



Roj: STS 8053/2012
Id Cendoj: 28079110012012100704
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 765/2010
Nº de Resolución: 673/2010
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince 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 interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 367/2008 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 192/2006, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Arrecife, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Carmen Sosa Doreste en nombre y representación de Cadena Comercial Betancor Reyes S. L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Jorge Deleito García en calidad de recurrente y el procurador don José Carlos Caballero Ballesteros en nombre y representación de Fabrekar S.A. y Tamicar S.L. en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Milagros Cabrera Pérez, en nombre y representación de Fabrekar S.A. y Tamicar S.L. interpuso demanda de juicio ordinario, en cuantía de 604.150,00 euros, contra Cadena Comercial Betancort Reyes S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que <<estimando íntegramente esta demanda:

Primero.- Se declare la resolución, por incumplimiento de la condición pactada, del contrato de compraventa de fecha 27 de diciembre de 2002, autorizado por el Notario D. E. Javier Pérez Polo, al número 2713 de su protocolo, de la parcela número seis del denominado Polígono Industrial Altavista II, en la carretera de los Mármoles s/n, inscrita en el Registro de la Propiedad de Arrecife, al tomo 1466, libro 330, folio 185, finca registral 30.590.

Segundo.- Se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, reintegrando a mi mandante la posesión de la referida parcela, poniendo la misma a su entera y libre disposición con cuanto material y jurídicamente le sea anexo o accesorio.

Tercero.- Se decrete que queden sin efecto las inscripciones 5ª y 6ª a que dieron lugar, respectivamente, la compraventa y la hipoteca a favor de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, librándose el correspondiente mandamiento al Registrador de la Propiedad de Arrecife para la consiguiente cancelación de tales asientos registrales y los posteriores.

Cuarto.- Se condene a la demandada a perder, en beneficio de las vendedoras, el 35% del precio abonado por la compra, por importe de doscientos once mil cuatrocientos cincuenta y dos euros con cincuenta céntimos (211.452,50 #), en virtud de la cláusula penal pactada en el contrato, reintegrando las vendedoras el 65% del precio restante.

Quinto.- Se condene a la demandada al pago de las costas por haber dado lugar a las presentes actuaciones por su temeraria oposición a la resolución contractual.

Y en Otrosí solicita que se de traslado de la demanda a al entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., la amparo del art. 13 del a LEC .

2.- El procurador D. Gregorio Leal Bueso se persona en el procedimiento en nombre y representación de la entidad mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., solicitando en su suplico se le tenga por personado y se sigan con el mismo las ulteriores diligencias notificándosele todos y cada uno de los trámites.

La procuradora doña Encarnación Pinto Luque, en nombre y representación de Cadena Comercial Betancort Reyes S.L., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que <<se desestime la demanda presentada de adverso, absolviendo de la misma a mi mandante, con expresa imposición de costas a la actora>>.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Arrecife, dictó sentencia con fecha 14 de septiembre de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora D.ª Milagros Cabrera Pérez, en nombre y representación de las mercantiles FABRECAR S. A. y TAMICAR S.L., frente a la mercantil CADENA COMERCIAL BETANCORT REYES S.L., representada por la Procuradora D.ª Encarnación Pinto Luque, debo absolver y absuelvo a ésta de los pedimentos contenidos en ella, con imposición de costas al actor.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dictó sentencia con fecha 1 de febrero de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de FABRECAR S.A. Y TAMICAR S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº Siete de Arrecife de Lanzarote de fecha catorce de septiembre del año dos mil siete en los autos de Juicio Ordinario número 192/2006, revocando dicha resolución, y, en su lugar, con estimación íntegra de la demanda formulada por los expresados contra CADENA COMERCIAL BETANCORT REYES S.L., realizamos los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Declaramos la resolución, por incumplimiento de la condición pactada, del contrato de compraventa de fecha 27 de diciembre de 2002, autorizado por el Notario D.E. Javier Pérez Polo, al número 2713 de su protocolo, de la parcela número seis del denominado Polígono Industrial Altavista II, en la carretera de los Mármoles s/n, inscrita en el Registro de la Propiedad de Arrecife, al tomo 1466, libro 330, folio 185, finca registral 30.590.

Segundo.- Se condena a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, reintegrando a la actora la posesión de la referida parcela, poniendo la misma a su entera y libre disposición con cuanto material y jurídicamente le sea anexo o accesorio.

Tercero.- Se dejan sin efecto las inscripciones 5ª y 6ª a que dieron lugar, respectivamente, la compraventa y la hipoteca a favor de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, librándose el correspondiente mandamiento al Registrador de la Propiedad de Arrecife para la consiguiente cancelación de tales asientos registrales y los posteriores.

Cuarto.- Se condena a la demandada a perder, en beneficio de las vendedoras, el 35 % del precio abonado por la compra, por importe de doscientos once mil cuatrocientos cincuenta y dos euros con cincuenta céntimos (211.452,50 #), en virtud de la cláusula penal pactada en el contrato, reintegrando las vendedoras el 65% del precio restante.

Quinto.- Se imponen las costas de la primera instancia a la demandada.

Sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas en esta alzada.

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de CADENA COMERCIAL BETANCORT REYES S.L. basado como motivo único en:

-Infracción en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación de los arts. 1123 y 1124 del CC que eran aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, ya que la sentencia de la Audiencia declara que "Tal condición resolutoria pactada lo fue conforme a lo antes indicado y a tenor de lo establecido en los artículos 1113 , 1114 y siguientes del Código Civil , en concordancia con el art. 1123 del mismo cuerpo legal en los términos pactados".

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de noviembre de 2010 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don José Carlos Caballero Ballesteros, en nombre y representación de Fabreca S.A. y Tamicar S.L. presentó escrito de impugnación al mismo.

