

Roj: STS 1953/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100196  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 988/2009  
Nº de Resolución: 220/2012  
Procedimiento: Casación  
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Abril de dos mil doce.

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 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó en concepto de parte recurrente, el Procurador Sr. Vázquez Guillén, en nombre y representación de HABITAT SERINMO S.L.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- 1.- El Procurador D. Manuel Turmo Coderque, en nombre y representación de D. Joaquín y Dª Juana , interpuso demanda de juicio ordinario contra HABITAT SERINMO S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se condene a la demandada: a) a comparecer ante el notario de Zaragoza que por turno corresponda y en el plazo que al efecto se señale por el Juzgado, para otorgar, a su exclusivo cargo económico, y en condición de parte compradora, la correspondiente escritura pública de compraventa relativa al piso sito en C/ DIRECCION000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 de Zaragoza, junto con los vendedores D. Joaquín y Dª Juana , en las condiciones establecidas en el contrato privado suscrito entre las partes en fecha 22 de noviembre de 2006. b) a que, sin perjuicio de la forma de otorgamiento de la escritura pública solicitada supra, se condene a la demandada a abonar de forma conjunta a los demandantes en el acto de la firma de la escritura de compraventa a que se refiere el pedimento anterior, la suma de TRES CIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA EUROS (387.750 euros) correspondientes al precio de la compraventa fijado y que resta por pagar íntegramente. c) a abonar a los demandantes los intereses legales aplicados sobre la suma de 12.000 Euros desde el día 23 de Enero de 2008 hasta la fecha en que se produzca el pago del precio de la compraventa. d) a abonar a los demandantes los intereses legales aplicados sobre la suma de 375.750 Euros desde 23 de abril de 2008 hasta la fecha en que se produzca el efectivo pago del precio. e) y, con carácter subsidiario, para el supuesto de que la compradora se negare a otorgar la expresada escritura en la fecha que al efecto se señale por el Juzgado, se proceda por el Juez correspondiente, en ejecución de Sentencia, a otorgarla en representación de aquélla. Todo ello con expresa imposición de costas a la repetida demandada.

2.- La Procuradora Dña. Mª Pilar Bonet Perdigonés, en nombre y representación de HABITAT SERINMO, S.L., contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que *desestimando la demanda, absuelva a esta parte de todos los pedimentos de la actora, con expresa imposición de costas a la adversa.*

3 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo Sr. Magistrado- Juez de Primera Instancia nº 14 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 23 de julio de 2.008 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO** : *Que estimando la demanda planteada por la representación procesal de D. Joaquín y Dª Juana , contra la entidad mercantil Habitat Serinmo, S.L., debo condenar y condeno a ésta a que comparezca ante el Notario que por turno corresponda en el plazo de tres meses a contar desde la notificación de la presente resolución para otorgar, a su exclusivo cargo económico y*

en condición de parte compradora, la correspondiente escritura pública de compraventa respecto a la vivienda sita en c/ DIRECCION000 . NUM000 , NUM001 NUM002 de Zaragoza, con su correspondiente plaza de garaje, junto con los vendedores D. Joaquín y D<sup>a</sup> Juana en las condiciones establecidas en el contrato privado de 22 de noviembre de 2006 y abonándose en ese momento por la compradora la suma pactada de 387.750 euros. Se imponen las costas procesales causadas a la parte demandada.

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de HABITAT SERINMO, S.L., la Sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la demandada, entidad mercantil Habitat Serinmo, S.L., contra la sentencia de fecha 23 de Julio de 2.008 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número Catorce de los de esta Ciudad en los referidos autos de Juicio Ordinario núm. 176/08 , resolución que se confirma, imponiéndose las costas de esta alzada a la parte apelante.*

**TERCERO** .- **1.-** La Procuradora Dña. M<sup>a</sup> Pilar Bonet Perdigones, en nombre y representación de HABITAT SERINMO, S.L., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Al amparo del nº 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Infracción por inaplicación del artículo 1258 del Código civil . **SEGUNDO** .- Al amparo del nº 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Infracción por inaplicación del artículo 1124, en relación con el 1258 ambos del Código civil .

**2** .- Por Auto de fecha 6 de abril de 2010, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**3** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de marzo del 2012, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El proceso, hoy en casación ante esta Sala, se refiere a la calificación y aplicación del contrato de fecha 22 de noviembre de 2006 que las partes denominan "documento de encargo con compra garantizada". En el contrato los actuales demandantes en la instancia -don Joaquín y Doña Juana - encargan a la entidad demandada y recurrente en casación que hoy se denomina HABITAT SERINMO S.L.

