

Roj: STS 8685/2011
Id Cendoj: 28079110012011100843
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1772/2008
Nº de Resolución: 921/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 683/05 , seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Don Benito; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de las mercantiles **González y Paz, S.L.** y **CSM La Salamanquilla, S.A.** , representadas ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Argos Linares; siendo parte recurrida **Nuevo Golf Oeste, S.L.** , representada por el Procurador de los Tribunales don José Luis Rodríguez Pereira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de Nuevo Golf Oeste, S.L. contra González y Paz, S.L. y CSM La Salamanquilla, S.A.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara "... *sentencia por la que: 1º. Se declare la validez y subsistencia del contrato de gestión de 19 de agosto de 2003 que vincula a González y Paz, S.L. con Nuevo Golf Oeste, S.L., condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración.- 2º. Se declare que la cesión de los derecho de compra de la finca La Salamanquilla efectuada por González y Paz S.L. a favor de CSM La Salamanquilla S.A. es nula por falta de causa, simulación y por fraude de terceros, o subsidiariamente y en caso de que no se declare tal nulidad, se declare su rescisión por fraude de acreedores, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración, la cual deberá favorecer únicamente a mi representada.- 3º.- Se declare el derecho de Nuevo Golf Oeste S.L. a ejercitar su derecho de adquisición preferente en los términos pactado sobre la finca "La Salamanquilla", por el precio de 6.000.000 euros, y en consecuencia se condene a ambas mercantiles demandadas a otorgar en el plazo de Dos Meses cuantas escrituras fueran necesarias a fin de que el derecho de adquisición reconocido y ejercitado tenga acceso a los Registros de la Propiedad de Torrijos y Escalona; con apercibimiento de que de no hacerlo y a instancia de la actora serán otorgadas cuantas escrituras fueran necesarias por el titular de este Juzgado de Primera Instancia, de oficio y a costa de las condenadas; 4º. Y en el supuesto de que no se estimaran ninguna de las dos peticiones que preceden (2º y 3º), se condene a CSM La Salamanquilla S.A. a subrogarse en la posición de Promotor que en referido contrato de gestión de fecha 19 de agosto de 2003 tenía González y Paz S.L., asumiendo las obligaciones que de él se deriven a favor de Nuevo Golf Oeste S.L.- Condenando a ambas demandadas a estar y pasar por estas declaraciones, con imposición expresa del pago de las costas de este juicio.*"

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte "... *Sentencia por la que, desestimando la demanda interpuesta en su integridad por las excepciones procesales o por los motivos de fondo, se absuelva a mis representadas de todos y cada uno de los pedimentos que contra las mismas se formulan, con expresa condena en costas a la parte actora*"; al tiempo que formulaba reconvenición, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho

estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado "...se sirva dictar Sentencia por la que desestimando la demanda interpuesta por Nuevo Golf Oeste, S.L. y estimando la presente Reconvenición en su integridad: 1º.- Se declare ajustada a derecho la sustitución de la posición contractual que González y Paz, S.L. tenía en el contrato de fecha 16 de julio de 2003 (doc. Núm. 16 de este escrito) a favor de CSM La Salamanquilla, S.A. y, en consecuencia, la subrogación de CSM La Salamanquilla, S.A. en la posición de González y Paz, S.L. en los contratos de gestión y de cuentas en participación de fecha 19 de agosto de 2003 suscritos con Nuevo Golf Oeste, S.L.- 2º.- Se declaren resueltos y sin efecto los contratos de fecha 19 de agosto de 2003 acompañados como docs. núms. 6 y 21 con esta Demanda Reconvenicional, entendiéndose ajustada a derecho la resolución contractual extrajudicial de fecha 20 de octubre de 2005 con todos los efectos legales quedando, en consecuencia, sin efecto alguno los referidos contratos de gestión y de cuentas en participación y condenándose a la demandada Nuevo Golf Oeste, S.L. a estar y pasar por esta declaración.- 3º.- Se condene a Nuevo Golf Oeste, S.L. a abonar a CSM La Salamanquilla, S.A. la suma de cuarenta y tres mil quinientos euros (43.500,00 #) más los intereses legales que procedan.- 4º.- Subsidiariamente y, para el caso de que se entendiera que no es ajustada a derecho o no se reconociera la sustitución de CSM La Salamanquilla, S.A. en la posición que ostentaba González y Paz, S.L. en los contratos de gestión y cuentas en participación suscritos con fecha 19 de agosto de 2003, se declaren igualmente resueltos y sin efecto alguno los mismos en virtud de la resolución contractual extrajudicial cursada por González y Paz, S.L. declarándola ajustada a derecho y, condenando en este caso a Nuevo Golf Oeste, S.L. a estar y pasar por esta declaración y a pagar a González y Paz, S.L. la suma de Cuarenta y tres mil quinientos euros (43.500,00 euros), más los intereses legales que correspondan.- 5º.- Se condene a la demandada-reconvenida al pago de las costas procesales del juicio.

