

Roj: **STS 2345/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2345**Id Cendoj: **28079110012015100294**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/06/2015**Nº de Recurso: **1296/2013**Nº de Resolución: **317/2015**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Marbella, cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora Doña Virginia Lobo Ruiz, en nombre y representación de Don Salvador , Doña Berta y Doña Celsa ; siendo parte recurrida la Procuradora Doña María del Pilar Cortés Galán, en nombre y representación de Doña Emma .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- **1.-** El procurador D. Guillermo Leal Aragoncillo, en nombre y representación de Doña Emma interpuso demanda de juicio ordinario contra Salvador , Doña Berta y Doña Celsa y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte en su día sentencia por la que *1) Se declare resuelta la compraventa concertada entre mi mandante y los demandados respecto del inmueble sito en el término de Ojén, CALLE000 n° NUM000 , planta de sótano en virtud de escritura autorizada por el Notario de esta residencia don Mauricio Pardo Morales, al núm. 3.226 de su protocolo. 2) Se declare la procedencia de la cancelación de la inscripción registral de dicha compraventa, finca NUM001 , del Registro de la Propiedad núm. 1 de Marbella, mandando en consecuencia practicar el correspondiente asiento de cancelación. 3) Se declare la procedencia de la nueva inscripción del dominio de la finca registral núm. NUM001 del actual Registro del Propiedad núm. 1 de Marbella en favor de la demandada, mandando en consecuencia practicar dicho asiento. 4) Condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones. 5) Condenar a los demandados a abonar a Dª Emma la cantidad 144.000 ? en concepto de devolución del precio de la compraventa, más otros 55.979,26 ? en concepto de daños y perjuicios sufridos por la actora a consecuencia del incumplimiento del contrato por los demandados, mas los intereses desde la fecha de la primera reclamación de fecha 15 de Julio del 2008. Condenar a los demandados al pago de las costas que se causen.*

**2.-** El procurador D. David Lara Martín, en nombre y representación de Don Salvador y Doña Berta , contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *por la que rechacen íntegramente las pretensiones de la actora con expresa imposición de costas a la misma.*

**3.-** Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La ltma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella, dictó sentencia en fecha 23 de marzo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta en nombre y representación de Doña Emma contra Doña Celsa , Doña Berta y D. Salvador , debo absolver y absuelvo a éstos de todos los pedimentos realizados en su contra; todo ello con expresa condena en costas procesales a la parte demandante.*



**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de Doña Emma , la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, dictó sentencia con fecha 21 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Emma , contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Marbella de fecha 23 de marzo de 2011 , Y EN SU LUGAR debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, con ESTIMACION SUSTANCIAL de la demanda interpuesta por aquélla contra los demandados Don Salvador , Doña Berta y Doña Celsa y 1.- Debemos declarar y declaramos la resolución del contrato de compraventa de 31 de mayo de 2007, celebrado entre las partes ante el Notario D. Mauricio Pardo Morales por escritura autorizada al nº 3.266 de su protocolo, por incumplimiento de contrato por parte de los vendedores, y la cancelación de su inscripción registral, mandando en consecuencia practicar el correspondiente asiento de cancelación. 2.- Asimismo declaramos la obligación de las partes de restituirse recíprocamente lo recibido, debiendo condenar a los demandados a abonar a la actora la cantidad de 144.000 euros en concepto de devolución del precio recibido de la compraventa, y al pago en concepto de indemnización por daños y perjuicios, en la cantidad de 29.114,64 euros, más los intereses legales de dichas sumas desde la fecha de la primera reclamación, 15 de julio de 2.008 hasta su devolución, restituyendo a su vez la demandante la citada propiedad a la demandada. Cantidad que se verá aumentada en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia. 3.-Se imponen a los demandados las costas causadas en la primera instancia y sin especial pronunciamiento en cuanto a las de la apelación.*

**TERCERO** .- 1.- La procuradora Dª María Castrillo Avisbal, en nombre y representación de Doña Berta , Don Salvador y Doña Celsa , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto de la situación jurídica que da lugar a la doctrina del "aliud pro alio". **SEGUNDO** .- Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto de la situación jurídica que da lugar a la doctrina del "aliud pro alio", cuando el demandante asumió las posibles contingencias de la cosa. **TERCERO** .- Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto de las consecuencias de la nulidad de los contratos ex artículo 1303 del Código civil . **CUARTO** .- Inadmitido.

