

Roj: **STS 502/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:502**Id Cendoj: **28079110012016100058**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/02/2016**Nº de Recurso: **1697/2013**Nº de Resolución: **40/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 412/2011 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Almería, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1598/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de la misma ciudad, cuyo recurso fue interpuesto por el procurador don Luis Pozas Osset, en nombre y representación de la sociedad Gata Capital, S.L.; siendo parte recurrida la procuradora doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere, en nombre y representación de la entidad Valle de Brea, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El procurador don José Soler Turmo, en nombre y representación de Gata Capital, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, contra Valle de Brea, S.L., D. Alfredo y D. Argimiro y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... SE CONDENE a: VALLE DE BREA, S.L., a abonar a mi mandante la cantidad de UN MILLÓN CIENTO OCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (1.108.939,81 €) en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados, más los intereses y costas del presente procedimiento derivados de su reclamación. DON Alfredo a abonar a mi mandante la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS OCHO EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS (242.808,04 €), más los intereses y costas del presente procedimiento derivados de su reclamación. DON Argimiro a abonar a mi mandante la cantidad de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 €) en concepto de indemnización por incumplimiento contractual, más los intereses y costas del presente procedimiento derivados de su reclamación."

SEGUNDO .- La procuradora doña Mª del Mar Bretones Alcaraz, en nombre y representación de Valle de Brea, S.L., don Alfredo y don Argimiro, 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 y se absuelva a mis patrocinados de la misma, con expresa imposición de costas a los actores".

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Almería, dictó sentencia con fecha 2 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "...ESTIMAR parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. José Soler Turmo, en nombre y representación de GATA CAPITAL, S.L, ABSOLVIENDO a VALLE DE BREA S.L de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de las costas a la parte actora; CONDENANDO a D. Alfredo a que abone a la actora la cantidad de doscientos cuarenta y dos mil ochocientos ocho euros con cuatro céntimos (248.808, 04 €), más los intereses legales desde la fecha de la presentación de la demanda, todo ello con imposición de las costas derivadas de su reclamación, y; CONDENANDO A D. Argimiro a que abone a la actora la cantidad de mil quinientos euros (1500 €), más



los intereses legales desde la fecha de la presentación de la demanda, todo ello con imposición de las costas derivadas de su reclamación".

CUARTO .- Interpuestos recursos de apelación por las representaciones procesales de Gata Capital, S.L., VALLE DE BREA, S.L., don Alfredo y D. Argimiro , la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia con fecha 8 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "... Que, DESESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la mercantil GATA CAPITAL SL, representada por el Procurador don José Soler Turmo y el recurso de apelación interpuesto por don Argimiro representado por la Procuradora doña del Mar Bretones Alcaraz, contra la sentencia dictada el fecha 2 de junio de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Almería y ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por don Alfredo , representado por la Procuradora doña del Mar Bretones Alcaraz, contra la referida sentencia, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la expresada resolución; ACORDANDO: la ABSOLUCIÓN DE DON Alfredo de los pedimentos efectuados en su contra en el punto n° "2.-" del petitum de la demanda, con condena en costas de la primera instancia a la actora también de esta reclamación. (Manteniendo el resto de pronunciamientos del fallo de la Sentencia de primera instancia no afectados por la absolució acordada por esta Sala)".

QUINTO .- **1.**- El procurador don José Soler Turmo, en nombre y representación de GATA CAPITAL, S.L., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:- PRIMERO.- Infracción del artículo 7, apartados 1 y 2 del Código Civil y la doctrina jurisprudencia sobre la culpa "*in contrahendo*", en cuanto a la exigencia de buena fe, recogida entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 527/1999, de 14 junio (RJ 1999, 4105) y núm. 403/2009, de 15 junio (RJ 2009, 3394) y jurisprudencia posterior concordante, en relación a la infracción del artículo 1902 CC y la doctrina jurisprudencia sobre la culpa "*in contrahendo*", recogida entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 16 mayo 1988 y 14 junio 1999 y jurisprudencia posterior concordante. SEGUNDO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate por infracción de la reiterada y uniforme Doctrina Jurisprudencial de ese Alto Tribunal de la doctrina jurisprudencia sobre el contrato de mediación (STS 6.10.90 , 26.12.91 , y 22.12.92 , 19.10.3) en relación con la naturaleza jurídica del precontrato de opción y la Doctrina Jurisprudencial de ese Alto Tribunal que la conforma Sentencia del Tribunal Supremo núm. 878/2011, de 25 de noviembre .

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de junio de 2014 acordaron admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

SÉPTIMO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere, en nombre y representación de la entidad Valle de Brea, S.L. y de don Alfredo , presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto de contrario.

