



Roj: STS 6723/2012
Id Cendoj: 28079110012012100597
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1614/2008
Nº de Resolución: 620/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Octubre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección de la Audiencia Provincial de Cádiz, de Algeciras, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Roque, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente el Procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer en nombre y representación de HOTEL SOTOGRANDE, S.A. siendo parte recurrida la Procuradora D Irene Gutiérrez Carrillo, en nombre y representación de D. Pedro Miguel .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . 1 .- El Procurador don Joaquín López Fuentes, en nombre y representación D. Pedro Miguel , interpuso demanda de juicio ordinario contra HOTEL SOTOGRANDE, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que: *se condene a la entidad demandada HOTEL SOTOGRANDE, para que otorgue la escritura de compra-venta a favor de D. Pedro Miguel del contrato de opción de compra y promesa de venta, llevado a efecto entre D. Alvaro , en nombre de Hotel Sotogrande, S.A., y D. Pedro Miguel , con fecha 4-7-92, prorrogado y modificado por otro de fecha 1-12-92, en los términos convenidos en el mismo, es decir de todo tipo de carga y gravamen y coincidiendo con dicho otorgamiento, se abonará por el actor- optante a la entidad demandada, la parte del precio pendiente de la citada compraventa, ascendente a CIENTO TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTAS VEINTIDOS CON SESENTA Y SEIS EUROS (22.000.000 pts.), cuya suma resulta de restar al precio de la opción de 366.607,26 EUROS (60.000.000 pts.), el importe de 135.227, 72 EUROS (22.500.000 Pts.) que D. Pedro Miguel había entregado como parte de pago del precio estipulado, como asimismo 93.156,887 EUROS (15.500.000 pts.), importe de los honorarios de mi representado, por el proyecto de ampliación y remodelación del Hotel Sotogrande, S.A. conceptos reconocidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 31-7-97 , como asimismo por las partes en los documentos de fecha 4-7-92 y 1-12- 92 y si no otorgase dicha escritura en debida forma, dentro del plazo de 15 días, tras la firmeza de la sentencia proceda el Juzgado a otorgarla de oficio, conforme a las pretensiones y formalidades legales, e imponga las costas a la parte demandada por ser de justicia que pido.*

2 .- El Procurador D. José Aldana Ríos, en nombre y representación de HOTEL SOTOGRANDE, S.A. contestó a la demanda y formuló reconvencción y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *estimatoria de la reconvencción declarando resuelto el contrato de compraventa existente entre las partes por incumplimiento en el pago de parte del precio y mediado el requerimiento del artículo 1504 del Código civil , con las demás consecuencias que en justicia procedan, incluso la cancelación en el Registro de la Propiedad de San Roque de la opción de compra ejercitada y expresa condena en costas a la contraparte por su temerario proceder. Subsidiariamente, de no estimarse procedente la resolución del contrato de compraventa que vinculaba a las partes, dicte sentencia por la que con estimación parcial de la demanda ordene que la escritura de compraventa se otorgue por mi mandante previo abono por el actor de la cantidad adeudada ascendente a 225.379,54#, más los intereses legales a partir del ejercicio de la opción el 11 de marzo de 1993, sin costas.*

3 .- El Procurador don Joaquín López Fuentes, en nombre y representación D. Pedro Miguel , contestó a la demanda reconvenional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, *con estimación de las excepciones alegadas, absuelva a mi representada en la instancia, o en otro caso, entrando en el fondo del asunto, la absuelva igualmente de todas las pretensiones formuladas por el actor reconvenional y en ambos casos, con imposición de las costas al actor reconvenional.*

4 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La litre Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Roque, dictó sentencia con fecha 15 de octubre de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Desestimar la demanda interpuesta por el Procurador D. Abelardo García Pérez de la Blanca, en nombre y representación de D. Pedro Miguel , contra la entidad mercantil Hotel Sotogrande, S.A. con expresa condena en costas al actor. Y debo estimar la demanda reconvenional interpuesta por el Procurador D. José Aldana Ríos, en nombre y representación de la entidad mercantil HOTEL SOTOGRANDE, S. A. contra D. Pedro Miguel , declarando resuelto el contrato de compraventa existente entre las partes por incumplimiento en el pago de parte del precio, con expresa condena en costas al demandado.*