2.- Por Auto de fecha 6 de mayo de 2014 , se acordó admitir los motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación y no admitir el cuarto del mismo 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 Doña María del Pilar Cortés Galán, en nombre y representación de Doña Emma presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

4.- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de mayo de 2015, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- 1. - La *quaestio facti* parte de la celebración de un contrato de compraventa, que venía precedido de un precontrato de opción de compra que lo habían titulado "contrato de reserva" de "finca: semisótano en CALLE000 nº NUM000 , Ojén, Málaga" por un precio cierto, de fecha 10 marzo 2007. El día 31 mayo 2007 se otorga escritura pública, siendo vendedores los demandados en la instancia y recurrentes en casación don Salvador , su esposa doña Berta y la hermana de ésta doña Celsa y compradora doña Emma .

La cosa vendida era "finca urbana... planta de sótano situado en el edificio..." y el precio cierto; en la cláusula fiscal constaba que "la finca adquirida se destina a su residencia habitual..." y se le da un coeficiente de participación en elementos comunes igual que el destinado a vivienda. El préstamo hipotecario prevé que la "finalidad es adquisición de vivienda..." y en su anexo el certificado de tasación se ha hecho a precio de vivienda. Asimismo, la póliza de seguro describe el objeto asegurado como "vivienda habitual en edificio vecinal".

Anteriormente, en 2006 se efectuaron unas reformas en este local, sótano existente al que se pretendió dar el uso para vivienda con la intención de venderlo como tal y el certificado del Ayuntamiento de 15 de abril de 2009 hace constar que las obras de acondicionamiento realizadas en dicho local no están amparados en ninguna licencia municipal.

Al llegar las primeras lluvias quedó inundada y anegada en agua. El informe pericial acredita que hay dos causas de ello: inundación provocada por aguas del exterior y humedades existentes por filtraciones y condensaciones. En el subsuelo de la CALLE000 , circula una corriente de agua natural debidamente canalizada, agua que causa los desperfectos ocasionados, como consecuencia de grandes lluvias, al saturar la canalización, se desborda, dando lugar a que las aguas circulen y entren en el portal alcanzando fácilmente el nivel sótano; y dado que el nivel del piso del apartamento del sótano está más bajo que el nivel de las aguas,



por falta o por mala impermeabilización del muro de cerramiento del edificio se producen filtraciones que producen humedades en el interior de la vivienda.

2.- A la vista de todo ello, la mencionada compradora formuló demanda contra los vendedores en la que interesó la resolución del contrato por inhabilidad del objeto vendido -aliud pro alio- con las consecuencias inherentes respecto al Registro de la Propiedad y la condena a devolver el precio pagado y a abonarle los daños y perjuicios sufridos; más intereses y costas.

Habiéndose opuesto los vendedores demandados, se plantea la *quaestio iuris*, en los términos de si habría o no incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa pactada en el contrato. Se han dado soluciones opuestas en las sentencias de instancia.

La dictada por la juez de 1ª Instancia nº 5 de Marbella, de 23 marzo 2011 desestimó la demanda, por entender que no se preveía que la compraventa fuera de vivienda y que los vendedores no eran los promotores ni puede hablarse de engaño, ni de actitud maliciosa, sino que era un inmueble de más de 30 años de antigüedad.

