



Roj: **STS 2283/2003 - ECLI:ES:TS:2003:2283**

Id Cendoj: **28079110012003101744**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/04/2003**

Nº de Recurso: **2509/1997**

Nº de Resolución: **315/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Abril de dos mil tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de Apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Logroño -La Rioja-, como consecuencia de autos de Juicio de Menor Cuantía, núm. 73/94, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Calahorra, sobre otorgamiento de Escritura Pública de Contrato Privado; cuyo recurso fue interpuesto por DON Marcos , DON Abelardo , DOÑA Rosario , DON Octavio DON Alvaro y DON Rodolfo , representados por el Procurador de los Tribunales don Luis Pulgar Arroyo; siendo parte recurrida DOÑA Rosa y DON Eloy , en calidad de hijo y heredero de la causante demandante Victoria y en beneficio de la Comunidad hereditaria de ésta, representados por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Aguilar Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Calahorra, fueron vistos los autos, Juicio de Menor Cuantía, promovidos a instancia de doña Victoria y doña Rosa , contra don Abelardo , que a su fallecimiento se subrogaron sus hijos don Alvaro , doña Rosario , don Marcos , don Abelardo , don Octavio y don Rodolfo , sobre otorgamiento de escritura pública de contrato privado.

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, se declare el derecho de los actores a que por parte del demandado se otorgue escritura pública de permuta conforme a los términos del documento privado de 28 de junio de 1985 o, en su caso, se protocolice este último documento elevándolo a escritura pública, condenando a dicho demandado a estar y pasar por tal declaración, así como al otorgamiento de dicha escritura pública ante el Notario correspondiente y al pago de las costas.

Admitida a trámite la demanda la representación procesal de los demandados contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que, se desestimara la demanda, absolviendo a los demandados de la petición realizada en la misma y planteó RECONVENCIÓN instando la declaración de resolución del contrato de permuta de fecha 28 de junio de 1985, siendo dicha resolución en virtud de la notificación realizada por los demandados a los actores el 26 de octubre de 1993 y se condena a los citados actores a estar y pasar por dicha declaración y al pago a los demandados, en concepto de indemnización por daños, perjuicios, intereses y gastos, de la cantidad que el Juzgado considere más ajustado en función de la repercusión económica negativa sufrida de los gastos ocasionados y del resultado de la prueba, y todo ello con expresa imposición de las costas correspondientes en su demanda principal y a la reconvencción.

Conferido traslado a la parte actora del escrito de reconvencción, contestó ésta a la mencionada reconvencción alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes para terminar suplicando sentencia en la que solicitaba la desestimación íntegra de la misma y con imposición de las costas a la parte reconviniendo.



Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fué declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 20 de mayo de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimo la demanda presentada por el Procurador doña C. Miranda Adán en nombre y representación de doña Victoria y doña Rosa y desestimo la reconvención planteada por el Procurador don José Luis Varea Arnedo en nombre y representación de don Marcos , don Abelardo , doña Rosario , don Octavio , don Alvaro y don Rodolfo , y declaro el derecho de los actores a que por parte de los demandados otorguen escritura pública de permuta conforme a los términos del documento privado de 28 de junio de 1985, condenando a dichos demandados a estar y pasar por tal declaración, así como al otorgamiento de dicha escritura pública ante el Notario correspondiente. No ha lugar a lo solicitado en la reconvención. Las costas serán abonadas por los demandados tanto las de la demanda principal, como las de la demanda reconvencional.

Dedúzcase testimonio de la presente Sentencia, así como del examen judicial de la actora obrante en el folio 382 del Informe Forense del folio 383 y del Informe del Ministerio Fiscal del folio 397 a los efectos de interponer, en su caso, demanda de incapacidad y haciéndole saber la aplicación de lo dispuesto en el art. 299 bis del C.c."

SEGUNDO: Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de Apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada la Audiencia Provincial de Logroño, Sala de lo Civil, dictó sentencia con fecha 12 de junio de 1997, cuyo Fallo es como sigue: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don José Luis Varea Arnedo, en representación de don Marcos , don Alvaro , doña Rosario , don Abelardo , don Octavio y don Rodolfo , contra la Sentencia de fecha 20 de mayo de 1996, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Calahorra, en el Juicio de Menor Cuantía núm. 73/94, del que dimana el presente rollo de apelación núm. 346/96, la que debemos confirma y confirmamos. Todo ello con imposición de las costas causadas en este recurso de apelación a la parte apelante".

