



Roj: **STS 308/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:308**

Id Cendoj: **28079110012020100079**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/02/2020**

Nº de Recurso: **2680/2017**

Nº de Resolución: **67/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 621/2017,**
STS 308/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 67/2020

Fecha de sentencia: 03/02/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2680/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA SECCIÓN 3.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: IS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2680/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 67/2020

Excmos. Sres.

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. **Juan María Díaz Fraile**

En Madrid, a 3 de febrero de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 108, de 12 de abril de 2017, dictada en grado de apelación por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 457/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Inca, sobre acción derivada del contrato de **opción de compra**.

Es parte recurrente D.ª Gabriela , representada por la procuradora D.ª Nuria Chamorro Palacios y bajo la dirección letrada de D.ª Patricia Pizá Noguera.

Son parte recurrida D. Prudencio , D.ª Hortensia y D.ª Inocencia , representados por el procurador D. Francisco José Abajo Abril y bajo la dirección letrada de D. Felip Amengual Mañas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Ana Ferriol Jaume, en nombre y representación de D. Prudencio , el cual actúa, a su vez, en nombre y representación de sus dos hijas, D.ª Hortensia y D.ª Inocencia interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Gabriela , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

"estimando la demanda, se condene a D.ª Gabriela a pagar la cantidad de DOCE MIL EUROS, //12.000// €, a mi representado, más el interés legal desde la fecha de la demanda y con expresa imposición de las costas del procedimiento a la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 1 de julio de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Inca, fue registrada con el n.º 457/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Nuria Chamorro Palacios, en representación de D.ª Gabriela , contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Inca dictó sentencia n.º 110/2016, de 26 de mayo de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Ana María Ferriol Jaume, actuando en nombre y representación de Prudencio , Hortensia Y Inocencia , contra Gabriela , representados (sic) por la Procuradora de los Tribunales Sra. Nuria Chamorro Palacios, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a doña Gabriela de cuantas pretensiones eran deducidas contra ella, con expresa imposición de costas a los actores".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Prudencio , D.ª Hortensia y D.ª Inocencia . La representación de D.ª Gabriela se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 523/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 108, de 12 de abril de 2017, cuyo fallo dispone:

"1º.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Ana María Ferriol Jaume, en nombre y representación de don Prudencio , doña Hortensia y doña Inocencia , contra la sentencia dictada el día 26 de mayo de 2016 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Inca, en el juicio ordinario del que el presente rollo dimana.

"2º.- Se revoca y deja sin efecto dicha resolución.

"3º.- Se estima la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales doña Ana María Ferriol Jaume, en nombre y representación de don Prudencio , doña Hortensia y doña Inocencia , contra doña Gabriela , a quien se condena a abonar a los actores la suma de 12.000 € más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

"4º.- Se condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia.

"5º.- No se hace pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

"6º.- Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir".

3.- En fecha 26 de abril de 2017 se dictó auto de rectificación de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"[...] Igualmente en el fallo donde dice: "1º Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Ana María Ferriol Jaume, en nombre y representación de don Prudencio, doña Hortensia y doña Inocencia, ..." debe decir: "1º Se estima el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Ana María Ferriol Jaume, en nombre y representación de don Prudencio, doña Hortensia y doña Inocencia, ...".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- La procuradora D.ª Nuria Chamorro Palacios, en representación de D.ª Gabriela, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Al amparo del artículo 477.2.3º LEC. Por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa al necesario ejercicio de la **opción** por parte del optante para que se produzca la perfección del contrato de compraventa y la obligación de cumplimiento por parte del concedente. Infracción del artículo 1.281 del Código Civil sobre interpretación de los contratos".

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 5 de junio de 2019, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D. Prudencio, D.ª Hortensia y D.ª Inocencia se opusieron al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de enero de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.- El 29 de septiembre de 2014, D.ª Gabriela, como concedente u optataria, y D. Prudencio, actuando en representación de D.ª Hortensia y D.ª Inocencia, como optantes, suscribieron un documento privado por el que la primera concedía a las Sras. Prudencio Hortensia Inocencia un derecho de **opción de compra** sobre determinado bien inmueble (finca registral nº NUM000 de Santa Margalida, Registro de la Propiedad de Inca nº1).

Entre las cláusulas del contrato se incluían, en lo que ahora interesa, las siguientes:

"CLÁUSULAS: [...]"

