

Id Cendoj: 28079110012010100029
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1133/2005
 Nº de Resolución: 34/2010
 Procedimiento: Casación
 Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PROMESA DE CONTRATO x
- x PRECONTRATO x
- x INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES x
- x INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO x
- x ÁMBITO (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x

Resumen:

Precontrato. Vigencia de oferta económica aceptada por las partes y contrato de permuta. Incumplimiento relevante que determina la resolución del contrato.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Febrero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 129/03, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vic; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Onesimo (fallecido) sucediéndole procesalmente su hijo y heredero don Roberto y usufructuaria su viuda doña Isidora , representados ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo; siendo parte recurrida **Finques La Garriga, S.L.** , representada por el Procurador de los Tribunales don Juan Ignacio Valverde Canovas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de Finques La Garriga, S.L. contra don Onesimo .

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara "... *Sentencia por la que: a) Se declare la vigencia del contrato de Permuta de fecha 3 de Julio de 2.002 y se condene a DON Onesimo al cumplimiento del mismo y a elevarlo a público ante Notario en la forma pactada.- b) Alternativamente, y para el hipotético caso de considerar resuelto el contrato, se condene a DON Onesimo , al pago a mi mandante de DOSCIENTOS SETENTA MIL CINCUENTA EUROS CON SESENTA Y UN CENTIMOS (270.050,61 Euros), más el importe que entregó mi mandante al Demandado, que asciende a SESENTA MIL CIENTO UNO (60.101,00 Euros) en concepto de los daños ocasionados, más los intereses correspondientes, ello en base a todos los gastos ocasionados a mi mandante que deben ser reintegrados ante el incumplimiento del Contrato por el Demandado, y declare el derecho de FINQUES LA GARRIGA, S.L. a ser indemnizado por los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, condenando a DON Onesimo a indemnizar a mi mandante con el importe provisional de SEISCIENTAS UNA MIL DOCE EUROS CON DIEZ CENTIMOS (601.012,10), correspondiente al 50% del importe que la demandante dejaría de percibir por no cumplir con el contrato suscrito, o en su caso la cantidad que S.Sª estime adecuada por tal concepto, habida cuenta que el no cumplimiento del contrato será por causa imputable única y exclusivamente al Sr. Onesimo , ello sin perjuicio de posterior liquidación.- c) Expresa imposición de costas*

al demandando."

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal del demandado contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, en definitiva, se desestimase la demanda, con imposición de costas judiciales a la parte actora.

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, quedando los autos vistos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 20 de octubre de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLO: Se estima la demanda interpuesta por la entidad Finques la Garriga SL contra Onesimo , en el sentido de condenar a este último a prestar su consentimiento para la celebración del contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura conforme a lo que ambas partes pactaron en el precontrato firmado el 3 de julio de 2003 y demás documentos complementarios, haciéndose la advertencia de que en el caso de que no se emitiese la voluntad para la perfección del negocio señalado, la misma podrá ser sustituida por decisión de este tribunal.- Y todo ello, con imposición de las costas al demandado."*

En fecha 31 de octubre de 2003, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: *«SE COMPLETA la sentencia dictada en fecha de 20 de octubre de 2003 en los términos siguientes: Se añade al final del antecedente de hecho primero la siguiente frase: "y de 601.012,10.- euros en concepto de lucro cesante".- Se añade la misma frase al final del párrafo 5º del fundamento de derecho primero, de tal modo que este párrafo queda de la siguiente manera: "como pretensión principal se solicita que se declare la validez del acuerdo y se obligue al demandado a cumplirlo. De modo subsidiario, se solicita indemnización por daños y perjuicios por la cantidad de 270.050,61 # por los trabajos ya realizados y 60.101 # por la cantidad entregada al demandado y de 601.012,10 euros en concepto de lucro cesante".- Asimismo se añade al final de la parte dispositiva la frase siguiente: "La cuantía del procedimiento se fija en 2.908.895,59 euros conforme a la regla 4ª del art. 251 de la LEC .»*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación don Onesimo , y sustanciada la alzada, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 15 de febrero de 2005 , cuyo Fallo es como sigue: *"Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª. Onesimo , contra la Sentencia dictada en fecha 20 de Octubre de 2.003 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vic , en los autos de Procedimiento Ordinario nº 129/2003 de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la sentencia recurrida; se imponen las costas del recurso a la parte apelante."*

TERCERO.- La Procuradora doña Cristina Ruiz Santillana, en nombre y representación de don Onesimo , formalizó recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , fundado en los siguientes motivos: 1) Infracción del artículo 1451 del Código Civil ; 2) Infracción de los artículos 1261 y 1262 del Código Civil ; 3) Infracción del artículo 1281 del Código Civil ; y 4) Infracción del artículo 1124 del Código Civil .

