



Roj: STS 500/2013
Id Cendoj: 28079110012013100049
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1581/2010
Nº de Resolución: 81/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Febrero de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Novelda, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente el Procurador D. Florencio Aráez Martínez, en nombre y representación de ASESORAMIENTO Y REALIZACIONES INMOBILIARIAS, S.L. siendo parte recurrida el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de D. Isaac .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora Dª Asunción Pérez Antón, en nombre y representación de ASESORAMIENTO Y REALIZACIONES INMOBILIARIAS, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Isaac y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *se condene al demandado al abono a mi representada de la cantidad de ciento cincuenta mil doscientos cincuenta y tres euros con dos céntimos más los intereses legales desde el 7 de abril de 2006, fecha en la que el demandado debió comparecer en la notaria para otorgar la escritura de compraventa, todo ello con expresa imposición de costas al demandado.*

2.- El Procurador D Francisco Serra Escolano, en nombre y representación de D. Isaac , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que *acogiendo por su orden y de forma subsidiaria los motivos de oposición y excepciones invocadas por mi parte, se desestime íntegramente la demanda planteada y absuelva a mi mandante de todos los pedimentos contenidos en la misma, con la más expresa imposición a la actora de las costas procesales causadas.*

3 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La lltre. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Novelda dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Desestimo la demanda presentada por Asesoramiento y Realizaciones Inmobiliarias S.L. *contra D. Isaac y absuelvo a éste de todos los pedimentos formulados en su contra. Respecto de las costas procede imponerlas a la parte actora.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de ASESORAMIENTO Y REALIZACIONES INMOBILIARIAS, S.L., la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 18 de junio de 2010 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación entablado por la parte demandante, la mercantil Asesoramiento y Realizaciones Inmobiliarias S.L., representada en este Tribunal por el Procurador Dª: María Antonia Esteve Bernabeu, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Novelda el día 13 de octubre de 2009 , debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; y con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

TERCERO .- 1 .- La Procuradora Dª María Antonia Esteve Bernabeu, en nombre y representación de ASESORAMIENTO Y REALIZACIONES INMOBILIARIAS, S.L., interpuso recursos por infracción procesal

y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO.-** Al amparo del artículo 469.1, apartados 2 , 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al infringir la sentencia lo prevenido en el artículo 216 , 217 de la Ley de Ritos , en relación con los artículos 1128 y 1124 del Código civil y vulneración de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española . **SEGUNDO.-** Al amparo del artículo 469.1, apartados 2 , 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al infringir la sentencia lo prevenido en los artículos 217 , 299 , 317.2^o y 326 de la Ley Procesal con vulneración de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española . **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso infracción por aplicación incorrecta de los artículos 1255 , 1258 , 1261 , 1278 , 1281 , 1283 y 1284 en relación con el 1115, párrafo 2^o del Código civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta. **SEGUNDO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso infracción del artículo 1281.1^o, del artículo 1125, párrafo primero y segundo y aplicación incorrecta de lo dispuesto en el artículo 1124, párrafo tercero en relación con el artículo 1115, párrafo 2^o del mismo texto legal así como la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

2 .- Por Auto de fecha 22 de febrero de 2011, se acordó ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL y EL RECURSO DE CASACION y dar traslado a la parte recurrente para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de D. Isaac , presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de febrero del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La cuestión jurídica que se ha planteado tanto en la instancia como en casación, se concreta en la aplicación de la cláusula penal que se halla en la estipulación 11^a del contrato de 20 marzo 1997 (*rectius*, precontrato) contenida en documento privado que reza así:

DECIMOPRIMERA.- Si el señor Isaac , incumpliendo las obligaciones que deriven del presente contrato, realizara actos dispositivos sobre la finca o sobre cualquiera de las parcelas que impidieran el ejercicio del derecho de opción de compra en la forma convenida, o no otorgare las escrituras públicas necesarias para la ejecución de lo pactado, quedará obligado a indemnizar al optante en la cantidad de 25 millones de pesetas, que expresamente se pacta como cláusula penal.

En dicho precontrato don Isaac , demandante en la instancia y recurrente ante esta Sala es el *concedente* del derecho de opción de compra de unas fincas a la entidad ASESORAMIENTO Y REALIZACIONES INMOBILIARIAS, S.L., como *optante*.

