

Roj: STS 4891/2011
Id Cendoj: 28079110012011100471
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1647/2007
Nº de Resolución: 424/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ADQUISICIONES A NON DOMINO DE BIENES INMUEBLES x
- x SENTENCIA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN x
- x EFECTOS DE LA NULIDAD (CONTRATOS) x
- x FE PÚBLICA REGISTRAL x

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 1647/2007 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Edificios Barcelona, S.A., Gambit, S.A., y D.ª Laura , representados por el procurador D. Manuel María Álvarez Buylla Ballesteros, contra la sentencia de 23 de abril de 2007, dictada en grado de apelación, rollo n.º 786/2005, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 149/2000, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona . Habiendo comparecido en calidad de partes recurridas la procuradora D.ª Rosalía Rosique Samper, en nombre y representación de D. Ezequias y la procuradora D.ª Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en nombre y representación de D. Almudena , D. Lorenzo , D. Onesimo y D.ª Esperanza , D.ª Josefa , D. Jose Ángel y D.ª Montserrat .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona dictó sentencia de 1 de marzo de 2005 en el juicio ordinario n.º 149/2000 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»1.- Desestimar íntegramente la demanda formulada por el procurador Sr. de Anzizu en representación de Edificios Barcelona, S.A., Gambit, S.A. y Laura contra Ezequias , Alonso , Claudio , Desarrollos Lascaris SL, Almudena , Lorenzo , Onesimo , Josefa , Jose Ángel , Montserrat , Esperanza y Hermenegildo absolviendo a dichos demandados de los pedimentos de la actora.

»2.- Desestimar la demanda reconvenzional formulada por el procurador Sr. Arcas en representación de Ezequias contra Edificios Barcelona, S.A., Gambit, S.A. y Laura absolviendo a los demandados reconvenzionales de los pedimentos de la reconvencción.

»3.- Desestimar la demanda reconvenzional formulada por el procurador Sr. Ram de Viu en representación de Almudena , Lorenzo , Onesimo , Josefa , Jose Ángel , Montserrat , Esperanza contra Edificios Barcelona, S.A. Gambit, S.A. y

Laura absolviendo a dichos demandados de los pedimentos de esta reconvencción.

»Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a costas».

SEGUNDO.- La sentencia contiene en cuanto interesa los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- De las alegaciones vertidas por las partes en sus respectivos escritos y al efecto de clarificar la cuestión distinguiremos entre las distintas acciones ejercitadas y así

»1.- acción ejercitada por los actores principales en exigencia de otorgamiento de escritura pública de compraventa de las fincas reseñadas en la demanda en cumplimiento del contrato suscrito entre Gambit SA, Laura y Edificio Barcelona SA como compradores y D. Ezequias , D. Alonso y D. Claudio como vendedores en fecha 6 de mayo de 1999 que tenía por objeto la venta de las participaciones sociales de la sociedad Desarrollos Lascaris SA de las que los vendedores son titulares por el precio de 1 743 000 000 pts a razón de 87 150 pts por participación.

»Alegan los actores en apoyo de su pretensión que

»1.- que el contrato de 6 de mayo de 1999 supone un verdadero contrato de compraventa válido y eficaz

»2.- que el real objeto de la compraventa, o voluntad negocial de las partes fue dirigida a la transmisión de las fincas incluidas en el sector denominado "Can Clota" del término municipal de Esplugas de Llobregat, integrado por las fincas NUM000 ; NUM001 y NUM002 , de las que era titular Desarrollos Lascaris, y los derechos de edificación sobre la finca segregada de la NUM003 de superficie tres hectáreas cuyo titular era D. Ezequias , fincas todas que, aprobada la modificación del Plan parcial y el Proyecto de Compensación debían configurar una finca resultante de 15 845 m2 de techo residencial sobre rasante, "finca objetivo" verdadero objeto del contrato suscrito.

»3.- que la sociedad Desarrollos Lascaris SL es una sociedad instrumental de D. Ezequias . En consecuencia es válida y eficaz la venta por este efectuada

»4.- que los actores tienen respecto al contrato de compraventa referido la consideración de adquirentes de buena fe en tanto Desarrollos Lascaris SA y Ezequias eran titulares registrales de las fincas que conformaban la finca verdadero objeto del contrato suscrito por los actores principales

»5.- que los compradores cumplieron con el primer pago del precio pactado entregando a D. Ezequias la cantidad de 100 000 000 pts, comunicando este en 3-12-99 aprobación inicial de la modificación del Plan parcial de Ordenación Urbana Can Clota, acordando día para comparecer ante Notario al efecto de otorgar escritura pública de venta conforme a lo pactado sin comparecer los vendedores.

»6.- que con motivo de la preparación de escritura y ante gestiones en el registro tuvieron conocimiento de que los codemandados habían presentado demanda contra Desarrollos Lascaris, Ezequias , y otros, en ejercicio de acción reivindicatoria cuestionando la demanda la validez del título adquisitivo de las fincas adquiridas por Desarrollos Lascaris en cuanto sociedad instrumental de D. Ezequias , constando anotación preventiva de la demanda presentada por los codemandados en el registro.

»Partiendo pues de los anteriores precedentes, concretan los actores sus pedimentos en

»1.- que se declare que el contrato privado suscrito en 6 de mayo de 1999 firmado por el demandado Ezequias en nombre propio y actuando en representación de Alonso y Claudio constituye un verdadero contrato de compraventa del que se han satisfecho a cuenta el precio de 1 743 000 000 pts, la cantidad de 100 000 000 pts

»2.- declare que la voluntad negocial de los intervinientes de aquel contrato iba dirigida a la denominada "finca objetivo" de una edificabilidad prevista de 15 845 m2 de techo residencial sobre rasante que debe formarse como consecuencia de la aprobación definitiva del plan parcial del sector de Can Clota llevado a cabo por el Ayuntamiento de Esplugas de Llobregat y de la aprobación definitiva del proyecto de compensación sobre las fincas de dicho sector, entre las que estaban incluidas las registrales NUM000 , NUM001 , NUM002 y los derechos de edificación sobre una finca segregada de extensión 30 000 m2 de la finca NUM003 , todas ellas del Registro de la propiedad de Esplugas de Llobregat siendo aquella finca objetivo el objeto de la compraventa.

»3.- declare, penetrando en el interior de la sociedad Desarrollos Lascaris SL que es una sociedad instrumental de D. Ezequias , siendo los dos socios únicos de aquella compañía los demandados D. Alonso y D. Claudio , fiduciarios de D. Ezequias y en consecuencia todos los negocios jurídicos llevados a cabo por

dicha sociedad, y entre ellos el contrato privado de 6 de mayo de 1999, lo fue en exclusivo interés del citado D. Ezequias

»4.- declare que los demandantes al suscribir el contrato privado de 6 de mayo de 1999 actuaron de buena fe, teniendo la consideración de terceros civiles respecto de las fincas registrales NUM000 , NUM001 y NUM002 y sobre los derechos de edificación de la finca segregada de la registral NUM003 , todas ellas del registro de la Propiedad de Esplugas de Llobregat, condenando a todos los demandados por estar y pasar por dicha declaración y a respetar los derechos adquiridos por los demandantes sobre las fincas registrales referidas y sobre los derechos de edificación como medio de adquirir la finca objetivo.

»5.- Condene a D Claudio , a sus fiduciarios D. Alonso y D. Claudio y a la sociedad instrumental de D. Ezequias Desarrollos Lascaris a otorgar escritura pública de venta a favor de los demandantes y en la proporción de un 47,5% para cada una de las sociedades y un 5% para Doña Laura de las fincas registrales NUM000 , NUM001 , NUM002 del registro de Esplugas de Llobregat y de los derechos de edificación que correspondan a la finca de 30 000 m2 segregada de la registral NUM003 por el precio convenido de 1 473 000 000 de pts que será satisfecho a quien corresponda en la forma y plazos convenidos en el documento privado a partir del momento en que cese la perturbación con apercibimiento de que de no otorgarla la otorgaría S.S. en su nombre

»Alternativa o subsidiariamente y para el caso de no ser estimado el anterior pedimento suplica se condene a los demandados D. Ezequias y a sus fiduciarios D. Alonso y D. Claudio para que otorguen escritura o documento público de compraventa de todas las participaciones sociales de Desarrollos Lascaris SL a favor de Edificios Barcelona SA, 9 995; Gambit SA 9 995; y Doña Laura 10 participaciones por el precio, pactos y demás condiciones del contrato privado de 6 de mayo de 1999 a salvo el pago del precio que se efectuara en la forma convenida cesada la perturbación.

»Alternativa o subsidiariamente para el caso de que ninguna de las anteriores peticiones fuere estimada, solicita se declare resuelto el contrato de 6 de mayo de 1999 por culpa exclusiva de los demandados D. Ezequias y sus fiduciarios D. Alonso y D. Claudio condenándoles solidariamente a la restitución de la cantidad de cien millones de pts entregada a cuenta del precio condenando a los demandados a indemnizar a los actores por la frustración del contrato en cantidad a determinar en ejecución de sentencia

»Solicita anotación preventiva de demanda sobre las fincas registrales indicadas en el cuerpo del escrito previa constitución de fianza así como constancia en el ayuntamiento de Esplugues de Llobregat

»Segundo.- [...].

»Tercero. - Partiendo de todo lo anterior la cuestión debatida se centra en

»1.- determinar la naturaleza del contrato de 6 de mayo concretando su alcance y contenido y en consecuencia los derechos y obligaciones que del contrato se derivan para cada una de las partes

»2.- examinar las actuaciones llevadas a efecto en la fase de ejecución del contrato al efecto de determinar la vigencia y efectividad del contrato y en su caso el cumplimiento o incumplimiento y sus consecuencias.

»3.- determinar si cabe apreciar la buena fe de los actores principales y/o la pretensión de los demandados de ser considerados terceros registrales con los efectos previstos en la **LH**

»En el bien entendido que ninguna de las partes insta la nulidad o inexistencia del contrato, pues si bien es cierto que de los escritos presentados por los demandados pudiere inferirse alusión a la simulación, lo cierto es que en su suplico ningún pedimento consta al respecto por lo que no cabra entrar a cuestionar la validez del contrato sino únicamente su vigencia en tanto si se insta su resolución.

»Cuarto.- Planteadas así las cuestiones a dilucidar, empezaremos por el examen de la primera de las relacionadas en el anterior fundamento teniendo en cuenta para centrar jurídicamente esta cuestión que tal y como ha venido afirmando reiterada y unánimemente la jurisprudencia, "los contratos son lo que son, con independencia de la denominación que las partes quieran darle", afirmando a la hora de determinar la naturaleza contractual o precontractual de una relación jurídica que, realizada la oferta de contrato o propuesta, conteniendo los requisitos indispensables al fin proyectado y, por consiguiente, con todos los elementos necesarios para el futuro contrato (los denominados essentialia negotii que tratándose de una compraventa serán la cosa y el precio), el contrato se genera en su perfección con el consentimiento de la

otra parte, manifestando su aceptación a los términos en que aquella declaración ha sido hecha por el oferente y alcanzándose, en suma, el *in idem plactium* o punto de conjunción de los contrapuestos intereses que es el acuerdo determinante del consentimiento, cuya suficiencia para la perfección del negocio viene proclamada por el *art. 1254 cc.*

»Es preciso destacar también como el *artículo 1451 del CC* contempla un supuesto especial en sede precontractual, si se trata de promesa de venta, en tanto permite la exigibilidad de las prestaciones (cosa y precio), siempre y cuando hubieren quedado delimitadas en el contrato celebrado. En consecuencia, a la hora de determinar los efectos habrá que distinguir entre aquellos supuestos en que las partes dejaron para el futuro la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del contrato de venta, en cuyo caso el incumplimiento no puede llevar más que a la exigencia de indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento le hubiere ocasionado, y aquellos otros supuestos en que las partes demostraron su decidida voluntad con todos los pormenores y detalles de celebrar un auténtico y verdadero contrato de compraventa que en ese momento no pueden por impedirlo ciertos obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes u otras circunstancias, poniendo de manifiesto no solo su voluntad de presente sino su voluntad total y exacta para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el término establecido a partir del cual si no se cumpliera voluntariamente podrán compelerse a la entrega de la cosa o al pago del precio.

