



Roj: **STS 2294/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:2294**

Id Cendoj: **28079110012010100277**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/05/2010**

Nº de Recurso: **1174/2006**

Nº de Resolución: **295/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Mayo de dos mil diez.

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 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Fuengirola, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Doña Rosina Montes Agustí, en nombre y representación de Doña Enriqueta ; siendo parte recurrida el Procurador Don Roberto Sastre Moyano, en nombre y representación de "COHEN INVESTMENTS ESPAÑA S.L."

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** El Procurador D. Juan José Pérez Berenguer, en nombre y representación de "COHEN INVESTMENTS ESPAÑA, S.L.", interpuso demanda de juicio ordinario contra Doña Enriqueta y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare que la demandada ha incumplido el contrato de fecha 7 de diciembre de 2001 y se condene a la propietaria, a otorgar escritura pública de compraventa respecto de la vivienda NUM000 de la URBANIZACIÓN000 , CALLE000 , de Mijas, así como al pago de todos los gastos y costas causadas.

2.- El Procurador D. Matías García Bermúdez, en nombre y representación de Doña Enriqueta , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda imponiéndole a la actora las costas del presente procedimiento.

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Fuengirola, dictó sentencia con fecha 7 de junio de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando la demanda promovida por la compañía mercantil COHEN INVESTMENST ESPAÑA S.L. representada por el Procurador Don Juan José Pérez Berenguer, contra Dª Enriqueta representada por el Procurador Matías García Bermúdez, debo declarar que dicha demandada ha incumplido el contrato de fecha 7 de diciembre de 2001, condenando a dicha demandada a que otorgue escritura pública de compraventa respecto de la vivienda NUM000 de la URBANIZACIÓN000 , CALLE000 , de Mijas, en las condiciones estipuladas en dicho contrato, conforme se especifica en el último párrafo del fundamento de derecho tercero de esta resolución, con imposición de las costas a la demandada.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimando el recurso estudiado contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Fuengirola, de fecha 7 de junio de 2005 ,*



en los autos de juicio ordinario nº 194/04 , de que dimana el presente rollo, debemos confirmar dicha resolución, condenando a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

TERCERO .- 1 .- El Procurador D. Ignacio Sánchez Díaz, en nombre y representación de Doña Enriqueta , interpuso recurso de casación y por infracción procesal contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO .-** Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 217 , relativos a la carga de la prueba. **SEGUNDO .-** Infracción procesal conforme al artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del art. 218.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de exhaustividad y motivación de la sentencia. **TERCERO .-** Infracción procesal conforme al artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del art. 218.2º , en relación con el art. 326 y 319 . **CUARTO .-** Infracción procesal conforme al artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del art. 218.2º , en relación con el art. 316 en su párrafo primero . **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de normas aplicables se alega la infracción de los artículos 1281.1º, 1282 y 1286 del Código civil. **SEGUNDO .-** Infracción del artículo 1255 del Código civil. **TERCERO .-** Infracción del artículo 1256 del Código civil. **CUARTO .-** Infracción del artículo 1091 y 1258 del Código civil. **QUINTO .-** Infracción del artículo 7, párrafo primero , y doctrina jurisprudencial, conocida como doctrina de los actos propios.

2 .- Por Auto de fecha 14 de octubre de 2010 , se acordó admitir los recursos de casación y por infracción procesal y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Roberto Sastre Moyano, en nombre y representación de COHEN INVESTMENTS, S.L., presentó escrito de impugnación al mismo.

4 .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de abril del 2010, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El hecho básico del que debe partirse es la perfección del precontrato de opción de compra de 7 de diciembre de 2001, precontrato unilateral por el que una parte -en el presente caso, la demandada en la instancia y recurrente Sra. Enriqueta , concedente de la opción viene obligada a poner en vigor el contrato y la otra -COHEN INVESTMENTS ESPAÑA, S.L., demandante en la instancia y parte recurrida- tiene derecho a exigírselo. Precontrato regulado no específicamente en el Código civil, tratado con mucha reiteración por la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias, como más recientes, de 21 de noviembre de 2000, 5 de junio de 2003, 3 de abril de 2006, 23 de abril de 2010 . El objeto era una finca, vivienda unifamiliar, con precio del mismo y precio de la compraventa pactada. El plazo para el ejercicio de la opción, esencial en todo caso y núcleo de la presente *litis* es, literalmente (estipulación tercera):

