



Roj: **STS 1354/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1354**

Id Cendoj: **28079110012014100158**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2014**

Nº de Recurso: **332/2012**

Nº de Resolución: **105/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AL 1439/2011,**
STS 1354/2014

SENTENCIA

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

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 3ª de la Audiencia Provincial de Almería como consecuencia de autos de juicio de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente el procurador D. Aníbal Bordillo Huidobro, en nombre y representación de Priagent Constructor, S.L.; siendo parte recurrida la procuradora D.ª Josefina Ruiz Ferrán, en nombre y representación de D. Alvaro y D.ª Virginia .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** La Procuradora Dª Mercedes Martín García, en nombre y representación de PRIAGENT CONSTRUCTOR, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Alvaro y D.ª Virginia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia *por la que estimando la demanda, se declare: A) A mi representado desistido del contrato de opción suscrito con los demandados, procediendo los mismos a la devolución de lo percibido en concepto de prima de opción, más los intereses legales. B) Que subsidiariamente, se declare la imposibilidad de cumplimiento del mismo por existir un gravamen sobrevenido que determina la pérdida considerable del derecho de opción adquirido, conllevando esto el derecho a resarcimiento de daños y perjuicios al demandante.*

2.- La Procuradora Dª María Dolores Fuentes Mullor, en nombre y representación de D. Alvaro y D.ª Virginia , 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 desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mis representados, con expresa condena en costas a la parte actora.*

3 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Almería dictó sentencia en fecha 15 de junio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que con estimación de la demanda formulada por PRIAGENT CONSTRUCTORES, SA. frente a Don Alvaro y Doña Virginia , debo: 1.- Declarar resuelto el contrato de fecha 1 de diciembre de 2005 suscrito entre las partes, con la obligación de la parte demandada de devolver lo percibido en concepto de prima, que asciende a 1.202.000 €, con el interés legal de la expresada cantidad desde la fecha de emplazamiento, incrementado en dos puntos a partir de la fecha de ésta resolución, hasta su completo abono. 2.- Las costas procesales se imponen a la parte demandada. Contra esta resolución cabe recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de ALMERÍA (artículo 455 L.E.C .). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DIAS hábiles contados desde*



el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 L.E.C .).

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Alvaro y D.^a Virginia , la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación deducido por la representación de la parte demandada contra la sentencia dictada con fecha 15 de junio de 2010 , por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de 1^a Instancia n^o 4 de Almería , en los autos n^o 1.220/08, sobre DESISTIMIENTO DE CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA Y RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, de los que deriva el presente Rollo n^o 148/11, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la expresada resolución, y en su lugar, debemos desestimar y desestimamos la demanda origen de esta litis, absolviendo a los demandados de los pedimentos frente a ellos dirigidos, procediendo imponer las costas de primera instancia a la parte demandante y no haciendo especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.*

TERCERO .- 1.- La Procuradora D^a Mercedes Martín García, en nombre y representación de PRIAGENT CONSTRUCTOR, S.L., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Por infracción de lo preceptuado en el artículo 1091 del Código civil . **SEGUNDO** .- Infracción por la Audiencia del artículo 1205 del Código civil . **TERCERO** .- Infracción del artículo 1156 del Código civil . **CUARTO** .- Se ha infringido por la Sala el primer párrafo del artículo 1124 del Código civil . **QUINTO** .- Se ha infringido por la Sala el artículo 1256 del Código civil . **SEXTO** .- Se ha infringido lo establecido en el artículo 1278 del Código civil en relación con el 1261 del mismo cuerpo legal .

2.- Por Auto de fecha 9 de octubre de 2012, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3 .- Evacuado el traslado conferido, la procuradora D^a Josefina Ruiz Ferrán, en nombre y representación de D. Alvaro y D.^a Virginia , presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de febrero de 2014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Toda la cuestión jurídica que se plantea en el proceso y ahora en el presente recurso de casación es si procede el desistimiento por incumplimiento de la parte concedente de la opción que implica la devolución por éste del precio o prima, o bien no se ha ejercitado la opción en cuyo caso, la optante pierde la prima, conforme a la cláusula tercera del precontrato de opción de 1 de diciembre de 2005, celebrado ante notario, en escritura pública. La primera posición es la que mantiene en la demanda la optante PRIAGENT CONSTRUCTOR, S.L. La segunda es la que mantienen los propietarios de la finca objeto de dicho precontrato concedentes de la opción don Alvaro y su esposa, casados en régimen de gananciales, D^a Virginia .