3.- Dado traslado de la reconvenición a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que "... dicte sentencia por la que con desestimación íntegra de la reconvenición, se absuelva a mi mandante de todas y cada una de las peticiones que contra ella se formulan, con expresa condena en costas."

4- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

5.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 1 de mayo de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Víctor Alfaro en nombre y representación de Nuevo Golf Oeste S.L. contra González y Paz S.L. y CSM La Salamanquilla S.A. representada por la Procuradora Dña. María Teresa Cidoncha debo Declarar y Declaro la validez y subsistencia del contrato de gestión de fecha 19 de Agosto de 2003 que vincula a González y Paz S.L. con Nuevo Golf Oeste S.L. condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración, que la cesión de derechos de compra de la finca La Salamanquilla efectuada por González y Paz a favor de CSM La Salamanquilla S.A. se rescinde por ser constitutiva de fraude condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y, finalmente, se declara el derecho de Nuevo Golf Oeste S.L. a ejercitar su derecho de adquisición preferente en los términos pactados sobre la finca La Salamanquilla por el precio de 6.000.000 de Euros y en consecuencia se condene a ambas mercantiles demandadas a otorgar en el plazo de 2 meses cuantas escrituras fueran necesarias a fin de que el derecho de adquisición reconocido y ejercitado tenga acceso al registro de la Propiedad de Torrijos y Escalona con apercibimiento de que de no hacerlo y a instancias de la actora serán otorgadas cuantas escrituras fueran necesarias por el titular del Juzgado de Instancia de oficio y a costa de las condenadas. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.- Que desestimando la demanda reconvenicional interpuesta por la representación procesal de González y Paz S.L. y CSM La Salamanquilla S.A. contra Nuevo Golf Oeste S.L. debo Absolver y Absuelvo a Nuevo Golf Oeste S.L. de los pedimentos efectuados en su contra todo ello con imposición de las costas procesales a la parte actora reconviniente."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la demandada, y sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, dictó sentencia con fecha 25 de marzo de 2008 , cuyo Fallo es como sigue: "Que desestimando el recurso de apelación presentado por la representación procesal de González y Paz S.L. y CSM La Salamanquilla S.A. contra la sentencia dictada en fecha 1 de Mayo de 2007, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Don Benito , en los autos de Juicio Ordinario núm. 683/2005, debemos Confirmar íntegramente la citada resolución, con imposición de costas a la parte apelante."

TERCERO.- La Procuradora doña Matilde Monserrat Fuentes del Puerto, en nombre y representación de las entidades mercantiles González y Paz S.L. y CSM La Salamanquilla S.A. interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes motivos: 1) Por vulneración de los artículos 1291.3 y 1294 del Código Civil ; 2) Por

infracción de los mismos *artículos en relación con el 1297.2 del Código Civil* ; 3) Por infracción del *artículo 1111 del Código Civil* , en relación con los *artículos 1291 y siguientes del mismo código* ; 4) Por vulneración de lo dispuesto en el *artículo 1507 del Código Civil en relación con el 1518 del mismo código*; 5) Por infracción del *artículo 1112 del Código Civil* en relación con los *artículos 1261.3 y 1274 del mismo código* ; 6) Por vulneración de lo dispuesto por los *artículos 1281 y 1283 del Código Civil* ; 7) Por infracción del *artículo 1114 y concordantes del Código Civil* ; 8) Por vulneración de lo dispuesto por el *artículo 1594 del Código civil* ; 9) Por infracción del *artículo 1124 del Código Civil* ; y 10) Por infracción del *artículo 6.4 del Código Civil* .