SEGUNDA: El precio de la **opción** se fija en la suma de SEIS MIL EUROS (6000 €) pagaderos a la firma de este contrato, sirviendo el mismo de la más eficaz carta de pago.

TERCERA: En caso de ejercitarse la **OPCIÓN DE COMPRA**, las condiciones de la COMPRAVENTA, serán las siguientes:

a) El precio total de la compraventa será de CIENTO CINCO MIL EUROS (105.000 €), de los que se descontarán la cantidad entregada en concepto de **OPCIÓN DE COMPRA** y que se abonarán el día de la firma de la ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA, a favor de la persona física o jurídica que la parte compradora designe, otorgamiento que tendrá lugar (D.M.) el día 30 de noviembre de 2014 o anteriores. [...]

d) Según afirma la parte vendedora de la referente finca se halla gravada con un préstamo hipotecario a favor de la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO.

Ambas partes estipulan que en el momento de elevarse el referido contrato de compraventa a escritura pública el vendedor deberá haber cancelado el préstamo hipotecario descrito, con lo cual los compradores adquirirán el inmueble libre de cargas o gravámenes.



e) La vivienda objeto de este contrato se entregará libre de cargas y gravámenes, desarrendada y desocupada y al corriente de los pagos de contribución urbana o cualquier gasto o impuestos ocasionados anteriormente a la firma de la ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA.

e) (sic) En caso de no elevarse a escritura pública en la fecha prevista o anteriormente, por motivo concernientes (sic) a la parte compradora, esta renuncia expresamente a la cantidad pagada en la firma de este contrato.

f) Si no se eleva a escritura pública por causa de la parte vendedora esta devolverá la misma cantidad por duplicado. [...]."

2.- Los Sres. Prudencio Hortensia Inocencia interpusieron demanda contra la Sra. Gabriela , interesando sentencia por la que se condene a la demandada a pagar la cantidad de doce mil euros, más el interés legal desde la fecha de la demanda, con expresa imposición de las costas.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar, en síntesis, que la actora no había acreditado los hechos en que se fundaba su demanda, y concluía que ni el Sr. Prudencio , en nombre de sus hijas, ni el intermediario a quien había encomendado la gestión de la **compra**, en nombre de su cliente, "han comunicado su voluntad de una manera fehaciente o tácita a la demandada de querer ejercitar dicha **opción de compra** que tampoco consta prorrogada, por lo que, llegado el día 30/11/2014 sin que dicha **opción de compra** fuera ejercitada, ésta ha caducado y, por tanto, las optantes pierden su derecho a la devolución de la prima, siendo indiferente si en ese momento estaba o no cancelada la carga existente sobre la vivienda, puesto que lo verdaderamente importante es que la parte actora no ejercitó dicha **opción de compra** y, por tanto, la dejó caducar".

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los Sres. Prudencio Hortensia Inocencia , la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación al considerar que la demandada había incurrido en incumplimiento contractual pues, aun admitiendo que "no está probado que la vendedora fuese expresamente convocada a la notaría el 30 de noviembre de 2014, y que por tanto no se ha demostrado que la demandada incumpliese su obligación de comparecer para otorgar la escritura de compraventa, sí ha quedado plenamente acreditado, por haberlo reconocido la demandada al ser interrogada, en coincidencia con todos los testigos [...], que en la fecha fijada la hipoteca no se había cancelado". De tales hechos concluía la Audiencia que "la demandada se hallaba incurso en ese momento en incumplimiento, por lo que la firma de la escritura, aunque hubiese sido requerida la compradora (sic) a tal efecto, no hubiese sido posible". Tras dicha conclusión añadía la Audiencia el siguiente argumento de refuerzo: "La propia Sra. Gabriela reconoció, en efecto, que la abogada de la inmobiliaria se puso en contacto con ella para recabarle la devolución de la primera (sic) porque el banco no aceptaba la cancelación de la hipoteca".

SEGUNDO.- Recurso de casación. Motivo único. Opción de compra. Incumplimiento contractual.

1. *Formulación del motivo.* En el único motivo de casación, formulado al amparo del artículo 477. 2.3º LEC, se denuncia la infracción del artículo 1.281 CC sobre interpretación de los contratos, en relación con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativo al necesario ejercicio de la **opción** por parte del optante para que se produzca la perfección del contrato de compraventa y la obligación de cumplimiento por parte del concedente (SSTS 543/2008, de 17 de junio y 607/2009, de 22 de septiembre).