En los exponendos del citado documento se destacan tres afirmaciones, importantes para el presente caso:

Primera.- La citada finca está actualmente clasificada a efectos urbanísticos, como suelo no urbanizable, de acuerdo con las normas del Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Monóvar.

Segunda.- ASESORAMIENTO Y REALIZACIONES INMOBILIARIAS, S.L. está interesada en la adquisición de la finca descrita en el exponendo I, para construir en ella un conjunto de viviendas unifamiliares, en el supuesto de que sea modificada la actual clasificación urbanística de la finca. A tal fin presentará ante el Ayuntamiento de Monóvar los correspondientes documentos urbanísticos al objeto de obtener la reclasificación.

Tercera.- Para el supuesto de obtenerse la reclasificación urbanística del inmueble con los aprovechamientos aproximados que se establecen en los anexos ASESORAMIENTO Y REALIZACIONES INMOBILIARIAS, S.L. está interesada en adquirir la finca descrita.

En las estipulaciones, se prevé expresamente la *opción de compra*, sobre las fincas y los plazos para su ejercicio que son distintos para cada parcela, siempre fijándose meses, no años, todos ellos partiendo desde la *aprobación definitiva por el Ayuntamiento de Monóvar de la modificación del planeamiento que permita la*

obtención de las respectivas licencias de obras y la iniciación de la construcción. Incluso se especifica que el objeto de la opción será *cada una de las cuatro parcelas urbanísticas que resulten en la modificación referida.*

No se establecía un plazo relativo a que se produjera esta modificación. Sin que ésta se hubiera dado, en fecha 21 marzo 2006, la optante promovió el ejercicio de opción de compra, emplazando al concedente, a fin de otorgar escritura pública de compraventa el siguiente 7 abril, lo que se rechazó, por no haberse producido la reclasificación urbanística del inmueble. El propietario de éste, concedente de la opción Sr. Isaac vendió la finca a un tercero a los ocho años de firmado aquel contrato. Al tiempo de interponerse la demanda no se había obtenido la reclasificación.

La inmobiliaria optante interpuso demanda interesando la aplicación de la cláusula penal, cuyo suplico contiene este texto:

"se condene al demandado al abono a mi representada de la cantidad de ciento cincuenta mil doscientos cincuenta y tres euros con dos céntimos más los intereses legales desde el 7 de abril de 2006, fecha en la que el demandado debió comparecer en la notaría para otorgar la escritura de compraventa, todo ello con expresa imposición de costas al demandado. "

La sentencia de la juez de 1ª Instancia número 2, de Novelda de 13 octubre 2009 desestimó la demanda por entender que no se había cumplido la condición suspensiva, con este texto:

"La condición para el ejercicio de la opción no llegó a nacer, extremo éste que mantienen las dos partes al afirmar que ni siquiera a día de hoy ha cambiado su calificación urbanística".

Sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial, Sección 8ª, de Alicante, en la de 18 junio 2010, por el mismo argumento y porque *"la opción no era sobre la finca tal cual, sino a partir de una situación pendiente"* y *"sólo respecto de esta situación se establecía plazo y precio"* y añade que la inmobiliaria optante:

"no adquiriría en el contrato un derecho de opción sino que adquiriría una expectativa jurídica, la de disponer de un derecho de opción de compra, para el caso de modificación en un determinado sentido del PGOU que, como elemento determinante, transformaba dicha expectativa en derecho, operando en necesaria relación jurídica a la existencia de una opción de compra toda vez que el objeto del convenio de ambos era la misma finca geográfica pero no jurídica, y la opción solo venía a adquirir eficacia de posibilidad de acceso a la propiedad de la misma por el precio estipulado para el caso de dicha transformación jurídica, como resulta, entendemos de la intención contractual manifestada de los interesados."

La inmobiliaria optante -demandante en la instancia- ha interpuesto los presentes recursos por infracción procesal y de casación. El primero de ellos contiene dos motivos, ambos relativos al plazo, que más se refieren a interpretación del contrato. El segundo contiene igualmente dos motivos, el primero trata de interpretación o más bien calificación del contrato y el segundo, se refiere esencialmente al plazo y a la venta de la finca a los ocho años de firmado el documento privado de opción de compra.