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 16 de febrero de 2010 por el que se acordó la admisión del recurso, así como que se diera traslado del mismo a la parte recurrida, Nuevo Golf Oeste S.L., que se opuso a su estimación por escrito representada por el Procurador don José Luis Rodríguez Pereira.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 24 de noviembre de 2011.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda instauradora del presente litigio, interpuesta por la entidad Nuevo Golf Oeste S.L. contra González y Paz S.L. y CSM La Salamanquilla S.A., pretendía de modo principal una declaración de validez y subsistencia del contrato de gestión celebrado entre la actora y la primera de las demandadas en fecha 19 de agosto de 2003, así como que la cesión de la posición de comprador de la finca denominada "La Salamanquilla" por parte de González y Paz S.L. a CSM La Salamanquilla S.A. debe ser rescindida por haber sido efectuada en fraude de acreedores. Igualmente interesaba que se declare el derecho de la demandante Nuevo Golf Oeste S.L. a ejercitar su derecho de adquisición preferente sobre la finca "La Salamanquilla" en los términos pactados en el referido contrato de 19 de agosto de 2003 por precio de seis millones de euros, condenando a las demandadas a otorgar en el plazo de dos meses cuantas escrituras públicas fueren necesarias para ello.

Las demandadas se opusieron a tales pretensiones y a su vez formularon reconvenición interesando declaración de ser conforme a derecho la sustitución de la posición contractual que González y Paz S.L. tenía en el contrato de fecha 16 de julio de 2003 -por el que González y Paz S.L. compraba a un tercero la finca "La Salamanquilla"- a favor de CSM La Salamanquilla S.A. así como la subrogación de esta última en la posición de aquélla en los contratos celebrados con la actora, debiendo declararse resueltos los contratos de fecha 19 de agosto de 2003 celebrados entre Nuevo Golf Oeste S.L. y González y Paz S.L. de gestión y cuentas en participación, a partir del día 20 de octubre de 2005 en que fue comunicada dicha resolución por incumplimiento de la actora, la que habrá de ser condenada a reintegrar a las demandadas la cantidad de cuarenta y tres mil quinientos euros -50% de lo percibido, según lo pactado en el contrato de 16 de julio de 2003- más los intereses legales que procedan. Dado el oportuno traslado, la actora se opuso a las pretensiones formuladas en la reconvenición.

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Don Benito dictó sentencia de fecha 1 de mayo de 2007 por la que estimó la demanda y desestimó la reconvenición con imposición de costas a la parte demandada. Dicha sentencia fue recurrida en apelación por las demandadas y la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) dictó sentencia de fecha 25 de marzo de 2008 por la que desestimó el recurso confirmando íntegramente la sentencia impugnada con imposición de costas a las apelantes.

Contra dicha sentencia recurren éstas en casación.

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial, en la sentencia hoy recurrida, hace suya la argumentación de la de primera instancia, según la cual las demandadas actuaron de forma fraudulenta al situar González y Paz S.L. a CSM La Salamanquilla S.A. - sociedad carente de actividad mercantil, cuyo administrador es el mismo que el de aquélla- en la posición de comprador en el contrato que González y Paz S.L. había celebrado con Vista Nieve S.A. por el que compraba a ésta la finca denominada La Salamanquilla, sobre la que la propia González y Paz S.L. había concedido un derecho de adquisición preferente a favor de la demandante Nuevo Golf Oeste S.L., con la evidente finalidad de impedir el ejercicio de tal derecho. Por otro lado considera que no procede la resolución contractual instada por vía reconvenicional por haber incumplido Nuevo Golf Oeste S.L. el contrato de gestión de fecha 16 de julio de 2003 por cuanto no había obtenido la recalificación de los terrenos en el plazo de dos años desde su celebración, según se había comprometido, ya que hay que entender que la aprobación del plan urbanístico que comportaba dicha recalificación se había producido por

silencio administrativo. Estas son, en síntesis, las razones por las que se estima la demanda y se rechaza la reconvencción.

TERCERO.- Los tres primeros motivos del recurso inciden en la improcedencia de la declaración de rescisión del negocio por fraude de acreedores y aparecen formulados por vulneración de los *artículos 1291.3 y 1294 del Código Civil*, de los mismos *artículos en relación con el 1297.2*, y del *artículo 1111 del Código Civil*, en relación con los *artículos 1291 y siguientes del mismo código*.