TERCERO: El Procurador de los Tribunales, don Luis Pulgar Arroyo, en nombre y representación de DON Marcos , DON Abelardo , DOÑA Rosario , DON Octavio DON Alvaro y DON Rodolfo , formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos: PRIMERO: "Al amparo del núm. 3 del art. 1692 L.E.C., se denuncia la vulneración de los arts. 238.3 y 240 de la L.O.P.J. y artículo 24 de la Constitución en relación con el art. 2 de la L.E.C. y jurisprudencia concordante, por conculcar el principio de tutela judicial efectiva provocando indefensión y fraude procesal, al no haberse declarado la nulidad de actuaciones, tanto en primera instancia como en apelación, después de constatarse la incapacidad mental de la codemandante doña Victoria ".- SEGUNDO: "Al amparo del núm. 3 del art. 1692 L.E.C., se denuncia la vulneración de los arts. 238.3 de la L.O.P.J. y art. 24 de la Constitución en relación con el art. 862.2º de la L.E.C. y jurisprudencia concordante, debiéndose declarar la nulidad de actuaciones, al conculcar el principio de tutela judicial efectiva y el principio de defensa provocando indefensión, al no admitir en segunda instancia la práctica de una prueba admitida en primera instancia y no practicada por causas no imputables a la parte".- TERCERO: "Al amparo del núm. 3 del art. 1692 L.E.C., se denuncia la vulneración de los arts. 238.3 de la L.O.P.J., art. 24 de la Constitución y art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en relación con el art. 203 o alternativamente con el 299 bis del C.c., por conculcar el principio de seguridad jurídica provocando efectiva indefensión y nulidad de actuaciones, al no haber sido cumplido o haber sido indebidamente cumplido el fallo de la sentencia dictada en primera instancia en lo referente a la representación procesal de la codemandante incapaz mental doña Victoria por el Ministerio Fiscal".- CUARTO: "Al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la L.E.C., se denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 1084 del C.c. y Jurisprudencia concordante en relación con los arts. 110 y 113 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón con resultado de indefensión e infracción del art. 24 de la Constitución al entender erróneamente la Sentencia recurrida bien constituida la litis y no estimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesaria al haber sido demandados únicamente los hijos del causante a los que indebidamente les atribuye un vínculo de solidaridad frente a las obligaciones de la herencia al no apreciar la existencia de una fiducia aragonesa sin realizar en la que esta designada como fiduciaria la viuda usufructuaria lo que constituye una herencia yacente sin herederos conocidos".- QUINTO: "Al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la L.E.C., se denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 1124 del C.c. y Jurisprudencia concordante al no declarar resuelta la permuta por incumplimiento o cumplimiento tardío por parte de las actoras y haber incurrido en mora tras haberse producido el correspondiente requerimiento notarial".- SEXTO: "Al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la L.E.C. se denuncia la infracción por la inaplicación de la doctrina de la equivalencia de las prestaciones y principio de equidad consagrados en la jurisprudencia, en relación con el enriquecimiento injusto que obtendría el demandante en el caso de que se condenase al demandado a cumplir el contrato de permuta de 28 de junio de 1985".



CUARTO: Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, el Procurador de los Tribunales, don Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de DOÑA Rosa y de DON Eloy , impugnó el mismo.

QUINTO: No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de Vista Pública, se señaló para VOTACIÓN Y FALLO EL DÍA 18 DE MARZO DE 2003, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Calahorra, de fecha 20 de mayo de 1996, se estima la demanda y se declara el derecho al otorgamiento de Escritura Pública de permuta del Documento Privado 28-6-1985, con desestimación de la reconvenición de adverso y, con el final dispositivo "Dedúzcase testimonio de la presente Sentencia, así como del examen judicial de la actora obrante en el folio 382 del Informe Forense del folio 383 y del Informe del Ministerio Fiscal del folio 397 a los efectos de interponer, en su caso, demanda de incapacidad y haciéndole saber la aplicación de lo dispuesto en el art. 299 bis del C.c.". Por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Logroño, se confirma la misma en su Sentencia de 12 de junio de 1997. Frente a la que recurre en Casación la parte demandada.