»En definitiva pues, para que podamos calificar la relación de verdadero contrato de compraventa debe haber acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio, pues tal y como se desprende de los *arts. 1445 en relación con los 1254 y 1258 cc.*, el contrato de compraventa es un contrato bilateral, consensual y oneroso por el que uno de los contratantes se obliga a entregar al otro una cosa determinada y este a pagar por ella un precio cierto. Por el contrario deberemos calificar la relación como precontractual o de contrato preparatorio, cuando exista indeterminación específica de ambos elementos o de uno de ellos pues en ese caso es imprescindible el otorgamiento de un futuro contrato en el que se complementen los que en el primero quedaron indeterminados (SSTS 26-10-84 , 27-4-1999 y 15-4-2002)

»Quinto.- Centrada así la cuestión, de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica de la prueba practicada, atendido el contrato celebrado y teniendo en cuenta que tal y como tiene declarado la jurisprudencia, las reglas hermenéuticas en sede de interpretación de los contratos (1281 y ss del CC) constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre si de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer *párrafo del art. 1281* , de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes, cabe destacar

»el manifiesta II del contrato en que las partes hacen constar expresamente que han llegado a acuerdo para formalizar un compromiso de compraventa» según el pacto primero las partes se comprometen a vender y las otras se comprometen a comprar

»el pacto quinto, declaraciones de D. Ezequias , en el apartado correspondiente a "estados financieros y libros de comercio" dice "que el balance y las cuentas de resultados de la sociedad que se acompañaran al finalizarse la compraventa..." "

»según el pacto primero el objeto del compromiso son las participaciones sociales de la sociedad Desarrollos Lascaris por el precio de 1 743 000 000 de pts a razón de 87 150 pts por participación.

»según el pacto tercero, el contrato debe ratificarse dentro de los 30 días siguientes a la notificación que se efectuó a las compradoras comunicando la aprobación inicial de la modificación del Plan parcial Can Clota mediante la transmisión de las participaciones sociales y pago del precio convenido en documento notarial

»f) según el pacto cuarto, relativo a la forma de pago del precio, es de destacar el apartado b que dice: que debido a que la operación aquí convenida se realiza en razón a que la sociedad Desarrollos Lascaris es titular de la finca NUM000 del Registro de Esplugues de Llobregat y que la misma está afectada por el plan parcial Can Clota en trámite de aprobación inicial, en el proyecto de compensación que en su día se apruebe deberán serle adjudicadas fincas resultantes con una edificabilidad neta prevista de 15 845 m2 de techo residencial sobre rasante libres de cargas, debiendo en su caso modificarse el precio, quedando el contrato sujeto a condición resolutoria según el apartado e) caso de que en 3 años no se produjera la inscripción de las fincas resultantes con la edificabilidad prevista, pudiendo los compradores conceder un nuevo plazo o rescindir la operación pudiendo en este caso los vendedores en 15 días siguientes a la notificación de la rescisión devolver las cantidades recibidas siempre que no justifiquen inscripción a favor

de Desarrollos Lascaris en el registro de las fincas resultantes con la edificabilidad neta prevista

»g) el balance y cuentas de resultados se entregaran al finalizarse la compraventa (página 3 in fine del contrato), a pesar de lo cual se fija un precio atendiendo al valor de cada participación social.

»Atendidos pues los pactos a que hemos hecho referencia no cabe duda a criterio de quien resuelve de que nos encontramos ante una situación precontractual que requería de nuevo convenio una vez verificado el resultado del plan de reparcelación y a la vista del mismo fijar el precio, ya que la sociedad no interesaba en el estado que presentaba al momento de la firma del contrato, (fijémonos como ni tan siquiera interesa a la compradora el estado de la sociedad admitiendo que no se hiciera entrega al suscribir el contrato de los libros de contabilidad, balances y cuentas de resultado, que se entregaran según consta al ultimarse la venta) sino el patrimonio social en tanto en cuanto se adjudicase a la sociedad por el plan de reparcelación, finca con edificabilidad no inferior a 15 845 m2 de techo residencial libre sobre rasante libres de cargas, debía ratificarse el convenio caso de que así fuere y a que en 3 años se hubiere procedido a su inscripción sin cargas, quedando pendiente la fijación del precio en atención a las características de la finca resultante Tal conclusión viene corroborada por el resto de pruebas practicadas en tanto

»a).- todas las confesiones evidencian eran conscientes de que firmaron una promesa de venta, llegando incluso a manifestar Laura al responder a la posición doce del pliego del Sr. Humberto que "cree que se pagaron las arras" y que luego no se pago más.

»b).- todas las confesiones evidencian que el contrato suscrito requería posterior ratificación en atención a lo que resultase de la aprobación del plan parcial (Ezequias posición 18,19 y 20 pliego actora)

»c) la documental aportada por la propia actora pone de manifiesto que tras la firma del documento seguían empleando el termino de compromiso de compraventa documentos 6 y 7, que requería ratificación como pone de manifiesto el documento 3 aportado con la demanda

»d) la propia actora en su demanda se refiere en distintos apartados al contrato con el termino compromiso de venta

»e) las partes se asesoraron previamente a suscribir el documento analizando la operación junto con sus respectivos asesores como consta por la testifical Sr. Remigio , siendo además que según consta en confesión del legal representante de Gambit y de Edificios Barcelona, D. Bernabe , y de Doña Laura , las sociedades actoras estaban integradas en el grupo que gira bajo el nombre comercial "la llave de oro" dedicada a la compraventa de inmuebles, actuando la actora Laura en el contrato según ella misma reconoce al responder a la posición sexta del pliego de Ram de Viu "ella personalmente intervino en el contrato por exigencia el Sr. Ezequias que quería vender a través de la venta de acciones de la sociedad y para ello se necesitaba una persona física pero que todos los tratos los hizo el Sr. Ezequias con las sociedades" en lo que insiste al responder las posiciones 8, 9, 12, 14 y 16, así como 23 del pliego de Ram de Viu, 6 y 9 del pliego de Arcas y 3 y 10 del pliego de Humberto

»f) que las prestaciones reciprocas acordadas lo eran para el supuesto de que resultare la edificabilidad prevista en la finca resultante, como se infiere de las contestaciones dadas por los actores en interrogatorio a las preguntas 2 y 3 del pliego de Humberto , así como de las contestaciones dadas por D. Ezequias al pliego de la actora, posición decimotercera.

»g).- en cuanto a la cantidad que dicen entregada a cuenta del total precio en contrato de 6 de mayo 1999, resaltar que ni comprador ni vendedor han mostrado especial interés en demostrar el pago por vendedor a comprador de cuando menos la cantidad inicial, extremo este de vital importancia siendo la codemandada ajena al contrato la que interesó información al respecto cuestionándose por la documental que no se pago precio alguno a la vendedora y así la única información recibida, respecto al cheque NUM004 serie NUM005 con código cuenta cliente NUM006 por importe de 50 000 pts firmado por Laura fue ingresado a favor de los Sres. Cecilio y Inmaculada en 7 de mayo de 1999, ingresado por Cecilio cuya relación con la vendedora no consta, sin que se hayan podido verificar las identidades de los perceptores en el resto, resultando extraño respecto al cheque B0082170-4 que se cargase en cuenta de la que son titulares Hernan y Laura , esta última quien actuó como compradora en representación de "las sociedades" y no a titulo personal sin que conste que el Sr. Hernan ostente responsabilidad alguna en ninguna de las sociedades verdaderas compradoras como evidencian las confesiones.

»Lo anterior corrobora que nos hallamos ante un acto preparatorio o precontrato de compra de participaciones sociales condicionado a que se adjudicase a la sociedad la finca a que nos hemos referido no constando por tal razón fijado el precio sin que conste acreditada la realidad de la entrega de cantidad

alguna lo que corrobora lo aleatorio de la obligación.

»No tratándose pues de un contrato de compraventa ni tan siquiera de una promesa de venta en los términos del *artículo 1451 del CC*, no quedaban las partes facultadas para exigir cosa y precio, sino en todo caso indemnización por los perjuicios que la frustración de la operación pudiese haber causado a uno u otro contratante, siendo que en este caso en tanto la ratificación fue condicionada de no ocurrir la condición quedaría extinguida la obligación sin más conforme prevé el *artículo 1117 del CC*.

»Sexto.- Partiendo pues de la naturaleza precontractual del documento suscrito, las actuaciones llevadas a cabo por los otorgantes ponen de manifiesto que el contrato no se llegó a ratificar constando que

»a).- en 3 de diciembre de 1999 se comunica por la vendedora a la compradora la aprobación inicial del Plan Parcial Can Clota, remitiendo en 10 de diciembre el acuerdo vía fax, contestando la compradora en 30 de diciembre que las condiciones con que se ha aprobado el plan hacen preciso solicitar aclaraciones a la Corporación solicitando aplazamiento para la ratificación

»b) posteriormente en fecha 22 de febrero del 2000, y sin que conste respuesta a la anterior, la parte compradora requiere notarialmente a la vendedora para ratificación de la promesa de venta en tanto dice tener constancia de la demanda presentada por los codemandados habiéndose acordado la anotación preventiva de la misma en el registro en tanto ejercitan acción reivindicatoria y de nulidad de la transmisión de la finca a Desarrollos Lascaris en fecha 8-2-2000, adjuntando borrador de escritura de ratificación en la que se hace constar queda en suspenso el pago del precio aplazado hasta en tanto se alce la carga que supone la anotación sobre la finca.

»c) la parte vendedora se opuso a las pretensiones de la compradora en cuanto a suspensión del precio, no llegándose a ratificar el convenio inicial como afirma la demandada y no desvirtúa la actora (en confesión el Sr. Ezequias admite que actuó como vendedor y que no aceptó las modificaciones introducidas por cuanto al recibir el borrador de escritura vía que no iban a pagar (respuesta a la posición cuarta, séptima y octava del pliego Don. Humberto .- respuesta de Edificios Barcelona y Gambit a las posiciones 7, 8 y 12 del pliego Don. Humberto).

»Por otra parte no podemos obviar la extrañeza que produce a la juzgadora el que pendientes las aclaraciones, (recordemos que el acuerdo de la Corporación no satisfizo a la compradora y así lo evidencia el escrito de 30 de diciembre-doc 3 de la demanda- por el que la compradora solicito aplazamiento para la ratificación al efecto de solicitar aclaraciones a la Corporación Municipal sobre las condiciones del acuerdo de aprobación inicial del plan) se conmine para otorgamiento de escritura cuando se tiene conocimiento de que los codemandados habían instado acción reivindicatoria y de nulidad de la transmisión a Desarrollos Lascaris por parte de D. Ezequias, constando anotación preventiva de la demanda en Registro.