"La duración del derecho de opción será por el período comprendido entre el día de la fecha de este contrato y el 31 de diciembre de 2002...La optante deberá avisar con al menos noventa días de antelación a la cedente, de la fecha y notaría en que desea proceder a dicho otorgamiento, no pudiendo tener lugar éste, en ningún caso, después del 31 de diciembre de 2002".

La cuestión jurídica básica es si la optante ejerció el derecho de opción en el plazo previsto. Este ha sido el objeto de la demanda interpuesta por la sociedad optante en cuyo suplico interesa la condena a la concedente, la demandada, a otorgar la escritura pública de compraventa. Efectivamente, la entidad optante COHEN comunicó por escrito al bufete de abogados, dirección fijada en el precontrato, el ejercicio del derecho de opción: ello, en fecha 22 de mayo de 2002. Lo que fue notificado a la concedente, que contestó de conformidad el 25 del mismo mes y año. A partir de este momento, se suceden una serie de comunicaciones, dilaciones y desencuentros que llevan a que dicha concedente, Sra. Enriqueta , en un momento dado, alegue que el derecho de opción ha caducado y que sólo celebraría el contrato de compraventa si se aumentaba el precio, lo que no fue aceptado por la sociedad optante.

Tanto la sentencia de primera instancia del Juzgado de Primera Instancia número siete de Fuengirola, de 7 de junio de 2005 , como la de la Audiencia Provincial, Sección 4ª, de Málaga, de 27 de febrero de 2006 , han estimado la demanda, íntegramente. La demandada ha interpuesto sendos recursos, por infracción procesal y de casación.

SEGUNDO .- Analizando en primer lugar el recurso por infracción procesal, aparece claramente su fracaso que lleva a la desestimación del mismo, con condena en costas.



El primer motivo, formulado al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 217 de la misma Ley, por vulneración de la doctrina de la carga de la prueba, porque confunde esta doctrina con la valoración de la misma. En el desarrollo del motivo parte de "... los efectos que han de derivarse de la falta de acreditación del ofrecimiento de pago a mi mandante por parte del actor". No es así. En el precontrato de opción de compra de 7 de diciembre de 2001, en el primer párrafo del encabezamiento, se hace constar como "domicilio a efectos de notificaciones" el de un bufete de abogados y a este domicilio se remitió el 22 de mayo de 2002 la declaración de voluntad de ejercicio del derecho de opción de compra. Lo que fue conocido y constatado en comunicación procedente de este bufete con alusión al conocimiento por parte de la señora Enriqueta de fecha 23, es decir, al día siguiente. No hay, pues, problema de falta de prueba que podría dar lugar a la doctrina de la carga de la prueba, sino prueba plena. Una observación, a la vista de lo que se dice en el desarrollo de este motivo, aunque no es un tema de infracción procesal, sino de aplicación del derecho sustantivo: el pago del precio es de la compraventa (la opción ya tuvo un precio inicial), así como la entrega de la cosa, ambos se hacen en el momento de la celebración del contrato de compraventa, consumación del precontrato de opción, no cuando se ejercita ésta; en la comunicación de ejercicio de la opción se expresa que se indique la fecha "para el otorgamiento de la escritura", lo que significa que en aquel momento se pagará el precio y se entregará el inmueble.

El motivo segundo, igualmente formulado como los restantes, conforme el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega violación del art. 218 apartado 2º de la misma Ley, por falta de exhaustividad y motivación de la sentencia recurrida. Aquí confunde la motivación, como vicio de la sentencia sancionado incluso constitucionalmente por el artículo 120.3 de la Constitución Española, con la disconformidad con el resultado de la misma, lo que no es otra cosa que la cuestión de fondo. Tal como dice la sentencia de 8 de julio de 2002:

"También se tacha de incongruente la sentencia al reputarla carente de motivación, por inexistencia de fundamentación jurídica, al no citar ninguna norma del Ordenamiento Jurídico. Lo que el artículo 120-3 de la Constitución exige es que las sentencias han de ser siempre motivadas y tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional, suficientemente conocidas, han declarado que se cumple dicho mandato si se lleva a cabo explicación adecuada, dentro de la lógica jurídica y razonar pertinente, de la "ratio decidendi" que determina el fallo, por lo que se da suficiente motivación cuando la decisión judicial viene precedida y apoyada en razones que permiten conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentaron".

