



Roj: STS 7940/2012
Id Cendoj: 28079110012012100691
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 7/2010
Nº de Resolución: 755/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre 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 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 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. Jerez Fernández en nombre y representación de "G-125, S.L."; siendo parte recurrida el Procurador D. Antonio Sánchez-Jáuregui Alcaide en nombre y representación de DON Juan Ramón y DON Ángel Daniel .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora Dª Aurelia García-Valdecasas Luque, en nombre y representación de la mercantil G-125, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra DON Juan Ramón y DON Ángel Daniel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *se condene a los demandados a pagar a mi representada la cantidad de 300.000 (trescientos mil) euros, más los intereses desde el momento de la demanda, con expresa condena en costas a los demandados.*

2.- La Procuradora Dª Julia Domingo Santos en la representación de DON Juan Ramón y DON Ángel Daniel , 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 se declare no haber lugar a la demanda deducida frente a mis representados y se absuelva a los mismos de los pedimentos contenidos en aquella, con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a la parte actora.*

3 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Granada, dictó sentencia con fecha 11 de diciembre de 2008 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO** : *Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Dª Aurelia García-Valdecasas Luque, en nombre y representación de la mercantil G-125, S.L., contra DON Juan Ramón y DON Ángel Daniel , debo de condenar y condeno a los referidos demandados a que abonen a la actora la suma de SESENTA MIL EUROS (60.000 #), más los intereses legales desde la fecha de esta resolución, sin efectuar especial pronunciamiento en materia de costas*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de DON Juan Ramón y DON Ángel Daniel , la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 25 de septiembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**: *Que estimando el recurso de apelación formulado por la Procuradora Dª Julia Domingo Santos en la representación de DON Juan Ramón y DON Ángel Daniel contra la sentencia de once de diciembre de dos mil ocho dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº Once de Granada en autos de juicio ordinario número 639/08 de los que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y desestimando la demanda debemos absolver y absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a ellos deducidas con imposición al actor de las costas de la instancia y sin hacer imposición de las de esta alzada.*

TERCERO .- 1.- El Procurador D. Antonio Sánchez-Jáuregui Alcaide en nombre y representación de DON Juan Ramón y DON Ángel Daniel , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: UNICO .-** Infracción del artículo 1155 del Código civil .

2 .- Por Auto de fecha 13 de julio 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 .- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Antonio Sánchez-Jáuregui Alcaide en nombre y representación de DON Juan Ramón y DON Ángel Daniel , presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de noviembre del 2012, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- Todo el proceso, que ahora se halla en casación, parte del precontrato de opción, de 13 diciembre 2002, por el que la parte concedente -los hermanos don Juan Ramón y don Ángel Daniel - tiene el deber jurídico de poner en vigor el contrato proyectado y la parte optante -G-125, S.L.- tiene el derecho a exigir el cumplimiento; todo ello dentro de un plazo, pasado el cual el precontrato queda extinguido.

Dicho precontrato de opción, de autos, tiene caracteres específicos, aunque el concepto no varía. Tal como dice la sentencia de 21 noviembre 2000 , *"implica la concesión por una parte a la otra de la facultad exclusiva de decidir la celebración o no del contrato principal de compraventa"* ; en el mismo sentido, sentencias de 5 junio 2003 y 3 abril 2006 . Otras muchas sentencias se han dictado sobre la opción de compra: 23 abril 2010 , 7 mayo 2010 , 1 de diciembre de 2011 .

Mencionados los sujetos -concedente y optante- que son las partes litigantes -la primera los demandados y la segunda la sociedad optante-, el objeto es la *"totalidad de laparcela"* (cláusula primera, tercer párrafo) con detallada descripción de las fincas que la componen; el precio no lo hay para la opción y está determinado para la realización del contrato definitivo, el proyectado. El contenido es también específico: la concedente *"se compromete a vender, o a vender y permutar"* y la sociedad optante tiene *"el derecho a decidir unilateralmente la celebración del contrato de compraventa o de compraventa y permuta"* (la misma cláusula primera, los dos primeros párrafos). El plazo es de *"un año, improrrogable, a partir de la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias de Illora (Granada)"* (la misma cláusula primera, segundo párrafo, segundo inciso). La forma del ejercicio (cláusula segunda), dentro del año de la aprobación definitiva de las NNSS, el optante comunicará al concedente *"su propósito de formalizar la correspondiente escritura de compraventa o compraventa y permuta"*. La caducidad se prevé expresamente (cláusula sexta) por el transcurso del plazo fijado, un año, a partir del *dies a quo*.

La cláusula penal, cuyo cumplimiento es el objeto de la presente casación (cláusula quinta), es de 300.000 # si la concedente no formaliza la/s escritura/s correspondientes tras ser requerida. El texto completo de la cláusula penal (contenida en la cláusula quinta) es el siguiente:

"Se pacta cláusula penal a favor de la optante, la cantidad de 300.000 # para el caso de que la concedente no formalizara la/s escritura/s correspondiente/s habiendo sido requerida para ello fehacientemente. Dicha cláusula penal será compatible con cualquier otra indemnización por daños y perjuicios que procediera.