»En definitiva pues, las actuaciones llevadas a cabo corroboran la conclusión a que se había llegado tras la lectura del contrato suscrito, poniendo de manifiesto que no se llegó a ultimar, al no darse las condiciones previstas para ello, sin que quepa atender a ninguna de las peticiones formuladas por comprador y vendedor, pues

»1.- Por lo que respecta a los pedimentos de la actora

»a) no cabe declarar el contrato de 6 de mayo 1999 como verdadero contrato de compraventa ni que se haya satisfecho a cuenta del precio cantidad alguna a favor de los vendedores y en consecuencia no cabe condenar a ninguno de los demandados a otorgar escritura pública de venta de la finca

»b) no cabe hablar de voluntad negocial sino de objeto y causa en el contrato, constando en este caso como objeto la venta de las participaciones sociales incidiendo su intención en cuanto a la finca objetivo como condicionante para la ratificación del contrato, que no llegó a ratificarse al no resultar el acuerdo inicial de interés del comprador, por lo que no procede tampoco condena a otorgar escritura pública de venta de las participaciones sociales.

»c).- en cuanto a que Desarrollos Lascaris SL que es una sociedad instrumental de D. Ezequias, siendo los dos socios únicos de aquella compañía los demandados D. Alonso y D. Claudio, fiduciarios de D. Ezequias y en consecuencia todos los negocios jurídicos llevados a cabo por dicha sociedad, y entre ellos el contrato privado de 6 de mayo de 1999, lo fue en exclusivo interés del citado D. Ezequias tal extremo consta declarado por sentencia dictada en autos de mayor cuantía 23-2000 jdo 54 de Barcelona, como es de ver en el apartado c) de la parte dispositiva de la sentencia, confirmando tal pronunciamiento la audiencia

provincial al resolver el recurso de apelación, y si bien es cierto que son distintas las partes intervinientes en uno y otro proceso, afectaría al presente en tanto el contrato a que este pleito se refiere trae causa del negocio transmisor efectuado por Ezequias a Desarrollos Lascaris y que declara nulo la sentencia del juzgado 54 de Barcelona por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el *artículo 222* en relación al *artículo 10 de la LEC* , al no constar este pronunciamiento recurrido en casación, extremo que en todo caso correspondía acreditar a la parte

»d) en cuanto al pedimento subsidiario para el caso de que ninguna de las anteriores peticiones fuere estimada, de que se declare resuelto el contrato de 6 de mayo de 1999 por culpa exclusiva e los demandados D. Ezequias y sus fiduciarios D. Alonso y D. Claudio condenándoles solidariamente a la restitución de la cantidad de cien millones de pts entregada a cuenta del precio condenando a los demandados a indemnizar a los actores por la frustración del contrato en cantidad a determinar en ejecución de sentencia, hemos visto que puesta como condición para la ratificación del convenio la adjudicación de la finca en los términos pactados sin cargas no llegó a verificarse, quedando en consecuencia extinguida la obligación conforme a lo previsto en el *artículo 1117 del CC* . Por otra parte no constando real y efectiva entrega de cantidad alguna por los compradores a los vendedores ni perjuicios derivados para la compradora de la frustración del acuerdo no cabría atender a esta petición, al margen de que como hemos visto no interesó a la actora la ratificación del contrato al conocer el acuerdo inicial del plan de reparcelación y la problemática en torno a las fincas vendidas a Desarrollos Lascaris.

»2.- en cuanto a los pedimentos de la reconversión formulada por Ezequias de que se declare resuelto el contrato de compraventa suscrito en 6 de mayo de 1999 por causa imputable a los compradores con pérdida de la cantidad entregada como pago de parte del precio de cien mil pts, de lo dicho hasta ahora se infiere también la improcedencia de su solicitud en tanto por una parte no consta entrega de precio y por otra no consta que el convenio suscrito en 6 de mayo no llegase a buen fin por causa imputable a los compradores constando únicamente que la obligación quedo extinguida al no ocurrir el suceso puesto como condición adjudicación de la finca en los términos previstos sin cargas.

»Séptimo.- En cuanto a la buena fe, pretenden los actores se declare que los demandantes al suscribir el contrato privado de 6 de mayo de 1999 actuaron de buena fe, teniendo la consideración de terceros civiles respecto de las fincas registrales NUM000 , NUM001 y NUM002 y sobre los derechos de edificación de la finca segregada de la registral NUM003 , todas ellas del registro de la Propiedad de Espugas de Llobregat, condenando a todos los demandados por estar y pasar por dicha declaración y a respetar los derechos adquiridos por los demandantes sobre las fincas registrales referidas y sobre los derechos de edificación de la finca objetivo.

»Por su parte, los demandados Sr. Onesimo , Josefa , Jose Ángel , Montserrat y Esperanza reconviene solicitando que se declare que los reconvinientes son terceros registrales amparados por los *artículos 32, 33 y 24 de la LH* .

»Respecto a la consideración de tercero hipotecario la jurisprudencia ha venido declarando que, para que el *art. 34 L.H* ., sea aplicable, como principio general, debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido; pues, si fuera nulo, se aplicaría entonces el *art. 33 de la propia L.H* ., afectando en ese caso la declaración de nulidad al adquirente como parte que es en el acto invalido puesto que el *art. 33* , solo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio; suponiendo en esa línea el *art. 34* , excepción al *art. 33* , tal y como resulta de su propia finalidad y de su primitiva formulación en la *L.H. de 1961* , entrando en juego cuando la nulidad del título fuese predicable del anterior acto adquisitivo del transmitente.

»De esta forma, atendiendo a los *artículos 24, 32, 33, 38 y 79.3* de la **LH** en relación al *artículo 34* de la misma, siguiendo la doctrina sentada por el TS cabría afirmar que el principio de legitimación registral, reflejado en citado *art. 38* , como verdad formal iuris tantum, encuentra su antecedente en torno a los títulos no inscritos en el *art. 32* , los que, por esa no inscripción ni siquiera pueden gozar de aquella legitimación destacando la sanción que se explicita de los mismos de que no perjudican a terceros.

»Que si esos títulos se inscriben, se beneficiarían de esa tutela registral salvo que los mismos -o su antecedente negocial: actos o contratos- fuesen nulos con arreglo a las leyes, en cuyo caso la inscripción no los convalida en cuanto el *artículo 33* bloquea el acceso registral de los títulos que ya sean nulos sin que dicho *artículo pueda entenderse contradictorio con el 35* en tanto cada uno viene referido a contratos o negocios diferentes: el *artículo 33* se refiere a contratos afectados de nulidad radical o insubsanable en tanto que los negocios a que se refiere el 35 son aquellos meramente susceptibles de invalidación comprendiendo por tanto a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles

» en cuanto a la fe pública registral, o verdad absoluta a favor del tercero hipotecario o subadquirente registral proclamada en el *art. 34*, que prescribe que la tutela a quien adquirió de quien según el Registro puede transmitir su derecho no quedara afectada aunque después se anule o resuelva el del otorgante, se requiere para tener la condición de tercero hipotecario a los efectos prescritos 1) haber adquirido a título oneroso, de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo. 2) que la adquisición se hubiere hecho de buena fe entendiéndose por tal el desconocimiento de la disconformidad entre el contenido de los asientos del Registro y a realidad jurídica cuando no concuerdan uno y otro, considerando existe mala fe a los indicados efectos, cuando consta conocimiento del vicio que puede invalidar el derecho del transferente, debiéndose tener en cuenta que la buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro y 3) haber inscrito a su vez su derecho en el registro de la Propiedad de forma tal que cuando se adquiere por el tercero... de persona que en Registro, aparezca con facultades para transmitir el derecho, habrá de entenderse en el sentido de que, confirmada tabularmente esa cualidad dispositiva del transmitente, en cuyo título confía el tercero y, no siendo nula su adquisición por concurrir los requisitos de objeto, pago del precio, causa o no vicios en el consentimiento negocial, prevalecerá el juego de la fe pública registral, sin que se pueda enervar porque en la verdad material ese transmitente ya no sea dueño de la cosa transmitida.

»En el presente caso, la parte actora no reúne los requisitos exigidos para ser considerado tercero hipotecario, pues no adquirió pero aun en el caso de que hubiere adquirido, no inscribió su adquisición.

»Pero es que además dada la naturaleza del contrato suscrito que necesitaba de ulterior acuerdo de ratificación, antes de ratificarlo tuvo conocimiento de que se había ejercitado acción reivindicatoria sobre la finca objeto del plan de reparcelación y en consecuencia presupuesto para la adjudicación puesto como condición para la ratificación de su contrato por lo que de haberse llevado a efecto la ratificación no podía alegar ignorancia, lo que impediría en todo caso ser considerado adquirente de buena fe.

»En cuanto a la petición de los demandados en su reconvención, el rechazo a las pretensiones de la actora la deja sin contenido, pues la protección que pretenden lo sería para el caso de que constase la actora como adquirente de la finca inscrita, debiendo estar respecto a la titularidad de Desarrollos Lascarís, única que figura como titular, a lo que resulte del pleito contra ella instado ante el jdo de primera instancia n 54 ya que ninguna cuestión se plantea en este procedimiento entre la demandada reconvencional y Desarrollos Lascarís, parte codemandada a la que no se extiende la reconvención

» En cuanto a la petición de que la sentencia a recaer en este proceso no afecte a la que recaiga o hubiere recaído en los autos de 1 instancia n 54 habrá que estar en su caso a los efectos previstos en los *artículos 207 y 222 de la LEC*.

Octavo.- [...]».

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia de 23 de abril de 2007 en el rollo de apelación n.º 786/2005, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Se estima en parte el recurso interpuesto por Edificios Barcelona, S.A., Gambit, S.A. y Dª Laura y se desestiman los planteados por otras partes demandadas D. Jose Ángel, Dña. Josefa, Dña. Montserrat, Dña. Esperanza, Don Onesimo, D. Lorenzo, Dña. Almudena, Desarrollos Lascarís, S.L. y D. Ezequias, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 38 de Barcelona, de fecha 1 de marzo de 2005 y, con revocación de la misma, debemos estimar y estimamos la última petición subsidiaria formulada por las actoras en el suplico de su demanda, de forma que debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de 6 de mayo de 1999, condenando a D. Ezequias, a D. Alonso y D. Claudio a pagar de forma solidaria a dichas actoras la cantidad de 601 012 euros. En cuanto a las costas, se imponen a D. Ezequias las causadas por la reconvención tanto en primera como en segunda instancia y no se hace pronunciamiento sobre las demás».

CUARTO.- La sentencia contiene, entre otros, los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- Las actoras Edificios Barcelona S.A. que gira bajo la conocida denominación inmobiliaria La Llave de Oro, Gambit S.A. y Dª Laura estaban interesadas en adquirir un terreno para edificar en el término municipal de Esplugues de Llobregat. Tal terreno no estaba definido urbanísticamente pues se encontraba sometido a un plan de parcelación municipal de forma que, según de indica en la demanda, a partir de tres fincas registrales pertenecientes a Desarrollos Lascarís S.L., en adelante Lascarís, y de los

derechos de edificación de otra finca segregada perteneciente a D. Ezequias , y tras la aprobación del plan parcial y del proyecto de compensación, se obtendría como resultado el terreno al que la parte actora denomina finca objetivo, de una edificabilidad neta inicialmente prevista de 15 845 m2, en función de la cual se establecía el precio que se iba a pagar, con la correspondiente previsión de correcciones en relación con las variaciones sobre el cálculo efectuado.

»En el contrato que suscribieron las actoras con D. Ezequias , en su nombre y en representación de los dos socios de Lascaris, el 6 de mayo de 1999, debido a la situación descrita y al hecho de que, con toda seguridad por razones fiscales, se orientó la operación como de adquisición de todas las participaciones sociales y desembocaría en la formalización de escritura pública de tal transmisión, en ratificación del compromiso entonces contraído, en un determinado plazo a partir de la comunicación de la aprobación inicial de la modificación del plan parcial.

