinario por infracción procesal.

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 **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.