SEGUNDO .- El negocio jurídico que llega a esta Sala es un precontrato de opción de compra con cláusula penal, que han contemplado también las sentencias de 26 marzo 2009 y 30 noviembre 2012. Tal como dice la sentencia de 21 noviembre 2000, *"implica la concesión por una parte a la otra de la facultad exclusiva de decidir la celebración o no del contrato principal de compraventa"*; en el mismo sentido, sentencias de 5 junio 2003 y 3 abril 2006. Otras muchas sentencias se han dictado sobre la opción de compra: 23 abril 2010, 7 mayo 2010, 1 de diciembre de 2011.

La cláusula penal es el objeto de este proceso, que reclama el optante, porque el concedente de la opción, demandado en la instancia, vendió la finca a un tercero (ocho años después de la firma del documento privado). Lo cual ha sido desestimado por las sentencias de instancia, lo que considera acertado esta Sala.

En primer lugar, porque es esencial en la opción de compra la fijación de plazo, ya que no puede el concedente quedar indefinidamente ligado por un pacto que no lo fija y así lo exige el artículo 14.3º del Reglamento hipotecario. La opción de compra del 20 marzo 1997 no fijaba plazo, pues cuando se refiere al mismo lo hace a partir de la *aprobación definitiva por el Ayuntamiento de Monovar de la modificación del Planeamiento que permita la obtención de las respectivas licencias de obras y la iniciación de la construcción*, que, por cierto le correspondía a la inmobiliaria optante *realizar las gestiones necesarias para solicitar y obtener la modificación de la clasificación urbanística de la finca.* Al faltar el elemento esencial del plazo, esta opción de compra no existe, no puede obligar indefinidamente al concedente de la opción, por lo cual la venta de la finca muchos años más tarde, no produce la aplicación de la cláusula penal.

De ello se deduce que en el contrato (precontrato) la aprobación de la modificación urbanística se ponía como condición suspensiva, que no ha llegado a cumplirse, sin que haya sido previsto un plazo para ello, como se ha dicho en las líneas anteriores.

Este ha sido el argumento esencial de las sentencias de instancia. La de segunda instancia lo ha matizado, lo que también es correcto, en que la opción no versaba sobre una finca en sí misma, sin más; sino sobre una finca urbanizable, pues la edificación era el fundamento de la relación contractual y así se expresaba constantemente en el texto del documento del 20 marzo de 1997.

TERCERO .- El *recurso por infracción procesal* que ha interpuesto la inmobiliaria optante, demandante en la instancia, contiene dos motivos, ambos fundamentados en el artículo 469.1, apartados 2, 3 y 4. Esto, por sí mismo, podría dar lugar a la inadmisión del recurso, porque son apartados con fundamento excluyente e incluso contradictorio, sin que en el desarrollo del motivo aparezca cuál de ellos es el que lo sustenta.

El primero de ellos alega infracción de una serie heterogénea de preceptos: de la Ley de Enjuiciamiento Civil los artículos 216 y 217; del Código civil, los artículos 1128 y 1124; y de la Constitución Española el artículo 24.1.

La jurisprudencia ha sido constante en el sentido de rechazar la cita de preceptos heterogéneos como fundamento de un motivo: sentencias de 24 septiembre 2010, 14 abril 2011, 10 octubre 2012, 29 noviembre 2012 y otras muchas. El recurso debe precisar cuál es la concreta infracción y la norma infringida; no cabe la cita heterogénea de normas, para que esta Sala busque y adivine cuál es la que puede sustentar la infracción.

En el motivo se incide en que fue la sentencia recurrida la que fijó un plazo, sin que se haya ejercitado la previsión del artículo 1128 del Código civil. No es así. No fijó un plazo, sino que afirmó que el derecho de opción no llegó a nacer, porque no llegaron a aprobarse las modificaciones pertinentes para edificar y no podía el concedente de la opción quedar vinculado indefinidamente. La fijación del plazo para la modificación administrativa, al amparo del artículo 1128, podría haberla ejercitado la actual recurrente, quien tenía la obligación de hacer las gestiones para obtenerla. No habiéndose ejercitado, era una opción sin plazo y, en consecuencia, sin eficacia alguna. Esto es lo resuelto, en definitiva, por la sentencia de la Audiencia Provincial sin que se aprecie infracción de ninguno de los múltiples preceptos que se alegan en el motivo.

