

Roj: **STS 611/2015 - ECLI:ES:TS:2015:611**Id Cendoj: **28079110012015100090**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/02/2015**Nº de Recurso: **531/2013**Nº de Resolución: **91/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 22871/2012,**  
**STS 611/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Febrero de dos mil quince.

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 Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alcobendas, cuyo recurso fue interpuesto por el procurador D. Victorio Venturini Medina en nombre y representación de la entidad mercantil "Danosa Gestión Inmobiliaria, S.L."; siendo parte recurrida el procurador D. Jaime García-Pelayo Barbadillo en nombre y representación de la entidad mercantil "Thecam Ingenier, S.L.".

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- **1.-** La procuradora Dª Araceli Gómez Elvira Suárez, en nombre y representación de "Thecam Ingenier, S.L." interpuso demanda de juicio ordinario contra "Danosa Gestión Inmobiliaria, S.L." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia *que contenga los siguientes pronunciamientos*: a) *Se declare resuelto el contrato de 16 de julio de 2007, suscrito entre la actora y la demandada, condenando a esta a la devolución de las cantidades percibidas hasta la fecha por importe de 1.475.482,19 euros más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda.* b) *Con carácter subsidiario para el caso de que no se estime la anterior petición, se declare vigente el contrato de 16 de julio de 2007, con obligación de otorgar escritura de compraventa en los términos pactados en el mismo y en sus addendas, en el plazo de 30 días desde la fecha de firmeza de la misma, condenando a la demandada a segregar de la parcela P3, la parte de finca afectada por la servidumbre de tubería, limitándose la compraventa en lo que se refiere a esta parcela, a la finca resto, con disminución proporcional del precio de la compraventa en función de los metros segregados excluidos de la compraventa y con obligación de indemnizar a la actora en los daños que se concretan en el coste de la modificación del proyecto presentado y aprobado por el Ayuntamiento en su día, (honorarios profesionales y tasas municipales). Con carácter alternativo a la anterior petición y a elección de la demandada, se declare vigente el contrato, en los términos pactados, pero con moderación judicial del precio de la compraventa, en lo referente a los metros cuadrados de parcela afectados por la servidumbre y por la pérdida de edificación y también en este caso con obligación de indemnizar a mi mandante, en los daños que se concretan en el coste de la modificación del proyecto presentado y aprobado por el Ayuntamiento (honorarios profesionales y tasas municipales).* d) *Al pago de las costas procesales en cualquiera de los supuestos.* Posteriormente, renunció a las peticiones de los apartados b) y c) sosteniendo únicamente se declare resuelto el contrato.



2.- El procurador D. José Manuel Segovia Galán, en nombre y representación de "Danosa Gestión Inmobiliaria, S.L.", 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 se *desestime íntegramente la demanda interpuesta de adverso, con expresa imposición de las costas a la parte actora*. Y formulando demanda reconventional alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando se dictara sentencia por la que *con estimación de la demanda reconventional, se tenga por resuelto el contrato de opción de compra por incumplimiento de "Thecam Ingenier, S.L." declarándose el derecho de mi representada de hacer suyas la totalidad de las cantidades percibidas hasta la fecha, más los intereses legales, con expresa imposición de las costas a la demandante-reconvenida*.

3.- La procuradora D<sup>a</sup> Araceli Gómez Elvira Suárez, en nombre y representación de "Thecam Ingenier, S.L." contestó a la demanda reconventional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *desestimando íntegramente la misma, con imposición de las costas causadas*.

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alcobendas, dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por THECAM INGENIER S.L. contra DANOSA GESTION INMOBILIARIA S.L. representada por el Procurador de los Tribunales D. JOSE MANUEL SEGOVIA GALAN y estimando parcialmente la demanda reconventional interpuesta por DANOSA GESTION INMOBILIARIA S.L. representada por el Procurador de los Tribunales D. JOSE MANUEL SEGOVIA GALAN contra THECAM INGENIER S.L. declaro resuelto el contrato de opción de compra de 16 de julio de 2.007, debiendo permanecer en poder de DANOSA GESTION INMOBILIARIA S.L. la cantidad de: 1.436.230,80 euros (UN MILLON CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA EUROS CON OCHENTA CENTIMOS DE EURO) Y condenando a DANOSA GESTION INMOBILIARIA S.L. a pagar a la actora 39.251,39 euros TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN EURO CON TREINTA Y NUEVE CENTIMOS DE EURO, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, e incrementados en dos puntos desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago, sin condena en costas a ninguna de las partes dada la estimación parcial de ambas demandas.