Dentro del período de vigencia de la opción, la optante podrá requerir a la propietaria concedente para otorgar escritura de la presente opción a fin de proceder a su inscripción registral, corriendo a cargo de la optante los gastos notariales y registrales generados.

Tras ser requerida para ello la propietaria concedente dispondrá en el plazo de 15 días de la documentación necesaria para otorgar escritura pública del derecho de opción aquí pactado, a fin de que sea inscrito en el Registro de la Propiedad competente, fijando como penalidad, para la propietaria concedente, la anterior cantidad si incumpliere el requerimiento expresado por la optante de inscripción registral del derecho de opción pactado."

Se tardó más de dos años sin que se aprobaran las normas subsidiarias de Illora. Así, los concedentes -hermanos Juan Ramón Ángel Daniel - notificaron notarialmente por acta del 15 marzo 2005 a la sociedad optante -G 125, S.L.- *"la resolución tácita del contrato de opción de compra celebrado el 13 diciembre 2002,*

en virtud de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código civil y demás concordantes, por haber devenido imposible el cumplimiento de la obligación". A ello se opuso la sociedad optante. Dos días después, el 17 marzo 2005, se aprobaron aquellas normas. Dicha sociedad optante, por acta notarial de 27 octubre 2005 requirió a los concedentes para que en el plazo de 15 días otorgaran escritura del precontrato de opción para su inscripción en el Registro de la Propiedad, con apercibimiento de reclamación de la cláusula penal pactada a tal efecto; asimismo se les hace saber que "recibirán requerimiento y comunicación en la que se expresará el deseo de la optante... de ejercitar su derecho en sus propios términos, lo que será verificado más adelante y siempre dentro del plazo contractual acordado". La parte concedente rechazó este requerimiento, alegando una nulidad del precontrato de opción. El 18 abril de 2006 la misma sociedad optante G- 125, S.L. promovió acta de notificación y requerimiento a los concedente de la opción requiriéndoles *al pago de la cláusula penal* y reiterando el deseo de formalizar la correspondiente escritura de compraventa y permuta... *ejercitando así su derecho de opción*.

Consecuencia de ello, la sociedad optante G-125, S.L. formuló demanda frente a los hermanos concedentes de la opción exigiéndoles el pago de la cantidad objeto de la cláusula penal (300.000 #), por entender que se cumplía el presupuesto de la cláusula quinta del precontrato de 13 diciembre 2002.

La sentencia del Juzgado número 11 de Granada, de 11 diciembre 2008 entendió que había caducado el ejercicio del derecho de opción, pese a lo cual aceptó la aplicación de la cláusula penal, la moderó conforme a la facultad que concede el artículo 1154 del Código civil y condenó a los demandados al pago de 60.000 #.

La sentencia de 25 septiembre 2009 dictada en trámite de apelación por la Audiencia Provincial, Sección 5ª, de Granada revocó la anterior y desestimó la demanda, ya que la opción fue dejada caducar por la sociedad optante y dejó extinguirse su derecho a ejercitar la opción y a reclamar la cláusula penal.

Por lo cual, esa sociedad formuló el presente recurso de casación, con un motivo único en el que alega la infracción del artículo 1155 del Código civil y plantea, exclusivamente el tema de la caducidad del ejercicio del derecho de opción en relación con la vigencia de la cláusula penal.

2.- La transcrita cláusula quinta prevé la *cláusula penal* para dos supuestos: a) si se la requiere para otorgar la *escritura del propio precontrato de opción* y no la otorga en el plazo de 15 días; b) si se la requiere para otorgar la *escritura del contrato proyectado* -compra-venta o compraventa y permuta- y no la otorga habiendo sido requerida para ello.

La demanda de la sociedad optante no tiene más objeto que la reclamación de la cláusula penal.

No es baldío recordar las fechas:

* precontrato de opción: 13 diciembre 2002.

* requerimiento de resolución (por imposibilidad) de los concedentes: 15 marzo 2005.

* aprobación normas (comienza el *dies a quo*): 17 marzo 2005.

* requerimiento de la optante para otorgar escritura del precontrato opción, que rechazan los concedentes: 27 octubre 2005.

* requerimiento al pago de la cláusula penal y ejercicio de la opción: 18 abril 2006 (un día después del plazo); esta es la esencia del recurso de casación.

SEGUNDO .- **1.-** La *caducidad* es un concepto nacido a principios del siglo XX en la doctrina alemana y de ella pasó a estudios monográficos en España y décadas más tarde, a toda la doctrina; tal como recuerda la sentencia de 12 febrero 1996, este concepto entró en la jurisprudencia a partir de la sentencia de 30 abril 1940, que dice que *genera decadencia del derecho en forma automática* o, como dice la de 12 junio 1997, *modo de extinción de un derecho por el mero transcurso del tiempo* o, la de 10 julio 1999, *término en donde fenece por el transcurso del tiempo señalado para ejercitar una acción*. Es decir, como conclusión, es el modo de extinción del derecho por el mero transcurso del tiempo.