SEGUNDO: Son "facta" de partida, F.J. 3º Sala:

1º) Entre las actoras y el padre de los codemandados comparecientes y reconvinentes se suscribió un contrato de permuta en fecha 28 de junio de 1985, unido a los folios 7 y ss. y admitido en la contestación a la demanda en el hecho primero de la misma, al folio 118, con el objeto de permutarse las parcelas que se indicaban entre las partes, sin que posteriormente se hubiese elevado a escritura pública tal documento privado, por lo que, se llevaron a cabo diferentes requerimientos.

2º) Después del referido contrato de permuta se llevó a cabo un requerimiento notarial por el padre de los demandados, don Abelardo , (folio 10), respondiendo por las actoras el 17 de enero de 1992 (folios 11 al 15), con comunicación posterior en 29 de enero por parte del demandado en el sentido de que había cumplido, mientras las actoras incurrían en mora (folio 16), que después dio lugar a una comunicación notarial de las demandantes en 7 de febrero de 1992 (folio 18), para comunicar que, los documentos se encontraban en la notaría de Alfaro con el fin de que fuesen elevados a escritura pública con una comunicación siguiente en 18 de octubre, también al demandado, con el mismo fin (folio 48), con comunicación posterior por parte de los demandados en 26 de octubre de 1996, en el sentido de que resolvían el contrato, contestada por la parte demandante en 4 de noviembre de 1993 requiriendo a los demandados para que compareciesen en la notaria con el fin de elevar la escritura a documento público (folios 54 y 55), con conversaciones también entre las partes respecto del primer documento privado y su elevación a escritura pública y las obligaciones de ambas, aunque sin que se hubiese efectuado el otorgamiento de la escritura pública.

TERCERO: En el MOTIVO PRIMERO, se denuncia al amparo del núm. 3 del art. 1692 L.E.C., la vulneración de los arts. 238.3 y 240 de la L.O.P.J. y artículo 24 de la Constitución en relación con el art. 2 de la L.E.C. y jurisprudencia concordante, por conculcar el principio de tutela judicial efectiva provocando indefensión y fraude procesal, al no haberse declarado la nulidad de actuaciones, tanto en primera instancia como en apelación, después de constatarse la incapacidad mental de la codemandante doña Victoria ; razonando que, del resultado de la prueba de confesión de la codemandante doña Victoria , (folio 269), del examen judicial de dicha Sra. (folio 282) y del informe del médico forense (folio 283), quedó acreditado que su capacidad civil era completamente nula infiriéndose del referido informe médico que la coactora tenía la misma falta de capacidad el día 25 de febrero de 1994, fecha en la que su esposo otorgó en su nombre poderes notariales a procuradores para la iniciación del presente procedimiento manifestando en los mismos (folio 4), "la subsistencia de las facultades y capacidad de la poderdante", constituyendo tal manifestación una indudable falsedad, y la ocultación maliciosa por parte de sus familiares de su estado mental incumpliendo lo preceptuado en el artículo 202 y concordantes del Código Civil y permitiendo la substanciación del procedimiento en tales condiciones en auténtico fraude procesal. Y se agrega que, ante la evidencia, de la falta de capacidad de dicha Sra. Fue solicitada por esta parte al Juez de Instancia mediante varios escritos (folios 320 y ss., 393 y ss. y 401 y ss.) que o bien admitiera la falta de capacidad de la coactora para litigar y declarase la nulidad de actuaciones o, si estimaba que era capaz de declararse "confesa" al no haber sido posible practicar la prueba de confesión, porque declararla capaz para unos actos del proceso e incapaz para otros, como así ha sucedido, supone una irregularidad procesal inadmisibles que lleva a la más absoluta indefensión a la parte que la soporta. También se pusieron en conocimiento del Juez las manifestaciones del oficial de la notaria de Alfaro (La Rioja) sobre el rechazo al otorgamiento de poderes por doña Victoria a favor de su esposo en el año 1992 que el notario titular había efectuado al considerar que la citada Sra. Manifestaba evidentes síntomas de falta de capacidad



mental, y que meses después, estando vacante la referida notaría, dichos poderes fueron autorizados por el notario de Calahorra (La Rioja).