En el desarrollo del motivo se aduce que el tenor literal del contrato de **opción** es claro, pues no se estableció en el mismo en ningún momento que la demandada debía cancelar la carga de la hipoteca en cualquier caso, sino que dicha obligación se limitaba al caso de que el optante ejercitase el derecho de **opción**, entendiéndose que no hay motivo alguno para apartarse de la interpretación del contrato que resulta de su propia literalidad, y que en el caso de la Litis no se ha acreditado que la parte optante ejercitara el derecho de **opción**.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo.*

2.1. La cuestión controvertida.

La cuestión controvertida en el presente recurso gira en torno a la interpretación de la cláusula tercera del contrato litigioso, y a la eventual infracción de las reglas hermenéuticas contenidas en el art. 1281 del CC, en relación con los efectos propios del contrato de **opción de compra**, por un lado, y los que corresponden al contrato de compraventa, por otro, en caso de que por ejercicio de la facultad que el primero atribuye al optante se perfeccione el segundo, que es la materia a la que se refieren las dos sentencias citadas en el motivo como infringidas.

Establece la referida estipulación contractual, en lo que ahora interesa, lo siguiente:



"TERCERA: En caso de ejercitarse la **OPCIÓN DE COMPRA**, las condiciones de la COMPRAVENTA, serán las siguientes:

a) El precio total de la compraventa será de CIENTO CINCO MIL EUROS (105.000 €), de los que se descontarán la cantidad entregada en concepto de **OPCIÓN DE COMPRA** y que se abonarán el día de la firma de la ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA, a favor de la persona física o jurídica que la parte compradora designe, otorgamiento que tendrá lugar (D.M.) el día 30 de noviembre de 2014 o anteriores. [...]

d) Según afirma la parte vendedora de la referente finca se halla gravada con un préstamo hipotecario a favor de la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO.

Ambas partes estipulan que en el momento de elevarse el referido contrato de compraventa a escritura pública el vendedor deberá haber cancelado el préstamo hipotecario descrito, con lo cual los compradores adquirirán el inmueble libre de cargas o gravámenes.

e) La vivienda objeto de este contrato se entregará libre de cargas y gravámenes, desarrendada y desocupada y al corriente de los pagos de contribución urbana o cualquier gasto o impuestos ocasionados anteriormente a la firma de la ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA.

e) (sic) En caso de no elevarse a escritura pública en la fecha prevista o anteriormente, por motivo concernientes (sic) a la parte compradora, esta renuncia expresamente a la cantidad pagada en la firma de este contrato.

f) Si no se eleva a escritura pública por causa de la parte vendedora esta devolverá la misma cantidad por duplicado. [...]"

La Audiencia Provincial consideró que el concedente, promitente u optatario había incumplido el contrato por cuanto en la fecha del vencimiento del plazo convenido para el ejercicio de la **opción** no había cumplido la obligación de cancelar la carga hipotecaria que gravaba la finca, obligación que asumió el concedente al pactarse que "en el momento de elevarse el referido contrato de compraventa a escritura pública el vendedor deberá haber cancelado el préstamo hipotecario descrito, con lo cual los compradores adquirirán el inmueble libre de cargas o gravámenes".

El recurrente alega como argumento de refutación de tal conclusión que la obligación de cancelar el gravamen hipotecario se condicionaba al previo ejercicio del derecho de **opción** por el optante, según resulta literalmente del primer inciso de la referida cláusula tercera, conforme al cual "En caso de ejercitarse la **OPCIÓN DE COMPRA**, las condiciones de la COMPRAVENTA, serán las siguientes: [...]", presupuesto que - según afirma - no llegó a materializarse.

2.2. Interpretación de los contratos en el recurso de casación.

A fin de analizar las tesis en conflicto, debemos partir de dos consideraciones previas, que ya hemos recordado en otras ocasiones anteriores (vid. por todas, Sentencia 196/2015, de 17 de abril). La primera se refiere al alcance de la revisión en casación de la interpretación de los contratos realizada en la instancia: la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, y la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (Sentencias 524/2013, de 23 de julio, y 252/2014, de 14 de mayo).