»En ese plazo, prorrogado sin problemas por voluntad de las partes, llegó a conocimiento de las actoras que se había planteado por familiares del Sr. Ezequias una demanda en solicitud de nulidad de múltiples transmisiones efectuadas por él de elementos del patrimonio hereditario de su fallecido padre, entre los que se encontraban las fincas que pensaban adquirir las actoras mediante el mecanismo consignado en el documento de 6 de mayo de 1999 y, lo que resultaba más relevante, que se había anotado la demanda en el Registro de la Propiedad. Ante el riesgo que presentaba la situación, los actores suspendieron el curso de los pagos que, completando el inicial ya efectuado en el momento del contrato de 100 millones de pesetas, debían seguir llevando a cabo y ello al amparo del *art. 1502 C.Civil* , conminando a la parte vendedora a otorgar escritura pública pero con los condicionantes de la nueva situación de cargas que había aparecido. La cosa no prosperó y se produjo el impasse que se pretende superar mediante la presente iniciativa procesal a través de la que, después de diversas peticiones de carácter declarativo e instrumental, se ejercita de modo principal la acción tendente a que los demandados otorguen escritura de venta de las fincas registrales y subsidiariamente la de venta de las participaciones sociales y en último lugar, también con carácter subsidiario de las anteriores, se pide la declaración de resolución del contrato de 6 de mayo de 1999 por culpa de los demandados, con restitución de la cantidad de 100 millones de pesetas que se había recibido.

»La demandada se dirige contra los mencionados D. Ezequias y Lascaris, a la que se conceptúa como sociedad meramente instrumental de dicho Sr., contra los dos socios D. Alonso y D. Claudio y contra los familiares del tan repetido Sr. Ezequias que han planteado el juicio que ha dado lugar a la anotación de la demanda.

»Segundo.- El proceso incoado por los familiares del Sr. Ezequias ha acabado con resultado que les es favorable, habiendo recaído sentencia ya firme que deja sin efecto la transmisión de las fincas a Lascaris. Ello ha provocado la frustración definitiva y total de las expectativas de las aquí demandantes de adquirir las fincas pues su derecho, dimanante del contrato de 6 de mayo de 1999, no puede prevalecer sobre el de los actores del otro juicio, reconocido por sentencia firme y anotado en el Registro de la Propiedad antes de que el referido contrato hubiera podido dar lugar a la producción de los efectos del *art. 34 L.H* . La propia configuración del contrato le hace inhábil para obtener los beneficios de la prioridad y publicidad registrales. No es contrato por sí inscribible al ser de objeto indeterminado - el contrato sólo se refiere a la finca NUM000 , no a las otras dos y la denominada finca objetivo se determinaría en momento posterior, tras el expediente de compensación-, no es transmisivo de la propiedad de las fincas, siéndolo en todo caso de las participaciones sociales. El acto o momento por el que se acabaría concretando la adquisición de las fincas quedaba para el futuro, tras la superación de diversas barreras, como la aprobación del plan parcial, la realización del de compensación y la confirmación mediante escritura de adquisición de las participaciones sociales y todo ello con la incidencia de la anotación ya practicada del derecho de los oponentes en el Registro de la Propiedad. No tienen las actoras la única prioridad que podría hacer prevalecer su derecho, la conformada al *art. 34 L.H* ., pues, aun soslayando los problemas que provoca la consideración que se da al contrato, de compromiso de venta y, además, de participaciones sociales, en todo caso la daría el definitivo acto transmisivo de las fincas, el acto por el que se concretaría la transmisión, no aquel acto inicial a través del documento contractual. Tan es así que en su escrito de recurso las actoras reconocen que no se dan los requisitos de dicho precepto. Siguen alegando que actuaron con buena fe, en cuanto que acudieron al contrato en la creencia del libre derecho de los vendedores a transmitir, lo que no se pone en duda, pero ello es irrelevante ya que, si no concurren los requisitos de aplicación del precepto, no se advierte - en el escrito no se dice - de qué manera puede lograr eficacia y significación jurídica y práctica dicha buena fe. Como también dicen en su escrito de oposición a los recursos de apelación de los demandados, el resultado del otro juicio ha provocado la desaparición de los activos de Lascaris, es decir, de las fincas y, por consiguiente, la razón de ser de la compraventa prevista en el documento contractual.

»Tercero.- Siguiendo con las citas de las propias actoras, se dice también al final de su escrito de

recurso que sólo en el supuesto de que su buena fe no se considerara preferente a la declaración obtenida por los codemandados miembros de la familia de Ezequias Jose Ángel Hermenegildo Onesimo Josefa Almudena Lorenzo Montserrat Esperanza habría que entrar a considerar las peticiones subsidiarias.

»Como, a tenor de lo expuesto y razonado poco antes, se cumple el supuesto negativo previsto, hay que pasar a considerar las peticiones subsidiarias que son las dos últimas consignadas en el suplico de la demanda.

»El salto afecta a las peticiones declarativas que se plantean en los primeros lugares, que sólo tienen sentido y razón de ser como antecedentes para poder obtener el pronunciamiento principal que interesaba, de otorgamiento de escritura de compraventa de las fincas, careciendo ya de sentido cualquier declaración que se pueda hacer ahora, que sólo tendría carácter teórico, desprovisto de eficacia y relevancia prácticas.

»No obstante, no hay inconveniente en señalar, en cuanto a la naturaleza del contrato, que ha quedado reflejada a partir de las notas a que antes se ha hecho relación y que si a alguna figura teórica apuntan es, a nuestro juicio, a la de una compraventa de cosa futura, en tanto que contrato por el que el vendedor se obliga, a cambio de un precio, a entregar una cosa que no existe al contratar, pero que puede existir, o que existe pero carece de la individualidad autónoma con la que es objeto de consideración y que puede obtener, o que existe y no es susceptible de ser transmitida en tanto no la adquiera previamente el vendedor. El caso de autos viene a ser subsumible en el segundo de los supuestos descritos y es usual en casos de adquisiciones de terrenos sujetos a condicionantes urbanísticos determinantes de su futura individualización. La ausencia en el momento de contratar de individualización autónoma, la cual estaba en curso o en proceso de alcanzarse, es lo que motivó las peculiaridades del documento contractual que se configuró como un proceso que había que desembocar en la adquisición de la titularidad de la llamada por las actoras finca objetivo. Por otra parte, la consideración de contrato de compraventa o de precontrato o promesa de venta es irrelevante ya que en ningún caso la parte vendedora puede ya proceder a la consumación de la primera o a la perfección de la segunda figura mediante la escrituración.

»Sobre la voluntad de las actoras de adquirir la finca objetivo, tampoco se cuestiona. Lo que sucede es que a la voluntad o designio contractual se ha antepuesto la realidad y dinámica de los hechos, con el resultado de prevalencia del derecho de los otros aspirantes a su titularidad.

»Que Lascaris es una sociedad instrumental de D. Ezequias , aparte de la irrelevancia que ello pueda tener ya en el aspecto de la adquisición de las fincas, es cuestión decidida y declarada en tal sentido por la sentencia recaída en el otro juicio.

»Sobre la buena fe con que actuaron las actoras ya se ha dicho lo suficiente.

»Cuarto.- Entrando ya en las pretensiones subsidiarias, nos encontramos por su orden con la de condena al otorgamiento de escritura o documento públicos de compraventa de las participaciones sociales.

»Tampoco es cuestión que interese y que, por tanto, merezca un pronunciamiento jurisdiccional cuyo objeto ha de ser la solución de conflictos reales y efectivos.

»Las actoras, como no puede ser de otra manera, dan nulo valor y significación a los activos de Lascaris tras la pérdida de las fincas, de lo que no puede deducirse otra cosa que la falta de interés en obtener el pronunciamiento de adquisición de sus participaciones. Hay que remitirse a lo que dijeron en el escrito de oposición a los recursos de los demandados.

»Queda el último, que sí debe tener acogida pues es evidente que el contrato se frustró, no pudiendo llegarse al momento de su culminación, por causas ajenas a las contratantes demandantes que, están, por consiguiente, legitimadas para ejercitar la acción de resolución contractual con restitución de la cantidad que, fuera de toda duda, - ha sido admitida su recepción, habiéndose fundado sobre ella la reconvencción del Sr. Ezequias - se entregó en el momento de la suscripción del contrato. La pretensión se ejercita frente a D. Ezequias y frente a los que figuraban como socios de Lascaris, titulares de las participaciones que se iban a transmitir y representados por aquél.

»No procede la petición indemnizatoria por daños y perjuicios por no haberse acreditado su producción.

»Al estimarse parcialmente la pretensión ejercitada, no cabe obviamente imponer a las actoras las costas del juicio por lo que, por esta simple razón, quedan desestimados los recursos de los demandados

que pretendían tal condena pero partiendo del supuesto de la desestimación total que se hizo en la sentencia apelada. Por ello, no se les impondrán las costas de los recursos que hayan tenido dicho objeto.

»Quinto.- La reconvencción de los miembros de la familia Jose Ángel Hermenegildo Onesimo Josefa Almudena Lorenzo Montserrat Esperanza Ezequias , como bien dicen en su escrito de recurso, estaba subordinada a la suerte de la demanda. Carece de sustantividad propia y la mecánica de los acontecimientos y decisiones sobre otros puntos en principio conflictivos ha acabado por diluirla. No se hará, por tanto, pronunciamiento sobre costas.

»En cambio, la de D. Ezequias sí que tiene sustantividad y contenido en cuanto se solicitaba la declaración de resolución del contrato por culpa de las actoras, lo que está fuera de lugar y resulta impertinente por venir de quien con su actuación ha dado lugar a la aparición de todos los problemas, a saber la transmisión ilícita de los elementos patrimoniales y la frustración consiguiente del contrato de autos. El incumplimiento es suyo y no de las actoras que, ante el sesgo que tomaban los acontecimientos a la vista de la demanda anotada, se acogieron a la previsión del *art. 1502 C. Civil* que, aunque de aplicación restringida, cabe extender a otros supuestos en que se esté ventilando la pérdida de la cosa (STS de 21 de mayo de 1993) y ello a fin de no ver agravada aún más su posición con nuevos desembolsos dinerarios, subsistiendo el grave riesgo de pérdida de la cosa, lo que en el caso presente se ha visto confirmado plenamente. Se le impondrán las costas de la reconvencción y, al insistir en su inviable pretensión mediante el planteamiento de recurso de apelación, la misma decisión se adoptará respecto a las de dicho recurso, concretadas al tema de la reconvencción».

QUINTO.- Por escrito de 2 de mayo de 2007 la representación procesal de los demandantes solicitó el complemento de la sentencia dictada por la AP de Barcelona, en el sentido de resolver la petición oportunamente deducida de que se condene a los demandados D. Ezequias y sus fiduciarios D. Alonso y D. Claudio , a que indemnizen a los demandantes por los daños y perjuicios sufridos derivados del incumplimiento contractual, bien dejando su cuantificación para los trámites de ejecución de sentencia, o bien determinándolos en el interés legal del dinero computado desde la fecha del contrato hasta aquella en que se produzca la devolución.

SEXTO.- Por auto de 6 de junio de 2007 la Sección 1.^a de la AP de Barcelona, rechazó la anterior petición de complemento de sentencia en base al siguiente fundamento:

Fundamento de derecho único.

«El principio procesal axiomático que no se puede dar cosa distinta de la pedida. La parte actora solicitó efectivamente la indemnización por daños y perjuicios en el apartado del suplico al que finalmente se ha accedido pero se vinculaba a los perjuicios producidos por el negocio, de carácter inmobiliario. Así es de ver en el folio 11 de escrito de demanda y en apartado séptimo del suplico y se dejaba su determinación para ejecución de sentencia. No se vinculaba en absoluto a los intereses la cantidad que se le debía devolver por la resolución contractual. Coherentemente con tal planteamiento, no se accedió a la pretensión indemnizatoria por no haberse acreditado la producción de los daños y perjuicios, siendo de señalar que en el marco de la anterior LEC por parte del solicitante era exigencia indeclinable para su apreciación la acreditación de su concurrencia siendo diferible a la fase de ejecución su cuantificación concreta.