SEGUNDO . Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Pedro Miguel , la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 19 de mayo de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Que, estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos la misma y en su lugar condenamos a la entidad demandada "Hotel Sotogrande" a que otorgue escrituras de venta de la parcela objeto de esta litis al demandante, en plazo de quince días desde la firmeza de la sentencia y quien deberá hacer entrega en la fecha que se determine del resto del pago del precio y que asciende a 22 millones de pesetas - 132.222, 60 # y otorgándose de oficio, en caso contrario. No se realiza expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.* En fecha 9 de julio de 2008 se dictó auto de aclaración.

TERCERO . 1 .- La Procuradora doña M^a Oliva Gómez Camacho, en nombre y representación de HOTEL SOTOGRANDE, S.A., interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL :**
PRIMERO .- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso conforme al artículo 469.1 .3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se denuncia infracción del artículo 457.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil . **SEGUNDO**.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, artículo 469. 1 .2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se alega infracción de los artículos 208.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 24.1 de la Constitución Española . **TERCERO** .- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, artículo 469. 1 .2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se alega infracción de los artículos 218.1 , 457.2 , 465.4. de la Ley de Enjuiciamiento civil y 24.1 de la Constitución Española . **CUARTO** .- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, artículo 469.1 .2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción de los artículos 218.1 , 465.4. de la Ley de Enjuiciamiento civil y 24.1 de la Constitución Española . **QUINTO** .- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, artículo 469. 1 .2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se alega infracción de los artículos 218.1 y 2 , 222..4 , 400.2 , 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 de la Constitución Española . **SEXTO** .- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se alega infracción de los artículos 218.2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 120.3 de la Constitución Española . **SEPTIMO** .- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se alega infracción de los artículos 218.1 y 2 , 281 .4 , 316.1 , 319.1 y 326.1 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento civil . **OCTAVO** .- Al amparo del artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se alega infracción de los artículos 20.3 , 22.4 , 410 y 450.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 1124 y 1504 del Código civil . **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1967.2 y 4 del Código civil . **TERCERO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 1101 y 1108 del Código civil .

2 .- Por Auto de fecha 17 de noviembre de 2009, se acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y 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, la Procuradora D Irene Gutiérrez Carrillo, en nombre y representación de D. Pedro Miguel , presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos.

4 .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de octubre del 2012, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- Unos hechos esenciales y declarados probados han sido básicos para resolver la acción de cumplimiento del precontrato de opción de compra que ha sido planteada, por la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, en sentencia de 19 de mayo de 2008 y para la resolución por esta Sala al conocer de los recursos que han sido formulados.

* En fecha 4 de julio de 1992, don Pedro Miguel , demandante en la instancia y HOTEL SOTOGRANDE S.A., demandada y recurrente y ante esta Sala, celebran precontrato de opción de compra sobre una determinada finca y por precio cierto de la opción y de la definitiva compraventa, con un plazo para su ejercicio, prorrogable y efectivamente se prorrogó por acuerdo plasmado en documento privado de 1 de diciembre de 1992. En aquel precontrato, se pactó expresamente que se transmitiera definitivamente la finca libre de cargas y gravámenes y en este escrito de prórroga del plazo se hace constar que HOTEL SOTOGRANDE, S.A. debería haber cancelado la hipoteca que grava la finca pero no lo ha verificado por carencia de recursos económicos para ello (no se canceló hasta el 24 de septiembre de 1995).

* Con fecha 11 de marzo de 1993, dentro del plazo para el ejercicio de la opción (que vencía el día 15), don Pedro Miguel ejercita su derecho de opción de compra, en escritura notarial y requiere notarialmente a HOTEL SOTOGRANDE, S.A. para que otorgue la correspondiente escritura de compraventa. Éste comparece ante el notario que le requirió y contesta al requerimiento: presta su conformidad a la elevación a público del contrato privado de opción de compra, se da por notificado del ejercicio de ésta, pide que el propio requirente designe notaría y fecha de otorgamiento de dicha escritura y añade que le es "absolutamente imposible" que pueda cancelar la hipoteca.