Por ello, como afirmamos en la Sentencia 480/2010 de 13 julio:

"la revisión de la interpretación contractual llevada a cabo en la instancia debe considerarse excepcional en el ámbito del recurso de casación, ya que la función del recurso extraordinario no es la de una tercera instancia que, frente al resultado de las anteriores, permitiera al tribunal adoptar una nueva posición que pudiera estimar más adecuada a la hora de establecer cuál fue la verdadera intención de los contratantes expresada en el contrato, sino por el contrario examinar si las conclusiones obtenidas en la instancia resultan insostenibles por opuestas a la voluntad de los contratantes expresada en el convenio alcanzado; lo que comporta un examen de cumplimiento de las normas que orientan dicha función, no para constatar la posibilidad de que la aplicación de tales normas pudiera simplemente conducir a otros resultados -lo que, normalmente, será posible- sino para determinar si las conclusiones obtenidas quedan notoriamente fuera del ámbito de lo acordado por las partes."

La segunda consideración previa versa sobre el sentido de las reglas legales de interpretación de los contratos, de conformidad con la finalidad de la interpretación, tal y como se viene entendiendo por la jurisprudencia (Sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 27/2015, de 29 de enero).

El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta,



necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

No obstante, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato.

Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC ("si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas").

Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282- 1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

En este caso el recurrente considera infringido el art. 1.281 CC al no haber atendido la Audiencia Provincial al criterio de la literalidad del contrato, como dispone dicho precepto, al imputar a aquél el incumplimiento de una obligación que no llegó a nacer al haber transcurrido el plazo de caducidad del derecho de **opción** sin que llegase ser ejercitado por su titular.

Finalmente conviene aclarar, como afirmamos en la sentencia 690/2014, de 9 de diciembre, que de lo dispuesto en el Código Civil no resulta la prevalencia de la literalidad del contrato sobre la voluntad de las partes, pues "la lectura del artículo 1281 CC conduce necesariamente a la conclusión contraria, pues según dicha norma sólo se estará al sentido literal de las cláusulas cuando los términos del contrato sean claros y no dejen duda sobre la intención de los contratantes, añadiéndose que "si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas"; lo que pone de manifiesto que es la intención de las partes y no la literalidad del contrato el elemento de interpretación prevalente.

La sentencia de 30 octubre 2002 afirma:

"[...] la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que aunque haya de partirse de las expresiones escritas, la interpretación de la relación creada no puede anclarse en su sentido riguroso o gramatical y ha de indagarse la intencionalidad, es decir lo que en realidad quisieron las partes al contratar (Sentencia de 21-4-1993, que cita las de 20-4-1944 y 14-1-1964"; y la de 30 noviembre 2005 añade que "el artículo 1281 del Código Civil recoge y proclama las grandes normas de la hermenéutica contractual, que doctrinalmente se pueden resumir en tres principios esenciales, como son: a) el principio de tomar en cuenta la voluntad común de las partes contratantes; b) el principio de la autoresponsabilidad de dichas partes contratantes; y c) el principio de la confianza, buena fe en ellas (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1998".

Partiendo de la jurisprudencia reseñada, dos son las cuestiones determinantes para dirimir la presente controversia: por un lado, la determinación, con arreglo a la regulación contractual, del momento del nacimiento de la obligación del concedente de cancelar el gravamen hipotecario en relación con las distintas fases del desenvolvimiento del derecho de **opción** y, por otro, si se produjo o no el ejercicio tempestivo del derecho de **opción** por el optante.

2.3. Perfección y consumación del contrato de **opción** de **compra**.

En el presente caso es conveniente delimitar estos conceptos para una más precisa exégesis de la regulación contractual litigiosa. Al respecto existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial de esta Sala que, en la parte necesaria, debe traerse a colación.

La sentencia de 17 de marzo de 2009 afirmó que el precontrato de **opción** de **compra** "es el más típico precontrato unilateral que permite al optante decidir, dentro del plazo previsto, la puesta en vigor del contrato de compraventa (sentencias de 11 de abril de 2000 y 5 de junio de 2003): es un derecho personal, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad le da trascendencia real en el sentido de que afecta a terceros, a efectos de que su ejercicio y la inscripción de la compraventa da lugar a la adquisición de la propiedad, derecho real pleno".

La sentencia de 23 de abril de 2010 precisa:



"El precontrato de **opción** es aquel por el que una de las partes atribuye a la optante el derecho de decidir la puesta en vigor de un contrato (normalmente, como en el presente caso, de compraventa) en un concreto plazo. [...] Por tanto, el efecto que produce es que si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente. Y el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la **opción**, puede exigir dicha celebración, que se hará de mutuo acuerdo o por resolución judicial, tras el procedente proceso".