En el SEGUNDO MOTIVO, igualmente se reproduce esa petición de nulidad de actuaciones al denunciarse al amparo del núm. 3 del art. 1692 L.E.C., la vulneración de los arts. 238.3 de la L.O.P.J. y art. 24 de la Constitución en relación con el art. 862.2º de la L.E.C. y jurisprudencia concordante, debiéndose declarar la nulidad de actuaciones, al conculcar el principio de tutela judicial efectiva y el principio de defensa provocando indefensión, al no admitir en segunda instancia la práctica de una prueba admitida en primera instancia y no practicada por causas no imputables a la parte. Al igual que en el MOTIVO TERCERO, si bien ahora en relación con la declaración final de la instancia, denunciando al amparo del núm. 3 del art. 1692 L.E.C., la vulneración de los arts. 238.3 de la L.O.P.J., art. 24 de la Constitución y art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en relación con el art. 203 o alternativamente con el 299 bis del C.c., por conculcar el principio de seguridad jurídica provocando efectiva indefensión y nulidad de actuaciones, al no haber sido cumplido o haber sido indebidamente cumplido el fallo de la sentencia dictada en primera instancia en lo referente a la representación procesal de la codemandante incapaz mental doña Victoria por el Ministerio Fiscal.

Todos los Motivos se rechazan, porque, partiendo de que la nulidad de actuaciones interesada, exige una categórica observancia de los requisitos del art. 238 L.O.P.J., y justificar "sine qua non" el fundamento de la misma, que en el caso del litigio, se reconduce, en resumen, a entender que se permitió la actuación de la codemandada en persona o a través del poder otorgado a favor de su esposo don Benjamín, cuando la misma adolecía de incapacidad mental, y que, por ello, estaba impedida para el ejercicio de su derecho en la instancia judicial en que lo había postulado, ha de subrayarse que, esos alegatos no son de recibo, porque, como es sabido, esa ineptitud jurídica proviene en todo caso, de una declaración expresa y formal de incapacitación judicial, en los términos del art. 199 C.c., de tal modo que, por su sentido restrictivo de personalidad en su proyección actuatoria, su alcance o entendimiento ha de hacerse con sentido estricto o, en otras palabras, que en tanto no exista esa incapacitación "ope sententiae", la persona cuestionada es capaz, y a ello conduce cuanto se expone por la Sala en su F.J. 1º: "...en lo que respecta a la nulidad de actuaciones interesada se ha de indicar que, la Procuradora que comparece en autos, doña Carmen Miranda Adán, lo hace en virtud de poder otorgado por la codemandante doña Rosa y don Benjamín, que lo hace en representación de su esposa, doña Victoria, en virtud de poder de representación otorgado en escritura de 16 de noviembre de 1992, ante Notario de Calahorra don Carlos Higuera Serrano, núm. 1231 de protocolo, (folios 4 y ss., de las actuaciones), por ello teniendo capacidad en dicha fecha de 16 de noviembre de 1992, para otorgar poder ante Notario sin que conste que en dicha fecha sufriese enfermedad alguna que la incapacitase, aunque posteriormente y según se determina por el informe forense practicado -al folio 382- en relación con la diligencia negativa de confesión judicial de doña Victoria, al consta al -al folio 270- que parecía incapaz de entender y responder preguntas, en el que consta la incapacidad apreciada por el médico forense de la referida doña Victoria, con la realidad de una importante sintomatología de su enfermedad en 9 de marzo de 1994, ya se encontraría importantemente afectada por la enfermedad con su capacidad mental alterada, si bien, con imposibilidad de determinar el grado de afección, ha de entenderse que, no se da motivo de nulidad, como se pretende por la parte recurrente en base al art. 238 de la L.O.P.J., pues, el Procurador lo hace en virtud de representación otorgada en forma antes de la propia presentación de la demanda en 9 de marzo de 1994, legitimación que además, incluso, la propia parte demandada reconoce en su contestación a la demanda al folio 13 de la misma, y 129 de los autos, en el que, en el apartado final de dicho folio, viene a admitir la validez del poder indicado de 16 de noviembre de 1992...". Y sin que, tampoco lo denuncia del Motivo 3º, sobre la declaración final de la Sentencia de Primera Instancia sea relevante a esos efectos, porque, sin dudar que responde a una cautela que el Juzgado apreció en su día, su cumplimiento o falta de observancia no trasciende para equipar un motivo casacional por ese particular alegato.

CUARTO: El MOTIVO CUARTO, se articula al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la L.E.C., denunciándose "la infracción por interpretación errónea del artículo 1084 del C.c. y Jurisprudencia concordante en relación con los arts. 110 y 113 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón con resultado de indefensión e infracción del art. 24 de la Constitución al entender erróneamente la Sentencia recurrida bien constituida la litis y no estimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al haber sido demandados únicamente los hijos del causante a los que indebidamente les atribuye un vínculo de solidaridad frente a las obligaciones de la herencia al no apreciar la existencia de una fiducia aragonesa sin realizar en la que esta designada como fiduciaria la viuda usufructuaria lo que constituye una herencia yacente sin herederos conocidos".

