



Roj: **STS 3382/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3382**

Id Cendoj: **28079110012017100504**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/10/2017**

Nº de Recurso: **1102/2015**

Nº de Resolución: **536/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 1885/2014,**
STS 3382/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de octubre de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Inmuebles Belfasa S.L., representada por el procurador D. Manuel de Benito Oteo, bajo la dirección letrada de D. Manuel Garrido Mora, contra Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias S.A. y el interpuesto por ésta última, representada por la procuradora D.ª M.ª Aurora López Villaboa Mandr  y bajo la dirección letrada de D. Jaime Garrido Mata contra la mercantil Inmuebles Belfasa S.L., ambos contra la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2014 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 616/2012 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 883/2007 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Málaga sobre incumplimiento contractual.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La mercantil Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias S.L, (en adelante Prosavi) interpuso demanda de juicio ordinario contra Inmuebles Belfasa S.L., S.U. (en adelante Belfasa) en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«...estimando íntegramente la demanda:

»1.º- Con carácter principal

»- Declare el incumplimiento contractual de Belfasa, por no haber otorgado el poder de gestión, seguimiento e impulso urbanístico (cláusula décima).

»- Declare que la resolución contractual practicada por Belfasa no es ajustada a Derecho, y por lo tanto, el contrato de autos sigue vigente.

»- Condene a Belfasa al cumplimiento del contrato, debiendo otorgar poder de gestión, seguimiento e impulso urbanístico, entregárselo a mi mandante, y dejando un tiempo prudencial entre dicho otorgamiento y la escritura pública de compraventa (según se hubiera dado la situación de haber cumplido Belfasa su obligación de otorgar el poder en el momento en que se le requirió para ello), y condenándola a escriturar a favor de mi mandante según las condiciones contractuales pactadas, sustituyendo este Ilustre Juzgado la voluntad de la demandada si se negare a ello.

»- Todo ello con expresa condena en costas.



»2.º- Con carácter subsidiario

»- Declare el incumplimiento contractual de Belfasa, por no haber otorgado el poder de gestión, seguimiento e impulso urbanístico.

»- Declare que la resolución contractual practicada por Belfasa no es ajustada a Derecho.

»- Declare resolución del contrato por incumplimiento previo de Belfasa.

»- En consecuencia, condene a Belfasa a pagar (devolver) a mi mandante un millón ciento sesenta mil euros (1.160.000 Euros), con intereses legales desde el envío del burofax de fecha 13 de febrero de 2007 (Doc. 15) en adelante o, subsidiariamente, desde cualquier fecha posterior hasta la de presentación de la demanda, ésta inclusive.

»- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

»- Más Subsidiariamente, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil, estimando también esta demanda, modere la penalización retenida por Belfasa y condene a Belfasa, S.L.U. a pagar (devolver) a mi mandante la cantidad retenida que exceda de la oportunamente fijada por este litre. Juzgado tras la moderación, con intereses legales desde el envío del burofax de fecha 13 de febrero de 2007 (Doc. 15) en adelante o, subsidiariamente, desde cualquier fecha posterior hasta la de presentación de la demanda, ésta inclusive.

»- Todo ello con expresa condena es costas procesales en virtud del principio de vencimiento objetivo atenuado.

2.- La demanda fue presentada el 6 de junio de 2007 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Málaga y fue registrada con el n.º 883/2007. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Belfasa, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«...dicte sentencia por la que se declare la libre absolución de mi representada, desestimando la demanda en todos sus pedimentos, y con expresa condena en costas a la parte actora».

4.- En dicho escrito, Belfasa, formula, *ad cautelam*, reconvencción frente a Prosavi, en la que solicita se dicte sentencia en la que acuerde:

«1.- Declarar el incumplimiento contractual de Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias S.A.

»2.- Condenar a Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias S.A. al cumplimiento del contrato privado de compraventa de 3 de noviembre de 2006, y -por ende- a comparecer al otorgamiento de escritura pública de compraventa y a abonar la parte del precio aplazado a tal momento.

»3.- Condenar a Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias S.L. al pago de las costas de la presente reconvencción».

5.- Prosavi se opuso a la reconvencción mediante escrito en el que solicitaba «se dicte sentencia estimando íntegramente la demanda reconvenccional, con expresa condena en costas a la misma».

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Málaga dictó sentencia n.º 179/2011 de fecha 15 de junio, con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente la demanda de juicio ordinario interpuesta por la procurador doña Rosa María Roperro Rojas, en nombre y representación de la entidad mercantil Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias S.L., bajo la dirección letrada de don Jaime Garrido Mata y don Javier Prieto Conca, frente a la entidad mercantil Inmuebles Belfasa S.A. representada por el procurador don Luis Javier Olmedo Jiménez, bajo la dirección letrada de doña María José Mora Benavente, debo declarar y declaro la resolución del contrato de compraventa celebrado entre ambas mercantiles a fecha de 3 de noviembre de 2003; debo condenar y condeno a Balfasa a devolver a favor de Prosavi la cantidad de ochocientos sesenta mil euros (860.000 euros), más el interés legal devengado de esta cantidad desde la fecha de interposición de la demanda; interés que deberá incrementarse en dos puntos desde la fecha del dictado de la presente resolución hasta su completo pago; y debo absolver y absuelvo a la mercantil demandada del resto de los pedimentos formulados en su contra; y estimando parcialmente la demanda reconvenccional interpuesta por el procurador don Luis Javier Olmedo Jiménez, en nombre y representación de la entidad mercantil Inmuebles Belfasa S.L. bajo la dirección letrada de doña María José Mora Benavente, frente a la entidad mercantil Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias S.L. representada por la procuradora doña Rosa María Roperro Rojas, bajo la dirección letrada de don Jaime Garrido Mata, debo declarar y declaro el incumplimiento contractual de Prosavi Promociones



y Explotaciones Inmobiliarias S.L.; y debo absolver y absuelvo a la mercantil demandada del resto de los pedimentos formulados en su contra.

»Todo ello sin especial pronunciamiento sobre las costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Prosavi S.L. y Belfasa S.L.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 616/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 15 de septiembre de 2014 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS:

»1.º Desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre de Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias S.L. contra la sentencia de fecha 15 de junio de 2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Málaga , no ha lugar a la revocación de la misma en ninguno de los puntos interesados por la apelante, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

»2.º Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Inmuebles Belfasa S.L. revocamos la sentencia referida en el único sentido de que se condena a Belfasa a devolver setecientos mil euros (700.000 ?) en lugar de los ochocientos sesenta mil euros (860.000 ?) que se imponen en la sentencia, más el interés legal devengado de esta cantidad desde la fecha de interposición de la demanda, que deberá incrementarse en dos puntos desde la fecha de dictado de la resolución recurrida hasta su completo pago, acordándose la devolución del depósito prestado para recurrir en apelación.

»3.º Las costas del recurso de Prosavi se imponen a la recurrente, teniendo por renunciada a Belfasa del cobro; sin imposición de las causadas con el recurso de Belfasa».

3.- Esta sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 10 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es la siguiente:

«Decidimos: Rectificar el error material en la fundamentación jurídica de la sentencia 338/2014 consistente en consignar la renuncia de "Inmuebles Balfasa S.L." a las costas del recurso interpuesto por "Prosavi Promociones Inmobiliarias S.L." y, en consecuencia, dejar sin efecto esa misma mención en el apartado tercero del fallo».

TERCERO .- *Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación*

1.- Las representaciones procesales de Belfasa S.L. y Prosavi S.L., interpusieron, cada una de ellas, recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal de Belfasa fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.2.º de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia; concretamente por infracción del art. 218.1 de la LEC , debido a la falta de congruencia interna en la que incurre la sentencia recurrida en relación con aquello que determina la condena de mi mandante.

»Segundo.- Con igual amparo procesal que el motivo anterior, esto es el art. 469.1.2.º de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia; concretamente por infracción del art. 218.1 de la LEC , debido a la falta de congruencia de la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial objeto de este recurso con aquello que se sometió a su consideración y resolución en el recurso de apelación que ante ella se interpuso contra la sentencia recaída en primera instancia».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Con fundamento en lo establecido en el art. 477.1 de la L.E.Civil , se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 1.281 del Código Civil , en relación con su art. 1.285.

»Segundo.- Con invocación igualmente de lo establecido en el art. 477.1 de la L.E.Civil , se denuncia igualmente la infracción por la sentencia recurrida del art. 1.154 del Código Civil .

»Tercero.- Con fundamento en lo establecido en el art. 477.1 de la L.E.Civil , se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil ».

Los motivos del recurso por infracción procesal de Prosavi S.L. fueron:

«Primer y Segundo motivo: Recurso extraordinario por infracción procesal con fundamento en el artículo 469.1.3 .º y 4.º LEC por vulneración de los artículos 270 , 286 , 426 , 400 y 216 y 218 LEC .

»Tercero.- Recurso extraordinario por infracción procesal con fundamento en el artículo 469.1.2º LEC (Infracción de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos) por vulneración de los artículos 216 y 218 LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 1124 CC .

»Segundo.- Infracción del artículo 1154 CC .

»Tercero.- Infracción de los artículos 1254 , 1255 , 1256 , 1258 , 1281 , 1282 , 1283 , 1284 y 1285 CC ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 15 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Inadmitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Inmuebles Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, contra la sentencia dictada, con fecha 15 de septiembre de 2014 , rectificada por auto de 10 de diciembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 616/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 883/2007 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Málaga, con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida de los depósitos constituidos para dichos recursos.

»2.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Inmuebles Belfasa S.L. contra la citada sentencia con imposición de costas a la parte recurrente por dicho recurso y pérdida del depósito constituido para el mismo.

»3.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Inmuebles Belfasa S.L. contra la citada sentencia».

3.- Se dio traslado a la parte para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 13 de julio de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 27 de septiembre, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - El 3 de noviembre de 2006, Inmuebles Belfasa S.L. (en adelante Belfasa o la vendedora) y Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias S.L. (en adelante Prosavi o la compradora) celebran un contrato de compraventa en documento privado por el que Belfasa vende a Prosavi dos fincas. Las partes valoran la primera en 17.656.246 y la segunda en 10.824.466 euros.

El denominado por las partes «pacto segundo» del contrato, recogía el precio y la forma de pago. De la suma total de 28.580.712 euros del precio Prosavi abonó en el momento de la firma del contrato un millón de euros más el iva correspondiente a esa cantidad (160.000 euros), lo que hacía un total de 1.160.000 euros. En el momento de otorgamiento de la escritura pública, Prosavi debía abonar 13.290.356 euros más el iva correspondiente (4.412.913,02 euros) y el resto del precio se abonaría por Prosavi en el plazo de quince días siguientes a la fecha en que la compradora recibiera una notificación acreditativa de la publicación de la aprobación definitiva del Peri Flex (expediente urbanístico en el que se obtiene la recalificación definitiva de las parcelas de suelo industrial a residencial).

En el denominado por las partes «pacto tercero» se establecía expresamente que:

«**TERCERO.-** ESCRITURA PÚBLICA.

»3.1.- Otorgamiento de la escriturada compraventa.

»Belfasa y Prosavi se obligan a otorgar la escritura de compraventa de las Fincas ("la Escritura") no más tarde del 31 de enero de 2007.



»A tal efecto Prosavi comunicará por escrito a la Vendedora el notario de Barcelona que autorizará la Escritura, y la fecha, hora y lugar de su otorgamiento, con al menos diez (10) días naturales de anticipo entre la fecha de recepción de la notificación y la que sea de otorgamiento de la Escritura.

»3.2.-Eventual otorgamiento de la Escritura durante el año 2006.

»Sin perjuicio de lo anterior Prosavi conoce y acepta que Belfasa se reserve la facultad de exigir que el otorgamiento de la Escritura durante el mes de diciembre de 2006.

»En tal caso, Belfasa deberá notificar a Prosavi tal decisión no más tarde del próximo 30 de noviembre de 2006. Prosavi, recibida la citada notificación de Belfasa, deberá proceder según lo previsto en el Pacto 3.1.

»3:3.- Tradición instrumental

»La transmisión de la propiedad de las Fincas a favor de Prosavi tendrá lugar en unidad de acto al otorgamiento de la Escritura, que tendrá el carácter de la tradición instrumental del art. 1.462 CC .

»3.4.- Otorgamiento de la Escritura a favor de otra sociedad de Grupo Prosavi.

»Belfasa consiente, desde el día de hoy, que la Escritura pueda ser otorgada a favor de otra sociedad de grupo Prosavi -si así lo decidiera Prosavi- entendiéndose por tal cualquier otra sociedad de nacionalidad española en la que D. Juan Pablo sea titular directo o indirecto de más del cincuenta por ciento (50%) de sus acciones o participaciones.

»Prosavi podrá comunicar a la Vendedora la identidad de la sociedad de Grupo Prosavi que finalmente adquirirá la Finca hasta, como máximo, la fecha en la que proceda a la notificación indicada en el Pacto 3.1. anterior.

»3.5.- Consecuencias de la incomparecencia.

»3.5.1.- Si efectuado el requerimiento no compareciera Belfasa, o compareciendo se negare a otorgar la Escritura en los términos pactados, Prosavi podrá optar entre (i) dar por resuelto el Contrato y exigir la devolución del Precio anticipado en el día de hoy o, (ii) compeler judicialmente a la Vendedora para el otorgamiento de la Escritura y, en ambos casos, exigir a Belfasa la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la Compradora.

»3.5.2.- Si por el contrario fuese Prosavi la que no requiriese a Belfasa en tiempo y forma, no compareciera en la fecha propuesta, o compareciendo se negare a otorgar la Escritura en los términos pactados, Belfasa podrá optar entre (1) dar por resuelto el Contrato y retener la suma de un millón de Euros (1.000.000 ?) anticipada por Prosavi, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, o (ii) exigir a Prosavi el otorgamiento de la Escritura y, en este segundo caso, reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que hubiere sufrido».

El denominado por las partes «pacto quinto» establecía la facultad resolutoria de Prosavi si, llegado el 31 de julio de 2008, concurriera alternativamente, que el Ayuntamiento no hubiera notificado la aprobación definitiva del Peri Flex o que el Peri Flex definitivamente aprobado no atribuyese a las fincas un aprovechamiento neto edificable para usos residencial libre, comercial y/o terciario inferior a 11.399,75 metros cuadrados.

El denominado por las partes «pacto décimo» establecía:

«DÉCIMO - GESTIÓN DE LA RECALIFICACIÓN URBANÍSTICA DE LAS FINCAS.

»10.1.- Será de exclusiva responsabilidad de Prosavi la efectiva gestión, seguimiento e impulso de la recalificación urbanística de las Fincas desde la firma del Contrato con el lógico deseo de obtener a edificabilidad para uso dominante residencial más alta posible. A estos efectos, si fuera preciso y así lo requiriese Prosavi, Belfasa conferirá el oportuno poder especial a favor de Prosavi o de la persona o personas que ésta le indique, facultándole para llevar a cabo actuaciones urbanísticas en relación a las Fincas, aun antes de la firma de la Escritura.

»10.2.- Prosavi mantendrá indemne a Belfasa de cualesquiera costes, gastos y/o responsabilidades en que pueda incurrir ésta como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones asumidas en este Pacto o en relación con las mismas».

2.- El 6 de noviembre de 2006, tres días después de la firma del contrato, Prosavi envía un e-mail a Belfasa al que adjunta una propuesta de minuta de poder especial de Belfasa a favor de Prosavi con el fin de que esta última «pueda ocuparse de la gestión de recalificación urbanística de las fincas» (doc. 5 de la demanda).

El 21 de noviembre de 2006, Belfasa envía a Prosavi un burofax (recibido el 23 de noviembre) en el que comunica su intención de otorgar escritura pública dentro del mes de diciembre de 2006, de acuerdo con lo previsto en el apartado segundo del pacto tercero (doc. 6 de la demanda).



El 19 de diciembre de 2006 Belfasa recibe la contestación de Prosavi mediante un burofax (enviado el 15 de diciembre) en el que Prosavi emplaza a Belfasa para otorgar escritura el 30 de enero de 2007, de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del pacto tercero del contrato de 3 de noviembre de 2006. En su escrito, Prosavi «aprovecha» para recordar a Belfasa que está pendiente de recibir el poder especial para la realización de las gestiones urbanísticas.

El mismo día 19 de diciembre de 2006 Belfasa envía un burofax a Prosavi compeliéndole a otorgar la escritura el día 29 de diciembre de 2006 y recordándole las consecuencias de su incomparecencia, de acuerdo con lo previsto en el apartado quinto del pacto tercero del contrato celebrado. En su comunicación, Belfasa expone que no es necesario el otorgamiento del poder solicitado porque, producido el cumplimiento del contrato el día 29 de diciembre Prosavi, como dueña de la finca podría realizar directamente las actuaciones urbanísticas que tuviera por conveniente (doc. 9 de la demanda)

El 29 de diciembre de 2006, ante la incomparecencia de Prosavi, Belfasa otorga acta notarial en la que, tras dejar constancia del incumplimiento de Prosavi, le requiere para que manifieste si está en disposición de otorgar escritura pública y si dispone del medio de pago del precio pactado en la compraventa. Notificada el acta a la representación de Prosavi, manifiesta que sí está en disposición de formalizar la escritura y de pagar el precio (doc. 10 de la demanda).

A su vez, el mismo 29 de diciembre, Prosavi otorga acta notarial en la que manifiesta su voluntad de cumplir el referido contrato y se ratifica en su carta burofax remitida a Belfasa el 15 de diciembre (doc. 11 de la demanda).

El 19 de enero de 2007, Belfasa envía nuevo burofax a Prosavi, comunicando su intención de otorgar escritura pública el 30 de enero de 2007 (doc. 12 de la demanda) y el 29 de enero de 2007 Prosavi envía nuevo burofax a Belfasa exigiendo la concesión del poder de gestión, con expresa reserva de su derecho a resolver el contrato y la devolución de las cantidades entregadas a la firma. En su comunicación, Prosavi alega que la falta de colaboración de Belfasa en el otorgamiento del poder para que Prosavi pudiera efectuar las gestiones en el Ayuntamiento de Málaga le habían impedido conseguir financiación antes del 31 de enero de 2007, pero que continuaba realizando gestiones con varias entidades con el fin de poder otorgar la escritura durante el primer trimestre del año 2007. En el mismo escrito, Prosavi emplaza a Belfasa para que en el plazo de diez días otorgue el poder solicitado, reservándose la facultad de resolución del contrato, con devolución de la cantidad anticipada e indemnización de daños y perjuicios (doc. 13 de la demanda).

El 29 de enero de 2007, Prosavi envía nuevo burofax a Belfasa reiterando la innecesariedad del otorgamiento del poder si se cumple el contrato conforme a lo pactado (doc. 14 de la demanda).

El 30 de enero de 2007, Belfasa y Prosavi comparecen en la notaría, pero Prosavi se niega a otorgar escritura pública alegando que Belfasa había incumplido la obligación de otorgar el poder de gestión.

Belfasa realiza acta de manifestaciones en la que declara que da por definitivamente resuelto el contrato de compraventa y hace suya, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de 1.160.000 euros entregada por Prosavi en el momento de la firma del contrato (doc. 15 de la demanda).

A su vez, Belfasa realiza acta de manifestaciones en la que pone de manifiesto que la falta de otorgamiento del poder le ha impedido realizar actuaciones urbanísticas que impulsaran la recalificación de la finca que hicieran viable la operación (doc. 16 de la demanda).

El 13 de febrero de 2007, Prosavi envía un burofax a Belfasa en el que niega la improcedencia de la resolución del contrato efectuada por Belfasa y manifiesta que, como consecuencia del incumplimiento por parte de Belfasa de su obligación de otorgamiento del poder, no ha podido conocer la situación de las fincas con carácter previo al otorgamiento de la escritura, por lo que solicita la restitución de la suma entregada en el momento de la firma del contrato (doc. 17 de la demanda).

Belfasa contesta mediante burofax enviado el 26 de febrero de 2007 en el que se ratifica en lo manifestado en el acta notarial de 30 de enero en el que dio por resuelto el contrato (doc. 18 de la demanda).

3.- El 6 de junio de 2007, Prosavi demanda a Belfasa y solicita que se dicte sentencia en la que:

«1°. Con carácter principal

»- Declare el incumplimiento contractual de Belfasa, por no haber otorgado el poder de gestión, seguimiento e impulso urbanístico (cláusula décima).

»- Declare que la resolución contractual practicada por Belfasa no es ajustada a Derecho, y por lo tanto, el contrato de autos sigue vigente.



»- Condene a Belfasa al cumplimiento del contrato, debiendo otorgar poder de gestión, seguimiento e impulso urbanístico, entregárselo a mi mandante, y dejando un tiempo prudencial entre dicho otorgamiento y la escritura pública de compraventa (según se hubiera dado la situación de haber cumplido Belfasa su obligación de otorgar el poder en el momento en que se le requirió para ello), y condenándola a escriturar a favor de mi mandante según las condiciones contractuales pactadas, sustituyendo este Ilustre Juzgado la voluntad de la demandada si se negare a ello.

»- Todo ello con expresa condena en costas.

»2º.- Con carácter subsidiario

»- Declare el incumplimiento contractual de Belfasa, por no haber otorgado el poder de gestión, seguimiento e impulso urbanístico.

»- Declare que la resolución contractual practicada por Belfasa no es ajustada a Derecho.

»- Declare resolución del contrato por incumplimiento previo de Belfasa.

»- En consecuencia, condene a Belfasa a pagar (devolver) a mi mandante un millón ciento sesenta mil euros (1.160.000 Euros), con intereses legales desde el envío del burofax de fecha 13 de febrero de 2007 (Doc. 15) en adelante o, subsidiariamente, desde cualquier fecha posterior hasta la de presentación de la demanda, ésta inclusive.

»- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

»- Más Subsidiariamente, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil , estimando también esta demanda, modere la penalización retenida por Belfasa y condene a Belfasa, S.L.U. a pagar (devolver) a mi mandante la cantidad retenida que exceda de la oportunamente fijada por este litre. Juzgado tras la moderación, con intereses legales desde el envío del burofax de fecha 13 de febrero de 2007 (Doc. 15) en adelante o, subsidiariamente, desde cualquier fecha posterior hasta la de presentación de la demanda, ésta inclusive.

»- Todo ello con expresa condena es costas procesales en virtud del principio de vencimiento objetivo atenuado».

Belfasa se opone a la demanda, solicitando su desestimación y la condena en costas a la demandante. Además, interpone demanda reconvenional en la que solicita se dicte sentencia en la que se declare el incumplimiento contractual de Prosavi y que se le condene a cumplir el contrato de compraventa de fecha 3 de noviembre de 2006 y, en consecuencia, al otorgamiento de la escritura pública y a abonar el precio aplazado.

En el acto de la audiencia previa, Prosavi renuncia a la acción principal del contrato, manteniendo la acción subsidiaria.

4. - La sentencia del Juzgado de 15 de junio de 2011 estimó parcialmente la demanda, declaró resuelto el contrato de compraventa celebrado el 3 de noviembre de 2003 y condenó a Belfasa a devolver a Prosavi la cantidad de 860.000 ? más el interés legal devengado de esta cantidad desde la fecha de interposición de la demanda (interés que debía incrementarse en dos puntos desde la fecha de dictado de la resolución hasta su completo pago). Absolvió a la demandada de los demás pedimentos formulados en su contra. Asimismo, el Juzgado estimó parcialmente la demanda reconvenional interpuesta por Belfasa frente a Prosavi y declaró el incumplimiento contractual de Prosavi, absolviendo a la demandada del resto de pedimentos formulados en su contra. Todo ello sin especial pronunciamiento sobre las costas.

La decisión del Juzgado se basa, en síntesis, en el siguiente razonamiento:

1.ª) La acción ejercitada por la compradora, afirma el Juzgado, es la de resolución del contrato del art. 1124 CC . Para que pudiera prosperar sería preciso que el vendedor hubiera incurrido en un incumplimiento de las obligaciones. De toda la prueba practicada se deduce la clara voluntad de la vendedora de cumplir el contrato y la actitud dilatoria de la compradora de cumplir sus obligaciones amparándose en el otorgamiento del poder de gestión, que no se acredita como necesario para impulsar la recalificación de las fincas. En consecuencia, no se puede imputar a la vendedora un incumplimiento de contrato o un cumplimiento defectuoso tendente a amparar la resolución del contrato.

2.ª) La demanda reconvenional de la vendedora se dirige a exigir el cumplimiento del contrato, pero va contra sus propios actos, ya que la vendedora resolvió el contrato extrajudicialmente.

3.ª) Procede resolver el contrato y condenar a la vendedora a restituir la cantidad abonada por la compradora (un millón de euros más el iva correspondiente), si bien, Belfasa puede retener de esa cantidad el importe de 300.000 euros «todo ello en concepto de cláusula penal recogida en el art. 1154 CC y prevista en el caso



examinado en autos. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1983 la aplicación de esta moderación supone un incumplimiento de la obligación parcial o irregular o un retraso culpable, circunstancia que concurren en el presente caso».

Añade a continuación que quedan a favor de la vendedora los 300.000 euros «en concepto de cláusula penal por los daños y perjuicios sufridos tras el incumplimiento de las obligaciones de Prosavi».

5. - Interponen recurso de apelación las dos partes.

A) El recurso interpuesto por Prosavi (compradora, parte actora y reconvenida) pretende la revocación de la sentencia apelada y que se declare que Belfasa incumplió el contrato suscrito el 3 noviembre 2006 por no haber otorgado el poder especial que se contemplaba en el mismo para llevar a cabo la gestión urbanística de las parcelas, lo que le legitimó para oponerse al otorgamiento de escritura pública.

Como «petición principal» solicita que se declare la resolución del contrato por incumplimiento de Belfasa. Subsidiariamente, solicita que se declare resuelto el contrato por concurrencia de la condición resolutoria prevista en el pacto quinto del mismo, al haberse aprobado el denominado Peri Flex (expediente urbanístico en el que se obtiene la recalificación definitiva de las parcelas de suelo industrial a residencial) con posterioridad al 31 de julio de 2008. En cualquiera de ambos supuestos se solicita que se condene a Belfasa a devolver a Prosavi los 300.000 euros, con sus intereses legales que, en aplicación de la cláusula penal y tras ejercitar la facultad judicial de moderación que se reclama en la demanda, se considera en la sentencia que está legitimada para retener la vendedora.

Para el caso de desestimación de ambas pretensiones resolutorias, solicita que se revoque el pronunciamiento sobre costas de la sentencia, imponiendo las de la primera instancia a Belfasa, por haber sido estimada la pretensión subsidiaria de la demanda (ya referida, que se expresaba así: que en, aplicación del art. 1154 CC , se modere la penalización retenida por Belfasa y se le condene a devolver la cantidad retenida que exceda de la oportunamente fijada por el Juzgado tras la moderación, más intereses legales desde el 13 de febrero de 2007 o desde la fecha de presentación de la demanda).

Subsidiariamente, para el caso de desestimación de todas las pretensiones, que no se le condene en las costas de la apelación.

B) Belfasa (la vendedora demandada y reconviniente) interpone recurso y solicita, principalmente, la revocación de la sentencia dictada en primera instancia en lo que se refiere a la estimación parcial de la demanda presentada por Prosavi y que se revoque igualmente la condena al abono de 860.000 €, por no concurrir causa que fundamente la restitución ni la aplicación de la facultad moderadora en la cláusula penal establecida en el contrato.

Subsidiariamente, para el caso que considere procedente la moderación, que la asuma la propia sala, dejando sin efecto la acordada por la sentencia de primera instancia. Advierte que, en todo caso, si se confirmase la procedencia de que Belfasa retenga 300.000 euros, que la condena a la devolución se fije, no en 860.000 euros como hizo el Juzgado, sino en 700.000 euros (puesto que si bien Belfasa recibió de Prosavi 1.160.000 euros, la cantidad de 160.000 corresponde a la cuota de iva y, por tanto no es parte del precio y fue ingresada en su momento por Belfasa en el Tesoro Público al tiempo que Prosavi, por razón del modo de gestión de este tributo lo dedujo en la declaración del correspondiente trimestre).

Por último interesa que se ratifiquen todos los demás pronunciamientos de la sentencia, que no se impongan las costas de la apelación a ninguna de las partes y se condene a Prosavi al abono de las de primera instancia «por razón de la desestimación total de su demanda que la estimación de este recurso comportará».

6.- La Audiencia desestima el recurso interpuesto por Prosavi y estima parcialmente el interpuesto por Belfasa: revoca la sentencia de primera instancia en el único sentido de condenar a Belfasa a devolver 700.000 euros en lugar de los 860.000 euros que impuso la sentencia recurrida (más el interés legal devengado de esa cantidad desde la fecha de interposición de la demanda, incrementada en dos puntos desde la fecha de dictado de la resolución recurrida hasta su completo pago).

La decisión de la Audiencia se basa, en síntesis, en que, tal y como afirmó la sentencia de primera instancia, la vendedora no incurrió en incumplimiento resolutorio que legitimara a la compradora a no elevar a público el contrato otorgado en documento privado y a no cumplirlo.

Por lo que se refiere a la aplicación de la cláusula penal, la Audiencia afirma lo siguiente en su Fundamento de Derecho cuarto:

«Descartado que el incumplimiento de Belfasa pueda reputarse resolutorio o enervatorio del cumplimiento requerido por esta misma entidad, debe ratificarse la resolución extrajudicial que formuló esta misma parte



con fecha de 30 de enero de 2007 y es operativa la cláusula penal establecida en el contrato, según la cual podía retener la suma de 1.000.000 ? en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

»Ha de rechazarse, en este sentido, el recurso de Belfasa, que impugna la sentencia por incongruencia interna, sosteniendo que es contradictorio que se declare que no hubo incumplimiento por su parte y que se modere la penalización establecida contractualmente, porque el presupuesto de la facultad moderadora que defiende Prosavi y viene a acogerse en la sentencia, conforme al art. 1.154 CC , es el cumplimiento parcial por parte de la compradora, que satisfizo un millón de euros a cuenta del precio estipulado y no el incumplimiento de Belfasa, por lo que moderación judicial tiene cobertura en la referida norma.

»Aunque el importe de dicho precio, supeditado finalmente al coeficiente de edificabilidad que obtuviesen las fincas objeto del contrato, era previsible que se situase en torno a los veintiocho millones de euros, lo que podría hacer pensar en una desproporción con los términos en que se fija finalmente la penalización, dado que se considera que Belfasa puede retener 300.000 ?, ha de ratificarse la conclusión de la Magistrada Juez de Instancia, puesto que, si bien el presupuesto del ejercicio de esa facultad es el cumplimiento parcial por Prosavi, en la fijación equitativa del importe pueden tenerse en consideración todas las circunstancias concurrentes en el desenvolvimiento del contrato, y entre ellas el incumplimiento no esencial pero arbitrario de la vendedora.

»No obstante, la penalización se fijaba, como se ha dicho, en un millón de euros y esa es la cantidad que puede considerarse en poder de Belfasa, puesto que la suma de 160.000 ? responde a la cuota del iva sobre la entrega a cuenta del precio, siendo acreedora a la Administración Tributaria, por lo que reconocido el derecho de la vendedora a retener 300.000 ?, la obligación de devolución de Belfasa, tal y como se mantiene en su recurso se ciñe a 700.000 ?, procediendo la revocación de la sentencia en este sentido».

En materia de costas, el fallo de la sentencia declaró que «las costas del recurso de Prosavi se imponen a la recurrente, teniendo por renunciada a Belfasa del cobro y no se imponen las costas causadas por el recurso de Belfasa». Por auto de aclaración la Audiencia declara rectificar el error de la fundamentación de la sentencia consistente en consignar la renuncia de Belfasa a las costas del recurso interpuesto por Prosavi y se deja sin efecto esa mención del fallo.

SEGUNDO.- Ambas partes, Prosavi (compradora) y Belfasa (vendedora), presentan recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

1.- Por auto de esta sala de 10 de mayo de 2017 se inadmiten los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por Prosavi y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Belfasa. Se admite el recurso de casación interpuesto por Belfasa.

2. - El recurso de casación de Belfasa se funda en tres motivos.

A) El primer motivo denuncia infracción del art. 1281 CC en relación con el art. 1285 CC . Cita las sentencias de esta sala de 1 de octubre de 2009 , 29 de enero de 2010 y de 4 de diciembre de 2014 (las dos primeras sobre interpretación contractual y la última sobre moderación de una cláusula penal).

En el desarrollo del motivo argumenta que la cláusula penal incluida en la estipulación 3.5.2 del contrato se dirigía a asegurar la comparecencia de la compradora al otorgamiento de la escritura pública. Sostiene que así resulta de una interpretación literal y sistemática de la cláusula, derivada de su ubicación en las estipulaciones contractuales. Denuncia que la sentencia recurrida ha realizado una interpretación a todas luces ilógica y contraria a derecho al interpretarla en el sentido de considerar que garantizaba el pago de la totalidad del contrato. Entiende que tal interpretación es lesiva para Belfasa, en la medida en que da lugar a la aplicación del art. 1154 CC por el incumplimiento de la compradora, que la sentencia recurrida entiende parcial, cuando dicho incumplimiento debería ser apreciado como total, con la consecuencia de la improcedencia de aplicación de la facultad moderadora.

B) El segundo motivo denuncia infracción del art. 1154 CC . Cita las sentencias de esta sala de 4 de abril de 2011 y de 23 de octubre de 2014 .

En el desarrollo del motivo la parte recurrente argumenta que la cláusula penal incluida en la estipulación 3.5.2 del contrato celebrado tenía, de acuerdo con el art. 1152 CC , una función coercitiva y liquidatoria de los daños y perjuicios que causaría a Belfasa el incumplimiento de la obligación garantizada. Partiendo de esa configuración, y con cita de la sentencia de 3 de diciembre de 2014 , argumenta que cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del art. 1154 CC . Sostiene que puesto que, como quedó acreditado en la instancia, Prosavi no concurrió al otorgamiento de la escritura pública, que era un supuesto que determinaba la aplicación y eficacia de la cláusula penal, la cláusula penal debía aplicarse en los propios términos establecidos



conforme a la libre voluntad negocial de las partes, sin posibilidad de moderación, al concurrir el presupuesto expresamente tenido en cuenta al tiempo de su establecimiento.

C) El tercer motivo denuncia infracción del art. 1255 CC . La parte recurrente advierte la íntima conexión de este motivo con el anterior y en su desarrollo argumenta que las partes, al amparo de su autonomía de la voluntad, pactaron una cláusula penal que vincularon al cumplimiento de la concreta obligación de otorgamiento de la escritura pública de compraventa y las obligaciones que llevaba consigo el pago de la parte del precio devengado al tiempo del cumplimiento y exigibilidad de tal obligación concreta. Entiende que la sentencia recurrida, al vincular la cláusula penal al total del pago del precio y a los daños y perjuicios que causaran el incumplimiento de tal obligación, ha infringido el principio de libertad de pactos consagrado en el art. 1255 CC .

Belfasa termina solicitando que, con la estimación del recurso de casación, se estime su recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado y, revocándola, se desestime íntegramente la demanda interpuesta por Prosavi, dejando sin efecto la condena de pago de cantidad alguna a favor de la demandante. Solicita también la condena a Prosavi al abono de las costas causadas en primera instancia y que se mantenga el pronunciamiento de costas de la segunda instancia como consecuencia de la desestimación del recurso de apelación de Prosavi.

3.- Prosavi se opone al recurso de casación interpuesto por Belfasa; solicita su desestimación y la condena en costas de la recurrente.

Frente a lo sostenido en el primer motivo argumenta que: i) al calificar de arbitraria la interpretación del contrato realizada por las instancias la recurrente pretende modificar los hechos considerados por la sentencia; ii) la interpretación del contrato y la moderación de la cláusula penal corresponde a los jueces según su sana crítica y no es revisable en casación; cita a estos efectos las sentencias de esta sala 418/2008, de 14 de mayo , 1335/2006, de 12 de diciembre , 113/2012, de 12 de marzo y 21 de febrero de 2014 (RC n.º 406/2013 ; iii) procede moderar la pena porque al pagar 1.160.000 euros Prosavi cumplió parcialmente el contrato.

Frente a los motivos segundo y tercero argumenta que no se respeta la razón decisoria de la sentencia recurrida y que se pretende imponer la interpretación contractual propia de la recurrente y modificar los hechos probados en la instancia. Reitera que Prosavi cumplió parcialmente y puesto que la cláusula penal garantizaba el pago de la obligación, procede la moderación de la pena.

TERCERO.- Los tres motivos responden a una única finalidad, que se declare la improcedencia de la moderación de la cláusula penal prevista en el contrato en atención a que se incumplió la obligación cuyo cumplimiento trataba de garantizar.

En síntesis, la parte recurrente (vendedora demandada y reconviniendo) sostiene que el tribunal de instancia ha interpretado erróneamente el contrato porque la cláusula penal se dirigía a asegurar la comparecencia de la compradora al otorgamiento de la escritura pública (función coercitiva) y a liquidar los daños que tal incumplimiento reportaría a la vendedora, al frustrar la venta de unos terrenos de importante valor económico (función liquidativa). Argumenta que la negativa de la compradora a otorgar la escritura pública constituye incumplimiento de la obligación garantizada por la cláusula penal por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia que interpreta el art. 1154 CC , no procede la moderación de la pena.

Por las razones que se exponen a continuación, el recurso se estima.

1.ª- Por lo que se refiere a la revisión de la interpretación de los contratos en el recurso de casación, resumiendo la doctrina de la sala, recuerda la sentencia 615/2013, de 4 de abril :

«[C]omo hemos insistido en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 66/2011, de 14 de febrero , «la interpretación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisada en casación en tanto no se demuestre su carácter arbitrario o irrazonable o la infracción de uno de los preceptos que debe ser tenido en cuenta en la interpretación de los contratos (SSTS de 17 de noviembre de 2006, RC n.º 3510/1997 , 27 de septiembre de 2007, RC n.º 3520/2000 , 30 de marzo de 2007, RC n.º 474/2000). A este mismo criterio se ajusta la calificación contractual y la determinación del fin jurídico que se pretende en el contrato (SSTS de 23 de junio de 2003 y 21 de julio de 2006 , 9 de mayo de 2007, RC n.º 2097/2000)». De este modo podría "prosperar en el recurso de casación una alegación de disconformidad con la interpretación o calificación realizada por el tribunal de instancia cuando esta exégesis contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado»».

2.ª- Por lo que se refiere a la facultad moderadora de la pena atribuida al juez en el art. 1154 CC , es doctrina de esta sala la de que la moderación de la pena queda condicionada a la concurrencia del supuesto previsto en el precepto, esto es, que la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Pero no cabe



moderación de la pena cuando la misma hubiera sido prevista para sancionar, precisamente, el incumplimiento producido (sentencias 384/2009, de 1 de junio , 708/2014, de 4 de diciembre).

De manera específica, se reitera esta doctrina y se excluye la facultad moderadora de los tribunales en las sentencias 366/2015, de 18 de junio , 710/2014, de 3 de diciembre , 89/2014, de 21 de febrero y 211/2009, de 26 de marzo , referidas a supuestos en los que la cláusula se insertó en el contrato precisamente para el incumplimiento producido, la negativa de la compradora a otorgar escritura pública de compraventa y abonar el resto del precio pendiente, de modo semejante a lo que sucede en el caso que da lugar a este recurso.

3.^a- En el presente caso litigioso, la sentencia recurrida, considera que procede moderar una pena prevista para el caso de que la compradora no otorgase escritura pública (como así sucedió) con un triple argumento: i) que la compradora cumplió parcialmente su obligación, al haber pagado un millón de euros a cuenta del precio; ii) que podría pensarse en una desproporción de la penalización, dado que el precio final de la compra estaba supeditado al coeficiente de edificabilidad de las fincas objeto del contrato, que previsiblemente se podía situar en los veintiocho millones de euros; iii) que la vendedora incurrió en un incumplimiento no esencial pero arbitrario.

Este razonamiento muestra que la sentencia recurrida, partiendo de una interpretación ilógica de la cláusula penal, aplica incorrectamente la facultad moderadora del art. 1154 CC .

4.^a- La referencia que hace la Audiencia al cumplimiento parcial por parte de la compradora y que consistiría en haber pagado parte del precio presupone que, para la sentencia recurrida, la obligación garantizada, susceptible de cumplimiento parcial, sería la del pago del precio del contrato. Esa cantidad anticipada del precio se pagó en el mismo momento de la firma del documento privado en el que se incorporaba una cláusula penal dirigida claramente a garantizar la elevación a público del documento suscrito por las partes.

La interpretación de la Audiencia contraría la regla contenida en el art. 1281.1 CC porque, literalmente, la cláusula 3.5.2 permite a Belfasa dar por resuelto el contrato y retener la suma de un millón de euros anticipada por Prosavi para el caso de que esta no compareciera a otorgar escritura pública o, compareciendo, se negare a otorgarla. El tenor literal de la cláusula es claro y se ve confirmado por la ubicación sistemática de la cláusula (art. 1285 CC), incluida dentro del «pacto tercero» del contrato, que lleva el tituliillo de «escritura pública».

5.^a- Además, la Audiencia afirma que el vendedor incurrió en un incumplimiento «no esencial pero arbitrario» (sin duda refiriéndose a la falta de otorgamiento del poder para la realización de las gestiones urbanísticas y para que el comprador pudiera conocer la situación de las fincas), tratando de justificar de alguna manera el incumplimiento de Prosavi, que se negó a otorgar la escritura pública. Pero previamente la misma Audiencia ha descartado que el otorgamiento de tal poder tuviera relevancia para la realización de las gestiones urbanísticas, a la vista de toda la prueba practicada en primera instancia y confirmada por la sentencia recurrida (y que acreditan la información proporcionada sobre la situación urbanística de las fincas, las gestiones realizadas por las partes en gerencia de urbanismo y el carácter público de los documentos obrantes en el procedimiento administrativo). En consecuencia, resulta ilógico descartar el incumplimiento del vendedor a efectos de concluir que el comprador no tenía motivos para negarse a cumplir y tratar después de justificar en ese supuesto incumplimiento del vendedor una moderación de la pena prevista para el caso de incumplimiento del comprador.

6.^a- Por otra parte, cuando afirma que «podría pensarse en una desproporción de la penalización» la Audiencia sugiere, aunque no desarrolle el argumento, que la pena es excesiva.

Puesto que nada explica la sentencia, no es seguro si se está pensando en que sería excesiva la pena en función de los daños que al tiempo de la celebración del contrato pudo razonablemente preverse que produciría la falta de otorgamiento de la escritura o si, por el contrario, se valoraba que, una vez producido el incumplimiento por Prosavi cabía afirmar que, por un cambio de circunstancias imprevisible en el momento de contratar, la pena resultaba extraordinariamente elevada frente a los daños efectivamente producidos por el incumplimiento

En cualquier caso, este argumento de la Audiencia no es atendible. De una parte porque, tanto en un supuesto como otro, como explica la sentencia 530/2016, de 13 de septiembre , es el contratante que se opone a que se le aplique la pena pactada quien debe alegar y probar (si no es evidente) que la penalidad era extraordinariamente excesiva a efectos de aplicar, en el primer supuesto, los límites que resultan del art. 1255 CC o , en el segundo caso, de moderar judicialmente la pena, aplicando por analogía el art. 1154 CC . Prosavi debería haber probado la desproporción de la pena, pero no solo no lo hace sino que ni siquiera plantea en ningún momento problema alguno de validez de la cláusula penal o de desproporción sobrevenida entre la cláusula penal y las consecuencias dañosas producidas. En su demanda, Prosavi sostuvo que había cumplido todas las obligaciones que le incumbían y que fue Belfasa quien no cumplió sus obligaciones contractuales. La solicitud (subsidiaria) de moderación de la pena por parte de Prosavi, desde la interposición de la demanda,



se basa en el argumento de que cumplió parcialmente su obligación mediante el pago de un millón de euros en el momento de la firma del contrato y que, si no cumplió totalmente fue porque la vendedora no llegó a otorgarle el poder solicitado, y estas son las razones por la que la sentencia recurrida modera la pena.

7.^a- Aunque, como regla general, la obligación de elevar a público el contrato otorgado en documento privado solo da lugar a la facultad de exigir su cumplimiento (arts. 1279 y 1280 CC), las partes, al amparo de la autonomía de la voluntad, pueden atribuir a tal obligación el carácter de esencial a efectos de facultar a la parte que lo solicita para resolver el contrato si la otra se niega. Así lo hicieron las partes litigantes en el presente caso, al prever en la cláusula 3.5 del «pacto tercero» del contrato celebrado las consecuencias que tendría para las partes la incomparecencia o la negativa a otorgar escritura pública en los plazos previstos. Producido el incumplimiento de la obligación garantizada por la cláusula penal, el incumplimiento es total, y no procede moderar la pena.

Partiendo de una interpretación errónea del contrato, al moderar la pena, la sentencia recurrida aplica incorrectamente el art. 1154 CC . Procede por ello la estimación del recurso de casación.

CUARTO.- La estimación del recurso de casación interpuesto por Belfasa determina que proceda casar la sentencia recurrida y, en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por Belfasa, procede desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Prosavi contra Belfasa, a quien se absuelve de todas las pretensiones deducidas contra ella. En consecuencia, se declara el derecho de Belfasa a retener en su integridad la parte del precio entregada por Prosavi en el momento de la firma del contrato de compraventa de fecha 3 de noviembre de 2006.

La estimación del recurso de casación interpuesto por Belfasa determina que no se impongan las costas del recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

En cuanto a las costas de la segunda instancia, se mantienen los pronunciamientos de la Audiencia por el que, de una parte, se imponían a Prosavi las costas de su recurso de apelación, que fue desestimado, lo que permanece ahora inalterado (arts. 398.1 y 394 LEC) y, de otra, no se imponían las costas del recurso de apelación de Belfasa, que fue estimado parcialmente y ahora se estima en su integridad (art. 398.2 LEC).

Por lo que se refiere a las costas de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.1 LEC se imponen a Prosavi Promociones Inmobiliarias S.L. las de su demanda (puesto que debió ser desestimada íntegramente) y a Belfasa S.L. las de la demanda reconvencional, por la que Belfasa interesaba el cumplimiento del contrato de compraventa de fecha 3 de noviembre de 2006. El objeto de la reconvención, que fue desestimada, era incompatible con la pretensión que Belfasa mantuvo en su oposición a la demanda principal de retener la parte del precio abonada por Prosavi y que, finalmente, ha triunfado con la estimación del recurso de casación de Belfasa.

Finalmente, procede devolver a Belfasa el depósito constituido para recurrir en casación (disp. adicional 15.^a.8 LOPJ).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Inmuebles Belfasa S.L. contra la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2014 por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 616/2012 . **2.º-** Casar la citada sentencia, dejándola sin efecto y en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por Inmuebles Belfasa S.L., desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Prosavi Promociones Inmobiliarias S.L. **3.º-** Por lo que se refiere a las costas de la segunda instancia se mantiene el pronunciamiento de la Audiencia Provincial por el que se imponen a Prosavi Promociones Inmobiliarias S.L. las costas de su recurso de apelación y no se imponen las costas del recurso de apelación de Belfasa S.L. Por lo que se refiere a las costas de primera instancia se imponen a Prosavi Promociones Inmobiliarias S.L. las de su demanda y a Belfasa S.L. las de la demanda reconvencional. **4.º-** No procede imponer las costas del recurso de casación interpuesto por Inmuebles Belfasa S.L. a ninguna de las partes y procede la devolución a la recurrente del depósito constituido para interponer el recurso de casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.