Para provocar tales efectos es necesario que la compraventa futura proyectada esté plenamente configurada (esencialmente en cuanto a la determinación de la cosa y el precio), debiendo contener, además, como elementos propios del contrato preliminar la fijación de un plazo para el ejercicio de la **opción** y la existencia o no del pago de una prima por la concesión, así como cualquier otro pacto o estipulación relativos a la **opción** o a la futura compraventa (arras, condiciones suspensivas o resolutorias, etc). Así lo señala la sentencia de 2 julio 2008 reiterando la doctrina de otras anteriores:

"Como recuerda la sentencia de 16 octubre 1997, en el contrato de **opción** de **compra** la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente que se perfeccione o no (SS. 16 abril 1979; 4 abril y 9 octubre 1987; 24 octubre 1990; 24 enero, 28 octubre y 23 diciembre 1991 y 13 noviembre 1992) pues constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, constituyendo sus elementos principales: la concesión a éste (al optante) del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la concreción de un plazo para el ejercicio de la **opción**, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima".

Esta misma jurisprudencia se reproduce en la Sentencia 607/2009 de 22 septiembre, que el recurrente cita como infringida.

Pero ya antes del ejercicio del derecho potestativo de la **opción**, del propio contrato preliminar surgen obligaciones para el concedente u optatario (y en su caso también para el optante, como el pago de una prima). La sentencia de 5 julio 2006 precisa las obligaciones que surgen del precontrato de **opción** de **compra** para el concedente aún antes del ejercicio de la **opción**, consistiendo estas en concreto en "no disponer del bien ofrecido y mantener la oferta, sin que pueda retirarla durante el plazo estipulado", plazo dentro del cual "el optante puede hacer uso de la misma, comunicándolo al optatario o concedente, en cuyo caso, consumada la **opción**, se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa y nacen sus obligaciones (SSTS 22 de noviembre de 1993 y 15 de julio de 2005)".

Si bien esto último (la perfección automática de la compraventa) sólo tendrá lugar cuando el propio contrato de **opción** así lo haya previsto, pues en otro caso lo que nace con el ejercicio de la **opción** (a través de la emisión por el optante de una declaración de voluntad de carácter recepticia, manifestando su voluntad de celebrar el contrato principal - vid STS 690/2014, de 9 de diciembre) es la facultad de exigir al optatario su celebración, especialmente en el caso de que ésta esté condicionada conforme a lo pactado en el contrato preliminar al cumplimiento de determinadas obligaciones o condiciones previas (como sucede en este caso respecto de la cancelación del gravamen hipotecario). Por ello, en tales casos es en el momento de la celebración del contrato de compraventa cuando se produce la consumación del precontrato de **opción** (no cuando se ejercita éste mediante la comunicación del ejercicio de la **opción**).

Finalmente, la consumación de la compraventa se alcanzará con la entrega de la cosa y el pago del precio en los términos convenidos, con el correlativo efecto de la transmisión patrimonial. Como señaló la Resolución de la DGRN de 22 de enero de 2013:

"[...] con carácter general, ... la perfección de la venta a través del ejercicio de la **opción** siendo un requisito indispensable, no es suficiente para que se produzca la mutación jurídico real, y para que ésta pueda tener acceso al Registro. Es necesario, además, que al margen de los efectos obligacionales correspondientes, haya tenido lugar la transmisión inmobiliaria, lo que exigirá el otorgamiento de la escritura de compraventa. En suma, no estamos ante un problema de perfección contractual sino de consumación, de efectividad jurídico real. La perfección de la compraventa se produce por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (artículos 1262 y 1450 del Código Civil) y ésta se ha producido definitivamente al ejercitarse en tiempo y forma la **opción** por el optante. No obstante, siendo necesaria la perfección del contrato para la transmisión del dominio es también imprescindible su consumación, lo que tiene lugar mediante la traditio (artículos 609 y 1095 del Código Civil), ya sea la material o la instrumental que va ligada al otorgamiento de escritura pública, lo que pone de relieve que -salvo que se acredite por otro medio



el elemento traditorio- es precisa la escritura pública, cuyo otorgamiento equivale a la entrega, para su acceso al Registro de la Propiedad (artículos 1462 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria)."