La alegación sobre infracción de dichas normas ha de ser acogida, si bien carece de efectos prácticos por lo que se refiere a la resolución del presente recurso, como más adelante se razonará. En efecto existe una incorrecta petición en la demanda en el sentido de que "se declare que la cesión de derechos de compra de la finca La Salamanquilla efectuada por González y Paz S.L. a favor de CSM La Salamanquilla S.A. es nula por falta de causa, simulación y fraude de terceros, o subsidiariamente y en caso de que no se declare tal nulidad se declare su rescisión por fraude de acreedores"; petición ésta última que ha sido estimada por las sentencias dictadas en ambas instancias.

No se trata en el caso de un supuesto de rescisión por fraude de acreedores ya que no se dan los requisitos propios de dicha figura y la resolución impugnada ni siquiera ha considerado su existencia.

Las sentencias de esta Sala de 19 junio 2007 y 12 noviembre 2008, entre otras, señalan como requisitos de la misma los siguientes: a) - La existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; b) La realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; c) El propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor, que goza de la presunción legal establecida en los *arts. 643.2º y 1297, primer párrafo, del Código Civil*; y d) La ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor. En consecuencia la salida del bien del patrimonio del demandado ha de producir como resultado el perjuicio del "crédito" del actor en cuanto a la posibilidad de ejecución sobre dicho bien; circunstancia bien distinta a la que concurre en el caso presente en que lo perseguido es impedir el ejercicio de un derecho de adquisición preferente sobre el bien de que se trata.

No obstante, se ha de poner de manifiesto que tanto la petición como la siguiente declaración judicial de "rescisión por fraude" de la citada operación resultan superfluas en el caso presente pues basta la declaración de la existencia a favor de la parte actora del derecho de adquisición preferente sobre la finca y de la ausencia de buena fe por parte de la adquirente -en este caso la entidad CSM La Salamanquilla S.A.- para que se obtenga el propósito perseguido mediante la interposición de la demanda. Buena prueba de ello es que el propio "suplico" de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia recurrida, en cuanto hace suyo el "fallo" dictado en la primera instancia, condenan a ambas demandadas a otorgar las correspondientes escrituras para hacer efectivo dicho derecho de adquisición preferente, lo que únicamente sería necesario en el caso de González y Paz S.L. si, por razón de la rescisión, el bien volviera a su patrimonio.

Por ello, la estimación de los referidos motivos de casación carecería de efecto útil (sentencias de 31 de enero de 2006, 15 de junio de 2006, 7 de julio de 2006, 29 de noviembre de 2006, 20 de febrero de 2007, 27 de abril de 2007, 12 de noviembre de 2007, y 15 junio 2010).

CUARTO.- El motivo cuarto imputa a la sentencia recurrida la infracción de los *artículos 1507 y 1518 del Código Civil*, de modo que por su propia formulación ha de ser desestimado ya que dichas normas se refieren al retracto convencional en el cual quien vende una cosa se reserva el derecho de recuperarla en determinadas condiciones, según expresa el primero de los artículos citados, situación distinta de la que está presente en el caso ya que no existe aquí vendedor que se reserve tal derecho, por lo cual la sentencia impugnada ni aplica, ni tenía que aplicar, dichas normas.

También ha de ser rechazado el motivo quinto que denuncia la infracción de lo dispuesto en el *artículo 1112 del Código Civil*, en relación con los *artículos 1261.3 y 1274 del mismo código*, al afirmar la parte recurrente que la cesión de contrato efectuada por González y Paz S.L. a favor de la entidad CSM La Salamanquilla S.A., prevista expresamente en la *cláusula cuarta del contrato de compraventa suscrito el 16 de julio de 2003* entre González y Paz S.L. y Vista Nieve S.A., se ampara en lo dispuesto por la norma citada en primer lugar, de modo que la cesión en la posición de comprador a favor de CSM La Salamanquilla S.A. no constituye una transmisión desencadenante del derecho de adquisición preferente de la actora sino una cesión de la posición contractual de aquélla.