El precontrato de opción de compra es una verdadera relación jurídica obligacional en la que el optante tiene el derecho (no el deber a diferencia de la promesa de venta del artículo 1451 del Código civil) de adquirir la cosa por compraventa en el plazo fijado y el concedente de la opción, propietario de la cosa tiene el deber (ningún derecho) de transmitirla con la perfección del contrato de compraventa. Lo anterior adolece de precisiones, que no alteran los conceptos básicos: la primera es que puede, no es esencial, mediar un precio o prima por la mera opción; la segunda, que cabe una cláusula penal consistente en perder la prima si no se ejercita la opción. Pero la esencia siempre es la misma: *implica la concesión por una parte a la otra de la facultad exclusiva de decidir la celebración o no del contrato principal de compraventa*: así lo expresa la sentencia de 21 noviembre 2000 , reiterada por las de 5 junio 2003 y 3 abril 2006 , 12 mayo 2009 , 6 abril 2011 , 25 noviembre 2011 ; la tercera: el precontrato, como se ha dicho, tiene naturaleza obligacional y permite su inscripción en el Registro de la Propiedad adquiriendo el carácter de derecho real, al igual que el contrato de hipoteca, al ser inscrito pasa a ser derecho real o se inscribe el contrato de compraventa que da lugar a la propiedad.

Este es el caso de autos, el precontrato se celebra, como se ha dicho, el 1 de diciembre de 2005 y el plazo de ejercicio es el 1 de diciembre 2009. Se paga un precio por la opción (1.202.000 ?) y se pacta el de la compraventa, si se ejercita aquélla (6.765.040 ?). La cláusula penal es que si la sociedad optante no ejercita su derecho de opción, pierde la cantidad o prima que ha sido entregada al otorgar la mencionada escritura. Derecho de opción que se inscribe en el Registro de la Propiedad.

El problema se planteó cuando, una vez inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho de opción, se practicó anotación preventiva de demanda en virtud de una demanda en la que se ejercitaba una acción declarativa de



dominio; ello ocurriría antes de vencer el plazo para el ejercicio de la opción. Este proceso terminó por auto en el que la juez, en fecha 15 junio 2009 homologó el acuerdo transaccional de 20 mayo 2009 entre los demandantes de aquella demanda declarativa de dominio y los propietarios concedentes de la opción.

La sociedad optante PRIAGENT CONSTRUCTOR, S.L., presentó demanda, en 2008, interesando que se le tuviera por desistido del precontrato de opción, con la devolución de lo percibido al otorgarse o subsidiariamente se declare la imposibilidad de cumplimiento del mismo, por existencia del gravamen (la anotación preventiva).

La Audiencia Provincial, Sección 3ª, de Almería, en su sentencia de 9 diciembre 2011, revocando la dictada en primera instancia, desestimó la demanda y destacó que la obligación de la parte concedente, demandada en la instancia, era, *en caso de ejercicio de la opción, poner a disposición de la optante la finca objeto del contrato libre de cargas y gravámenes*. Y la anotación preventiva de la mencionada demanda era posterior a la inscripción del derecho de opción y asimismo, antes de vencer el plazo para el ejercicio del derecho de opción (1 de diciembre de 2009) se había cancelado la anotación preventiva (5 de noviembre de 2009). Por lo cual, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial:

En consecuencia, a la fecha de vencimiento del plazo para el ejercicio del derecho de opción de compra, no había discusión alguna sobre la propiedad de la finca objeto de dicha opción, no había problema alguno en cuanto a la realización del ejercicio de ese derecho, ante la subrogación efectuada por aquellos demandantes, ni siquiera existía ya la referida anotación preventiva de demanda, pese a no constituir ésta, como señalan los demandados, un verdadero gravamen. Por ello, la decisión de la actora de desistir del ejercicio del referido derecho, según el contrato suscrito, ha sido una decisión claramente unilateral, no provocada por ningún incumplimiento de los demandados, los cuales, como hemos visto, con anterioridad al 1 de diciembre de 2009 han solventado los posibles problemas sobre la propiedad de la finca para que la optante pudiera ejercitar su derecho, y si ésta no lo ha hecho ha sido por libre y unilateral decisión, como hemos dicho, de modo que ningún dinero han de devolverle los demandados.

La sociedad demandante, la optante, ha formulado el presente recurso de casación, en seis motivos fundados, esencialmente, en el principio del cumplimiento del contrato.