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 1 de abril de 2008 por el que se acordó la admisión de dicho recurso, así como que se diera traslado del mismo a la parte recurrida, Finques La Garriga S.L., que se opuso a su estimación por escrito bajo representación del Procurador Don Juan Ignacio Valverde Cánovas.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 26 de enero de 2010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa versa sobre la naturaleza y eficacia del documento privado suscrito por don Onesimo y la mercantil Finques La Garriga S.L. en fecha 3 de julio de 2002, en el cual, tras exponer que el primero era propietario de determinadas fincas cuyo suelo estaba calificado como urbanizable a ejecutar por el sistema de compensación, pactaban que el Sr. Onesimo aceptaba la oferta económica realizada por Finques La Garriga S.L. y se comprometía a ceder los terrenos a favor de una sociedad nueva que se crearía posteriormente, de la que podría formar parte el Sr. Onesimo si estaba interesado en ello, a

cambio de determinadas parcelas, obra edificada y dinero metálico.

Con fecha 3 de marzo de 2003, Fines La Garriga S.L. interpuso demanda de juicio ordinario, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vic, por la que interesaba que se dictara sentencia por la cual se declarara la vigencia de la oferta económica aceptada por las partes y del contrato de permuta suscrito en fecha 3 de julio de 2002, condenando a don Onesimo al cumplimiento del mismo y a su elevación a público y, para el caso de que se considerara resuelto el contrato, se condenara al demandado al pago de doscientos setenta mil cincuenta euros con sesenta y un céntimos, más el importe entregado a aquél por la mercantil actora, que asciende a la cantidad de sesenta mil ciento un euros, y la de seiscientos un mil doce euros con diez céntimos en concepto de lucro cesante.

El demandado se opuso a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vic dictó sentencia de fecha 20 de octubre de 2003 por la que estimó la demanda y condenó al demandado a prestar su consentimiento para la celebración del contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura conforme a lo que ambas partes pactaron en el precontrato firmado el 3 de julio de 2003 y demás documentos complementarios, con apercibimiento de que en caso de no hacerlo lo haría el tribunal.

El demandado don Onesimo recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª) dictó nueva sentencia de fecha 15 de febrero de 2005 por la que desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

Contra dicha resolución recurre ahora en casación.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso denuncia la vulneración de lo dispuesto en el *artículo 1451 del Código Civil*, referido a la promesa de venta, en cuanto resulta de aplicación al caso, afirmando la parte recurrente que el documento de 3 de julio de 2002 no tiene fuerza obligatoria alguna y "únicamente se reflejaba en dicho documento la intención de los firmantes de iniciar negociaciones en torno a la colaboración para una urbanización", siendo así que al no llegar a un acuerdo "ambos interesados podían libremente renunciar a su proyecto de colaboración, tal como estaba expresamente previsto en la *cláusula 8ª* del documento de intenciones".

El motivo ha de ser rechazado. Tanto el Juzgado como la Audiencia han entendido que nos encontramos ante un precontrato, que despliega su fuerza vinculante respecto de los firmantes del mismo, mediante argumentos que merecen ser compartidos.

No se puede calificar como un simple documento de intenciones el signado por las partes con fecha 3 de julio de 2002, que se titula como contrato, en el cual ambas se reconocen mutuamente la capacidad legal necesaria para obligarse y contratar y dicen que "firman el presente contrato" (Exponendo IV), estableciendo en el pacto segundo que "ambas partes llevarán a término antes del inicio de las obras el contrato definitivo a otorgar ante el Notario que de mutuo acuerdo designen, y ateniéndose a la mejor solución fiscal por ambas partes", lo que simplemente comporta el compromiso de cumplir lo dispuesto en el *artículo 1280-1º del Código Civil* a efectos de que el convenio conste en documento público, en el cual procurarían acomodar el negocio para obtener la mejor solución fiscal para ambas partes.