OCTAVO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de octubre del 2015, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- **1.** El presente caso plantea dos cuestiones de fondo. La primera atiende a la posible responsabilidad precontractual (también denominada "*culpa in contrahendo*"), en el curso de una serie concatenada de tres contratos de derecho de opción de cesión de solar por obra futura, con sus respectivos plazos de vencimiento. La segunda, relativa al alcance de la gestión encomendada al mediador y su derecho a la retribución pactada.

2. En síntesis, el presente recurso trae causa de una demanda de reclamación de cantidad interpuesta por la sociedad "Gata Capital, S.L." contra la mercantil "Valle de Brea, S.L.", don Alfredo y su hermano don Argimiro . En dicha demanda solicita la condena de la sociedad demandada al pago de 1.108.983,81 euros, en ejercicio de una acción de responsabilidad precontractual por los daños y perjuicios causados por la frustración de la cesión proyectada.

La parte demandante, y cesionaria, sostiene la existencia de mala fe por parte de la cedente en el curso de las negociaciones realizadas, por lo que debe indemnizar el valor de las inversiones que con tal fin comercial realizó la demandante. Junto a esta indemnización también reclama el pago de otras cantidades.



Así, solicita la condena de don Alfredo al pago de 242.808,04 euros por enriquecimiento injustificado, pues la frustración de la cesión proyectada impide que cobre su comisión como mediador. Respecto a don Argimiro solicita la condena al pago de 1.500 euros por incumplimiento contractual en relación a la entrega de una maqueta de la futura edificación proyectada.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda contra la sociedad "Valle de Brea, S.L.", no obstante, estima la demanda frente a los dos administradores, don Alfredo y don Argimiro .

La sentencia de segunda instancia confirma la sentencia recurrida en orden a la desestimación de la demanda interpuesta frente a la sociedad citada. Considera, en resumen, que no cabe apreciar deslealtad ni actuación contraria a las reglas de la buena fe contractual en el ámbito de la cesión frustrada. A su vez, confirma la condena a don Argimiro .

En relación a don Alfredo estima el recurso de apelación, acordando su absolución. Considera que tiene derecho a la retribución acordada por haber realizado todas las funciones mediadoras a las que se comprometió.

3. En relación a los antecedentes del presente caso, deben destacarse los siguientes hechos y valoraciones.

A) Con relación al plano de valoración de la culpa precontractual, ambas instancias coinciden en la inexistencia de mala fe o dolo en la conducta de la parte cedente; de forma que su actuación no estuvo dirigida a la frustración de la cesión proyectada. En este sentido, señalan la complejidad del propio curso negocial que llevó a la conclusión de tres contratos consecutivos de cesión, con sus respectivos plazos de vencimiento para el ejercicio del derecho de opción contemplado. En este contexto, la Audiencia destaca que la parte cedente no actuó de mala fe, particularmente respecto a la pretendida ocultación del acta de manifestaciones de 30 de noviembre de 2005, por la que se señalaba que quedaba extinguido el contrato de cesión por transcurso del plazo de la opción. Entre otras razones, porque dicha acta fue comunicada a la cesionaria por don Alfredo que, no obstante, siguió negociando con la cedente. Prueba de ello es el anticipo, de 13 de febrero de 2006, que entrega la demandante a la cedente consciente de la eventualidad del contrato referido, pues se hace constar en el recibo que en caso de que las partes no decidiesen finalmente celebrar dicho contrato, el cedente se obliga a la devolución de la cantidad entregada como anticipo del futuro contrato.

B) Con relación a la cuestión del derecho del mediador a su retribución, debe tenerse en cuenta la previsión contractual dispuesta por las partes en el curso de la negociación.

i) Escritura pública de cesión de suelo por obra futura, de 23 de diciembre de 2004.

"CLÁUSULAS

PRIMERA.- Don Agapito y Doña Elvira conceden a GATA CAPITAL S.L. que acepta, un derecho de opción de cesión de solar por obra futura sobre la finca descrita en el exponendo I.

SEGUNDA.- El plazo para el ejercicio de la presente Opción expira el día 25 de Abril de 2.005. Dentro del mencionado plazo la optante podrá requerir a los concedentes, para que, compareciendo ante el notario señalado posteriormente, otorguen la correspondiente escritura de cesión de solar a favor de aquella.

[...]

DECIMOCUARTA.- La presente operación de cesión de solar, devengará a favor de Don Alfredo , mayor de edad, casado, de profesión Abogado, una comisión por sus servicios de mediación, por importe de DOSCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS (Son 240.404 €), a cargo de GATA CAPITAL S.L., y deberá ser abonada de la siguiente forma: 40.404 € a la firma del presente documento; y el resto, es decir, 200.000 €, en el acto de la firma de la Escritura pública de Cesión".

ii) Contrato privado de opción de cesión de solar por edificación futura de 21 de abril de 2005.