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

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente procedimiento se inicia con demanda interpuesta por los vendedores de una finca sita en el Polígono Industrial de Arrecife (Lanzarote) contra la Cadena Comercial Betancort, en su calidad de compradora instando la resolución del contrato al no haberse edificado por la compradora en el plazo de los dos años pactados. La demanda se desestimó al entender el Juzgado que no había incumplimiento imputable a la compradora.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso al entender que se había pactado una condición resolutoria expresa y transcurridos los dos años pactados se debería resolver el contrato, declarando que el retraso fue imputable a la compradora.

SEGUNDO .- *Motivo único. Infracción en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación de los arts. 1123 y 1124 del CC que eran aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, ya que la sentencia de la Audiencia declara que "Tal condición resolutoria pactada lo fue conforme a lo antes indicado y a tenor de lo establecido en los artículos 1113 , 1114 y siguientes del Código Civil , en concordancia con el art. 1123 del mismo cuerpo legal en los términos pactados"* .

Se desestima el motivo .

Alega el recurrente que no discute la valoración de la prueba sino que ésta se ha hecho desde la óptica de un precepto equivocado, pues la Audiencia lo hace desde el art. 1123 del CC y debió hacerlo desde el ángulo del art. 1124 del C. Civil . Que se trata de una condición resolutoria impropia. Que el incumplimiento, de existir, no es grave y afecta a una obligación accesoria.

Las partes en la escritura pública de compraventa pactaron como cláusula séptima, lo siguiente:

SÉPTIMO.- *La edificación de la parcela deberá ejecutarse por la compradora en un plazo máximo de DOS AÑOS, a partir de la fecha de esta escritura.*

El incumplimiento de esta obligación se configura expresamente como CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA de esta compraventa.

En consecuencia, el incumplimiento de esta obligación (salvo que lo fuera por causa no imputable a la compradora), dará derecho a las sociedades vendedoras a resolver este contrato, reintegrándose en la posesión y propiedad de la parcela, y haciendo suyo, en concepto de indemnización por incumplimiento, daños y perjuicios causados y uso de la parcela, un TREINTA Y CINCO POR CIENTO del total precio pagado, así como el mismo porcentaje de lo construido hasta ese momento (y que sea de utilidad por respetar las condiciones edificatorias y ordenanzas del Polígono).

El resto del precio (o del valor de la edificación realizada) se devolverá a la parte compradora.

Del tenor de dicha cláusula se aprecia que el plazo de ejecución de las obras lejos de constituirse en una obligación accesoria constituyó una obligación esencial del contrato, al configurarlo las partes como condición resolutoria expresa (art. 1281 CC), término que se incluye con mayúsculas dentro de la cláusula, para no dejar lugar a dudas y diseñando las consecuencias del incumplimiento a través de una cláusula penal.

Dicha condición resolutoria expresa tiene como cobertura legal el art. 1114 del C. Civil , en virtud de la cual las partes introducen un acontecimiento cuyo no nacimiento genera la resolución del contrato, al constituirlo en una condición de la que depende la extinción de los pactos celebrados.

Es decir, las partes acuerdan que si transcurridos dos años desde la firma de la escritura sin que se haya ejecutado la edificación de la parcela, los vendedores podrán resolver el contrato, estableciendo una cláusula penal al efecto.

Alega el recurrente que no es de aplicación el art. 1123 del CC sino el 1124 del CC pues estaríamos ante una condición resolutoria expresa "impropia".

Por condiciones impropias debemos entender aquellas que no están sujetas a incertidumbre, es decir, cuando el evento es anterior o coetáneo a la perfección del contrato, por lo que la incertidumbre solo sería subjetiva. Según ello, el evento habría concurrido ya pero las partes o una de ellas no lo conocería.

En el presente caso a la vista de los hechos no puede calificarse de impropia la condición, pues cuando se pacta, las obras no se habían iniciado (hecho incierto) y transcurrido el tiempo pactado seguían sin iniciarse (hecho probado), por lo que el evento originador de la condición era radical y absolutamente incierto.

En cualquier caso, como declara la Sentencia de 30 de abril de 2010 (rec. 677 de 2006), el art. 1255 del CC *permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria* .

En apoyo de sus tesis el recurrente opone que se remitieron dos requerimientos notariales de resolución, lo que denotaría que la condición no era expresa. Esta tesis debe rechazarse dada la literalidad de la cláusula, constituyendo los requerimientos notariales actos expresos a los efectos del art. 1124 del CC ., que *implican una intimación a que el comprador se avenga a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla (como dicen las sentencias de 28 de enero de 1999 y 24 de julio de 1999), declaración unilateral de voluntad a la que la ley anuda un efecto resolutorio (sentencias de 30 de diciembre de 1997 y 27 de febrero de 1999) . (STS 5-12-2003, recurso 300/1998)* .

Tampoco tiene acogida la inexistencia de incumplimiento, pues el incumplimiento imputable a la compradora, es un hecho probado de la sentencia recurrida e incurre el recurrente en el caso inadmisibile en casación de hacer supuesto de la cuestión, que consiste en "partir de un supuesto de hecho distinto del que ha declarado probado la sentencia de instancia, ya que la casación no es una tercera instancia que permita revisar la cuestión fáctica, sino que se concreta al control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico" tal como dice la sentencia de 5 de noviembre de 2009 , lo que ha sido reiterado por las de 20 de noviembre de 2009, 13 de octubre de 2010, 15 de abril de 2011, 13 de mayo de 2011, 16 de junio de 2011 y 12 de julio de 2011.

TERCERO .- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por CADENA COMERCIAL BETANCORT REYES S.L. representada por el Procurador D. Jorge Deleito García contra sentencia de 1 de febrero de 2010 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.