»En cuanto a la petición de condena dineraria no se efectuaba ninguna petición de intereses.

»Ahora, a través de la vía del complemento de sentencia, se insiste en lo primero que sigue siendo inatendible por las razones expuestas, y por si no se consigue, se trata de vincular la indemnización de daños y perjuicios, que como se ha visto tenía una fundamentación y motivación muy concreta, a los intereses legales de los *artículos 1101 y 1108 C. Civil* que, sin temor a equivocarse, se puede decir que no se contemplaron en absoluto en las previsiones de la parte actora a la hora de formular y plantear su pretensión, por lo que, en atención a los condicionantes del tal formulación y planteamiento, no podían ni pueden concederse. No hay que olvidar que tales intereses deben ser solicitados expresamente.

[...].».

SÉPTIMO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Edificios Barcelona, S.A., Gambit, S.A., y D.^a Laura , se formulan los siguientes motivos:

Motivo primero. «Fundado en infracción de normas sustantivas y doctrina legal. Infracción de los *artículos 7 y 1258 del CC* ; de la equidad y de la doctrina que reconoce la protección que la ley dispensa a

quien adquiere de buena fe».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

El FJ 2.º de la sentencia de la AP reconoce que los demandantes actuaron con buena fe, pues acudieron al contrato en la creencia del libre derecho de los vendedores a transmitir. Pero la buena fe de los adquirentes es irrelevante ya que si no concurren los requisitos de aplicación del *artículo 34 LH* no se advierte de qué manera puede lograr eficacia y significación jurídica y práctica dicha buena fe. El resultado del otro juicio ha provocado la desaparición de los activos de Lascaris, es decir, de las fincas y por consiguiente, la razón de ser de la compraventa prevista en el documento contractual. No se cuestiona la voluntad de las demandantes de adquirir la finca objetivo, lo que sucede es que a la voluntad se ha antepuesto la realidad de los hechos con el resultado de prevalencia del derecho de los otros aspirantes a su titularidad.

A través de la demanda pretendían que se declarara:

«4º.- Que los demandantes, al suscribir el contrato privado de 6 de mayo de 1999, actuaron de buena fe, teniendo la consideración de terceros civiles respecto de las fincas registrales NUM000 ; NUM001 y NUM002 y sobre los derechos de edificación sobre la finca segregada de la registral NUM003 ; condenando a todos los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a respetar los derechos adquiridos, por los demandantes sobre las fincas registrales referidas y sobre los derechos de edificación, como medio de adquirir la finca objetivo».

Para ello, no podían ampararse, los demandantes en el *artículo 34 LH* porque no tenían título inscrito, pero sí en la protección que la *Ley dispensa al tercero* civil que adquiere de buena fe.

En la fecha en que se suscribió el contrato privado de compraventa -6 de mayo de 1999- no existía anotación registral alguna que pudiera cuestionar la titularidad de la transmitente.

Los demandantes son terceros civiles de buena fe protegidos por la Ley con base a la seguridad jurídica y en el tráfico inmobiliario sin que puedan sufrir perjuicio alguno por causas que no le son imputables (SSTS 5 de diciembre de 1958 ; 20 de marzo de 1964 ; 3 de julio de 1976 y 11 de enero de 1979).

Los recurrentes compradores se atuvieron a las circunstancias racionales del caso: inscripción registral de las fincas a nombre de Desarrollos Lascaris y falta de constancia en el Registro de la Propiedad de cualquier restricción sobre la propiedad de la sociedad transferente.

La buena fe contractual y la extensión que le da el *artículo 1258 CC* lleva consigo que en las estipulaciones contractuales deban entenderse comprendidas aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento.

El pleito entre los miembros de la familia Ezequias Jose Ángel Hermenegildo Onesimo Josefa Almudena Lorenzo Montserrat Esperanza se produjo después y los demandantes tuvieron conocimiento del mismo en el momento en que debía procederse al pago del segundo plazo del precio y otorgarse la escritura pública de venta.

En dicho pleito se declaró nula la escritura de poder que esgrimió D. Ezequias para aportar las fincas a Desarrollos Lascaris.

Se pretende en este pleito que se proteja la confianza en la realidad existente en el momento del contrato aunque dicha realidad fuese declarada nula después. Esa buena fe contractual la protege la jurisprudencia respecto de los conflictos que se plantean en los contratos de terceros con apoderado y así, deben prevalecer los derechos de los terceros que ignoran las restricciones establecidas entre mandante y mandatario (STS 11.07.1991).

La estimación del motivo lleva consigo:

1.- La declaración solicitada en el pedimento 4.º de la suplica de la demanda y, por consiguiente, que el derecho de los demandantes sobre las fincas debe prevalecer sobre el derecho que tuvieran los otros aspirantes a su titularidad sin perjuicio de que estos puedan percibir la parte del precio que les corresponda.

2.- Asimismo, la estimación del pedimento 5.º de la suplica de la demanda y la condena a D.

Ezequias ; a sus fiduciarios D. Alonso y D. Claudio y a la sociedad instrumental de D. Ezequias , Desarrollos Lascaris, a otorgar la escritura de venta de las fincas a favor de los demandantes en las proporciones y por el precio allí convenido que será satisfecho, a quien corresponda, en la forma convenida y con los apercibimientos solicitados.

Motivo segundo. «Fundado en infracción de las normas sustantivas y jurisprudencia. Infracción de los *artículos 1124 ; 1101; 1106 y 1108 del CC y sentencias de 3.11.1988 y 28.11.1994 entre otras*».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La sentencia recurrida hace tres declaraciones importantes con trascendencia en este motivo: los demandantes actuaron de buena fe cuando acudieron al contrato en la creencia del libre derecho de los vendedores a transmitir. (FJ 2.º). Se declara probado que el demandado, Sr. Ezequias (FJ 5.º), es el responsable del incumplimiento contractual con su actuación ilícita y que los demandantes actuaron con buena fe, por tanto, debe resarcir a estos de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento.

Se solicitó el complemento de la sentencia recurrida al amparo de los *artículos 215.2 LEC y 267.1 LOPJ*, fundándose en que:

A. En el pedimento 7.º de la suplica de la demanda se solicita, además, de la devolución de la cantidad entregada a cuenta del precio -cien millones de pesetas- la indemnización de daños y perjuicios que se les ocasionó por el frustrado negocio a determinar en ejecución de sentencia.

B. En la fecha de la demanda estaba en vigor la LEC 1881 y sus *artículos 360 y 928* permitían la determinación de los daños y perjuicios en ejecución de sentencia.

C. Declarado el incumplimiento contractual de D. Ezequias , la indemnización de los daños y perjuicios venía impuesta por la *ley (artículo 1101 CC)* sin necesidad de prueba y su determinación (*artículo 1106 CC*) podía hacerse dada la legislación aplicable en la fecha de la demanda por los tramites de ejecución de sentencia.

D. En el peor de los supuestos al tratarse de la entrega y devolución de una cantidad de dinero líquida -cien millones de pesetas- los daños y perjuicios quedaban, por lo menos, determinados en el interés del dinero dejado de percibir por los demandantes (*artículo 1108 CC y STS 3.11.88*).

La AP por auto de 6 de junio de 2007 denegó la petición de complemento, pues en la demanda no se habían solicitado intereses.

No se discute a través de este motivo si se probó o no la existencia de daños y perjuicios lo que sería objeto de recurso por infracción procesal sino sí su prueba resultaba innecesaria.

El desarrollo de este motivo tiene una doble vertiente:

1.- Al amparo del *artículo 1101 CC* debe declararse que la prueba de los daños y perjuicios (salvo supuestos especiales) se encuentra en el mismo incumplimiento contractual sin que fuera necesaria prueba adicional alguna.

Cita las SSTS de 28.11.1994 , 26.05.1990 , y 20.10.1990 .

Respecto de la cuantía de los daños y perjuicios dada la fecha de la demanda su determinación podía hacerse en la fase de ejecución a tenor de los *artículos 360 y 928 LEC 1881* y conforme al *artículo 1106 CC* . Nada impide que se determine ahora a tenor de las normas de la vigente LEC.

2.- Alternativamente, resulta evidente que declarado en la sentencia que a cuenta del precio de la frustrada venta se pagó la cantidad de cien millones de pesetas y se condena al demandado, Sr. Ezequias , a restituir dicha suma, la devolución debe llevar consigo el interés legal (*artículo 1108 CC*).

Aunque se admitiera que los daños y perjuicios no se hubieran probado debiendo hacerse, estos consistirían, por lo menos, en el interés legal del dinero entregado en 1999 y hasta su devolución.

Según el auto que desestimó la petición del complemento de sentencia, en la demanda no se solicitó el devengo de intereses lo cual desde un punto de vista literal es cierto, pero se solicitó la indemnización de daños y perjuicios y a tenor del *artículo 1108 CC* y las sentencias citadas cuando se trata de entrega o

devolución de dinero procede el interés legal que corresponda al transcurso del tiempo, desde que se hizo la entrega hasta la de su devolución.

Cita las SSTS de 23.04.1998 , 14.03.2000 y 8.03.2000 .

La estimación de este motivo lleva consigo dos declaraciones que se solicitan de forma subsidiaria -una en defecto de la otra-:

A. La declaración de que los hechos declarados probados por la sentencia sobre el incumplimiento contractual del Sr. Ezequias eximen a los demandantes de prueba adicional sobre la existencia de daños y perjuicios dejando para ejecución de sentencia la determinación de su cuantía.

B/ La declaración de que habiéndose establecido como probado el incumplimiento contractual exclusivo del Sr. Ezequias al condenarlo a restituir los cien millones de pesetas debe condenársele, asimismo, a la indemnización del perjuicio (pedimento 7.º de la demanda) cuya cuantificación a tenor del *artículo 1108 CC* debe consistir en el pago del interés legal desde aquella fecha - 6 de mayo de 1999- hasta que se produzca el pago.

Mediante este escrito se interpone, exclusivamente, recurso de casación, renunciándose al recurso por infracción procesal preparado.

Termina solicitando de la Sala, «[...] dicte sentencia mediante la que estimando los motivos de casación alegados, por el orden que lo han sido, case y anule la sentencia respecto de los particulares recurridos, efectuando, a continuación los pronunciamientos correspondientes al motivo estimado, a tenor de lo solicitado en cada uno de ellos».

OCTAVO.- Por ATS de 21 de abril de 2009 se acordó admitir el recurso de casación al amparo del *artículo 477.2.2.º LEC* .

NOVENO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de D. Almudena , D. Lorenzo , D. Onesimo y D.ª Esperanza , D.ª Josefa , D. Jose Ángel y D.ª Montserrat , se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Primera. El único motivo de casación que afecta a los recurridos es el primero fundado en la infracción de los *artículos 7 y 1258 CC* .

Las recurrentes no atacan la calificación de pre-contrato de compraventa de cosa futura ni la eficacia otorgada a la sentencia estimatoria obtenida por los recurridos que declara nula la transmisión efectuada por D. Ezequias a Desarrollos Lascaris de las fincas del procedimiento (FJ 3.º).

Reconocen los recurrentes que no les es aplicable el *artículo 34 LH* y plantean, aparentemente, el recurso de casación en base a la infracción de los *artículos 7.1 y 1258 CC* . Sin embargo, todo el motivo se basa en el *artículo 34 LH* y los efectos que debe producir la declaración de buena fe.