"CLÁUSULAS

PRIMERA.- Don Agapito y Doña Elvira conceden a GATA CAPITAL S.L. que acepta, un derecho de opción de cesión de solar por obra futura sobre la finca descrita en el exponendo I.

SEGUNDA.- El plazo para el ejercicio de la presente Opción expira el día 27 de Junio de 2.005. Dentro del mencionado plazo la optante podrá requerir a los concedentes para que compareciendo ante el notario señalado posteriormente, otorguen la correspondiente escritura de cesión de solar a favor de aquella.

[...]

DECIMOCUARTA.- La presente operación de cesión de solar, devengará a favor de Don Alfredo , mayor de edad, casado, de profesión Abogado una comisión por sus servicios de mediación, por importe de DOSCIENTOS



CUARENTA MIL CUATROCIENTAS CUATRO EUROS (Son 204.404 €), a cargo de GATA CAPITAL S.L., y deberá ser abonada de la siguiente forma: 40.404 €, los cuales han sido abonados con anterioridad a la firma del presente documento; y el resto, es decir, 200.000 €, en el acto de la fuma de la Escritura pública de Cesión".

iii) Contrato privado de opción de cesión de solar por edificación futura, de 14 de julio de 2005.

"CLÁUSULAS

PRIMERA.- VALLE DE BREA S.L. concede a GATA CAPITAL Si. que acepta, un derecho de opción de cesión de solar por obra futura sobre la finca descrita en el exponendo I.

SEGUNDA.- El plazo para el ejercicio de la presente Opción expira el día 30 de Noviembre de 2.005. Dentro del mencionado plazo la optante podrá requerir a la concedente, para que, compareciendo ante el notario señalado posteriormente, otorgue la correspondiente escritura de cesión de solar a favor de aquella.

[...]

DECIMOTERCERA.- La presente operación de cesión de solar, devengará a favor de Don Alfredo , mayor de edad, casado, de profesión Abogado, una comisión por sus servicios de mediación, por importe de DOSCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS (Son 240.404 €), a cargo de GATA CAPITAL S.L., de los cuales 40.404 €, han sido abonados con anterioridad a la firma del presente documento; y el resto, es decir, 200.000 €, son abonados en este acto".

Recurso de casación.

Contrato de opción de cesión de suelo por edificación de obra futura. Responsabilidad precontractual por la ruptura injustificada de las negociaciones. Derecho del mediador a la retribución. Naturaleza y alcance de la gestión encomendada. Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. La parte demandante, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

En el motivo primero , denuncia la infracción del art. 7.1 y 2 Código Civil y 1902 del mismo Cuerpo legal . La parte recurrente mantiene la existencia de mala fe por parte de la sociedad demandada en las negociaciones previas al contrato de cesión para edificación futura, por lo que ante la inobservancia de los deberes de lealtad y buena fe debe indemnizar a la sociedad demandante por las inversiones realizadas por ésta en el curso de los tratos preliminares.

En el motivo segundo , denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el contrato de mediación, con cita de las sentencias de esta Sala de 6 de octubre de 1990 , 26 de marzo de 1991 , 3 de marzo y 22 de diciembre de 1992 y 19 de octubre de 1993 . Sostiene la parte recurrente que no habiéndose formalizado el referido contrato de cesión para edificación futura, procede la devolución de la comisión anticipada al mediador.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, procede la desestimación del motivo primero. En cambio, el motivo segundo del recurso debe ser estimando.

2. Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones .

En el motivo primero, la parte recurrente lo que en realidad cuestiona es la valoración de la prueba realizada por la sentencia de la Audiencia, especialmente respecto del error consistente en la no apreciación de la mala fe de la cedente en orden a generar una confianza legítima en la cesionaria sobre la continuidad del negocio inmobiliario proyectado. Dicho cuestionamiento de la base fáctica, como reiteradamente ha señalado esta Sala, resulta improcedente en el marco del recurso de casación. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

Por otra parte, también conviene señalar que la valoración que realiza la sentencia recurrida, sobre los elementos conceptuales que delimitan la responsabilidad precontractual, resulta correcta y acertada.

En efecto, en la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones, aparte de a la producción del daño y a su relación de causalidad, hay que atender, correlativamente, a la necesaria creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato proyectado y al carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones.