La sentencia del Audiencia Provincial, Sección 4ª, de Málaga, de 21 febrero 2013 parte, como hecho probado, de que "lo que se vendía era un inmueble destinado a vivir" que se destina "a su residencia habitual", "su finalidad es la adquisición de vivienda", lo que se acredita por una serie de pruebas, documentales y periciales. Concluye que "lo que aún es más grave, es la inhabilidad física del mismo", siendo el riesgo de inundación probado en autos, "con la secuela acreditada de hacer inhábil la finca para habitarla". Por lo cual, concluye:

*"Y es que no puede obviarse a juicio de la Sala, que lo que constituyó objeto del contrato de compraventa fue una vivienda con un salón-comedor, cocina, dos dormitorios y cuarto de baño, lo que nos sitúa ante objeto determinado y con una finalidad específica, que ni a la fecha de suscripción del contrato ni a la de otorgamiento de la escritura pública reúne en verdad la finca, ya que ni se puede garantizar, precisamente su legalidad, ni que allí pueda mantenerse esa vivienda unifamiliar con esas características."*

Por ello, revoca la sentencia dictada en primera instancia y, estimando la demanda, decreta la resolución del contrato de compraventa con las consecuencias inherentes.

3.- Frente a esta sentencia, la parte demandada, los vendedores han formulado el presente recurso de casación, en cuatro motivos, de los que se ha inadmitido el cuarto por auto de esta Sala de 6 mayo de 2014. Son, pues, tres los motivos de casación.

El primero, combate la apreciación de la sentencia recurrida del *aliud pro alio*, alegando que "la prueba practicada no arroja, objetivamente considerada, que se esté en presencia de cosa diversa por pleno incumplimiento ni inhabilidad del objeto": de hecho, discute la valoración de la prueba.

El segundo mantiene que "la demandante asumió las posibles contingencias de la cosa", lo que contradice lo afirmado por la sentencia de instancia (en el fundamento quinto, primer párrafo).

El tercero opone la doctrina jurisprudencial respecto a los efectos de la nulidad, conforme al artículo 1303 del Código civil.

**SEGUNDO** .- 1.- Es obligación esencial del contrato de compraventa, por parte del vendedor el de entregar la cosa vendida, conforme al artículo 1461 del Código civil que se concreta en la identidad e integridad de la misma, conforme a los artículos 1468, primer párrafo y 1469, primer párrafo, primer inciso, siempre del Código civil. El más grave incumplimiento de esta obligación esencial, como incumplimiento objetivo, básico, que frustra el fin del contrato se produce cuando el vendedor entrega una cosa que no corresponde a lo pactado, que da lugar a la resolución del mismo. Tal como dice la sentencia de 21 diciembre 2012, "*en cuanto a la resolución por incumplimiento de una de las partes, sancionada por el artículo 1124 del Código civil (incluido, con poca adecuada técnica legislativa, entre las obligaciones condicionales), implica un incumplimiento esencial del contrato, como dice la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980 y ratificada por España en 1991, artículo 49.1, como recuerda la sentencia de 3 diciembre 2008; es preciso, como también recuerda la sentencia de 10 junio 2010, que se produzca frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria. Y la de 30 de octubre de 2009 precisa: ...hecho objetivo del incumplimiento, no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución.*"

La cuestión que aquí se plantea es precisamente ésta. Se ha vendido una vivienda -no otra cosa- y ésta es inhabitable, lo que significa que no sirve para vivir, es decir, no es vivienda, la cual por su propio concepto es un local para vivir (habitar) una persona o familia.

El que se venda una cosa como vivienda que no es habitable es *aliud pro alio*. Un caso claro de resolución puede ser el incumplimiento objetivo de la obligación de entrega de la cosa vendida en el contrato de compraventa,



lo que ocurre efectivamente si se da el caso de *aliud pro alio* . Como dice la sentencia de 16 noviembre 2000 , *"existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 del Código civil ."* Y precisa la de 31 julio 2002 recogiendo numerosa jurisprudencia anterior: *"la evidencia de la frustración del fin del contrato, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada desencadena la resolución... en definitiva, la inhabilidad del objeto"*. Lo acaba de aclarar la sentencia de 17 febrero 2010 : *"... defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina."* La de 25 febrero 2010 añade: *"... la doctrina de aliud pro alio que contempla una doble situación: que se haya entregado cosa distinta a lo pactado o que se haya entregado cosa que, por su inhabilidad, provoque una insatisfacción objetiva, es decir, una completa frustración del fin del contrato"*.