Por ello, el pago del precio de la compraventa (la **opción** ya tuvo un precio inicial en caso de haberse pactado el pago de una prima por su concesión), así como la entrega de la cosa, se efectúan en el momento de la celebración del contrato de compraventa, con cuya celebración se produce la consumación del precontrato de **opción** (no cuando se ejercita ésta mediante la comunicación del ejercicio de la **opción**).

Ahora bien, para que el ejercicio de la **opción** de **compra** desencadene los efectos señalados, enervando su caducidad, es preciso que se cumpla el requisito de la tempestividad, esto es, que se ejercite durante su vigencia, dado el carácter esencialmente temporal del derecho de **opción**. La vigencia de la **opción** únicamente durante un tiempo determinado e inexorable es consustancial a su propia naturaleza pues de no ser así quedaría a voluntad del optante de modo indefinido la posibilidad de perfeccionar la compraventa; y la particularidad que tal derecho de **opción** supone respecto de lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil ("la validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes") se convertiría en un definitivo desconocimiento de tal principio elemental de la contratación.

En consecuencia, hay que diferenciar claramente entre: a) el nacimiento del derecho de **opción** de **compra** en virtud de la celebración del precontrato de **opción**, que como contrato consensual (además preliminar) que es se perfecciona cuando concurre el consentimiento (manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación) sobre el objeto y la causa que constituyen el contrato (cfr. arts. 1261 y 1262 CC; b) el ejercicio de la facultad de optar por parte del optante a través de la oportuna comunicación recepticia dirigida al concedente u optatario dentro del plazo previsto en el precontrato; y c) la consumación de la **opción** mediante la celebración del contrato de compraventa, la cual se perfecciona por el convenio o acuerdo sobre la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni una ni otro se hayan entregado (cfr. art. 1450 CC).

En la primera etapa (la que surge con la celebración del precontrato) el concedente u optatario queda obligado a no disponer del bien ofrecido (si la **opción** está inscrita los actos de disposición serán inoponibles al optante ex art. 32 LH) y mantener la oferta, absteniéndose de realizar cualquier actuación que pudiera frustrar la finalidad del contrato (art. 1258 CC), así como al cumplimiento de cualquier otra obligación que eventualmente, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, hayan acordado las partes para dicha etapa del *iter* negocial. En la segunda etapa el concedente se constituye en el deber de colaborar activamente a la formalización de la compraventa con objeto de poder transmitir el bien ofrecido en las condiciones pactadas (incluyendo la previa cancelación de las cargas, pago de contribuciones y gastos de comunidad, etc, según lo pactado).

En el presente caso, corresponde a esta segunda fase del desenvolvimiento contractual la obligación del concedente de proceder a la cancelación de la hipoteca que gravaba el inmueble objeto de la **opción**, pues se pactó la entrega de la finca libre de cargas. Por tanto, la obligación de cancelar el citado gravamen (cuyo incumplimiento declara la Audiencia Provincial) debía ser cumplido, conforme a la regulación contractual rectora de la relación, después de ejercitado el derecho de **opción** pero antes de la celebración y formalización documental pública del contrato de compraventa. En este sentido no es correcta la alegación del recurrente cuando vincula la citada obligación de cancelación a la perfección del contrato de compraventa, como si fuera una obligación más derivada de este contrato para el concedente-vendedor, pues dicha obligación nace con el ejercicio de la **opción** por el optante y no por la posterior consumación del precontrato en virtud de la celebración de la compraventa en los términos pactados.

Con ello resta por determinar si la obligación de cancelación del gravamen hipotecario nació o no, para lo cual ha de dilucidarse si la **opción** se ejercitó o no y si lo hizo en plazo o fuera de plazo.

2.4. Ejercicio del derecho de **opción**.

La sentencia de primera instancia entendió que no se había probado que los actores hubieran comunicado a la demandada, de forma fehaciente o tácita, su voluntad de querer ejercitar dicha **opción** de **compra**, por lo que llegado el día 30 de noviembre de 2014 sin que dicha **opción** de **compra** fuera ejercitada, ésta había caducado, y por lo tanto las optantes perdieron su derecho a la devolución de la prima, siendo indiferente que en ese momento estuviese o no cancelada la carga existente sobre la vivienda, puesto que lo verdaderamente relevante era que la parte actora no ejercitó dicha **opción** de **compra** y, por tanto, la dejó caducar.