* El 19 de mayo de 1994, don Pedro Miguel hace requerir notarialmente a HOTEL SOTOGRANDE, S.A. designando notario y fecha para otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa derivada del ejercicio del derecho de opción. El notario hace constar, cuando practica el requerimiento, que encuentra al que desempeña funciones de guarda y que la manifiesta que "hacia más de dos años, que no había nadie de la empresa, y que no quería hacerse cargo de la correspondiente cédula de notificación, ya que no tenía posibilidad de hacerla llegar a poder de la entidad requerida". La sociedad requerida no compareció ante el notario designado, en la fecha señalada.

* En fecha 8 de noviembre de 1994, se formuló demanda por parte de HOTEL SOTOGRANDE, S.A. contra el señor Pedro Miguel , ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de San Roque, en cuyo suplico interesaba que se declare que los contratos de 4 de junio de 1992 y 1 de diciembre de 1992, carecían de causa y de forma subsidiaria, que no se trataba de contratos de opción de compra y se declarase la inexistencia del ejercicio del derecho de opción por el señor Pedro Miguel ; el juzgado desestimó las peticiones actoras, declarando vigente y subsistente los contratos en toda su extensión; interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cádiz, en 31 de julio de 1997 , se confirmó íntegramente la resolución del Juzgado de San Roque. Interpuesto por HOTEL SOTOGRANDE, S.A. recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en 10 de marzo de 1998 ésta dicta auto , por el que se declara desistido del citado recurso por parte de HOTEL SOTOGRANDE, S.A., y firme la sentencia dictada.

* En fecha 6 de octubre de 1997, HOTEL SOTOGRANDE, S.A. requiere notarialmente a don Pedro Miguel "al objeto de realizar el pago del precio pendiente, contra el que se le otorgará la correspondiente escritura de compraventa" y designa notario y fecha (dos días después) para ello y le requiere "formalmente y a los efectos de lo previsto en el artículo 1504 del Código civil ". El mencionado requerido comparece ante el notario e impugna el requerimiento en lo que aquí interesa en estos términos:

" 1.- *Por ser extemporánea, insólita y sorpresiva fruto de la mala fe y maquinación maliciosa con que la requirente y, personalmente, su representante el Sr. Alvaro viene actuando en todo momento.*

2.- *Porque el objeto del requerimiento está actualmente sub iudice como consecuencia precisamente, del recurso de casación interpuesto por el requirente ante el Tribunal Supremo contra la sentencia dictada por la sala cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz en el rollo de apelación civil dimanante del juicio de menor cuantía nº 246/94 del Juzgado de Primera Instancia número uno de San Roque.*

3.- *El artículo 1504 invocado de contrario no es de aplicación al caso, ya que para su aplicabilidad es requisito necesario que se trate de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, y no de otra figura contractual, aunque sea cercana a aquélla, como pueda ser el caso de la opción de compra o la de promesa de venta.*

4.- Porque el requirente ha incurrido en incumplimiento anterior de sus obligaciones lo que le priva de legitimación para accionar."

* En fecha 16 de marzo de 1998, HOTEL SOTOGRANDE, S.A. repite el requerimiento anterior y don Pedro Miguel Lo contesta impugnándolo en términos semejantes al anterior.

2.- Tras los hechos anteriores, ya en el año 2003, el optante don Pedro Miguel formula demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de San Roque en la que interesa la condena a HOTEL SOTO GRANDE, S.A. a otorgar escritura de compraventa derivada del ejercicio del derecho de opción, con el abono por su parte del precio pendiente de pago. Esta sociedad demandada reconvino interesando la declaración de resolución en aplicación del artículo 1504 del Código civil . La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, de 19 de mayo de 2008 estimó la demanda y desestimó la reconvención. La sociedad demandada ha interpuesto sendos recursos por infracción procesal y de casación.