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de "Thecam Ingenier, S.L." la Sección 8<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de noviembre de 2012 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Que debemos ESTIMAR el recurso interpuesto por la representación procesal de la entidad THECAM INGENIER S.L., contra la sentencia do fecha 26 de marzo de 2010, recaída en los autos de Juicio Ordinario n.º 525/2009, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4, de Alcobendas, Madrid, revocando parcialmente la misma, dictando otra en su lugar por la que condena a DANOSA GESTIÓN INMOBILIARIA S.L. a pagar 1.436.230,80 ? (UN MILLON CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA EUROS CON OCHENTA CENTIMOS DE EURO), a THECAM INGENIER S.L., más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda e incrementados en dos puntos desde la fecha de la resolución de Instancia. Cada parte abonará las costas causadas (en primera Instancia) a su Instancia y las comunes por mitad. No se hace condena en costas en la segunda instancia.

**TERCERO** .- 1 .- El procurador D. Victorio Venturini Medina en nombre y representación de la entidad mercantil "Danosa Gestión Inmobiliaria, S.L." interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVO POR INFRACCION PROCESAL: UNICO** .- Vulneración de derechos fundamentales en el artículo 24 de la constitución Española, artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: vulneración del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **MOTIVO DE CASACION: PRIMERO** .- Infracción del artículo 1124 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo. **SEGUNDO** .- Infracción de los artículos 1265 y 1269 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo.

2.- Por Auto de fecha 5 de noviembre de 2013, se acordó ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y EL DE CASACION 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. Jaime García-Pelayo Barbadillo en nombre y representación de la entidad mercantil "Thecam Ingenier, S.L." 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 10 de febrero de 2015, en que tuvo lugar.

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



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- 1.- Los hechos que son básicos para resolver el presente asunto, hoy ante esta Sala en virtud de sendos recursos por infracción procesal y de casación, parten del precontrato de opción de compra de 16 julio 2007, por el que la parte concedente, propietaria de dos fincas registrales, DANOSA GESTIÓN INMOBILIARIA S.L. otorga opción de compra sobre estas fincas a THECAM INGENIER S.L., como optante, sociedad dedicada a la promoción y alquiler de naves industriales y que el fin de ello era la construcción de dos naves con el propósito ya comprometido de arrendarlas a una empresa determinada.

En este precontrato en documento privado se concreta el objeto: las dos fincas, "libres de cargas, gravámenes y servidumbres" y el precio, que se desglosa en la primera o precio de la opción, cuyo total, que comprende el IVA, es de 478.743,60 ? que no tiene la consideración de pago a cuenta del precio de la compraventa, y el precio de ésta, con el IVA, asciende a 4.287.255,60 ?.

El plazo de ejercicio de la opción es de 180 días a contar de la fecha de este precontrato.

La sociedad optante, THECAM, ejerció la opción en el plazo previsto, habiendo abonado el precio o prima de la misma. La escritura del contrato de compraventa, fruto del ejercicio de la opción, debía otorgarse, de inmediato, pero la sociedad optante propone nueva fecha. En ésta, las partes acuerdan una *addenda* al precontrato, el 15 febrero 2008, en la que fijan un nuevo plazo para el otorgamiento de la escritura de compraventa y pago del precio, el 31 marzo 2008, y la optante entrega, como parte del mismo, la cantidad de 478.743,60 ? previéndose expresamente que si no llega a otorgarse la escritura, "DANOSA hará suyo dicho importe" . Cuando llega el plazo las partes suscriben una nueva *addenda* señalando nueva fecha, 24 abril 2008 para el otorgamiento de la escritura de compraventa y la optante entrega 478.743,60 ? a cuenta del precio, que, igualmente, si no llega a otorgarse la escritura, "DANOSA hará suyo dicho importe" . De nuevo, al llegar tal fecha, suscriben una tercera *addenda*, amplían el plazo de otorgamiento de la escritura al 30 abril 2008 y la optante abona 39.251 ,39 ? en concepto de intereses, sin que nada se prevea como cláusula penal.

Concedida en el entretanto licencia urbanística para la realización de la obra, las naves, al proceder al replanteo del terreno, se encuentra la empresa actora con que la parcela P3 está atravesada por una tubería de la Mancomunidad de Aguas del Sorbe, sobre la que no se puede ejecutar edificaciones de ninguna clase sin contar con la aprobación de la Mancomunidad de la citada tubería, según informes del Ayuntamiento.