Por su parte, la demandada se opuso a la pretensión de la actora aduciendo que fue la inmobiliaria "Del Prado", que había intermediado para la suscripción de la **opción** de **compra**, quien asumió la negociación de la cancelación de la hipoteca con la entidad financiera, y que no tuvo noticia de la citación en la notaría para el otorgamiento de la escritura pública.



En la revisión probatoria que realiza la Audiencia Provincial destacó las siguientes circunstancias: (i) la reunión referida en la demanda celebrada el día 6 de noviembre de 2014 en que las partes acordaron comparecer en la notaría de Muro en fecha (25 del citado mes y año) y hora concreta a los efectos de otorgar la escritura; (ii) que el día fijado y hora los optantes se personaron en la notaría pero no así la concedente de la **opción** porque no habría conseguido cancelar la hipoteca; (iii) que, según afirman los apelantes, la abogada de la inmobiliaria encargada de gestionar con la entidad financiera la cancelación de la hipoteca manifestó que dicha entidad no aceptaba ninguna quita; (iv) que la juez de primera instancia atribuía el fracaso de la gestión de la cancelación a una mala práctica profesional de la agencia inmobiliaria; y (vi) que la demandada también era cliente de ésta.

A la vista del material probatorio y tras su valoración la Audiencia Provincial basa su decisión en dos premisas: a) por un lado, entiende que no ha quedado probado que la vendedora fuese expresamente convocada a la notaría el 30 de noviembre de 2014 y que, por tanto, no se ha demostrado que la demandada incumpliese su obligación de comparecer para otorgar la escritura de compraventa; b) por otro lado, en sentido contrario, concluye que sí han quedado plenamente acreditados los siguientes hechos: 1º que en la fecha fijada la hipoteca no se había cancelado; y 2º que la demandada reconoció el hecho de que la abogada de la inmobiliaria se puso en contacto con ella para recabarle la devolución de la prima porque el banco no aceptaba la cancelación de la hipoteca.

De tales premisas extrae la sentencia recurrida la conclusión de que a la fecha del vencimiento del plazo fijado para el ejercicio de la **opción** la demandada se hallaba incurso en situación de incumplimiento, por lo que estima la demanda en la que, ante el incumplimiento citado, se instaba el cumplimiento de lo estipulado para tal caso, esto es la devolución de una cantidad equivalente al doble de la prima pagada por la concesión de la **opción**.

Si se tiene en cuenta que la obligación de la cancelación de la hipoteca recaía sobre el concedente, con independencia de que las gestiones para llevarla a cabo se realizasen directamente por la obligada o por un profesional intermediario; que sin prejuzgar si este último actuó en virtud de encargo de la obligada, por encargo del optante o de ambos, lo cierto es que de los hechos probados resulta con nitidez que las gestiones ordenadas a obtener la cancelación (bancaria y/o registral) de la hipoteca que estaban siendo realizadas eran conocidas por la concedente; que igualmente conocía el fracaso de tales gestiones; y que, en su consecuencia, la reclamación de la devolución de la prima pagada por la **opción**.

Todo ello no podía ni ser desconocido por la promitente ni ser interpretado de forma desconectada de su contexto (obligación de cancelación asumida contractualmente, como elemento condicionante del buen fin de la compraventa), y en consecuencia tales hechos denotaban una nítida voluntad de ejercicio de la **opción** cuyo conocimiento por la concedente o promitente si no se produjo en virtud de una comunicación recepticia directa por parte del representante de las optantes (de nacionalidad italiana y residente en Italia), sí llegó de manera cierta y efectiva a la promitente en términos suficientes para constituir la en las obligaciones que para tal caso se previeron en el contrato. Sin que este último hubiera previsto para la comunicación de dicha declaración de voluntad formalidad o solemnidad alguna, la cual en consecuencia ha de ser eficaz, en tanto que generadora de los efectos antes señalados, una vez que ha quedado acreditada en sede judicial.

Así se desprende de la sentencia recurrida en virtud de una valoración de la prueba que debe ser mantenida en sede del presente recurso de casación, resultando improcedente ahora la alteración de la base fáctica del proceso, lo que hace inviable la prosperabilidad del motivo casacional aducido.