El *artículo 1112 del Código Civil* establece que «*todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*». Pero no se ha

producido infracción alguna de dicha norma en relación con las que se refieren a la *causa de los contratos* (*artículo 1261.3 y 1274 del Código Civil*), ya que la facultad de transmitir los derechos adquiridos en virtud de una obligación no comprende la de hacerlo de modo fraudulento y con la evidente intención de burlar los derechos de un tercero; pues en tal caso, acreditada la connivencia del adquirente para la efectividad del fraude, la transmisión no puede perjudicar los derechos del tercero, el cual podrá ejercerlo -como sucede en el caso presente- frente a todos los intervinientes en la transmisión.

En cuanto a la afirmación de que la transmisión no hace nacer en el caso el derecho de adquisición preferente de la actora Nuevo Golf Oeste S.L., se trata de una cuestión de interpretación del contrato de gestión de fecha 29 de agosto de 2003 que reconocía tal derecho de adquisición preferente y la Audiencia, al confirmar la solución dada por el Juzgado, ha entendido razonablemente que tal derecho se otorgó, según los términos del contrato, para comprender todos los casos en que por cualquier causa el primitivo comprador -Nuevo Golf Oeste S.L.- transmitiera sus derechos derivados de la compraventa.

De ahí que también haya de ser desestimado el siguiente motivo sexto que denuncia la infracción de los *artículos 1281, 1283 y 1289 del Código Civil* y discute la interpretación del contrato llevada a cabo en la instancia en tres aspectos: a) La necesaria limitación del derecho de adquisición preferente al 66% de la superficie de la finca; b) La aplicación de la cláusula resolutoria del párrafo último de la misma *cláusula cuarta*; y c) La improcedente subsunción en el derecho de adquisición preferente de la cesión de los derechos de compra.

Es muy reiterada la doctrina de esta Sala acerca de la atribución a los tribunales de instancia de la facultad de interpretación de los contratos, sin que proceda su revisión en casación fuera de los supuestos muy excepcionales en que se haya sostenido una interpretación ilógica o manifiestamente contraria a los preceptos del Código Civil que la regulan (sentencias, entre las más recientes, de 4 de mayo, 19 de febrero y 8 de octubre de 2007, 8 de mayo de 2008, 27 de febrero y 12 de junio de 2009, y 8 febrero 2010). En el caso, la Audiencia, sin incurrir en ninguno de tales supuestos, ha considerado que la facultad que se reservaba González y Paz S.L. en cuanto a la venta del 34% de la finca, sin que en cuanto a ello se diera derecho alguno de adquisición preferente a favor de la actora, se refería al caso de que se hiciera venta de parte de la finca a diferentes compradores y no al caso en que la transmisión se produjera en cuanto a la totalidad; no entendió aplicable la cláusula resolutoria al considerar que la aprobación del plan urbanístico se había producido por silencio administrativo, lo que constituye una cuestión que excede de la mera interpretación del contrato; y ha considerado, como ya se razonó, que la transmisión de derechos por parte de González y Paz S.A. a CSM La Salamanquilla S.L. sí era un supuesto que, según el contrato y la intención expresada por los contratantes al suscribirlo, daba lugar al posible ejercicio del derecho de adquisición preferente. De ello no resulta infracción alguna de las normas jurídicas y lógicas que disciplinan la interpretación contractual.

QUINTO.- El motivo séptimo afirma la vulneración del *artículo 1114 y concordantes del Código Civil*, según el cual «*en las obligaciones condicionales la adquisición de derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición*», al entender la parte recurrente que era de aplicación lo establecido en el *párrafo último de la cláusula cuarta del contrato de gestión de 19 de agosto de 2003*, según el cual "asimismo, si no se consiguiese recalificar definitivamente los terrenos objeto del proyecto urbanístico en el plazo de dos años a contar desde la firma del presente contrato, Nuevo Golf Oeste S.L. reintegrará el 50% de las cantidades adelantadas por la mercantil González y Paz S.L., quedando el 50% restante como pago de las gestiones realizadas, no fructíferas".

Dicho motivo ha de ser desestimado pues, atendiendo únicamente a la posible infracción del *artículo 1114 del Código Civil* -y no a la de los "concordantes" a que se refiere la parte recurrente, pues no es función de esta Sala determinar a qué normas se refiere- dicha infracción no ha existido y se incurre en el defecto de hacer supuesto de la cuestión ya que la Audiencia parte de que la aprobación del plan urbanístico puede entenderse producida por "silencio administrativo", por lo cual dicha cláusula no resultaba de aplicación al caso, con independencia de que si la parte entendía que tal conclusión no era correcta podía haberla combatido por la vía procesal adecuada.