2.- La entrega de una cosa *aliud pro alio*, en el contrato de compraventa es un caso claro de incumplimiento esencial que da lugar a la resolución, en aplicación del artículo 1124 del Código civil . Lo cual implica dos extremos, tal como expone la sentencia de 22 junio 2010 : resolución, en sí misma, como ineficacia sobrevinida con efecto retroactivo, *ex tunc* e indemnización de daños y perjuicios (párrafo 2º del citado artículo 1124 y sentencia de 12 mayo 2005 ), los cuales deben probarse, pero sin obviar que la ineficacia producida por el incumplimiento de la otra parte contractual, por regla general produce un daño *per se* , como frustración en la economía de la que ha sufrido el incumplimiento y, por ende, la ineficacia del contrato.

**TERCERO** .- 1.- El primero de los motivos del recurso de casación está formulado por la oposición -según se expresa en el encabezamiento- a la doctrina jurisprudencial respecto a la doctrina del *aliud pro alio* . En el desarrollo del mismo, comienza citando una larga serie de sentencias que justifican el interés casacional, pero ninguna de ellas abona la postura de esta parte recurrente que niega que se aplique a su caso, el concreto caso de autos; sigue analizando la posición de la sentencia recurrida y entra en el tema de la prueba al decir que la practicada no arroja, objetivamente considerada, que se esté en presencia de "cosa diversa" por "pleno incumplimiento" ni "inhabilidad del objeto". Sigue, ya entrando en la esencia del motivo, combatiendo que se dé un caso de *aliud pro alio* en el sentido de que la entidad de los vicios no tienen la envergadura que permita aplicar tal doctrina. A continuación, entra en el análisis de la prueba pericial, cuya valoración está lejos del recurso de casación (así como también del recurso por infracción procesal) tal como han reiterado las sentencias de 16 septiembre 2010 , 5 mayo 2011 , 20 febrero 2012 , entre otras muchas, ya que la casación no es una tercera instancia y su función no es revisar la prueba practicada, sino controlar la aplicación correcta del ordenamiento jurídico al caso declarado probado, respetando siempre la cuestión fáctica tal como ha sido expuesta por la sentencia de instancia: sentencias de 25 junio 2010 , 14 abril 2011 , 4 abril 2012 , 6 mayo 2013 , 17 octubre 2014 , 11 mayo 2015 .

El motivo, pues, se desestima. No sólo porque la sentencia de la Audiencia Provincial declara probado que se vendió una vivienda, no otra cosa, y que ésta es inhábil para vivir, sino también porque esta propia Sala, al examinar los contratos y ver la prueba, también ve claro que se vendió algo que parecía *para vivir*, es decir, una vivienda y resultó que no era tal, no era apta para vivir, no era vivienda. Es aplicable, sin duda alguna, la doctrina del *aliud pro alio* tal como ha sido expuesta doctrinal y jurisprudencialmente en líneas anteriores.

2.- El segundo de los motivos del recurso de casación se funda en que la demandante, compradora de la falsa vivienda, "asumió las posibles contingencias de la cosa" ( *sic* ). Expone la jurisprudencia que nadie discute, sobre ello; precisamente la sentencia que ha sido citada anteriormente, de 21 diciembre 2012 contempla este caso y dice:

*"distinto es el caso, no ya contra la doctrina del aliud pro alio, sino que elimina la consecuencia de ésta en relación con el incumplimiento de una de las partes (el vendedor, en este caso). Es la asunción por una parte de unas posibles consecuencias que hagan inhábil el objeto. El objeto es efectivamente inhábil para el fin por el que se contrató, pero la parte que lo sufre (el comprador) había conocido y aceptado estas posibles contingencias. Lo cual evita que sea el incumplimiento de la otra parte (el vendedor) el que haya provocado el aliud pro alio y por tanto, permita aplicar los artículos 1124 y 1101"*.