SEGUNDO .- El recurso por infracción procesal de la parte demandada en la instancia (demandante reconvencional) HOTEL SOTOGRANDE, S.A. contiene ocho motivos que, ciertamente, tienen muy escasa enjundia y deben ser todos ellos, rechazados.

2.- El primero de los motivos se funda en el artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que denuncia la infracción del artículo 457.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que el escrito de preparación del recurso de apelación no se ajusta a las prescripciones de esta norma, (artículo sin contenido según la Ley 37/2011, de 10 de octubre) porque no concretaba los pronunciamientos que impugnaba.

Examinado con detalle el escrito de preparación del recurso, no aparece infracción alguna. Impugna con concreción los fundamentos que le perjudican y, desde luego, el fallo que desestima su demanda.

Además, con carácter general, hay que recordar que en ningún caso deben exagerarse las formalidades legales, como si de fórmulas sacramentales se tratase, ya que se atentaría al principio constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva.

3.- El motivo segundo plantea una cuestión ciertamente baladí, por más que intente fundarse en, precisamente, este derecho a la tutela judicial. Se apoya en el artículo 469. 1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 208.4 de la misma ley y artículo 24.1 de la Constitución Española , por razón de haberse omitido en la sentencia recurrida el pronunciamiento que exige esta norma sobre los recursos legales procedentes.

Lo cual puede ser una infracción procesal cuya subsanación podría haberse interesado mediante auto de aclaración o complemento, pero en ningún caso puede dar lugar a la nulidad, tanto más cuanto la sentencia se notifica a personas técnicas en derecho, como lo son el abogado y el procurador.

4.- El motivo tercero, al amparo del mismo artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia la infracción de los artículos 218.1 , 457.2 , 465.4. de la Ley de Enjuiciamiento civil y 24 de la Constitución Española por entender que la parte contraria, la demandante, que fue la parte que formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, no impugnó la condena en costas que ésta había pronunciado, por lo que la sentencia ahora recurrida ha quedado firme en este extremo.

No es así. La cuestión de las costas está bajo normas imperativas. El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es de derecho cogente y, aunque la parte condenada no impugne el pronunciamiento sobre las mismas, el órgano jurisdiccional debe, en todo caso, aplicar la norma, tal como ha hecho efectivamente la Audiencia Provincial en la sentencia y auto de aclaración objeto del presente recurso.

5.- El cuarto motivo de este recurso por infracción procesal es por incongruencia omisiva, al no haber resuelto la sentencia recurrida los motivos subsidiarios de oposición a la demanda y la impugnación del recurso de casación. Se denuncia la infracción de los artículos 218.1 , 465.4. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución Española .

No se puede aceptar esta argumentación por dos razones esenciales. La primera de ellas es por el propio concepto de incongruencia, tan reiterado por la jurisprudencia de esta Sala y por la doctrina del Tribunal Constitucional. Es la relación del fallo de la sentencia con el suplico de la demanda principal y reconvencional (sentencia del Tribunal Constitucional 194/2005, 18 de julio y sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2012). La segunda, es que la incongruencia no alcanza a los razonamientos que pueda haber hecho la parte, ya que no es exigible que la sentencia analice exhaustivamente todos y cada uno de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2010 y 14 de marzo de 2012).

6.- El motivo quinto alega la vulneración de los límites impuestos por la cosa juzgada y por el principio dispositivo. Con apoyo en el artículo 469. 1 .2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega la infracción de los artículos 218.1 y 2 , 222.4 , 400.2 , 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 de la Constitución Española , por valorar y resolver la sentencia de apelación, objeto del presente recurso, cuestiones que no han sido planteadas, en relación, esencialmente, con la naturaleza de los actos propios del ejercicio del derecho de opción y del propio negocio jurídico que une a las partes litigantes.

Este motivo, en primer lugar, incurre en el error de la cita heterogénea de preceptos que se dicen vulnerados, cuando en este recurso extraordinario debe concretarse cuál es la infracción y en qué se ha producido; no procede la enumeración de preceptos sin detallar dónde y en cuál de ellos se ha producido la supuesta infracción (en este sentido, sentencias de 14 de abril de 2011 , 29 de diciembre de 2011). En segundo lugar, más que infracción procesal, en el desarrollo del motivo se entra en el fondo del asunto, tema propio de casación, entrando en los hechos lo cual está vedado en estos recursos extraordinarios.