Como hemos afirmado en repetidas ocasiones (vid. por todas la Sentencia 484/2018, de 11 de septiembre), los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, esto es, formular una impugnación dando por sentado lo que falta por demostrar), vicio en el que incurre el recurso al partir de la afirmación de que "la Sala obvia de forma absoluta el tenor del contrato y aceptando en la sentencia recurrida que no se ha acreditado que la parte optante ejercitara el derecho de **opción**, procede seguidamente a aplicar una previsión contenida en el contrato de **opción** únicamente para el caso de ejercicio del derecho de **opción**". Esta afirmación, sin embargo, no se compadece con el contenido de la sentencia recurrida que en ningún momento niega el ejercicio de la **opción**, antes bien lo presupone al imputar incumplimiento al concedente, sino que lo que afirma es que no se llegó a probar que la concedente hubiese sido efectivamente convocada para comparecer en la notaría a fin de firmar la escritura de formalización de la compraventa. Pero no niega, sino que afirma, que la concedente tuviese noticia de las gestiones que se estaban llevando a cabo por la agencia intermediaria para la cancelación, de la frustración de tales gestiones y de la reclamación de la devolución de la prima, todo lo cual presupone la voluntad de ejercitar la **opción** y no la de dejarla caducar.



2.5. Consecuencias de la falta de formalización de la compraventa por la imposibilidad de cancelar la hipoteca.

El contrato de **opción** de **compra** establecía que:

"e) La vivienda objeto de este contrato se entregará libre de cargas y gravámenes, desarrendada y desocupada y al corriente de los pagos de contribución urbana o cualquier gasto o impuestos ocasionados anteriormente a la firma de la ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA. [...]

f) Si no se eleva a escritura pública por causa de la parte vendedora esta devolverá la misma cantidad por duplicado. [...]"

Este pacto, asimilable a las arras (sin prejuzgar ahora si merecen la calificación de penales o penitenciales), ha sido aceptado en los contratos de **opción** de **compra** por la sentencia de esta Sala 903/2011, de 1 de diciembre. Es indiscutible que el concedente queda obligado en los términos antes examinados y que el optante puede ejercer o no la **opción**, con arreglo a la estructura contractual común o habitual en el tráfico negocial de este contrato preliminar atípico.

Pero al igual que dicha estructura básica se apoya fundamentalmente en el principio de la autonomía de la voluntad por tratarse de un contrato atípico (sin perjuicio de la regulación de sus aspectos registrales en el art. 14 RH), nada impide que al amparo de ese mismo principio, al igual que sucede en cualquier otro negocio jurídico, se establezcan "los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público", como dice el artículo 1255 del Código civil, y entre tales pactos puede figurar el de la sanción convencional para el caso de desistimiento o incumplimiento por parte del concedente (devolver la prima de la **opción** más otra cantidad igual en concepto de daños y perjuicios), que como afirma la Sentencia 903/2011, de 1 de diciembre, no desnaturaliza en modo alguno el precontrato de **opción** de **compra**, pues al concepto común se añaden simplemente determinadas sanciones en caso de no ejercicio.

De modo que ante tal incumplimiento el optante pueda elegir entre exigir la resolución del contrato o su cumplimiento, en ambos casos con la indemnización de los daños y perjuicios (cfr. art. 1124 CC), y en esta última con arreglo a lo acordado en el propio contrato (devolución doblada de las arras).

Que el incumplimiento de la obligación del concedente de entregar la finca libre de cargas tiene suficiente relevancia para provocar los citados efectos es algo que ya ha reconocido esta Sala en su sentencia 690/2014, de 9 de diciembre. En ella se trataba de un supuesto que presentaba similitud en este aspecto con el caso de la presente Litis afirmando que el incumplimiento desencadenante de un efecto resolutorio ha de ser "un incumplimiento básico, esencial, que frustre la función del contrato celebrado (así, sentencia de 13 febrero 2009, 17 febrero 2010, entre otras), como es el caso de que el vendedor no haya liberado de cargas hipotecarias que están inscritas en el Registro de la Propiedad; puede haber pagado las deudas, como obligación personal, pero el derecho real de garantía que goza de la protección registral, es incumplimiento de la obligación de entregar la cosa "libre de cargas y gravámenes", como estaba previsto en el contrato",

Así lo ha entendido la sentencia recurrida, a la que por tanto no puede atribuirse infracción alguna de las reglas de interpretación de los contratos ni de la jurisprudencia de esta Sala sobre la distinción entre los efectos del precontrato de concesión de un derecho de **opción** y el contrato de compraventa derivado del ejercicio de aquél.

TERCERO.- Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Gabriela contra la sentencia n.º 108, de 12 de abril de 2017, dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el recurso de apelación n.º 523/2016.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

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



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