Pero éste no es el caso. Tal como declara probado la sentencia de la Audiencia Provincial

*"la actora no tuvo conocimiento de los impedimentos urbanísticos que afectaban al destino atribuido a la planta semisótano, hasta después de la adquisición de la vivienda, ni de las patologías que presentaba dicho inmueble hasta que se inundó. Mientras que la parte vendedora demandada tenía perfecto conocimiento de la ilegalidad de destinar la planta semisótano a vivienda, y sin embargo, ocultó dicha circunstancia a la compradora para propiciar la venta, con ofrecimiento de características inviables por ilegales"*.





Como se ha indicado anteriormente, la función de la casación no es constituir una tercera instancia, sino que parte de la cuestión fáctica declarada probada por la sentencia recurrida. Por tanto, no cabe pensar en que la compradora asumía el riesgo, siendo así que ni siquiera lo conoció hasta que se produjo el siniestro.

Por lo cual, se desestima el motivo.

**3.-** El tercero de los motivos del recurso de casación se formula por infracción del artículo 1303 del Código civil y doctrina jurisprudencial. Su argumentación esencial es que se impone a la compradora el devolver el local y resulta que al devolverlo vendrá gravado con la hipoteca que ella misma interesó al obtener el préstamo con tal garantía. A lo cual, ésta, en su escrito de oposición al recurso realmente no se muestra contraria.

La sentencia de la Audiencia Provincial en sus fundamentos de derecho expone la resolución y la *restitución recíproca de lo recibido*. No hace referencia expresa a los detalles de la cancelación de la hipoteca, pero sí expresa que en los gastos que deberá abonar la parte vendedora se hallan los de notaría, registro, impuestos y seguro. Sin embargo, debe interpretarse -no corrigiendo (es decir, no casando)- el fallo de la sentencia, en la *obligación de las partes de restituirse recíprocamente lo recibido*.

Esta norma del artículo 1303 *"tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial al evento invalidador... evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra"*, dice la sentencia de 15 abril 2009, citando otras muchas anteriores. Lo que reiteran las sentencias de 5 marzo 2010; 21 junio 2011: *"... devolverse los que hubieren recibido por razón del contrato"*. Por último, es de destacar la de 23 noviembre de 2011, en estos términos:

*"Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia - sentencias 105/1990, de 24 de febrero, 120/1992, de 11 de febrero, 24 de febrero de 1992 (recurso número 105/1990), 81/2003, de 11 de febrero, 812/2005, de 27 de octubre, 934/2005, de 22 de noviembre, 473/2006, de 22 de mayo, entre otras - considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia."*

Consecuencia, sin necesidad de acoger el motivo y casar la sentencia, ya que ésta no ha infringido norma alguna, se debe entender que en la obligación que consta en el fallo de la misma, de restitución recíproca, se incluye la de devolver el derecho de propiedad del local, con la hipoteca cancelada, que no es otra cosa que debe quedar tan libre de cargas como le fue entregado a la compradora al tiempo del contrato y su consumación.

**4.-** Con cual, se confirma la sentencia recurrida, pero con la adición de lo que se ha expresado (libre de cargas) lo que lleva consigo -tal como establece el artículo 394.1 último inciso del primer párrafo, al que se remite el artículo 398- que no se impongan a la parte recurrente las costas de este recurso, por razón de que se acepta su argumento del motivo tercero, al que ni siquiera se ha opuesto directamente la parte contraria.

Lo mismo cabe decir del depósito que le será devuelto.

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

## FALLAMOS

**1.-** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la representación procesal de Don Salvador, Doña Berta y Doña Celsa, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, en fecha 21 de febrero de 2013, que SE CONFIRMA, de acuerdo con la interpretación y adición que ha sido expresada.

**2.-** No se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente, a la que asimismo le será devuelto el depósito constituido.

**3.-** 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. - **Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Eduardo Baena Ruiz.- 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.