Segunda. La buena fe es aplicable tanto a los recurrentes como a los recurridos los hermanos de Ezequias Onesimo Lorenzo y de Jose Ángel Josefa Montserrat Esperanza que ejercitaron su derecho a reivindicar las fincas que debían formar parte del caudal relicto y dieron publicidad registral a sus actuaciones por lo que en ningún momento puede predicarse de su actuación un abuso de derecho o un fraude de ley o no haber actuado con la buena fe debida en el ejercicio de sus derechos. En cambio, los recurrentes y D. Ezequias si mantuvieron oculta su actuación, pues del documento privado suscrito entre ellos no tuvieron conocimiento los recurridos hasta que fueron emplazados en el presente procedimiento.

Tanto la sentencia de primera instancia como la recurrida establecen que los recurrentes actuaron de buena fe al suscribir el contrato y esta declaración les permite reclamar al otro contratante la resolución del contrato, la devolución de lo percibido y la indemnización de daños si prueba la mala fe del otro contratante, pero en ningún caso puede predicarse del *artículo 1258 CC* que en un contrato en el que no concurren los requisitos del *artículo 34 LH* se produzcan los efectos del mismo que es lo que pretenden los recurrentes en su primer motivo de casación.

Cita las SSTS 7-11-2008 , 22-3-1994 y 30-11-1990 .

Tercera. No es aplicable la figura del tercero civil de buena fe a las recurrentes con los efectos del *artículo 34 LH* frente a un contrato preparatorio de compraventa de fincas.

En el caso de que se declarase que se trataba de un contrato de compraventa de fincas entre las demandantes y co- demandados principales, tampoco resultaría aplicable el *artículo 34 LH*, pues no puede hablarse de buena fe ni de tercero civil cuando mucho antes de que se hubiera de ratificar el compromiso de compraventa por las demandantes ya estaban inscritas en el registro de la Propiedad las acciones iniciadas por las recurridas. Se acreditó en el proceso que las acciones penales iniciadas fueron objeto de anotación en el libro diario del registro de la Propiedad en julio de 1999 antes de que se diera la primera de las condiciones establecidas en el contrato preparatorio, (aprobación inicial del plan parcial) y la anotación preventiva de la demanda en enero de 2000.

A propósito el concepto de mala fe cita, las SSTs 5 de febrero de 1962 , de 24 de abril de 1962 , 7 de octubre de 1972 y 31 de enero de 1975 .

Tampoco pueden tener la condición de terceros registrales las demandantes porque el contrato objeto de la litis no es un contrato inscribible y no por falta de otorgamiento de la escritura pública sino porque su objeto no es inscribible en el registro de la Propiedad.

La declaración de buena fe no puede afectar a terceros no contratantes que no han intervenido en el contrato.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito junto con la escritura de poderes que acompaño, ser sirva admitirlo y tenerme por comparecida en nombre y representación de D.^a Almudena , D. Lorenzo , D. Onesimo y D.^a Esperanza , D.^a Josefa , D. Jose Ángel y D.^a Montserrat , en calidad de recurrentes, solicitando se entiendan conmigo las sucesivas actuaciones que en derecho hubiere lugar».

DÉCIMO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de D. Ezequias , se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al primer motivo.

La interpretación de la norma realizada en la sentencia recurrida es ajustada a Derecho, pues analizando pormenorizadamente el supuesto de hecho y atendiendo a los argumentos de la buena fe contractual y la protección del tercero de buena fe hipotecario, se decanta por la inaplicabilidad de dicha protección por falta de concurrencia de los requisitos preceptivos por los que no cabe revisar en casación dicha interpretación.

La recurrente confunde la actuación de buena fe con la protección registral del tercero de buena fe. Y reivindica en esta instancia por primera vez que se le reconozca la misma protección dispensada a los adquirentes de buena fe por el *artículo 34 LH* , pero en base al principio de buena fe contractual, (*artículo 7 CC*).

Pretende la tutela dispensada por dicha disposición legal por el desconocimiento del proceso paralelo que la familia Ezequias Onesimo Almudena Lorenzo había iniciado contra el recurrido en reclamación de determinadas cuestiones hereditarias y que afectaba, en parte, a la titularidad de las fincas que las recurrentes denominan como objeto real de la compraventa.

Acertadamente, la Audiencia Provincial de Barcelona expone que el fallo favorable a la familia Jose Ángel Hermenegildo Onesimo Josefa Almudena Lorenzo Montserrat Esperanza Ezequias frustraba definitivamente la pretensión principal de las demandantes de adquirir las fincas que no podía prevalecer sobre el derecho reconocido en sentencia firme y anotado en el Registro de la Propiedad antes de que el referido contrato hubiera podido dar lugar a la producción de los efectos del *artículo 34 LH* .

El propio contrato preparatorio de promesa de compraventa que versaba sobre la adquisición de determinadas participaciones sociales de la mercantil Desarrollos Lascaris, S.L., era inhábil para obtener dichos beneficios de prioridad y publicidad registrales, pues no se refería a la adquisición de ninguna finca inscrita sino a las participaciones sociales de dicha mercantil (por motivos fiscales elegidos por las recurrentes), en cuyos activos se encontraba determinada finca que en su día podía dar lugar a fincas futuras que se determinarían posteriormente a la aprobación del expediente de compensación y la aprobación del plan parcial por el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat.

Al motivo segundo.

Está encaminado a obtener una declaración que le ha sido negada por tres veces a las recurrentes, la condena a los daños y perjuicios que argumenta se le ocasionaron por la frustración del negocio, pues olvidó acreditar la existencia de perjuicio.

Solicitó en la instancia la condena al resarcimiento de los daños y perjuicios producidos, pero no acreditó su producción a criterio del Juzgado y de la Audiencia Provincial de Barcelona. La acreditación o no del perjuicio es materia relacionada directamente con la valoración judicial de la prueba de tal daño y la discrepancia sobre la valoración de la prueba no es materia de casación.

El recurso de apelación contraviniendo el principio de prohibición de la *mutatio libellis* modifica la causa de pedir de la demanda, la petición de daños y perjuicios, amparándose, de forma novedosa en el hoy citado *artículo 1106 CC* y alega su aplicación al presente supuesto por imperativo legal.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona respecto de dicha petición fue clara, concisa y breve: «No procede la petición indemnizatoria por daños y perjuicios por no haberse acreditado su producción».

La recurrente presentó un escrito de aclaración de sentencia respecto de este extremo y el auto de 6 de junio de 2007 que resolvió la aclaración mantuvo la misma rotundidad en su FJ único que se transcribe.

Cita la STS de 26-2-2004, RC n.º 1061/1998 .

Apoya su pretensión en la aplicación de los *artículos 360 y 928 de la anterior LEC* . Por cuestiones de fondo y de forma, no pueden valorarse en el presente supuesto por dos motivos:

a) El presente recurso debe tramitarse y sujetarse a la LEC vigente por *disposición expresa de la DT 3.ª de la propia Ley 1/2000* .

b) Porque dichos preceptos no sustentan las pretensiones de la contraparte: en ellos se establece que la cuantificación de la condena de daños y perjuicios puede dejarse para la ejecución de sentencia cuando no haya sido posible realizar su cálculo o establecer sus parámetros en un momento anterior y haya existido condena a su pago. Pero solo habla del cálculo y no de la efectiva, necesaria y preceptiva acreditación del daño que fundamente la indemnización y que haya sido objeto de estimación por el Juzgador:

En este motivo afirma que la condena a daños y perjuicios venía impuesta por la ley sin necesidad de prueba alguna.

Las sentencias citadas (fueron dictadas 10 años antes de la entrada en vigor de la actual LEC y aplican los preceptos de aquella y no de la normativa procesal que rige el presente procedimiento), se refieren a supuestos de venta a terceros del objeto de la compraventa, actuación que en primera instancia deja patente el dolo y mala fe de la actuación de la parte vendedora. Supuesto distinto al que nos ocupa, por cuanto en el momento de la formalización del contrato del que trae causa este proceso, nada hacía presagiar a ninguna de las dos partes ni el inicio ni el desenlace respecto de la titularidad dirimida en el procedimiento sucesorio instado con posterioridad.

Cita las SSTS 20-5-2004, RC n.º 2009/1998 , 10-3-2004, RC n.º 1208/1998 y de 25-5-2004, RC n.º 2028/1998 , 21-5-2008, RC n.º 192/2001 y 5-12-2002, RC n.º 1399/1997 .

Termina solicitando a la Sala «[...] dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación por no concurrir la infracción normativa alegada de contrario, con expresa imposición de costas al recurrente».

UNDÉCIMO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 31 de mayo de 2011, en que tuvo lugar.

DUODÉCIMO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

AP, Audiencia Provincial.

ATS, auto del Tribunal Supremo.

CC, Código Civil.

DT, disposición transitoria.

FJ, fundamento jurídico.

LEC 1881, *Real Decreto de 3 de febrero de 1881*, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*.

LH, Ley Hipotecaria.

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1. Los demandantes Edificios Barcelona, S.A., Gambit, S.A., y D.^a Laura interpusieron demanda contra D. Ezequias, D. Alonso, D. Claudio, Desarrollos Lascaris, S.L., D.^a Almudena, D. Lorenzo, D. Onesimo, D.^a Josefa, D. Jose Ángel, D.^a Montserrat, D.^a Esperanza y D. Hermenegildo por el incumplimiento del contrato privado de compraventa de 6 de mayo de 1999.

2. Los demandantes solicitaban en su demanda:

1.º Que se declare que el contrato privado suscrito en 6 de mayo de 1999 es un verdadero contrato de compraventa del que se han satisfecho a cuenta el precio de 1 743 000 000 pts., la cantidad de 100 000 000 pts.

2.º Que se declare que la voluntad negocial de los intervinientes de aquel contrato iba dirigida a la denominada «finca objetivo» tras la aprobación definitiva del plan parcial de Can Clota y del proyecto de compensación sobre las fincas de dicho sector, entre las que estaban incluidas las registrales n.º NUM000, NUM001, NUM002 y los derechos de edificación sobre una finca segregada de extensión 30 000 m2 de la finca n.º NUM003.

3.º Declare, penetrando en el interior de la sociedad Desarrollos Lascaris, S.L., que es una sociedad instrumental de D. Ezequias, siendo los dos socios únicos de aquella compañía los demandados D. Alonso y D. Claudio, fiduciarios de D. Ezequias y, en consecuencia, todos los negocios jurídicos llevados a cabo por dicha sociedad y, entre ellos, el contrato privado de 6 de mayo de 1999 lo fue en exclusivo interés del citado D. Ezequias.

4.º Declare que los demandantes al suscribir el contrato privado de 6 de mayo de 1999 actuaron de buena fe, teniendo la consideración de terceros civiles, condenando a todos los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a respetar los derechos adquiridos por los demandantes sobre las fincas registrales referidas y sobre los derechos de edificación como medio de adquirir la finca objetivo.

5.º Condene a D. Ezequias, a sus fiduciarios y a la sociedad instrumental Desarrollos Lascaris, S.L., a otorgar escritura pública de venta a favor de los demandantes y en la proporción de un 47,5% para cada una de las sociedades y un 5% para D.^a Laura de las fincas registrales NUM000, NUM001, NUM002 y de los derechos de edificación que correspondan a la finca segregada de la registral NUM003 por el precio convenido de 1 473 000 000 pts., que será satisfecho a quien corresponda en la forma y plazos convenidos en el documento privado a partir del momento en que cese la perturbación con apercibimiento de que de no otorgarla la otorgaría S.S. en su nombre.