La Mancomunidad emite un informe el 10 febrero 2003 sobre dicha servidumbre de acueducto por razón de la tubería en el que dice literalmente:

*"El régimen jurídico previsto de la servidumbre es el previsto en el artículo 560 del Código civil y 46 y siguientes de la Ley de Aguas , en relación con el artículo 29 y siguientes del Reglamento de Dominio Público Hidráulico , aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 14 abril, lo que supone, sucintamente expuesto, que sobre la franja afectada por la servidumbre no pueden realizarse construcciones o actividades que impidan la reparación y limpieas necesarias, así como el derecho de paso para servicio del acueducto" .*

Con fecha de 30 abril 2008, la parte actora en la Notaría, otorga acta de manifestaciones haciendo constar: *"dado que resulta imposible la construcción de las dos naves proyectadas por el motivo citado y a pesar de que THECAM INGENIER había pactado la formalización de la escritura... decide no procede a la formalización de la misma por la confirmación de la existencia de vicio oculto que hace inviable la construcción de las naves citadas" .*

Ante ello, DANOSA, manifiesta por burofax a THECAM que deja sin efecto el precontrato y hace suyas las sumas percibidas.

**2.-** La entidad optante THECAM INGENIER S.L. formuló demanda interesando que se declarara la resolución del precontrato por inhabilidad del objeto y se condenara a la demandada, concedente de la opción, a que le devolviera las cantidades que había percibido.

La demandada, concedente de la opción, DANOSA, se opuso a la demanda y formuló reconvenición, interesando igualmente la resolución del precontrato de opción por incumplimiento de la optante, por no comparecer en las fechas fijadas y aplazadas y pagar el precio pactado para consumir la compraventa; en consecuencia pretende asimismo hacer suyas las cantidades que ha percibido de la optante.

**3.-** La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Sección 8ª, de Madrid, de 30 noviembre 2012 , revocó la dictada en primera instancia y estimó la demanda principal, esencialmente, y condenó a DANOSA a devolver a THECAM la casi totalidad de las cantidades percibidas. Destaca que toda la cuestión que se plantea en el recurso de apelación no es la resolución del contrato en la que ambas partes están de acuerdo, sino en la decisión de que haga suya la vendedora demandada, la cantidad entregada por la actora de 1.436.230,80 ?, cantidad que cada parte reclama para sí, la actora THECAM por haber silenciado la demandada la existencia



de la servidumbre de conducción de aguas por las tuberías pertenecientes a la Mancomunidad de Aguas del Sorbe, que atraviesan parte de la finca, y la demandada DANOSA, porque manifiesta que desconocía la existencia de la servidumbre, por no estar inscrita la misma.

La sentencia advierte que en el Registro de la Propiedad figuran las fincas libres de cargas y gravámenes y declara probado que la optante THECAM no tuvo conocimiento de su existencia hasta que al allanar el terreno comprobaron la realidad de las tuberías y que la concedente DANOSA sí conocía esta situación. En el contrato, tanto en el primer expositivo como en la primera estipulación, consta expresamente que las fincas se hallan *libres de cargas, gravámenes y servidumbres*.

**SEGUNDO** .- 1.- El *recurso por infracción procesal* que ha interpuesto la parte demandante en la instancia y demandada reconvencional DANOSA GESTIÓN INMOBILIARIA S.L. se formula amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española y del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo se refiere concretamente a la valoración probatoria y, al ser conocedora de que no cabe revisión de la prueba entre los motivos de este recurso, salvo el caso de error patente al amparo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, alega éste como base del motivo.

Lo hace en dos submotivos, que es preciso analizar por separado. Ambas inciden no tanto sobre quien sufre las consecuencias de la falta de prueba, es decir, la carga de la prueba, sino la no probanza de extremos que coloca en dos submotivos, que la sentencia recurrida sí da por probados.

2.- El primer submotivo se plantea por arbitraria o ilógica valoración de la prueba en relación con el supuesto intencionado propósito de ocultar la existencia de la servidumbre por parte de esta recurrente.

Este primer submotivo se rechaza por dos razones. La primera, porque no se trata de "intencionado propósito" sino que se declara probado en la sentencia recurrida que por la actual recurrente "era conocida" la existencia de la tubería, evidente por las pruebas que expresa tal sentencia, lo cual no ha sido desvirtuado en modo alguno, ni siquiera cabe su revisión y, desde luego, no hay error patente en una alegación de ser una finca distinta, tema que ni siquiera se ha planteado la instancia.

3.- El segundo submotivo tampoco plantea error patente, sino que expone que es arbitraria o ilógica valoración de la prueba en relación con la esencialidad y gravedad inhabilitante del supuesto incumplimiento.