El motivo octavo denuncia la infracción de lo dispuesto por el *artículo 1594 del Código Civil* sobre la facultad de desistimiento del dueño en un contrato de obra, como el de 19 de agosto de 2003 celebrado entre la entidad actora y González y Paz S.L.

El motivo se desestima ya que plantea una cuestión nueva no tratada en la instancia y, en consecuencia, impropia en casación. Esta Sala ha afirmado con reiteración la imposibilidad de plantear tales cuestiones, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad

de partes y congruencia (sentencias, entre otras, de 28 de mayo de 2004 y 21 de julio de 2008) sin que sea admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias (sentencias de 27 de marzo de 2003 y 7 junio 2011). Además se ha tenido por probado que el intento de resolución contractual -no desistimiento- por parte de González y Paz S.L. se produjo con posterioridad al hecho de que nacía el ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte de la otra contratante Nuevo Golf Oeste S.L.

También decae el motivo noveno que se refiere a la infracción del *artículo 1124 del Código Civil* , al no reconocer virtualidad al requerimiento resolutorio a Nuevo Golf Oeste S.L. mediante comunicación de 20 de octubre de 2005, en relación con el 1100, párrafo último, del mismo código. La Audiencia ha entendido que no procedía la resolución porque no se había dado el presupuesto necesario para la misma, que era -según el contrato- la falta de aprobación del plan urbanístico, pero en todo caso el derecho de adquisición preferente de la finca por parte de Nuevo Golf Oeste S.L. había nacido con anterioridad al transcurso del indicado plazo de dos años por lo cual dicha sociedad podía haber adquirido con anterioridad la propiedad de la finca si González y Paz S.L. hubiera respetado el derecho de adquisición preferente, quedando así sin efecto cualquier condición o término que afectara al contrato de gestión.

Por último, se ha de rechazar igualmente el motivo décimo que versa sobre la infracción del *artículo 6.4 del Código Civil* en cuanto a la declaración del carácter "fraudulento" de la actuación de González y Paz S.L. y CSM La Salamanquilla S.A. La sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos son expresamente aceptados por la de apelación, precisa que *«resulta fácil colegir la artificiosa creación, contraria a todos los principios de buena fe, de la sociedad CSM LA Salamanquilla, en evidente fraude, mal uso de personalidad y ejercicio antisocial de derechos»*.

La sentencia de esta Sala nº 21/2005, de 28 enero , destaca cómo *«el artículo 6.4 del Código Civil establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Como reitera la jurisprudencia, el fraude de Ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley (SS., entre otras, 17 abril 1997 , 3 febrero 1998 , 21 diciembre 2000). Se caracteriza (SS., entre otras, 4 noviembre 1994 , 23 enero 1999 , 27 mayo 2001 , 13 junio 2003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada de "cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada «eludible o soslayable», amén de que ha de perseguir un determinado resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (S. 27 marzo 2001 y 30 septiembre 2002)»*.

La sentencia impugnada ha considerado, tras fundamentarlo y motivarlo adecuadamente, que la actuación de González y Paz S.L. y CSM La Salamanquilla S.A. se amparó en la norma que permite la transmisión de los derechos nacidos de una relación obligatoria (*artículo 1112 del Código Civil*) con la pretensión, común a ambos intervinientes, de impedir a Nuevo Golf Oeste S.L. de modo ilícito el ejercicio del derecho de adquisición preferente, que la primera de dichas sociedades le había reconocido en el contrato celebrado con fecha 19 de agosto de 2003.

En consecuencia, ninguna vulneración del *artículo 6.4 del Código Civil* cabe apreciar en la sentencia ahora recurrida.

SEXTO.- La desestimación del recurso de casación conlleva la necesaria imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 394.1. y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

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

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar al recurso de casación** interpuesto por la representación procesal de los demandados **González y Paz S.L. y CSM La Salamanquilla S.A.** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) de fecha 25 de marzo de 2008 en Rollo de Apelación nº 469/2007 , dimanante de autos de juicio ordinario número 638/2005 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Don Benito a instancia de la entidad **Nuevo Golf Oeste S.L.** contra los hoy recurrentes, la cual **confirmamos**, con imposición a dichos recurrentes de las costas causadas por el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , 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.