7.- El sexto de los motivos del recurso denuncia el defecto de motivación de la sentencia de apelación, motivo formulado al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 218.2, de la misma ley y 120.3 de la Constitución Española .

Hay que advertir que es completamente distinto el defecto esencial de la falta de motivación, de la disconformidad con ella (así, sentencias de 3 de noviembre de 2010 , 13 de mayo de 2011), sin que, al socaire del motivo, se pretenda, como se hace en el presente recurso, revisar y enunciar hechos distintos a los declarados probados.

La sentencia 8 de octubre 2009 , reiterada por la de 17 de septiembre de 2010 , dice muy claramente al respecto:

" La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE . Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el Art. 1.7 CC , lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el Art. 117.1 CE . En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que "la motivación [...] ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones[...] (STC 77/2000 , así como las SSTs 69/1998 , 39/1997 , 109/1992 , entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTs 5 noviembre 1992 , 20 febrero 1993 , 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003 , entre muchas otras). "

En el presente motivo del recurso, ni siquiera se plantea la falta de motivación, sino la disconformidad con la misma, entrando en la cuestión fáctica. Lo cual no es aceptable. La sentencia recurrida está sobradamente motivada, en el sentido -constitucional y jurisprudencial- de que razona y justifica jurídicamente el fallo, exteriorizando el fundamento de la resolución y permitiendo su control jurisdiccional con el ejercicio de los recursos, como efectivamente lo han hecho los presentes.

8.- El motivo séptimo, al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia una larga serie de artículos de la misma ley (artículos 218.1 y 2, 281.4, 316.1, 319.1 y 326.1 y 376) mezclando preceptos heterogéneos y conceptos tan diversos, como claridad de las sentencias, carga y valoración de la prueba. En el desarrollo del motivo no se hace otra cosa que una pretendida revisión de las pruebas, es decir, hace supuesto de la cuestión, pretendiendo partir de hechos distintos a los probados para mantener su posición jurídica, que ha sido desestimada en la instancia. Supuesto de la cuestión que ha sido rechazado reiteradamente por la jurisprudencia (en sentencias de 9 de febrero de 2012 , 4 de abril de 2012 entre otras muchísimas, anteriores).

9.- El octavo de los motivos, plantea una cuestión que queda lejos de la infracción procesal, sino que se un tema de fondo, en relación con el desistimiento en un recurso de casación de otro proceso, que, ciertamente,

no produce infracción procesal alguna, sino que es uno de los fundamentos de fondo para rechazar la validez del requerimiento resolutorio del artículo 1504 del Código civil .

No se denuncia realmente un defecto procesal, sino la interpretación que se da al acto procesal del desistimiento del recurso de casación y su aplicación al caso concreto, como cuestión de fondo. Lo cual no es propio del recurso por infracción procesal, tanto más cuanto de nuevo se pretende revisar los hechos declarados probados.

TERCERO .- 1.- El *recurso de casación* que ha formulado la parte demandada en instancia, HOTEL SOTOGRANDE, S.A., contiene tres motivos, aunque es solamente el primero el que plantea el fondo de todo el proceso, empezando por la naturaleza jurídica de la relación que ha unido a las partes litigantes.

La opción de compra, tal como la define la sentencia de esta Sala 17 de marzo de 2009 ,

" 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 consumación e inscripción de la compraventa da lugar a la adquisición de la propiedad, derecho real pleno"

Asimismo, la sentencia de 7 de mayo 2010 destaca que *"cuando se ejercita la opción -perfección- se celebra más tarde la compraventa -consumación- y es en este momento cuando se paga el precio y se transmite la cosa"*.

Y la sentencia de 23 de abril de 2010 , deja claro el concepto y el efecto del precontrato de opción en estos términos:

"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. En este sentido, sentencias de 21 de noviembre de 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", dice literalmente), 5 de junio de 2003, 26 de marzo de 2009. Por tanto, el efecto de 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 por resolución judicial, tras el procedente proceso" .