Dice la sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 2005 que «*el llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o "pactum de contrahendo" bilateral de compraventa tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (SSTS 23 diciembre de 1995; 16 de julio 2003, entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes. Supone, por tanto, el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos, como dice la Sentencia de 3 de junio de 1988, en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente hasta ese momento y que sin ellos no sólo no sería posible cumplimentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados desistir de estos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del artículo 1902 CC caso de abrupta e injustificada separación de la fase prenegocial, según establecen entre otras las Sentencias de 26 de febrero y 19 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1999. No obsta a esta calificación que no hayan quedado determinados los elementos instrumentales o complementarios del mismo, cuando es perfectamente posible hacerlo en un momento posterior...*»

El esfuerzo de argumentación realizado por la parte recurrente en la fundamentación del motivo choca con la realidad de un convenio -precontrato- en el que las partes determinan sus elementos

esenciales, como son las fincas a transmitir y la contraprestación que ha de recibir su anterior propietario, e igualmente con la ley pues el *artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, referido a las condenas a emitir una declaración de voluntad, establece en su apartado 2 que en el supuesto de que «no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico».

La *cláusula octava* del precontrato celebrado entre las partes no incorpora una facultad de desistimiento, como ahora pretende la recurrente, sino que se limita a constatar la entrega por Fines la Garriga S.L. al Sr. Onesimo de la cantidad de 60.101 euros a cuenta de la cantidad de 300.506 euros que había de ser entregada por la primera como parte de la contraprestación correspondiente a la transmisión de los terrenos y lo único que viene a establecer es que "suponiendo que no se firmase el contrato de actuación, será devuelta esta cantidad" en clara referencia a un supuesto de mutuo disenso en el cual ambas partes decidieran no celebrar el contrato definitivo.

Por otro lado no existe lo que la parte recurrente considera en el motivo como "imposibilidad de subsanar la ausencia de los elementos esenciales del contrato", planteando en casación cuestiones que no fueron contempladas por la sentencia impugnada y que, por tanto, exceden del ámbito del recurso extraordinario, ya que en cualquier caso no se trata de elementos esenciales del contrato sino de extremos afectantes a la determinación de las prestaciones que en caso necesario podría fijar el tribunal de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* atendiendo a lo que resulte "usual en el mercado o en el tráfico jurídico", sin que el convenio suscrito obligue en forma alguna al Sr. Onesimo a participar en la constitución de sociedad alguna.

Por todo ello, como ya se adelantó, el motivo ha de ser rechazado.

TERCERO.- El segundo motivo denuncia la vulneración de lo dispuesto en los *artículos 1261 y 1262 del Código Civil*, reiterando la parte recurrente que en el documento suscrito por las partes en fecha 3 de julio de 2002 los firmantes deferían a un consentimiento posterior la determinación de elementos tan esenciales como los relativos a la forma de la permuta y a la elección de los inmuebles a entregar a cambio, los cuales debían ser "consensuados", además de que respecto de las fincas a entregar por el Sr. Onesimo no se preveía una obligación de entrega sino únicamente un trato de preferencia.

El motivo debe ser desestimado por las mismas razones ya expuestas con ocasión del anterior ya que existió consentimiento y objeto cierto en el precontrato de 3 de julio de 2002. La forma de la permuta se dejaba abierta a fin de poder adoptar la que fuera más beneficiosa para ambas partes a efectos fiscales (pactos segundo y quinto), pero existía el consentimiento mutuo de las partes sobre la celebración del contrato y la determinación de las prestaciones de cada una de ellas en cuanto a su valoración económica. Así se establecía en el pacto número cinco al precisar que la "forma" de permutar será consensuada "valorando siempre las mejores alternativas fiscales", y en el sexto, estableciendo que el Sr. Onesimo elegiría los inmuebles pudiendo optar por recibir los mismos o su valoración en dinero. Por último, cuando el décimo se refiere al compromiso del Sr. Onesimo en cuanto a cesión de los terrenos a favor de la sociedad a crear "en las mismas condiciones actuales o en las que en aquel momento se tengan en el mercado, manteniendo un trato de preferencia a la sociedad" no se refiere a los terrenos integrados en el Plan Parcial La Creu I de Torelló sobre los que se suscribió el precontrato, sino a una futura actuación de La Creu II, por lo que el contenido de dicha cláusula en absoluto afecta al resultado del presente pleito.