El segundo de los motivos de nuevo cae en el mismo defecto que el anterior, al citar una serie heterogénea de preceptos, sin que quede determinada la concreta infracción: artículos 217, 299, 317.2º y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución Española. Todo el desarrollo del motivo se refiere a la afirmación de que la opción de compra recae sobre la finca urbanizable, una vez conseguida la mencionada modificación; esta afirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial es correcta; del texto del documento de 20 marzo 1997 se desprende que la finca en sí no interesa, sino en cuanto sea urbanizable. No sólo se expresa la intención de las partes, sino que el plazo de ejercicio se fija a partir de la modificación que permita la urbanización. En todo caso, no aparece, ni siquiera se alega claramente, donde se halla la infracción procesal, sino que puede ser una cuestión de derecho material, ajena a este recurso.

CUARTO .- El *recurso de casación* contiene dos motivos, los que caen en el mismo error que los del recurso por infracción procesal, que consiste en la fundamentación en una serie heterogénea de preceptos, sin que se concrete cuál es la infracción y que norma ha sido vulnerada.

En el primero se consideran infringidos los artículos 1255, 1258, 1261, 1278, (normas generales que tampoco caben como motivos de casación) 1281 (sin que concrete el párrafo vulnerado, que son opuestos el primero y el segundo), 1283 y 1284 en relación con el 1115, 2º, todos del Código civil. En el desarrollo del motivo, simplemente se discute la interpretación o más bien la calificación de aquel contrato (precontrato) de 20 marzo 1997; en el desarrollo del motivo se habla de "valoración correcta del documento..." y, verdaderamente, no se trata de valorar, sino de calificar y en este ámbito no sólo esta Sala está conforme y estima acertada la calificación que ha hecho la Audiencia Provincial de Alicante, sino que tan sólo cabría rechazarla si fuera arbitraria, ilógica o contraria a derecho, lo que no ocurre en el presente caso: así lo han reiterado las sentencias de esta Sala, que atribuyen la interpretación y calificación del negocio jurídico, en principio, a la soberanía de la Sala de instancias: sentencias de 2 marzo 2007 y las muchas que cita; 20 febrero 2008 que también cita otras muchas; 20 enero 2009, 28 mayo 2009.

El segundo motivo de casación cita como infringidos los artículos 1128, 1281, párrafo primero, 1125, 1124, 1115 del Código civil, es decir, una cita heterogénea de preceptos, sin que quede concretada la infracción y la norma infringida. En el desarrollo del motivo se incide especialmente en la fijación del plazo por los Tribunales, que prevé el artículo 1128, sin que advierta que esta parte lo hubiera podido utilizar y sin

que la sentencia recurrida haya fijado un plazo sino que el plazo "razonable" no permite que el concedente de la opción quede vinculado indefinidamente. Al referirse el texto del motivo a la "valoración conjunta de toda la prueba" cae en el error de confundir la casación con una tercera instancia, ya que en aquélla no cabe la valoración o más bien revisión de la prueba, sino que tan sólo su función es la de controlar la correcta aplicación del derecho a los hechos que han sido declarados probados: así lo ha expresado reiteradamente esta Sala en sentencias, entre otras, de 25 junio 2010 , 14 abril 2011 , 5 mayo 2011 , 4 abril 2012 .

Por último, la sentencia de esta Sala que se cita en este motivo del recurso, de 22 abril 2010 , aunque hace aplicación del artículo 1124, párrafo tercero, respecto al plazo, no es el mismo caso del presente (es una permuta de cosa futura) en que ninguna de las partes interesó la fijación de plazo, ni ninguna de las sentencias de instancia (a diferencia del caso de aquella sentencia) se ha referido al mismo, como fundamento del fallo.

QUINTO .- En consecuencia, se desestiman todos los motivos y, por ello, se debe declarar no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación, con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN, formulados por la representación procesal de ASESORAMIENTO Y REALIZACIONES INMOBILIARIAS, S.L., contra la sentencia dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en fecha 18 de junio de 2010 que se CONFIRMA.

Segundo .- Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas por sus recursos.

Tercero .- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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