SEGUNDO .- El primero de los motivos del recurso de casación se fundamenta en la infracción del artículo 1091 del Código civil. Se ha repetido por la jurisprudencia que no cabe fundar un motivo de casación en un precepto genérico, como tal artículo que proclama el principio de *lex contractus*: así, en este sentido y refiriéndose a esta norma se han pronunciado las sentencias de 22 enero 2010, 3 noviembre 2010, 2 diciembre 2011, 31 octubre 2012, 19 abril 2013.

A lo largo del desarrollo del motivo se ha insistido en que la anotación preventiva de demanda era una carga o gravamen que iba contra lo pactado en el precontrato que imponía que la finca objeto de la opción se transmitiera, de ejercitarse ésta, libre de cargas y gravámenes.

El motivo se desestima por varias razones. En primer lugar, no es una carga o gravamen, sino el aseguramiento de una posible sentencia futura, es un instrumento de publicidad registral a fin de evitar que una situación (así, el proceso que ha iniciado la demanda) transitoria quede inoperante por el juego de la fe pública registral. En segundo lugar, la anotación preventiva tuvo acceso el Registro de la Propiedad cuando ya estaba inscrito el derecho de opción, de forma que al ejercitarse éste, desaparecía aquélla quedando cancelada y gozando el optante de la protección registral (artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria). En tercer lugar, cuando llegó la fecha del ejercicio de la opción, aquella anotación estaba cancelada. En cuarto lugar, no tiene sentido que la presente demanda se formulara un año antes del vencimiento del plazo de la opción.

TERCERO .- Los motivos segundo y tercero se examinan conjuntamente y se desestiman porque ambos se refieren a la transacción sobre la propiedad de la finca objeto de la opción. Se alega una novación (artículo 1205 del Código civil) y la extinción por novación (artículo 1156) por considerar que ésta se produjo sin el consentimiento de la parte optante y ahora recurrente.

No hay tal novación, ni hubo asunción de deuda ni se extinguieron las obligaciones. La transacción se refirió a la finca, se modificó su titularidad, pero el derecho real (no obligacional) sobre la finca queda incólume. La opción, como derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad recae sobre la finca y si ésta cambia o modifica su titularidad en nada afecta a la opción que se ejercitará sin problema por la protección registral y su principio de fe pública registral.

CUARTO .- El motivo cuarto es repetición del primero. Se alega la infracción del artículo 1124 del Código civil por incumplimiento de las obligaciones de los concedentes de la opción. Y este incumplimiento lo centra en la anotación preventiva que no la ordenó sino un juez en ejercicio de sus funciones y también en el acuerdo transaccional que en nada afecta al optante y su derecho de opción protegido por el Registro de la Propiedad.



QUINTO .- El artículo 1256 del Código civil es la infracción alegada en el motivo quinto del recurso y es una norma que proclama el principio de la *necessitas*, esencia de la obligación. Además de tratarse de un precepto genérico que no es apto para sustentar un motivo de casación, como dicen las sentencias de 20 octubre 2011 , 31 octubre 2012 , 19 abril 2013 , 11 julio 2013 , en este proceso, nadie ha discutido tal principio, sino todo lo contrario. La sentencia recurrida se ha ajustado enteramente a la normativa y a los principios del derecho de obligaciones, a la vista del precontrato otorgado ante notario.

En ningún extremo del desarrollo de este motivo aparece, ni por asomo, una concreta infracción de esta norma, por lo que el motivo se desestima.

SEXTO .- El motivo sexto, al alegar la infracción del artículo 1278 en relación con el 1261 del Código civil vuelve a insistir en que la anotación preventiva de demanda y la transacción, alterando la titularidad dominical de la finca, infringe estas normas, lo cual es incierto, porque el derecho de opción no se ha alterado y recae sobre la finca, sea quien fuere el titular de la misma. Si hubiera esta parte recurrente, optante, esperado el vencimiento del plazo, nadie le hubiera impedido el ejercicio de la opción, la consumación de la compraventa sin que sea trascendente el hecho de que las personas que hubiera redactado el contrato de compraventa y recibido el precio fueran unas u otras.

Por tanto, este motivo se desestima, al igual que los anteriores, por lo que debe declararse no haber lugar al recurso de casación, con la imposición de costas que ordena el artículo 398.1 en su remisión a 394.1 ambos 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 AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de PRIAGENT CONSTRUCTOR, S.L., contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería, en fecha 9 de diciembre de 2011 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena al pago de las costas a la parte recurrente.

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.-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.