CUARTO.- Del mismo modo ha de ser rechazado el motivo tercero, fundado en la infracción del *artículo 1281 del Código Civil*, sobre la interpretación de los contratos, pues con independencia de que esta Sala ha proclamado con reiteración que dicha función corresponde a los tribunales de instancia y tal interpretación ha de ser mantenida en casación salvo que su resultado se muestre ilógico, absurdo o manifiestamente contrario a las normas que la disciplinan (sentencias, entre las más recientes, de 4 de mayo, 19 de febrero y 8 de octubre de 2007, 8 de mayo de 2008 y 27 de febrero y 12 de junio de 2009), la sentencia recurrida -como la dictada en primera instancia- no incurre en el error de interpretación que se le atribuye pues no declara que exista una obligación del Sr. Onesimo de constituir la nueva sociedad y formar parte de ella y mucho menos existe pronunciamiento en tal sentido en el "fallo", sino simplemente que el Sr. Isidora se compromete a celebrar el contrato definitivo con una sociedad nueva que se creará (pacto noveno) con derecho a participar en un 10% de los beneficios de dicha sociedad y, si no le interesara, se prevé la sustitución de tal participación por la entrega de una casa más en la permuta.

Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- Igualmente ha de serlo el cuarto, y último, motivo del recurso en cuanto acusa vulneración del artículo 1124 del Código Civil, sobre la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento de una de las partes.

El demandado don Onesimo envió una carta a la actora Finques La Garriga S.L. con fecha 8 de noviembre de 2002 en la que, poniendo de manifiesto su discrepancia a la hora de celebrar el que las propias partes denominaban "contrato definitivo", decía textualmente: «*rechazo su propuesta económica transcrita en el documento de intenciones o contrato preparatorio firmado el día 3 de julio del mismo año, dejo resuelto el mencionado documento de intenciones o contrato preparatorio y les requiero para que designen la cuenta corriente donde se ha de ingresar la cantidad de 60.101 euros...*». Dicha resolución no fue aceptada por Finques La Garriga S.L. que contestó a la anterior carta con otra de 14 de noviembre siguiente mediante la cual rechazaba la resolución contractual que unilateralmente pretendía la parte contraria e insistía en el cumplimiento de lo convenido.

Como afirma la sentencia de esta Sala de 29 abril 1998 «*la resolución del contrato implica la ineficacia del mismo con efecto retroactivo y una de sus causas, la más frecuente, es el incumplimiento de la obligación esencial de una de las partes en caso de obligaciones bilaterales o recíprocas: se trata de un incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en que consiste la prestación, lo que significa incumplimiento propiamente dicho, no cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial (así, expresamente lo dice la Sentencia de 21 marzo 1994). Por otra parte, si se da este incumplimiento básico, que frustra el fin objetivo del contrato, no se produce automáticamente la resolución, sino que es preciso el acuerdo de ambas partes o que el sujeto cumplidor ejercite la acción y se declare en sentencia (así lo dice expresamente la Sentencia de 11 diciembre 1993, en un proceso de error judicial)*».

En el caso presente el recurrente no ejerció acción resolutoria alguna por lo que no podía pretender que el órgano judicial hiciera declaración en tal sentido y, en consecuencia, no puede ahora imputarle infracción de lo dispuesto por el artículo 1124 del Código Civil.

SEXTO.- Procede por ello la desestimación del presente recurso, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo de conformidad con lo establecido en los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Onesimo -fallecido y sustituido por sus herederos don Roberto y doña Isidora - contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª) de fecha 15 de febrero de 2005 en Rollo de Apelación nº 129/04, dimanante de autos de juicio ordinario número 129/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vic, en virtud de demanda interpuesta por **Finques La Garriga S.L.** contra el citado recurrente, la que **confirmamos** con imposición a dicha parte de las costas del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller**, 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.