Se reitera, pues, la denuncia de no apreciarse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado también a la madre de los demandados y esposa del causante, la cual, en virtud del testamento de éste, de 14-2-1961, devino en usufructuaria universal de todo su patrimonio y, que en aplicación de los arts. 110 y 113 de la Compilación de Aragón, ello debe prevalecer sobre la aplicación del art. 1084 C.c., que para la Sala funciona en prioridad para, acogiendo la solidaridad implícita que alberga este precepto



sustantivo sobre la comunidad hereditaria eximir de esa llamada al litigio de la citada viuda. El Motivo tampoco se acoge, porque se confirma -aparte de cuanto luego se añade- lo expuesto por la Sala "a quo" en su F.J. 2º que, con todo pormenor, responde a esa incidencia al expresar: "Por lo que respecta a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada, se ha de indicar que, pretendida en el recurso esta excepción al haberse planteado en el mismo sin referencia a la misma en el trámite de primera instancia, cuando ya se podía haber efectuado por la parte demandada en base al propio testamento en el que se apoya esta excepción... No obstante, también resulta que esta excepción puede ser apreciada de oficio... Y una vez determinado que el Tribunal puede conocer de la excepción en cuanto a la misma, ha de indicarse que, resulta determinado por el referido testamento de don Leonardo que, el mismo dejó el usufructo sobre sus bienes tanto muebles como sitios, créditos derechos, acciones y obligaciones con expresa relevación de formalizar inventario y prestar fianza a favor de su esposa doña Elsa , a la que facultó, para que mientras que se conservase viuda del otorgante distribuyese los bienes de éste, entre los hijos y demás descendientes del matrimonio en la proporción, tiempo y forma que tuviese por conveniente, en una o más veces, tanto por actos intervivos como mortis causa, lo que constituye, como se señaló en la vista del recurso, la existencia de una comunidad hereditaria de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 110 y 113 de la compilación del derecho civil de Aragón, Ley 3/85 de 21 de mayo aplicable, como admitieron ambas partes en la vista del recurso, dada la vecindad civil foral del otorgante en el referido testamento y que, conduce al rechazo de esta excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues cuanto que, como señala la Sentencia de 11-2-94, debe decretarse la improcedencia de la concurrencia de esta excepción, pues, se da un vínculo de solidaridad, impuesto por imperativo legal, entre todos los herederos, que opera para excluir toda posibilidad de surgimiento de litisconsorcio pasivo necesario (también en este sentido la S. de 22-3-90), de modo que, al no haberse llamado a la esposa usufructuaria, designada como tal en dicho testamento, no obstante, y a pesar de ello, no se hace necesaria su llamada al procedimiento, al no ser precisa la misma para una correcta constitución de la litis, con la consiguiente desestimación de la pretendida excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario".