Así, en el presente caso, el demandante en la instancia (demandado reconvenional) y parte recurrida en casación, don Pedro Miguel , ejercitó la opción de compra, que fue aceptada por el concedente de la misma HOTEL SOTOGRANDE, S.A. En este momento, quedó perfeccionada la compraventa. En el precontrato se concretó la compraventa proyectada y las partes tienen la obligación y el derecho de exigir su puesta en vigor y al cumplirse lo pactado, se da la consumación de la compraventa, lo que implica la vigencia de la misma. Por tanto, al no otorgarse la escritura de compraventa, es el optante el que ha tenido que acudir a la tutela judicial efectiva interesando que judicialmente se ordene la consumación de la compraventa, con la entrega de la cosa y el pago del precio, en escritura pública, para, así, acceder al Registro de la Propiedad. Y así se ha decretado en el fallo de la sentencia que ahora se recurre. Los demás incidentes, cuestiones, discusiones y problemas que en la realidad se han dado, no empecen que la esencia de la cuestión se mantenga, que no es otro que el válido ejercicio del derecho de opción de compra por el optante.

La pretensión de que se aplique el artículo 1124 del Código civil complementado en caso de venta de inmueble por el 1504 del mismo cuerpo legal -artículos que se han denunciado como infringidos en este primer motivo de casación- no tiene sentido, ya que la compraventa no llegó a la fase de consumación, cumplimiento que ha sido precisamente la pretensión del optante. El que éste se negara a consumir la compraventa cuando estaba pendiente un proceso sobre la validez del precontrato de opción, es evidente y no puede tener consecuencias desfavorables para él; terminado el proceso -por desistimiento del recurso de casación por el demandante, HOTEL SOTOGRANDE, S.A. que había visto fracasar su demanda en la instancia se ordena la consumación de la compraventa, puesta en vigor del precontrato en la sentencia que ahora se recurre y en la que no se advierte infracción alguna de los mencionados artículos sobre resolución de contrato, contrato que no se había llegado a celebrar todavía.

El motivo, pues, se desestima.

2.- El segundo de los motivos del recurso de casación alega la infracción del artículo 1967 .2 y 4 del Código civil por razón de la prescripción de honorarios profesionales del demandante, don Pedro Miguel , optante en el precontrato de opción de compra.

El motivo se desestima porque en el presente proceso no se halla la pretensión de reclamación de honorarios, y no cabe entrar en su consideración. Se mencionó y se rechazó que el precontrato de opción era una garantía de honorarios, por lo que quedó fuera del proceso. Llevarlo a casación sería tanto como introducir una cuestión nueva, que no cabe hacerlo; así, sentencias de 9 de febrero de 2012 , 14 de marzo de 2012 : la primera de éstas destaca que, *de aceptarse, se produciría atentado al principio de contradicción y a la interdicción de la indefensión* y cita numerosas sentencias, cuya doctrina reitera.

3.- El tercero de los motivos se formula por infracción de los artículos 1101 y 1108 del Código civil por entender que la sentencia recurrida ignora la pretensión de esta parte recurrente, del pago de intereses.

Este motivo tendría sentido si se hubiera consumado el contrato de compraventa y el comprador hubiera retrasado el pago, retraso culpable en el cumplimiento de su obligación, que requiere la intimación del acreedor, conforme al artículo 1100 del Código civil y que constituye al deudor en mora.

4.- En definitiva, se desestiman todos los motivos de recurso de casación, como se han rechazado igualmente todos los del recurso por infracción procesal, lo que lleva consigo la condena en las costas de ambos motivos, en aplicación del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil al que se remite el 398.1 de la misma ley .

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de HOTEL SOTOGRANDE, S.A., contra la sentencia dictada por la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, en fecha 19 de mayo de 2008 que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena al pago de las costas de ambos recursos a la parte recurrente.

Tercero.- Líbrese 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 Javier Arroyo Fiestas.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Roman Garcia Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados**.- 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.