*"que realice las gestiones necesarias para la venta del inmueble..."*

Se trata de un piso determinado y de una plaza de garaje. Es importante, realmente es el núcleo del proceso, el pacto segundo, que dice así en su primer párrafo:

*"el encargo tendrá el carácter de exclusiva, obligándose la parte vendedora a no vender por sí o por medio de terceros, el inmueble objeto del presente contrato por el plazo de nueve meses (prorrogado a catorce meses). "*

Pero en su segundo párrafo, se prevé que los vendedores vendan directamente el inmueble, en cuyo caso la entidad, que gira comercialmente con el nombre de "donpiso", percibirá sus honorarios. El pacto dice así:

*"el encargo de venta con carácter de exclusiva dará derecho a la compañía mercantil a percibir de la parte vendedora en concepto de indemnización por los gastos derivados de las gestiones de venta realizadas, una cantidad equivalente al importe fijado en concepto de honorarios, si durante el plazo de vigencia del presente contrato de exclusiva, se realizase la compraventa encargada sin la intervención de la compañía mercantil, o si la parte vendedora anulara unilateralmente esta exclusiva".*

Se determina el precio, distinguiendo el precio de venta, el IVA y los honorarios de "donpiso", quedando el precio cierto que percibirán los vendedores.

Si en el plazo fijado, no se lleva a efecto la venta, será esta empresa la que lo comprará; así lo expresa el pacto noveno:

*"NOVENO: transcurrido el plazo pactado en la condición segunda, sin haberse suscrito un contrato de arras por parte de la compañía mercantil, y salvo que los propietarios del inmueble decidan prorrogar la gestión de venta por sucesivos períodos de un mes o dejar sin efecto el presente contrato de intermediación,*

*la compañía mercantil garantiza la compra de la vivienda mediante la suscripción de un contrato privado de compraventa".*

La naturaleza jurídica del contrato no se ha discutido. Baste con decir que se trata de un contrato de mandato a término, por un plazo determinado, en el que la sociedad mandataria se obliga al acto jurídico de concertar un contrato de compraventa, mandato no representativo, por lo que la compraventa la celebrarán los vendedores, mandantes, con los que sean los compradores. Mandato con un plazo y se prevé un precontrato bilateral de compraventa en el caso -verdadera condición negativa suspensiva- de que no llegue a tener efectividad el mandato. Contrato de mandato, definido en el artículo 1709 del Código civil y aclarado su objeto por la doctrina en el sentido de entender que "*prestar algún servicio o hacer alguna cosa*" viene referido a actos jurídicos (como dicen las sentencias de 27 de noviembre de 1992, 21 de diciembre de 1992 y 26 de marzo de 2007). Y si este mandato se extingue por el transcurso del plazo señalado, sin que haya conseguido su finalidad (el contrato de compraventa) se aplica el precontrato bilateral de compraventa, por el cual, aquel mandante viene obligado, si así se lo reclama el mandatario, a celebrar el contrato de compraventa, por haberse cumplido la condición.

**SEGUNDO** .- Llegado el plazo fijado -catorce meses desde la firma del contrato de mandato- la sociedad mandataria no había conseguido cumplir el encargo: *prestar algún servicio*, dice el artículo 1709; realizar el *acto jurídico*, añaden doctrina y jurisprudencia. Por lo cual, conforme al pacto noveno, que ha sido transcrito, los vendedores dejaron sin efecto el contrato de mandato y optaron por ejercitar y poner en vigor el contrato de compraventa ya que, como dice el pacto "*la compañía mercantil garantiza la compra de la vivienda mediante la suscripción de un contrato privado de compraventa*".

Al a requerir a tal efecto a dicha "compañía mercantil", ésta se negó alegando que los vendedores habían incumplido el pacto de exclusiva que también ha sido transcrito, al ofertar directamente por internet la venta del piso.

Consecuencia de ello, tales vendedores formularon la demanda que es la rectora del presente proceso, hoy en casación ante esta Sala, en la que simplemente interesaron que se cumpliera lo pactado, es decir, se pusiera en vigor el precontrato bilateral de compraventa, lo que implica la condena a la sociedad demandada a que otorgue escritura pública de compraventa del piso y plaza de garaje por el precio cierto fijado en el contrato. Lo cual fue efectivamente acordado por la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número catorce de Zaragoza, de 23 de julio de 2008 que fue íntegramente confirmada por la dictada por la Audiencia Provincial, Sección 4ª, de la misma ciudad. En ambas sentencias se hace hincapié en el pacto de exclusividad y se afirma que los vendedores lo respetaron, ya que el contrato de mandato no incluía la prohibición de publicidad directa por los mandantes; no se ha acreditado que esta publicidad produjera efectos negativos para la labor de gestión de venta a que se había obligado la sociedad mandataria. Esta había destacado que se había acompañado al contrato un documento publicitario que contenía un apartado de "lo que no debe hacer si quiere vender su vivienda" y en el mismo consta, entre otros extremos, que no debe "anunciarlo por su cuenta". Las sentencias de instancia han negado que constituyera un incumplimiento del contrato ya que ello no figuraba en el mismo, sino que era "un simple consejo".