Lo que ha sido reiterado por las sentencias de 5 de noviembre de 2004, 3 de febrero de 2005, 27 de septiembre de 2006. En el presente caso, la sentencia objeto de este recurso está sobradamente motivada tanto por sí mismo, al tratar directamente de la cuestión esencial del cumplimiento del plazo, como por la remisión a la de primera instancia ("... cuya fundamentación clara y explícita la Sala comparte, hace suya y da por reproducida...") lo cual implica también motivación adecuada y así lo han explicitado las sentencias 25 de noviembre de 2002, 22 de junio de 2004, 16 de noviembre de 2006.

El motivo tercero alega violación del artículo 218, apartado segundo, en relación con el 326 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no aparece infracción de ninguna de estas normas, ya que en el desarrollo de motivo no se hace sino darles una valoración de la que carece. Tanto las sentencias de instancia (de primera y de segunda) como esta Sala, ha entendido que se ejercitó el derecho de opción el 22 de mayo del 2002 (documento nº de 3 de la demanda) y todas las comunicaciones posteriores no fueron más que disquisiciones sobre fecha y notaría del contrato de compraventa que estaba prevista en el precontrato de opción, opción que se había ejercitado dentro del plazo pactado.

El motivo cuarto simplemente de refiere a la valoración de la prueba, lo cual está proscrito en este recurso. Se alega la infracción del artículo 218, apartado segundo, en relación con el 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero lo que se pretende es la revisión de la prueba. Tal como dice la sentencia de 15 de junio de 2009:

"El artículo 469 de aquella ley enumera como numerus clausus los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número cuatro de dicho artículo; pero nunca, como se pretende en este motivo, puede llevarse a este recurso el valorar de nuevo la prueba".

Lo que ha sido reiterado por las sentencias de 2 de julio de 2009, 30 de septiembre de 2009, 14 de octubre de 2009, 6 de mayo de 2010. En consecuencia, no cabe, como se pretende en este motivo, volver a valorar una prueba practicada en la instancia.

TERCERO .- El recurso de casación está articulado en cinco motivos e igualmente debe ser desestimado, porque el fondo del asunto, único, es si ejercitó la sociedad optante, demandante en la instancia y parte recurrida en casación, el derecho de opción en el plazo pactado en el precontrato de 7 de diciembre de 2001.



Tanto las sentencias de instancia como esta Sala dan respuesta afirmativa y entienden que debe ser estimada la demanda.

Los dos primeros motivos de recurso se refieren a la interpretación del precontrato de opción. El primero, por infracción de los artículos 1281 párrafo primero, 1282 y 1286 (los dos primeros, contradictorios entre sí) y el segundo, del artículo 1255, todos del Código civil y ambos con la argumentación de que el precontrato previó un plazo para el ejercicio del derecho de opción, en cuyo momento "... deberá pagar el precio total" (estipulación tercera) por lo que, interpretando el precontrato (motivo primero) y en aras del principio de autonomía de la voluntad (motivo segundo) debió ejercer la opción pagando el precio. No es así, tanto conforme a lo pactado, como de acuerdo con el concepto del derecho de opción.