Este derecho que caduca, se extingue con eficacia retroactiva, como si nunca hubiera existido. Lo cual tiene importancia en el presente caso. El derecho de opción, derivado del precontrato de opción de 13 diciembre 2002, se extinguió por caducidad, retroactivamente a la fecha en que nació el derecho, 17 marzo 2005. Distinto es el caso de la cláusula penal.

2.- La *cláusula penal* es la que establece una sanción como obligación accesoria condicional; *promesa accesoria y condicional que se incorpora a la obligación principal con doble función reparadora y punitiva*, la

define la sentencia de 2 octubre del 2001 y añade la del 2 julio 2010 que *tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios...*

La cláusula penal de 300.000 # en el caso presente tiene una doble función: la primera, sancionar al concedente de la opción si no cumple la obligación pactada de otorgar la ESCRITURA PÚBLICA DEL DERECHO DE OPCIÓN y, como segunda, sancionar al concedente si no formaliza LA/S ESCRITURA/S CORRESPONDIENTE/S habiendo sido requerida para ello; se trata de las escrituras de compraventa o de compraventa y permuta en caso de ejercicio del derecho de opción. Este último fue dejado caducar: no hay derecho de opción, ni se ha reclamado en la presente demanda el mismo; pero sí fue incumplida la obligación de escriturar, no el contrato definitivo, sino el propio precontrato de opción, para poder inscribirlo en el Registro de la Propiedad y quedar asegurado el mismo.

TERCERO .- 1.- La Sentencia de la Audiencia Provincial, objeto del presente recurso de casación, se pronuncia rotundamente en el sentido de, con referencia a la caducidad de la opción, *"al no ejercitarse por la entidad optante dentro del plazo pactado de un año (lo que es cierto), lo que comporta la imposibilidad de aplicar la cláusula penal"* (lo que no es cierto). Lo cual lo remacha cuando añade:

"Es patente que, siendo ineficaz el contrato por haberlo dejado caducar el optante, todo él es ineficaz, y por tanto todas sus cláusulas, incluidas las que se pretenden aplicar en el caso de autos, cuanto más que esa ineficacia es imputable al actor por dejar voluntariamente extinguirse su derecho a ejercitar la opción dentro del plazo contractualmente pactado".

2.- El recurso de casación de la sociedad optante, demandante en la instancia, contiene un motivo único que se funda en la infracción del artículo 1155, segundo párrafo, del Código civil que dispone:

"La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal."

Cuyo artículo no es citado expresamente por la sentencia recurrida (en realidad, el único artículo que cita del Código civil es el 1154, cuya moderación de la pena no tiene sentido), pero es claro que constituye la base de la desestimación de la demanda.

3.- Sin embargo, el error en este planteamiento es doble. En primer lugar, el concepto de nulidad, al que pueden asimilarse la inexistencia (caso de simulación absoluta) o la anulabilidad (caso de error o dolo) no puede mezclarse con el concepto de ineficacia y la caducidad es un claro ejemplo de extinción del derecho el cual nunca se anula, sino que queda ineficaz. En segundo lugar, la cláusula penal que ahora se reclama no está ligada al ejercicio del derecho de opción, que se dejó caducar y quedó ineficaz, sino al incumplimiento de la obligación pactada de elevar a escritura pública el precontrato de opción, de 13 diciembre 2002; la cual es una obligación autónoma, pactada libremente al amparo del principio de autonomía de la voluntad, que proclama el artículo 1255 del Código civil de cumplimiento inexorable, en virtud de la *lex contractus* que consagra el artículo 1091 del mismo cuerpo legal .

4.- Consecuencia de lo anterior es la estimación del motivo único del recurso de casación. La sentencia de la Audiencia Provincial que desestima la demanda, ha infringido el artículo 1155 del Código civil al entender que la ineficacia por caducidad del derecho de opción, provocaba la nulidad de la obligación accesoria de cláusula penal reclamada por el incumplimiento no del derecho de opción, sino de la falta de otorgamiento de la escritura pública del precontrato de opción.

Al estimar el recurso de casación, esta Sala asume la instancia y, en consonancia con lo expuesto hasta ahora, procede estimar la demanda condenando a los demandados a pagar a la sociedad demandante la cantidad de 300.000 #, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, y los mismos, elevados en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia.

En cuanto a las costas, se imponen las de primera instancia a la parte demandada; no se hace imposición de las de segunda instancia, ni tampoco las del presente recurso de casación. Todo conforme a los artículos 398 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

1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "G-I25, S.L." contra la sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, en fecha 25 de septiembre de 2009 que se CASA y ANULA.



2.- En su lugar, debemos estimar y estimamos la demanda formulada por el mencionado recurrente y condenamos a los demandados DON Juan Ramón y DON Ángel Daniel a abonarle la cantidad de 300.000 #, con los intereses legales desde la formulación de la demanda y los mismos elevados en dos puntos desde la fecha de esta sentencia.

3.- En cuanto a las costas, se imponen las de primera instancia a la parte demandada y no se hace imposición en costas en la segunda instancia, ni en las del presente recurso de casación.

4.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos 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 .- Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