6.º Alternativa o subsidiariamente y para el caso de no ser estimado el anterior pedimento suplica se

condene a los demandados D. Ezequias y a sus fiduciarios D. Alonso y D. Claudio para que otorguen escritura o documento público de compraventa de todas las participaciones sociales de Desarrollos Lascaris, S.L., a favor de Edificios Barcelona, S.A., 9 995; Gambit, S.A., 9 995; y D.^a Laura 10 participaciones por el precio, pactos y demás condiciones del contrato privado de 6 de mayo de 1999 a salvo el pago del precio que se efectuara en la forma convenida cesada la perturbación.

7.º Alternativa o subsidiariamente para el caso de que ninguna de las anteriores peticiones fuere estimada, solicita se declare resuelto el contrato de 6 de mayo de 1999 por culpa exclusiva de los demandados D. Ezequias y sus fiduciarios D. Alonso y D. Claudio condenándoles solidariamente a la restitución de la cantidad de 100 000 000 ptas., entregada a cuenta del precio condenando a los demandados a indemnizar a los actores por la frustración del contrato en cantidad a determinar en ejecución de sentencia.

3. La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia desestimó la demanda fundándose, en que: (a) las pruebas practicadas corroboran que el contrato de 6 de mayo de 1999 es un acto preparatorio o precontrato de compra de participaciones sociales condicionado a que se adjudicase a la sociedad por el plan de reparcelación, la finca con edificabilidad no inferior a 15 845 m2 de techo residencial libre sobre rasante libre de cargas; (b) el contrato no se ratificó, pues el 3 de diciembre de 1999 se comunica por la vendedora a la compradora la aprobación inicial del plan parcial Can Clota, pero la compradora contestó el 30 de diciembre que las condiciones con que se ha aprobado el plan hacen preciso solicitar aclaraciones a la Corporación Municipal y solicitó el aplazamiento para la ratificación; (c) la parte compradora tuvo constancia de que los codemandados habían interpuesto una demanda en la que formularon una acción reivindicatoria y de nulidad de la transmisión de la finca a Desarrollos Lascaris que había sido objeto de anotación preventiva y, dejaban en suspenso el pago del precio aplazado; (d) la parte vendedora se opuso a las pretensiones de la compradora en cuanto a la suspensión del precio y no se ratificó el convenio inicial; (e) constando como objeto del contrato la venta de las participaciones sociales no llegó a ratificarse al no resultar el acuerdo inicial de interés del comprador por lo que no procede tampoco condena a otorgar escritura pública de venta de las participaciones sociales; (f) la sentencia dictada en el mayor cuantía n.º 23/2000 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 54 de Barcelona confirmada por la AP declara nulo el negocio transmissivo efectuado por D. Ezequias a Desarrollos Lascaris del que trae causa el contrato litigioso y aunque son distintas las partes intervinientes en uno y otro proceso afecta al presente; (g) se desestima el pedimento subsidiario de que se declare resuelto el contrato de 6 de mayo de 1999 por culpa exclusiva de los demandados D. Ezequias y sus fiduciarios D. Alonso y D. Claudio condenándoles solidariamente a la restitución de la cantidad de 1 000 000 000 de pts entregada a cuenta del precio y que se condene a los demandados a indemnizar a los demandantes en una cantidad a determinar en ejecución de sentencia, pues puesta como condición para la ratificación del convenio la adjudicación de la finca en los términos pactados sin cargas no llegó a verificarse quedando en consecuencia extinguida la obligación conforme al artículo 1117 CC ; (h) pretenden los demandantes que se declare que al suscribir el contrato privado de 6 de mayo de 1999 actuaron de buena fe, teniendo la consideración de terceros civiles respecto de las fincas registrales NUM000 , NUM001 y NUM002 y sobre los derechos de edificación de la finca segregada de la registral NUM003 condenando a todos los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a respetar los derechos adquiridos por los demandantes sobre las fincas registrales referidas y sobre los derechos de edificación de la finca objetivo; (i) los demandantes no reúnen los requisitos exigidos para ser considerados terceros hipotecarios, pues no adquirieron y aun en el caso de que hubiesen adquirido no inscribieron su adquisición.

4. Contra la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 38 de Barcelona interpusieron recursos de apelación los demandantes y los demandados.

5. La Audiencia Provincial *estimó parcialmente* el recurso de apelación de los demandantes y desestimó el de los demandados, fundándose, en síntesis, en que: (a) los demandantes Edificios Barcelona, S.A., Gambit, S.A., y D.^a Laura estaban interesadas en adquirir un terreno que no estaba definido urbanísticamente y según la demanda a partir de tres fincas registrales pertenecientes a Desarrollos Lascaris, S.L., de los derechos de edificación de otra finca segregada perteneciente a D. Ezequias y tras la aprobación del plan parcial y del proyecto de compensación se obtendría como resultado la «finca objetivo» con una edificabilidad neta inicialmente prevista de 15 845 m2, en función de la cual se establecía el precio que se iba a pagar con la correspondiente previsión de correcciones en relación con las variaciones sobre el cálculo efectuado; (b) en el contrato que suscribieron los demandantes con D. Ezequias , en su nombre y en representación de los dos socios de Desarrollos Lascaris, el 6 de mayo de 1999, debido a la situación descrita y por razones fiscales se orientó la operación como adquisición de todas las participaciones sociales y se formalizaría la escritura pública de ratificación del compromiso en un determinado plazo a partir de la aprobación inicial de la modificación del plan parcial; (c) en ese plazo llegó a conocimiento de los demandantes que los familiares del Sr. Ezequias habían interpuesto una demanda (anotada en el registro

de la Propiedad) solicitando la nulidad de múltiples transmisiones efectuadas por él, de elementos del patrimonio hereditario de su fallecido padre, entre las que se encontraban las fincas que pensaban adquirir los demandantes; (d) en el proceso incoado por los familiares del Sr. Ezequias se dictó sentencia ya firme que dejaba sin efecto la transmisión de las fincas a Desarrollos Lascaris lo que ha provocado la frustración definitiva y total de las expectativas de los demandantes de adquirir las fincas, pues su derecho dimanante del contrato de 6 de mayo de 1999 no puede prevalecer sobre el de los familiares del Sr. Ezequias reconocido por sentencia firme y anotado en el registro de la Propiedad antes de que el referido contrato hubiera podido dar lugar a la producción de los efectos del *art. 34 LH*; (e) la configuración del contrato de 6 de mayo de 1999 le hace inhábil para obtener los beneficios de la prioridad y publicidad registrales. No es un contrato por sí inscribible al ser de objeto indeterminado y no es transmisivo de la propiedad de las fincas siéndolo, en todo caso, de las participaciones sociales; (f) alegan los demandantes que actuaron con buena fe, pues acudieron al contrato en la creencia del libre derecho de los vendedores a transmitir, lo que no se pone en duda, pero es irrelevante ya que si no concurren los requisitos de aplicación del *artículo 34 LH* no se advierte de qué manera puede lograr eficacia y significación jurídica y práctica dicha buena fe; (g) el contrato es una compraventa de cosa futura en tanto que el vendedor se obliga, a cambio de un precio, a entregar una cosa que no existe al contratar, pero que puede existir; (h) la primera pretensión subsidiaria es la condena al otorgamiento de escritura o documento públicos de compraventa de las participaciones sociales, pero los demandantes como no podía ser de otra manera, dan nulo valor a los activos de Desarrollos Lascaris tras la pérdida de las fincas de lo que no puede deducirse otra cosa que la falta de interés en obtener el pronunciamiento de adquisición de sus participaciones; (i) la última pretensión subsidiaria debe tener acogida, pues el contrato se frustró por causas ajenas a las contratantes demandantes que están, por consiguiente, legitimadas para ejercitar la resolución contractual con restitución de la cantidad que fuera de toda duda, - ha sido admitida su recepción, habiéndose fundado sobre ella la reconvencción del Sr. Ezequias - se entregó en el momento de la suscripción del contrato; y, (j) no procede la petición indemnizatoria por daños y perjuicios, pues no se han acreditado.

6. Contra esta sentencia interponen recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal (que no ha sido formalizado) las demandantes que ha sido admitido al amparo del *artículo 477.2.2º LEC*, por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- *Enunciación del motivo primero.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Fundado en infracción de normas sustantivas y doctrina legal. Infracción de los *artículos 7 y 1258 del CC*; de la equidad y de la doctrina que reconoce la protección que la ley dispensa a quien adquiere de buena fe».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que: (a) el FJ 2.º de la sentencia recurrida reconoce que los demandantes actuaron con buena fe, pero es irrelevante pues no concurren los requisitos del *artículo 34 LH*; (b) en la fecha del contrato privado de compraventa -6 de mayo de 1999- no existía ninguna anotación registral que cuestionara la titularidad de la transmitente, por tanto, los demandantes son terceros civiles de buena fe protegidos por la Ley; (c) el pleito entre los miembros de la familia Ezequias Jose Ángel Hermenegildo Onesimo Josefa Almudena Lorenzo Montserrat Esperanza se produjo después y los demandantes tuvieron conocimiento del mismo en el momento en que debía procederse al pago del segundo plazo y otorgarse la escritura pública de venta; (d) la estimación de este motivo lleva consigo: (i) la declaración solicitada en el pedimento 4.º de la suplica de la demanda y, por consiguiente, que el derecho de los demandantes sobre las fincas debe prevalecer sobre el derecho que tuvieron los otros aspirantes a su titularidad sin perjuicio de que estos puedan percibir la parte del precio que les corresponda; (ii) la estimación del pedimento 5.º de la suplica de la demanda y la condena a D. Ezequias, a sus fiduciarios D. Alonso y D. Claudio y a la sociedad instrumental de D. Ezequias, Desarrollos Lascaris, a otorgar la escritura de venta de las fincas a favor de los demandantes en las proporciones y por el precio allí convenido que será satisfecho, a quien corresponda, en la forma convenida y con los apercibimientos solicitados.

El motivo deber ser desestimado.

TERCERO.- *La protección del tercero hipotecario de buena fe.*

A) El *artículo 34 LH* contempla los supuesto de adquisiciones *a non domino* [de quien no es dueño] a favor de los terceros adquirentes de buena fe que cumplan los requisitos exigidos en el mismo (adquisición onerosa de persona que aparezca como titular registral con facultades para transmitir y que, a su vez, inscriba su derecho). La norma establece la protección del tercero hipotecario justificada (STS de 8 de octubre de 2008) por la necesidad de reforzar la confianza en el Registro y en la realidad de la que este se

hace eco, garantizando a todos los que adquieren derechos inscritos llevados por esa confianza que van a ser mantenidos en la titularidad de los mismos, una vez consten inscritos a su favor, al margen de las vicisitudes que pudieran afectar al título del transmitente que no tengan reflejo registral, sin que, por tanto, su titularidad inscrita pueda verse atacada por acciones fundadas en una determinada realidad extrarregistral ajena al contenido del Registro inmediatamente anterior a su adquisición.

Acerca de quién debe merecer la consideración de tercero hipotecario, la STS del Pleno de 5 de marzo de 2007, RC n.º 5299/1999 , precisa que es tercero en el campo del derecho hipotecario el adquirente al que, por haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, no puede afectarle lo que no resulte de un determinado contenido registral, anterior a su adquisición, aunque en un orden civil puro el título por el que dicho contenido registral tuvo acceso al Registro de la Propiedad adoleciera de vicios que lo invalidaran.

Lo relevante de la doctrina establecida por esta sentencia del Pleno es que se sienta como *regla que el artículo 34 LH* ampara las adquisiciones a *non domino* [de quien no es dueño] porque *salva el defecto de titularidad o poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparece con facultades para transmitir la finca*. En el mismo sentido las SSTS de 16 marzo 2007 , 20 marzo 2007 , 7 y 10 octubre 2007 , 5 mayo 2008 y 8 octubre 2008 , 20 noviembre 2008 , 6 marzo 2009 y 23 abril 2010 .