En el presente caso, a diferencia de los supuestos más usuales, en donde el negocio proyectado se asienta en la razonable confianza derivada de los propios tratos preliminares, el negocio proyectado de cesión de solar por edificación futura se articula sobre una previa relación jurídica ya conformada, esto es, el derecho de opción a favor del cesionario. De forma que la creación de la razonable confianza acerca de la conclusión del negocio proyectado queda objetivada en el ámbito potestativo de actuación del optante. Por lo que el transcurso del plazo previsto para el ejercicio de la opción, sin la correspondiente ejecución por parte del optante, comporta



no sólo la caducidad del derecho de opción, sino también, la extinción de la relación negocial proyectada y, por extensión, del proceso de negociación entablado al respecto. Sin que otra consideración, en sentido contrario, pueda establecerse por el solo hecho de haberse negociado, consecutivamente, varios contratos de opción; todos ellos inejecutados por el optante de acuerdo con las condiciones pactadas para su ejercicio.

Conclusión que en el presente caso resulta reforzada a tenor del documento de 13 de febrero de 2006, consistente en un recibo en donde la cedente demandada hace constar que dicho pago se realiza como anticipo de la futura celebración del contrato de opción de cesión solar por edificación futura de finca urbana. De modo que, de no celebrarse dicho contrato, la cedente se compromete a devolver dicha cantidad en el plazo de dos meses. Tal y como así se hizo.

No habiéndose creado una razonable confianza en la conclusión del contrato, tras la extinción de la relación negocial por inejecución del derecho de opción, resulta innecesario entrar en la valoración del presupuesto correlativo atinente al carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones.

3. Derecho del mediador a la retribución. Naturaleza o alcance de la gestión encomendada.

En relación a la estimación del segundo motivo del recurso de casación hay que señalar que la doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, SSTS de 8 de marzo de 2013 (num. 105/2013) y de 20 de mayo de 2015 (num. 287/2015), ha precisado que respecto a la calificación de la denominada "perfección del encargo" y, en su caso, al "éxito de la mediación" debe atenderse principalmente al propósito negocial buscado por las partes como criterio preferente de la interpretación contractual, y de forma complementaria a los usos y costumbres que resulten de aplicación. En este sentido, y aunque originariamente el contrato de obra, que caracteriza a las obligaciones de resultado, no haya formado parte de la referencia histórica que acompañó a la caracterización del contrato de mediación como contrato atípico, no obstante, su incidencia resulta clara en aquellos supuestos de mediación en donde la actividad del mediador se orienta a la consecución de la finalidad adquisitiva querida por el oferente.

En el presente caso, como acertadamente valora la sentencia de primera instancia, del curso negocial llevado a cabo por las partes se desprende que el alcance de la gestión encomendada al mediador, como presupuesto de su derecho a recibir la retribución pactada, quedó configurado en orden a la obtención de un resultado, esto es, la conclusión del negocio proyectado de cesión del solar por edificación futura, y no como una mera actuación de medios consistente en la facilitación de un marco negocial que posibilitara, a su vez, la finalidad adquisitiva querida por el oferente. Obsérvese, como se ha señalado, que el curso negocial que de forma concatenada se lleva a efecto entre las partes se realiza desde su inicio contando con el derecho de opción del cesionario plenamente configurado, de ahí que el alcance de la mediación establecida al respecto se concretase, precisamente, en la ejecución o realización de dicha opción como resultado de la mediación contemplada por las partes. Resultado que no llegó a producirse pese a la condición del mediador de administrador de la sociedad cesionaria, y las consecutivas prórrogas otorgadas para la ejecución del derecho de opción.

TERCERO.- Estimación en parte del recurso de casación y costas.

1. La estimación del motivo segundo del recurso comporta la estimación en parte del recurso de casación.
2. Por aplicación del artículo 398. 2 en relación con el artículo 394 LEC , no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.
3. Por aplicación del artículo 398. 2 en relación con el artículo 394 LEC , no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y apelante.
4. Por aplicación del artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC , procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación de don Alfredo , parte codemandada y apelante.

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

FALLAMOS

1. Haber lugar a la estimación en parte del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la sociedad "Gata Capital, S.L.", contra la sentencia dictada, con fecha 8 de febrero de 2013, por la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1ª , en el rollo de apelación nº 412/2011 , que casamos y anulamos en parte con arreglo al siguiente pronunciamiento:

1.1. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la sociedad "Gata Capital, S.L.", sin expresa condena en costas de dicho recurso.



1.2. Desestimar el recurso de apelación de don Alfredo , parte codemandada y apelante, condenándolo a que abone a la demandante la cantidad de 248.808,04 euros, más los intereses legales desde la fecha de la presentación de la demanda; con expresa imposición de costas del recurso de apelación interpuesto.

1.3. Confirmar el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.

2. No ha lugar a hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

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, **Francisco Javier Orduña Moreno**, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Alfredo , 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO