

Roj: **STS 5882/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5882**Id Cendoj: **28079110012013100721**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/11/2013**Nº de Recurso: **1381/2011**Nº de Resolución: **711/2013**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SO 124/2011,**  
**STS 5882/2013**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por Promociones Domus Soria, SL, representada por el Procurador de los Tribunales don Ismael Pérez Marco, contra la sentencia dictada el cuatro de mayo de dos mil once, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Soria, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Soria. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales don Victorio Venturini Medina, en representación de Promociones Domus Soria, SL, en concepto de parte recurrente. Es parte recurrida Etembue 2002, SL, representada por el Procurador de los Tribunales don Germán Marina Grimau.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Por escrito registrado por el Juzgado Decano de Soria el catorce de mayo de dos mil diez, la Procurador de los Tribunales doña Nelida Muro Sanz, obrando en representación de Etembue 2002, SL, interpuso demanda de juicio ordinario contra Promociones Domus Soria, SL.

En el referido escrito, la representación procesal Etembue 2002, SL alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que la demandante era titular de una parcela, la C, de la unidad de ejecución del plan especial del área de intervención de la carretera de Madrid-Los Pajaritos. Que dicha parcela tenía mil trescientos catorce metros cuadrados de superficie y atribuido un aprovechamiento urbanístico de tres mil doscientos ochenta metros cuadrados. Que la demandada era una promotora inmobiliaria. Que el veintisiete de agosto de dos mil cuatro la demandante, como concedente, celebró un contrato de opción de compra sobre dicha parcela con Promociones Domus Soria, SL, como optante, lo que probaba con el documento aportado con el número 2. Que, mediante ese contrato, se constituyó un derecho real de opción a favor de la demandada, que lo aceptó. Que la opción era gratuita, pero se convino - cláusula 2 -, para el caso de que no se ejercitara por la optante el derecho de opción, el pago por la misma de la cantidad de trescientos mil euros (300 000 ?) " en el plazo máximo de treinta días desde la finalización del plazo para el ejercicio de la opción de compra previsto en la cláusula tres siguiente ". Que la opción debía ejercitarse entre los días cinco y quince de enero de dos mil cinco, razón por la que " [...] hasta en tanto no fine dicho plazo, Etembue queda obligada a no disponer de los terrenos objeto de esta opción, así como a mantener la oferta en los mismos términos ". Que, no obstante, las partes contemplaron una posible ampliación del plazo - " dado que la finca objeto del presente contrato forma parte de las resultantes de un plan parcial que engloba a las cuatro fincas registrales descritas en la manifestación primera y dado que se encuentra pendiente de la aprobación por parte del Ayuntamiento de Soria el correspondiente proyecto de actuación, si a las fechas señaladas en los apartados anteriores, ésta no se hubiere producido, los



*plazos acordados se entenderán ampliados a los diez días siguientes a la emisión por parte del Ayuntamiento del certificado de la aprobación definitiva del proyecto de actuación [...] "* -.

Añadió que el precio de la proyectada compraventa fue de un millón ochocientos veinte mil euros (1 820 000 ?), a pagar por plazos - trescientos mil euros (300 000 ?), más el impuesto sobre el valor añadido, al firmar la escritura; un millón doscientos mil euros (1 200 000 ?), mediante un pagaré que tendría vencimiento a los noventa días de dicha firma -.

Que el Ayuntamiento de Soria emitió el certificado acreditativo de la aprobación definitiva del proyecto de actuación el catorce de diciembre de dos mil cinco, como demostraba el documento aportado con el número 3. Que, según lo pactado, la demandada tenía hasta el veinticuatro de diciembre de dos mil cinco para ejercitar la opción. Que, sin embargo, no lo hizo en ese plazo sobre la parcela C, aunque sí sobre otra, la parcela A - objeto de un contrato de opción distinto -, como demostraba el documento aportado con el número 5. Que la demandante requirió a tal efecto a la demandada por carta certificada de catorce de octubre de dos mil nueve, a la que la destinataria contestó alegando que se habían incumplido las condiciones de habitabilidad pactadas, al haber sido finalmente destinada la parcela C a viviendas de protección pública, razón por la que el contrato había quedado resuelto.

En respuesta a tal planteamiento alegó la representación procesal de la demandante que en ninguna cláusula del contrato se había establecido condición sobre las circunstancias de edificabilidad de la parcela C y que el proyecto aprobado inicialmente lo fue definitivamente.

Que, incluso, no era cierto que en la parcela C hubiera que construir viviendas de protección pública, como lo demostraba una licencia concedida para la construcción de treinta y seis viviendas de uso residencial libre.

Con esos antecedentes la representación procesal de Eteumbe 2002, SL interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una sentencia que *"estimando la presente demanda condena a Promociones Domus Soria, SL al pago de la cantidad de trescientos mil euros (300 000 ?), como consecuencia del no ejercicio de la opción de compra en el plazo contractualmente pactado, así como los intereses correspondientes, todo ello con expresa condena en las costas "*.

**SEGUNDO.** La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Uno de Soria, que la admitió a trámite el veinticuatro de mayo de dos mil diez, conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 353/2010.

Promociones Domus Soria, SL fue emplazada y se personó en las actuaciones, representada por la Procurador de los Tribunales doña Nieves Alcalde Ruíz, que contestó la demanda.

En el escrito de contestación, la representación procesal de Promociones Domus Soria, SL alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que era cierta la celebración del contrato, denominado opción. Que la cláusula penal era totalmente inadecuada e incompatible con dicho tipo de contrato.

Añadió que la oferente incurrió en grave incumplimiento por alteración sustancial del objeto del contrato, ya que estaba previsto destinar la parcela a la construcción de viviendas libres y, sin embargo, al aprobarse el proyecto de actuación fue destinada a viviendas de protección pública. Precisó que la parcela C era una cosa futura, en cuanto resultante de la reparcelación urbanística, cuya existencia física y jurídica dependía de la elaboración y aprobación del proyecto de actuación. Que en el primer texto del proyecto de actuación y en el segundo se contenía una mención a la reserva de edificabilidad residencial para la construcción de viviendas de protección pública.

Que había sido la demandante la que decidió materializar toda la reserva de suelo para la construcción de viviendas de protección pública sobre la parcela C. Que se produjo una arbitraria modificación de las condiciones urbanísticas de la parcela objeto del contrato. Que, por esa razón no ejercitó la opción de compra. Que insistía en que la cláusula penal era incompatible con la opción de compra. Que, además, era, en todo caso, inaplicable, por el previo incumplimiento de la concedente de la opción. Que si se entendía que hubo venta, oponía la excepción de contrato incumplido.

En el suplico del escrito de contestación la representación procesal de Promociones Domus Soria, SL interesó del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Soria una sentencia que *" desestime completamente las pretensiones de la demanda, absolviendo de todo pedimento a mi representada y condenando a la actora al pago de las costas de este juicio, con expresa declaración de haber litigado con temeridad y mala fe "*.

**TERCERO.** Celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Soria dictó sentencia el veintidós de noviembre de dos mil diez, con la siguiente parte dispositiva: *" Fallo. Se estima la demanda interpuesta por la Procurada de los Tribunales Sra. Muro Sanz, en nombre y representación de Eteumbe 2002, SL, contra la mercantil Promociones*



*Domus Soria, SL, en consecuencia se condena a la demandada a abonar a la actora la cantidad de trescientos mil euros (300 000, 00 ?), dicha cantidad se verá incrementada en el interés legal del dinero a contar desde la fecha de interposición de la demandada, a saber el catorce de mayo de dos mil diez, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se imponen a la parte demandada las costas causadas en esta instancia " .*

**CUARTO.** La representación procesal de Promociones Domus Soria, SL recurrió en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número de Soria, el veintidós de noviembre de dos mil diez , en el juicio ordinario número 353/2010.

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Soria, que tramitó el recurso de apelación con el número 54/2011 y dictó sentencia con fecha cuatro de mayo de dos mil once , con la siguiente parte dispositiva: *"Fallamos. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Promociones Domus, SL, representada por el Procurador Sr. Pérez Marco, contra la sentencia de veintidós de noviembre de dos mil diez por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Soria en el procedimiento ordinario número 353/2011, confirmamos la expresada resolución, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada y pérdida del depósito constituido para recurrir " .*

**QUINTO.** La representación procesal de Promociones Domus Soria, SL preparó e interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, recaída en el rollo número 54/2011 el cuatro de mayo de dos mil once .

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de seis de marzo de dos mil doce , decidió: *" Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Promociones Domus Soria, SL contra la sentencia dictada, con fecha cuatro de mayo de dos mil once, por la Audiencia Provincial de Soria en el rollo de apelación número 54/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 353/2010 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Soria " .*

**SEXTO.** El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Promociones Domus Soria, SL, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria recaída en el rollo número 54/2011 el cuatro de mayo de dos mil once , se compone de cuatro motivos, en los que la recurrente, con apoyo en la norma segunda del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

**PRIMERO.** La infracción por aplicación indebida del artículo 1152 del Código Civil .

**SEGUNDO.** La infracción por inaplicación del artículo 1281 párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil, en relación con el 1124 del mismo cuerpo legal .

**TERCERO .** La infracción por interpretación errónea del artículo 1255 del Código Civil , en relación con el artículo 1258 del mismo cuerpo legal .

**CUARTO .** La infracción por inaplicación del artículo 1, apartado 7, del Código Civil .

**SÉPTIMO.** Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don German Marina y Grimau, en nombre y representación de don Carlos Miguel , impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

**OCTAVO.** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el treinta de octubre de dos mil trece, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes.

Por contrato celebrado por ambas el veintisiete de agosto de dos mil cuatro, Etembue 2002, SL concedió a Promociones Domus Soria, SL un derecho de opción de compra sobre una parcela incluida en el plan parcial de la carretera de Madrid-Los Pajaritos de Soria, con una superficie de mil trescientos catorce metros cuadrados y un aprovechamiento urbanístico de tres mil doscientos ochenta.

En la cláusula tercera del contrato las partes establecieron el tiempo hábil durante el que podría ejercitarse el derecho de opción : *" la opción de compra [...] podrá ejercitarse entre el cinco de enero de dos mil cinco y el quince de enero de dos mil cinco " .*

En la cláusula segunda se reguló el precio o prima de la opción de compra, en los siguientes términos: *" [...] se concede con carácter gratuito para el supuesto de que Promociones Domus, SL efectivamente ejercite su derecho de opción de compra conforme a los términos y condiciones de este contrato " - primera previsión - . " No*



*obstante, si Promociones Domus, SL no ejercitase el derecho de opción regulado en este contrato y sólo en tal caso, Promociones Domus, SL deberá satisfacer a Etembue la cantidad de trescientos mil euros (300 000 ?) en el plazo máximo de treinta días desde la finalización del plazo para el ejercicio de la opción de compra previsto en la cláusula tres siguiente [...] " - segunda previsión -.*

Como la optante no hubiera ejercitado la opción, la concedente interpuso demanda contra ella a fin de que fuera condenada a pagarle los trescientos mil euros a que se refería la segunda regla de la cláusula segunda del contrato.

La optante o facultada se defendió frente a tal pretensión de condena alegando que no ejercitó la opción porque, como resultado de las actuaciones urbanísticas, la parcela debía ser destinada a un uso residencial para vivienda protegida en determinado tanto por ciento, siendo que lo convenido era que serviría a un uso residencial de vivienda libre.

También se defendió con una consideración más abstracta, derivada de calificar la segunda de las reglas del pacto segundo del contrato como una cláusula penal y de afirmar que sancionar con una pena convencional a un optante que libremente decidiera que no le interesaba ejercitar positivamente la opción, era incompatible con la naturaleza de aquel.

La pretensión de condena deducida en la demanda fue estimada en las dos instancias.

Contra la sentencia de apelación interpuso Promociones Domus Soria, SL recurso de casación por cuatro motivos, a los que seguidamente nos referimos.

### **SEGUNDO. Enunciado y fundamento del primer de los motivos del recurso y razones de su desestimación.**

I. En el primero de los motivos de su recurso de casación, denuncia Promociones Domus Soria, SL la infracción del artículo 1152 del Código Civil .

Alega, en síntesis, que, puesto que es consustancial a la opción que el optante pueda elegir libremente la puesta en vigor del contrato definitivo, resulta incompatible con ella una cláusula penal prevista para el caso de que se decida por la negativa, dado que la función de la pena convencional es sancionar a un deudor por incumplir una obligación principal, inexistente en el caso.

II. Realmente, al ser la sociedad optante titular de la facultad de elegir entre poner o no en funcionamiento el contrato definitivo, resulta poco adecuada a la esencia de la opción imponerle una pena convencional - dada la función coercitiva que tiene respecto del cumplimiento de una obligación principal - por hacerlo en un sentido y no en el otro.

Sin embargo, ello no significa que esté prohibida esa combinación de reglas negociales - sentencia 211/2009, de 26 de marzo -.

En todo caso, no es correcta la calificación como cláusula penal del pacto segundo del contrato en que se basa el motivo, pues de la lectura del mismo resulta la evidencia de que las partes lo que hicieron fue atribuir un carácter oneroso a la opción sólo en el caso de que la facultad no se ejercitara positivamente - siendo gratuito en el contrario -, sin que ello permita afirmar superado ninguno de los límites impuestos a la potencialidad normativa creadora de las contratantes en el artículo 1255 del Código Civil .

### **TERCERO. Enunciado y fundamentos del motivo segundo del recurso de casación y razones de su desestimación.**

I. En el segundo motivo denuncia Promociones Domus Soria, SL la infracción de los artículos 1281, primer párrafo, y 1124, ambos del Código Civil .

Alega la recurrente que el Tribunal de apelación no había interpretado el contrato de conformidad con la literalidad de sus claros términos - en concreto, de los contenidos en la parte de la redacción destinada a las manifestaciones iniciales -, pues contenían una expresa remisión al plan parcial aprobado por la administración competente sobre las características que la parcela objeto de la opción de compra, en el que, según afirma, el terreno aparecía destinado a un uso residencial en bloque abierto para vivienda libre.

La mención del artículo 1124 del Código Civil la efectuó la recurrente para justificar su decisión de optar por no comprar, al no interesarle adquirir por el precio convenido un terreno destinado en parte a la construcción de viviendas de protección pública.

II. El control de la interpretación del contrato es, en el recurso de casación, sólo de legalidad, razón por la que queda fuera de su ámbito cualquier revisión del resultado de la labor de investigación del sentido jurídicamente relevante de las declaraciones de voluntad que resulte respetuoso con los imperativos de esa naturaleza que disciplinan la labor del intérprete, aunque no sea el único admisible conforme a ellos. De modo que, siempre



que las normas reguladoras hubieran sido respetadas, el recurso de casación no permite decidir sobre cuál es el sentido que parece mejor o más adecuado a las circunstancias del caso, porque tal tipo de conclusión excedería del ámbito propio del recurso extraordinario y significaría, no un control de legalidad, sino una intromisión en funciones que corresponde ejercer a los Tribunales de las instancias - sentencias 352/2008, de 14 de mayo , 257/2010, de 5 de mayo , 371/2010, de 4 de junio , 639/2010, de 18 de octubre , 364/2011, de 7 de junio , 569/2012, de 9 de octubre , 650/2012, de 5 de noviembre , 665/2012, de 15 de noviembre , y las que en ellas se citan -.

Además, hay que destacar previamente que en la sentencia recurrida se calificó como nueva la cuestión a que se refiere la recurrente y dicha calificación, determinante en casación, no ha sido atacada adecuadamente.

En todo caso - así resulta del fundamento de derecho tercero de su sentencia -, lo cierto es que el Tribunal de apelación no interpretó la opción de compra en contra de los términos pactados, sino que los completó con la afirmación, basada en el resultado de la prueba, de que la " *optante conocía la situación urbanística de la finca* ", esto es, " *la indefinición [...] del uso urbanístico* ", ya en el mismo momento de contratar y que, pese a ello, no convino con la otra parte en " *incluir estipulación alguna* " en previsión de cualquier cambio respecto de lo que había previsto.

Entendió el Tribunal de apelación, en definitiva, que la optante, al pactar los supuestos en los que la opción tendría carácter gratuito u oneroso, asumió los riesgos normales resultantes de la aprobación del plan parcial.

No se produjeron, por tanto, las infracciones mencionadas en el motivo.

#### **CUARTO. Enunciados y fundamentos de los motivos tercero y cuarto del recurso de casación y razones de su desestimación.**

A.I. En el tercer motivo de su recurso denuncia Promociones Domus Soria, SL la infracción del artículo 1255, en relación con el 1258, ambos del Código Civil .

Alega que, puesto que la posición de quien concede una opción de compra es la misma que la de una vendedora, Etembue 2002, SL venía obligada, por las normas mencionadas en el enunciado, a entregarle la cosa objeto del precontrato en las condiciones previstas al contratar y no en otras. Razón por la que había que entender justificada su negativa a ejercitar positivamente la opción.

A.II. Incurre la recurrente en este motivo en una petición de principio, ya que prescinde del supuesto de hecho declarado probado en la sentencia recurrida y su argumentación parte de otro distinto al que vincula unas consecuencias jurídicas que, por ello, no cabe aceptar. Por decirlo con otras palabras, construye un silogismo a partir de una premisa que, según la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de apelación, no es exacta: la de que el uso urbanístico estaba definido en el momento de contratar con expresión del conjunto de datos de identificación de la parcela objeto del contrato definitivo.

B. I. En el cuarto y último motivo la recurrente señala como infringida la norma del apartado 7 del artículo 1 del Código Civil .

Con ese particular fundamento normativo - referido a la vinculación de los Tribunales al régimen de fuentes -, Promociones Domus Soria, SL alega que el Tribunal de apelación debería haber suavizado la regla " *pacta sunt servanda* " mediante la aplicación de la cláusula " *rebus sic stantibus* ".

B.II. La jurisprudencia ha destacado la admisibilidad en nuestro sistema de ciertos medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares - así, entre otras, en las sentencias de 31 de octubre de 1963 , 15 de marzo de 1972 , 16 de junio de 1983 , 27 de junio de 1984 , 19 de abril de 1985 , 17 de mayo de 1986 , 13 de marzo de 1987 , 6 de octubre de 1987 , 23 de marzo de 1988 , 16 de octubre de 1989 , 21 de febrero de 1990 , 12 de noviembre de 1990 , 1202/1993, de 14 de diciembre , 209/1994, de 15 de marzo , 344/1994, de 20 de abril , 29/1996, de 29 de enero , 1048/2000, de 15 de noviembre , 1059/2000, de 17 de noviembre , 129/2001, de 20 de febrero , 1234/2001, de 28 de diciembre , 518/2002, de 27 de mayo , 313/2004, de 22 de abril , 539/2004, de 18 de junio , 1090/2004, de 12 de noviembre , 481/2005, de 17 de junio , 953/2006, de 9 de octubre , 79/2007, de 25 de enero , 197/2007, de 1 de marzo , 966/2007, de 26 de septiembre , 175/2009, de 16 de marzo , 336/2009, de 21 de mayo , 781/2009, de 20 noviembre , 360/2010, de 1 de junio , 84/2012, de 20 de febrero , 93/2012, de 21 de febrero , 240/2012, de 23 de abril , 243/2012 , de 27 de abril - y admitido la influencia de los cambios imprevistos sobre la posibilidad de la resolución del vínculo o, especialmente, la modificación equitativa de su contenido.

Sin embargo, para que sea aplicable esa técnica de resolución o de revisión del contrato, se exige, entre otras condiciones - y como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991 - que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual.





Y esto último es lo que aconteció en el caso, a la vista de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, conforme a la que la recurrente conocía, al contratar, la indefinición de la situación urbanística de la finca y, al regular las condiciones por las que la opción sería onerosa, no introdujo ninguna previsión acomodada al desenvolvimiento futuro de aquella.

#### **QUINTO. Régimen de las costas.**

La desestimación del recurso de casación determina, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de las costas a la recurrente.

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

#### **FALLAMOS**

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Promociones Domus Soria, SL, contra la Sentencia dictada, con fecha cuatro de mayo de dos mil once, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Soria.

Las costas del recurso de casación desestimado quedan a cargo de la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.-Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, 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.