QUINTO: Y es que, parece pertinente declarar, en refuerzo de esa tesis, que en la posible pugna que el Motivo plantea entre citados preceptos, arts. 110 y 113 de la Ley 21 de mayo de 1985 de Compilación de Aragón y el referido art. 1084 C.c. (empero, silenciado "nominatim" por la recurrida) sobre la afectación solidaria de los coherederos mientras la partición, al pago de las deudas u obligaciones remanentes del causante -en el caso de autos el otorgamiento de la escritura de permuta- ha de mantenerse la tesis de la Sala "a quo" que, por lo demás, no pugna en ese particular con la normativa foral, no ya porque aquel usufructo universal ratifica el sentido hereditario de los hijos o causahabientes del causante, sino porque hasta admitiendo que la usufructuaria fiduciaria aún no hubiese efectuado su encargo de distribución, y que resta una situación de pendencia, ello explica que en esa situación acontezca una ineludible comunidad hereditaria entre todos los interesados - como señala citado art. 113 Compilación- a cuyo régimen ordenador remite expresamente el citado precepto, pues, todos, según su posición jurídica y respectiva cualidad hereditaria distribuida por el "de cuius", -fiduciaria y fideicomisarios o cónyuge superstite, e hijos- forman parte de la misma, por lo que, su afección común o solidaria deviene ineludible, siendo pues entonces el litisconsorcio postulado superfluo. Se decía en Sentencia de 23-7-02: "...La figura jurídica del litisconsorcio pasivo necesario, de creación puramente jurisprudencial, tiene su justificación última en una indebida constitución de la relación procesal, con base en la situación jurídico-material que se ventila en la litis, es decir, se pretende la presencia de todos los interesados en esta situación, únicos que pueden ser considerados como litisconsortes necesarios, pues los que no fueron parte en el contrato cuya ejecución se discute, carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto, y no hay razón alguna para llamarles obligatoriamente a un proceso, en el que no puede recaer pronunciamiento condenatorio que les afecte de modo directo (art. 1257 C.c.). Importa poner de relieve, como ya tiene declarado la jurisprudencia, que no es de apreciar tal situación litisconsorcial cuando los posibles efectos hacia terceros se producen, con carácter reflejo, por una simple o mediata conexión, o porque la relación material sobre la que recae produce la declaración que sólo les afecta con carácter prejudicial o indirecto; en estos casos su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, sino voluntaria o adhesiva, ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza, ni se produce para ellos indefensión (SS., entre otras 16-12-86, 23-2-88, 4-10-89, 23-10 y 24-4-90, 25-2-92 etc.)... A lo que cabe añadir, que esa afectación o acatamiento a lo ya resuelto por los no llamados (eficacia de cosa juzgada), en fase de ejecución no se cohonestaría con la imposibilidad de condena INAUDITA PARTE, por lo que, sería un obstáculo para la ejecución de la sentencia así pronunciada al no poderse imponer a quien pese a su conexión con la relación material controvertida no fué llamado al proceso y, que asimismo, cuando concurre un vínculo de solidaridad - art. 1144, 1084 C.c.- no cabe apreciar la figura del litisconsorcio pasivo necesario. SS. 18-9-96; 14-3-2000; 28-6-2001, 1- 7-93, 11-2-94 , 11-3-94.

SEXTO: En el MOTIVO QUINTO, se denuncia al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la L.E.C., la infracción por interpretación errónea del artículo 1124 del C.c. y Jurisprudencia concordante al no declarar resuelta la



permuta por incumplimiento o cumplimiento tardío por parte de las actoras y haber incurrido en mora tras haberse producido el correspondiente requerimiento notarial.

Se trata, pues, de demostrar que fue la parte actora la que incumplió lo pactado, que no prospera, porque, tras los "facta" transcritos, el no cumplimiento queda reflejado en el F.J. 3º: "...no puede entenderse que por la parte demandante se incurriese en incumplimiento de su obligación y que, por lo tanto, concurra la causa de resolución del art. 1124 C.c., que de haber concurrido, y a su vez haberse determinado que por los demandados y reconvinentes habían cumplido con su obligación, habría permitido estimar la resolución del contrato instada por los demandados en su demanda reconvenicional como se desprende de constante doctrina jurisprudencial que exige que, para instar la resolución es preciso que el solicitante haya cumplido con su parte (SS. de 3-2-89, 20-12-93, 10-1-94 y 9-5-94) con verdadero incumplimiento además por la contraparte (SS. 11-10-82, 7-3-83, 6-7-89 y 2-4-94), como ya venía a apreciar el Juez de Instancia en su resolución, en la que se señalaba la falta de existencia de incumplimiento por la actora, que impedía estimar la reconvenición y por el contrario dar lugar a la estimación de la demanda, y que se ha de mantener en esta alzada conforme a lo expuesto, sin que la alegación efectuada en el sentido de que mientras que por los demandados conforme al informe o certificado del Ayuntamiento de Rincón de Soto se había interesado licencia de autorización de segregación, solamente por una de las actoras, por doña Victoria se había interesado también licencia o división de segregación de solares (oficio del Ayuntamiento de Rincón de Soto de 15 de julio de 1996, obrante en el rollo de apelación), por cuanto que no puede olvidarse que, se está resolviendo sobre un contrato privado- civil que ha de entenderse ajeno a requisitos administrativos, en relación con la Ley del Suelo, independiente de la cuestión controvertida entre las partes consistente en un contrato privado de permuta, independiente a cuestiones de urbanización o de carácter administrativo, de ahí que, en definitiva, se deba de resolver con el mantenimiento de la sentencia de instancia cuyos fundamentos se admiten y dan por reproducidos en la presente, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación, pues, en definitiva, estimada la demanda, la consecuencia inmediata debe ser la del rechazo de la reconvenición en todos sus puntos, pues no procede declarar la resolución contractual pretendida en la misma ni como su consecuencia dar lugar a la indemnización por daños, perjuicios e intereses y gastos solicitados, así como el mantenimiento de la sentencia recurrida y el rechazo del recurso de apelación".