También este motivo se rechaza por dos razones. La primera, porque, en todo caso, aparece la constancia de que en el contrato se venden las fincas, una y otra, "libres de cargas, gravámenes y servidumbres" por lo que es intrascendente en derecho, a la vista del artículo 1091 del Código civil, *lex contractus*, la esencialidad o gravedad de la carga o servidumbre. Segundo, porque la existencia de la tubería, como dice el informe de la Mancomunidad, de 10 febrero 2003 es una servidumbre y sobre la franja afectada "no pueden realizarse construcciones..." por lo cual la esencialidad respecto a la persona que quiere edificar naves industriales, es *iura ipsa loquitur*.

4.- Se rechazan por ello los dos submotivos de ese recurso por infracción procesal, pues no sólo es inviable la valoración de la prueba en la instancia ( sentencias de 23 julio 2010 , 6 mayo 2011 , 9 febrero 2012 , 7 mayo 2013 ) -que realmente es lo único que pretende- sino también no se ha acreditado error patente alguno, en el sentido reiterado por la jurisprudencia de que es preciso que sea notorio, grave y perceptible en un concreto extremo bien determinado ( sentencias de 8 marzo 2013 , 16 marzo 2013 , 18 noviembre 2014 ). No aparece, pues, infracción del artículo 24 de la Constitución Española. Ni tampoco, del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues no hay problema de falta de prueba, que es cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba, sino que la sentencia recurrida declara probados los datos que conducen a la estimación de la demanda principal.

Por lo cual, procede declarar no haber lugar al recurso, con la imperativa condenan costas que establecen los artículos 398.1 en su remisión al 394. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**TERCERO** .- 1.- El *recurso de casación*, como se ha apuntado anteriormente, contiene dos motivos y ambos se refieren al mismo tema, la inhabilidad del objeto del contrato de 16 julio 2007 que ha dado lugar a la resolución del mismo por incumplimiento de la concedente, vendedora de tal objeto, que le obliga a devolver las cantidades percibidas de la optante, compradora.

La resolución de este contrato ha sido pedida por ambas partes en sus respectivas demandas, principal y reconvencional, teniendo en cuenta que se ejercitó el mismo y al llegar a su ejecución la sociedad optante advierte la inidoneidad de objeto por razón del fin -construcción de naves industriales- y se niega a la consumación -precio y escritura- de la compraventa.

La resolución pedida por ambas partes y acordada por las sentencias de instancia, es del propio precontrato de opción, por el que una de las partes (DANOSA) atribuye a la otra (THECAM) el derecho a poner en vigor





un determinado contrato (el de compraventa). Es una primera fase del *iter contractus*, en el que la relación obligacional nace en el mismo y, en el plazo fijado, se pone en vigor el contrato preparado (así, sentencia de 19 octubre 2012). De aquí que si lo pactado se incumple (por inhabilidad del objeto en el presente caso) debe dejarse sin efecto la consumación del contrato preparado (compraventa) y resolver el precontrato de opción.

2.- El primero de los motivos de este recurso se fundamenta en el artículo 1124 del Código civil por razón de que falta el presupuesto básico de incumplimiento de la obligación que le corresponde a esta parte, como concedente de la opción. Lo justifica porque para que el incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial y en el presente caso, la sentencia recurrida no lo ha declarado.

No es así. La sentencia de instancia ha declarado la esencialidad, tanto en general, como aplicándola al caso concreto, tanto en sentido físico, como en el sentido jurídico de estar previsto en el contrato que las fincas están libres de cargas, gravámenes y servidumbres; tanto por lo que expresa, como por su remisión al informe de la Mancomunidad que es contundente. Y, como se ha dicho al tratar del segundo motivo del recurso por infracción procesal, *iura ipsa loquitur*; realmente, aquí se repite lo alegado y resuelto en aquel motivo.

No se infringe, por tanto, el artículo 1124 del Código civil sino que se aplica plenamente y el motivo se desestima.

3.- El segundo motivo del recurso se funda en la infracción de los artículos 1265 y 1269 del Código civil.

Este motivo no tiene sentido. El primero de estos artículos enumera los vicios de la voluntad que dan lugar a la anulabilidad del contrato y el 1269 las concreta en el **dolo**. Nada de ello ha sido objeto del proceso ni, por tanto, de las sentencias de instancia. Ni se ha pretendido por alguna de las partes la anulabilidad por **dolo**, ni las sentencias la han declarado, sino, de conformidad con las partes, han declarado la resolución. Lo contrario hubiera constituido incongruencia *extra petita*.

Por lo cual, el motivo se desestima.

4.- Rechazándose los motivos, procede declarar no haber lugar al recurso con la condena en costas conforme los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

## FALLAMOS

1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION interpuesto por la representación procesal de "Danosa Gestión Inmobiliaria, S.L." contra la sentencia dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 30 de noviembre de 2012, que SE CONFIRMA.

2.- Imponer a la expresada recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

3.- Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.- 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.