Conforme a lo pactado, se establece en dicha estipulación tercera, que dispone que el plazo o duración del derecho de opción termina el 31 de diciembre de el 2002, lo siguiente:

*"A dicha fecha, o en cualquier momento anterior a la misma, la optante podrá ejercitar su derecho de opción, para lo que deberá pagar el precio total de 50 millones de pesetas, incluyendo el mobiliario, del que se deducirá la parte del importe de la prima de la opción que haya sido abonada hasta ese momento. **Dicho pago se efectuará contra el otorgamiento**, en Notaría de Mijas o Fuengirola a designar por la optante, de la correspondiente escritura pública de compraventa por la que se transmitirá el inmueble y el mobiliario, libre de cargas y arrendatarios, como cuerpo cierto, y se entregará la posesión de los mismos, al corriente en el pago de impuestos municipales, cuotas de comunidad de propietarios y demás gastos inherentes a la finca. La optante, deberá avisar con al menos noventa días de antelación a la cedente, de la fecha y Notaría en que desea proceder a dicho otorgamiento, no pudiendo tener lugar éste, en ningún caso, después de 31 de diciembre de 2002. La optante queda facultada para que la escritura de compraventa se otorgue a favor de la persona o entidad que libremente designe."*

Por tanto, no hay duda que el pago del precio "se efectuará contra el otorgamiento... de la correspondiente escritura pública de compraventa...", no antes. Conforme al propio concepto de la opción de compra, cuando se ejercita ésta -perfección del precontrato- se celebra más tarde la compraventa -consumación del precontrato- y es en este momento cuando se paga el precio y se transmite la cosa. Esto, en pura teoría y en el presente caso, en la práctica, se ha previsto así expresamente.

Los motivos tercero y cuarto insisten en lo mismo desde otros puntos de vista. Infracción, alegan, de los artículos del Código civil: 1256, sobre la *necessitas*, esencia de la obligación (motivo tercero), 1091 sobre la *lex contractus*, y 1258 sobre el cumplimiento del contrato (motivo cuarto). Todos ellos preceptos genéricos que no sirven para fundamentar un motivo de casación, ya que no permiten apreciar donde se halla la infracción concreta, como dice la sentencia de 2 de julio de 2009, que cita numerosas sentencias anteriores y es reiterada por posteriores, como las de 2 de noviembre de 2009, 5 de noviembre de 2009, 22 de enero de 2010. Lo dicho anteriormente se puede repetir aquí: tanto por el concepto de opción de compra, como por lo previsto expresamente, el precio no debía abonarse cuando se ejercitó la opción, sino cuando se otorgara la escritura de compraventa.

El quinto y último de los motivos del recursos de casación alega, como infracción, al artículo 7, párrafo primero, del Código civil y la doctrina de los actos propios. Sobre ésta, procede recordar la síntesis que hace la sentencia de 2 de octubre de 2007 en estos términos:

"El principio del derecho que prohíbe ir contra los actos propios encuentra apoyo legal en el artículo 7.1 del Código civil y está actualmente sancionado en el artículo 111-8 de la Ley Primera del Código civil de Cataluña. La jurisprudencia sobre este principio es muy abundante. Como resumen, se deben citar los requisitos que se han venido exigiendo para que pueda aplicarse este principio general, que son: a) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; b) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; c) que el acto sea concluyente e indubitado, por ser "expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto" (sentencias de 21 de febrero de 1997; 16 febrero 1998; 9 mayo 2000; 21 mayo 2001; 22 octubre 2002 y 13 marzo 2003, entre muchas otras). Significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente e induce por ello a otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real (STS de 21 abril 2006)."

Lo que se reitera en sentencia 31 de octubre 2007 y 19 de febrero de 2010. Nada de ello se da en el presente caso. El documento a que se hace referencia en el desarrollo del motivo es un "acta de reunión", de 20 de diciembre de 2002 en que se propone una transacción y se hacen unas concretas preguntas por la optante, sociedad demandante, que fueron rechazadas y aquella reunión no llevó a eficacia alguna. Fueron, una vez más aquéllas disquisiciones y desencuentros que a nada condujeron y que no invalidaron el ejercicio de la opción, que fue el objeto de la demanda, estimada en ambas instancias y confirmada por esta Sala, conforme



dispone el artículo 487 .2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con la condena en costas que imponen el artículo 398 .1 en su remisión al artículo 394 .1 de la misma ley .

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 INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION formulado por la representación procesal de Doña Enriqueta contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada, en fecha 27 de febrero de 2006 , QUE SE CONFIRMA.

Segundo: Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

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 .- **Juan Antonio Xiol Ríos.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- 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.