Tesis de la recurrida que ha de prevalecer según Sentencia de 18-3-03: "...Siendo jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía (SS. 22-7-95, 20-7- 96, 9-12-97) el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el núm. 4 del art. 1692 L.E.C. (tras la reforma de la Ley 10/92 de 30 de abril como error de derecho en la apreciación de la prueba) pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (S. del T.S. de 10-3-83), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión 'voluntad deliberadamente rebelde', que sería tanto como exigir dolo (S. del T.S. 18-11-83), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SS. 31-5 y 13-11-85), se reitera en definitiva el incumplimiento acreditado por la sentencia de la Sala 'a quo' auténtica 'quaestio facti' que debe prevalecer por todo lo razonado...". SS. 18-3-91; 22-7- 95; 20-7-96; 9-12-97; 5-4-99; 30-11-99; 25-10-2000; 15-3-2001; 5-4-2001; 20-9-2001; 20-3-2002; 17-5-2002. 27-7-02. Sin que tampoco se acoja el MOTIVO SEXTO, que denuncia al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la L.E.C. la infracción por la inaplicación de la doctrina de la equivalencia de las prestaciones y principio de equidad consagrados en la jurisprudencia, en relación con el enriquecimiento injusto que obtendría el demandante en el caso de que se condenase al demandado a cumplir el contrato de permuta de 28 de junio de 1985; planteando sin duda una "res nova" sobre el enriquecimiento injusto, cuya inclusión "es post" en esta vía casacional es inviable, se decía en Sentencia de 18-3-02: "...Se trata de una cuestión nueva, y por tanto no examinable en casación por no tener acceso a ella, por no haber sido propuesta en el periodo de alegaciones, puesto que como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, no cabe resolver tesis ni problemas jurídicos que no fueron propuestos oportunamente al juzgador de instancia... Hay que asegurar asimismo el derecho de defensa a la otra parte, porque no es posible revisar o resolver en esta vía casacional una cuestión no enjuiciada, ya que son las cuestiones discutidas en la litis las que en este recurso extraordinario puedan resolverse. Otra cosa acarrearía la más completa indefensión de la parte contraria y no sólo se vulneraría y conculcaría la legalidad ordinaria, sino también el derecho fundamental de la persona que proscribire para toda clase de juicios cualquier atisbo de indefensión. Las cuestiones nuevas van, además, contra los principios de audiencia bilateral y de congruencia. - Sentencias por todas, de 27-1; 1-3, 2; 29 y 30-6; 13, 14 y 16-7; 10-10; 3, 15, 17 y 18-12-1984; 20-2; 4-3; 28-5; 10, 20, 21-6; 13-7; 7-11; 10 y 20-12-1985; 28-1; 24-2; 14-3; 16 y 30-5: 12-7; 8, 22, 28-10; 27-11-1986; 3, 16-3; 3-4; 12, 14, 25-5; 27-6; 28-9; 2- 10; 30-11; 14-12-1987; 31-10; 6-11; 15-12-1989; 5-6; 20-11-1990; 3-4; 28-10; 23-12-1992; 8-3; 3- 4; 26-7-1993; 2-12-1994; 28-11-1995 y 7-6-1996"; asimismo, en Sentencia de 21-9-2001: "...por tratarse de una cuestión nueva, que no es admisible en casación, ya que no permite a la parte contraria oponerse a la misma, pudiendo dar lugar a una verdadera indefensión, como han mantenido entre otras muchas anteriores, las sentencias de esta Sala de



14-6-2000, 4-12-2000, 12-2-2001, 8-3-2001, 20-3-2001; 30-3-2001; 12-3-02; por lo que se desestima el recurso con los demás efectos legales.

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 AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por la representación procesal de DON Marcos , DON Abelardo , DOÑA Rosario , DON Octavio , DON Alvaro y DON Rodolfo , frente a la Sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Logroño en 12 de junio de 1997. Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal y, a su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los Autos y Rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL.- LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ.- JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ.- RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, 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.