B) En el caso examinado, la aplicación de la anterior doctrina conduce a la desestimación del motivo, pues aunque la sentencia dictada en apelación aprecia la existencia de buena fe en los recurrentes, esta circunstancia no determina por sí la protección registral del adquirente a *non domino* [de quien no es dueño] que deriva del *artículo 34 LH* , pues no inscribieron en el Registro con anterioridad a la anotación preventiva de la demanda instada por los familiares de D. Ezequias . Además, como pone de manifiesto el FJ 2.º de la sentencia recurrida los recurrentes en su recurso de apelación reconocieron expresamente que no reunían los requisitos del *artículo 34 LH* , por tanto, el reconocimiento de que actuaron con buena fe no conlleva la aplicación del referido artículo.

La declaración de nulidad de un negocio jurídico transmisivo en el caso que nos ocupa de las transmisiones que efectuó D. Ezequias a favor de Desarrollos Lascaris, S.L., de las fincas objeto del precontrato de 6 de mayo de 1999 por la demanda interpuesta por los familiares de D. Ezequias conlleva la nulidad de la adquisición por la entidad instrumental. Y, además, no se produjo una nueva transmisión a un tercero, en este caso los demandantes, pues el contrato de compraventa de futura, según la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, no se ratificó, por tanto, no adquirieron la condición de tercero hipotecario para gozar de la protección que dispensa el *artículo 34 LH*. *Precisamente esta norma protege al tercero* respecto a la titularidad registral de su transmitente, aunque ésta sea declarada nula; en otras palabras, dicho principio ampara una adquisición a *non domino* [de quien no es dueño]; es decir, se mantiene la adquisición por el tercero pese a que el titular registral carecía de poder de disposición sobre la finca transmitida por no ser realmente titular material. La fe pública registral salva el derecho de titularidad del transmitente que es el titular registral y protege al tercero, que es el tercero hipotecario.

CUARTO.- *Enunciación del motivo segundo.*

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Fundado en infracción de las normas sustantivas y jurisprudencia. Infracción de los *artículos 1124 ; 1101; 1106 y 1108 del CC* y sentencias de 3.11.1988 y 28.11.1994 entre otras».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que: (a) declarado el incumplimiento contractual de D. Ezequias , la indemnización de los daños y perjuicios venía impuesta por la ley sin necesidad de prueba y su determinación podía hacerse dada la legislación aplicable en la fecha de la demanda por los tramites de ejecución de sentencia; y, (b) aunque se admitiera que los daños y perjuicios no se probaron debiendo hacerse, estos consistirían, por lo menos, en el interés legal del dinero entregado desde el 6 de mayo de 1999 hasta que se produzca el pago.

El motivo deber ser estimado parcialmente.

QUINTO .- *La indemnización de daños y perjuicios y su determinación en la fase de ejecución de sentencia.*

A) La LEC vigente no es aplicable, pues, como ha declarado esta Sala en la SSTS de 6 de mayo de 2008, RC n.º 594/2001 , 29 de septiembre de 2010 , RIP n.º 594/2006 y 22 de febrero de 2011 , RIP n.º 1443/2007 , el artículo 2 LEC establece con carácter general el criterio de la irretroactividad de las leyes

procesales, sin distinción entre las normas de procedimiento y las que regulan instituciones procesales de otra naturaleza, y únicamente permite, tal como se desprende a *contrario* [por contraposición lógica] del artículo 9.3 CE , y directamente del artículo 2.3 CC , que pueda establecerse otra cosa en disposiciones legales de Derecho transitorio.

Cualquiera que sea el alcance que se atribuya a las *disposiciones transitorias 2.ª a 4.ª LEC 2000* , con arreglo a este principio general de irretroactividad de las leyes procesales el examen de si puede dejarse a o no para ejecución de sentencia la determinación de la indemnización de daños y perjuicios solicitada por las recurrentes tras la resolución del contrato de una sentencia dictada en un proceso iniciado bajo la vigencia de la LEC 1881 ha de examinarse con arreglo al sistema procesal establecido en la LEC 1881.

B) En asuntos sometidos a la LEC 1881, esta Sala ha declarado, en relación con las sentencias dictadas con reserva de liquidación que cuando se estima que es imposible la fijación del *quantum* [cuantía] o incluso de las bases de la liquidación, el artículo 360 LEC 1881 permite dictar la condena a reserva de fijar su cuantía y hacerla efectiva en ejecución de sentencia. Es una facultad discrecional del tribunal diferir a la ejecución de sentencia las determinaciones de la cuantía o saldos de liquidaciones que deben practicarse por las partes, como también lo es la de fijar la cuantía en la propia sentencia si se cuenta con elementos para ello a juicio del tribunal de instancia en el ejercicio de las facultades de valoración de la prueba que le son propias.

En este sentido, la STS de 14 de septiembre de 2007, RC n.º 4151/2000), en un supuesto idéntico al que nos ocupa, en el que la sentencia de apelación desestimó la demanda ante la falta de prueba del daño, estableció que «El *precepto invocado como infringido [el 360 LEC]* autoriza al tribunal, en efecto, a reservar la cuantificación económica del perjuicio para ejecución de sentencia, siempre y cuando se haya acreditado su existencia en la fase declarativa del proceso y se hayan fijado las bases para su cuantificación. Para hacer uso de la facultad que confiere el precepto es presupuesto ineludible, por tanto, la debida prueba de la existencia del daño indemnizable, la cual, como enseña abundantísima jurisprudencia -- Sentencias de 12 de diciembre de 1991 , 24 de marzo de 1992 , 2 de junio de 1992 , 25 de mayo de 1993 , y, más recientemente, de 14 de julio de 2006 , entre otras muchas-, no puede posponerse a la fase de ejecución de sentencia, pues tal cosa supondría alterar el objeto y la naturaleza del proceso de ejecución, y extender indebidamente los límites de la fase declarativa del juicio, que culmina en la sentencia que resuelve definitivamente el debate. Y aquí resulta que falta, precisamente, ese presupuesto, pues el tribunal de instancia no ha tenido por probado el perjuicio cuya indemnización se pretende, por lo que mal podía dejar para ejecución de sentencia su cuantificación, tal y como pretende la parte recurrente». En el mismo sentido, la STS de 21 de junio de 2007, RC n.º 2806/2000 .

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1101 , quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones hubieran incurrido en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier otro modo contravinieren al tenor de aquella. Sin embargo, fuera de los supuestos excepcionales en que el incumplimiento de la obligación lleva a considerar la existencia de daños producidos *in re ipsa* [en la cosa misma] (SSTS 23 julio 1997 , 10 octubre 2001 , 5 marzo 2002 , 17 marzo 2003 , 10 junio 2004 , 12 mayo 2005 , entre otras) por regla general es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama (SSTS de 29 marzo 2001 , 30 abril 2002 , 10 julio 2003 y 29 de enero de 2010).

C) De lo expuesto resulta que en el presente caso falta la prueba de la existencia de los daños y perjuicios que correspondía a los demandantes como declara expresamente la sentencia recurrida en su FJ 4.º, por tanto, no procede la indemnización por los daños y perjuicios por no haberse acreditado su producción. Los demandantes no identificaron cuáles son los daños y perjuicios producidos por los codemandadas, en qué medida, y cuáles han de ser, en su caso, las bases de la determinación de la cuantía indemnizatoria, limitándose a afirmar que existe un daño y que ha de ser indemnizado, conforme a lo que resulte de la ejecución.

D) Por último, respecto a la petición de que se reconozca como daños y perjuicios, al menos, el interés legal del dinero, es preciso tener en cuenta que en el caso examinado la petición de los intereses legales no fue formulada en la demanda. Por tanto, la sentencia del Juzgado no se pronunció sobre la misma y tampoco lo hizo la sentencia recurrida. Esta petición se introdujo en el proceso en el escrito por el que los demandantes solicitaban el complemento de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (AH 5.º de esta resolución) que fue denegado por auto de 5 de junio de 2007 (AH 6.º).

La sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2005 , por remisión a la anterior de 11 de febrero de 2003, relaciona extensamente la jurisprudencia en relación al artículo 1303 CC , en el que se establece que

declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (STS 15-04-2009 RC N° 1356/2005). Este artículo tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (SSTS de 22 de septiembre de 1989 , 30 de diciembre de 1996 , 26 de julio de 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (SSTS de 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 30 de diciembre de 1996). El *artículo 1303 CC* , es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa (SSTS de 18 de enero de 1904 , 29 de octubre de 1956 , 7 de enero de 1964 , 22 de septiembre de 1989 , 24 de febrero de 1992 , 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (SSTS de 10 de junio de 1952 , 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 6 de octubre de 1994 , 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (SSTS de 29 de octubre de 1956 , 22 de septiembre de 1989 , 28 de septiembre de 1996 , 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (SSTS de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973).

En virtud de lo dispuesto en los *artículos 1101 y 1124 CC* en relación con el *artículo 1303 CC* , la Sala considera a la vista de esta jurisprudencia que no es obstáculo para la estimación de la petición de pago de intereses legales el hecho de que no fueran solicitados expresamente en la demanda, pues declarada la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la parte vendedora, nos encontramos con una situación similar a la nulidad por lo que procede el abono de los intereses legales desde la fecha de la presentación de la demanda.

Al estimarse parcialmente este motivo, debe resolverse la petición del recurrente en que solicita el abono de los intereses legales desde el 6 de mayo de 1999 (fecha en la que se entregaron 100 000 000 ptas.) hasta que se produzca la devolución. Estima la Sala que procede el pago de intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, al no existir ningún requerimiento previo en tal sentido con anterioridad, hasta que se produzca la devolución.

SEXTO. - Estimación parcial del recurso y costas.

La estimación parcial del motivo segundo determina la estimación parcial del recurso sin que haya lugar a hacer condena en cuanto a las costas devengadas por aplicación del *artículo 398.2 LEC* .

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

FALLAMOS

1. Se estima en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Edificios Barcelona, S.A., Gambit, S.A., y D.^a Laura , contra la sentencia de 23 de abril de 2007 y contra el auto de 6 de junio de 2007 que denegó el complemento de sentencia, dictados por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación n.º 786/2005 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Se estima en parte el recurso interpuesto por Edificios Barcelona, S.A., Gambit, S.A. y D.^a Laura y se desestiman los planteados por otras partes demandadas D. Jose Ángel , Dña. Josefa , Dña. Montserrat , Dña. Esperanza , Don Onesimo , D. Lorenzo , Dña. Almudena , Desarrollos Lascaris, S.L. y D. Ezequias , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 38 de Barcelona, de fecha 1 de marzo de 2005 y, con revocación de la misma, debemos estimar y estimamos la última petición subsidiaria formulada por las actoras en el suplico de su demanda, de forma que debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de 6 de mayo de 1999, condenando a D. Ezequias , a D. Alonso y D. Claudio a pagar de forma solidaria a dichas actoras la cantidad de 601 012 euros. En cuanto a las costas, se imponen a D. Ezequias las causadas por la reconvención tanto en primera como en segunda instancia y no se hace pronunciamiento sobre las demás».

2. Casamos y anulamos las referidas resoluciones en cuanto denegaron la petición de los intereses legales desde la fecha del contrato hasta que se produzca la devolución.

3. En su lugar, condenamos a D. Ezequias , a D. Alonso y D. Claudio a pagar los intereses legales sobre la cantidad de 601 012 # desde la fecha de presentación de la demanda hasta que se produzca la devolución de la referida cantidad.

4. No se hace condena en cuanto a las costas de este recurso.

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