La sociedad mandataria, ahora compradora, ha formulado recurso de casación, en dos motivos, que plantean la misma cuestión, que no es otra que mantener el incumplimiento de la parte demandante, conforme al principio de buena fe que proclama el artículo 1258 del Código civil respecto a las obligaciones nacidas del contrato (motivo primero) y, asimismo, mantener la *exceptio non adimpleti contractus* para evitar el cumplimiento que, al amparo del artículo 1124 del Código civil pretende la parte contraria.

**TERCERO** .- El *recurso de casación* que ha interpuesto HABITAT SERINMO S.L., con el nombre comercial de "donpiso", contiene, como se ha dicho, dos motivos con el mismo planteamiento, aunque desde distinto punto de vista: es el incumplimiento del contrato por los demandantes en la instancia.

El motivo primero denuncia la infracción del artículo 1258 del Código civil. Parte del contenido del contrato, que realmente nadie discute y de los hechos, que tampoco se discuten. Lo que realmente se cuestiona es si los mandantes (vendedores) cumplieron o no el pacto de exclusiva y en el desarrollo del motivo se afirma que en aplicación de la norma contenida en el artículo 1258 del Código civil que proclama la buena fe como norma integradora del contrato, se debe extender las obligaciones derivadas del contrato respecto a los mandantes, a no realizar aquellos actos tendentes a una conducta expresamente prohibida en el contrato.

El motivo se desestima porque no aparece violación del principio de buena fe en el cumplimiento del contrato:

\* no es un tema de interpretación del contrato, como se apunta en el comienzo del desarrollo del motivo, sino de calificar la conducta de los mandantes, sobre si contravienen o no el principio de buena fe;

\* es cierta la publicidad de la venta del piso a través de internet que hicieron éstos, pero no se llegó a producir la venta;

\* no estaba prohibida la publicidad en el contrato que sí hubiera podido preverse y su referencia en el documento que entregó "donpiso" que sí menciona el no anunciar por su cuenta, no consta aceptado por los vendedores y no aparece como contrato, ni forma parte del mismo, ni impone obligación que deban cumplirse como *lex contractus*, ni pueden calificarse como pactos contractuales, *pacta sunt servanda*;

\* tal publicidad en internet no consta probado (ni siquiera se ha intentado su prueba) que produjera perjuicios o efectos negativos en la gestión, cumplimiento del contrato de mandato; incluso las ofertas anunciadas en internet tras la fecha del contrato eran por precio superior;

\* en el contrato, en el pacto segundo, segundo párrafo, se prevé la posibilidad de que los futuros vendedores vendan directamente, por sí mismos y prescindiendo (podría decirse: "puenteándole") del mandatario, en cuyo caso éste cobraría los mismos honorarios que si se hubiera vendido por su gestión.

En definitiva, no se ha incumplido el pacto de exclusividad contenido en el contrato, ni siquiera sus consecuencias derivadas del principio de la buena fe proclamado por el artículo 1258 del Código civil . Ni tampoco la sociedad recurrente ha intentado la prueba de la mala fe de los vendedores (por ejemplo, probando su intento de venta directa).

**CUARTO** .- El motivo segundo del recurso de casación, formulado, como el anterior, al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1124 del Código civil respecto a la excepción de *non rite adimpleti contractus* , en relación con el 1258 del mismo código. El planteamiento del motivo es impecable: en las obligaciones recíprocas -como el contrato de autos- sólo está legitimado para exigir el cumplimiento o la resolución, conforme al artículo 1124, el contratante que haya cumplido su respectiva obligación y en el presente caso -según se afirma en el motivo- la parte vendedora (mandantes) no cumplieron su obligación de exclusividad porque realizaron ofertas de venta durante el plazo en que ésta se hallaba vigente.

Ciertamente, sólo está legitimado para exigir el cumplimiento o la resolución ex artículo 1124 del Código civil aquella de las partes que, en obligaciones recíprocas, ha cumplido la suya. En el presente caso, han afirmado las sentencias de instancia y ha mantenido esta Sala al rechazar el motivo anterior, que la parte vendedora, durante la vigencia del mandato, ha cumplido, es decir, no ha incurrido en incumplimiento alguno, pues no ha quebrantado el pacto de exclusividad al anunciar la venta y, además, como se ha dicho, está previsto expresamente la venta directa por los vendedores (lo que no se produjo, por cierto).

Por ello, se desestima este motivo, al igual que el anterior, por lo que se declara no haber lugar al recurso de casación, con la condena en costas que impone el artículo 398 .1 en su remisión al 394 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## FALLAMOS

1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por la representación procesal de HABITAT SERINMO S.L., contra la sentencia dictada la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 18 de marzo de 2009 que SE CONFIRMA.

2.- Se imponen las costas a esta parte recurrente.

3.- Librese a la mencionada Audiencia 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 .- Juan Antonio Xiol Rios Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas Roman Garcia Varela **Xavier O'Callaghan Muñoz** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.