



Roj: **SAP B 2448/2019 - ECLI:ES:APB:2019:2448**

Id Cendoj: **08019370112019100169**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **11**

Fecha: **20/03/2019**

Nº de Recurso: **927/2017**

Nº de Resolución: **172/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO JOSE MARTINEZ CENDAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866150

FAX: 934867109

EMAIL:aps11.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0818442120168120330

**Recurso de apelación 927/2017 -C**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Rubí**

**Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 402/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Jose María , Jose Antonio

Procurador/a: VICTOR VAZQUEZ DOMINGUEZ, VICTOR VAZQUEZ DOMINGUEZ

Abogado/a:

Parte recurrida: Jose Enrique

Procurador/a: ANGEL JOANQUET TAMBURINI

Abogado/a:

**SENTENCIA N° 172/2019**

Ilmos. Sres. e Ilma. Sra.

Don Josep M<sup>a</sup> Bachs i Estany (Presidente)

Doña María del Mar Alonso Martínez

Don Antonio Jose Martinez Cendan (Ponente)

En Barcelona, a 20 de marzo de 2019.

La Sección 11<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona ha visto en grado de apelación el juicio ordinario núm. 402/2016, sobre resolución contractual, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Rubí, entre don Jose María y don Jose Antonio , representados por el procurador don Víctor Vázquez Domínguez y asistidos por el letrado don Gonzalo Serrano Fenollosa, contra don Jose Enrique , representado por el procurador don Ángel Joaniquet Tamburini y defendido por el letrado doña Sara Iglesias López, por virtud del recurso de apelación interpuesto por los actores contra la sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 7 de julio de 2017 .



Expresa la decisión del Tribunal el magistrado Ilmo. Sr. don Antonio Jose Martinez Cendan, que actúa como ponente.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- En el juicio ordinario núm. 402/2016, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Rubí, se dictó sentencia el día 7 de julio de 2017, cuya parte dispositiva establece textualmente lo siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Vázquez Domínguez, en nombre y representación de Don Jose María y Don Jose Antonio *frente a Don Jose Enrique , absuelvo a éste de la pretensión contra él formulada.*

*Se imponen las costas a los demandantes".*

**SEGUNDO**.- Contra dicha resolución la representación de los actores interpuso recurso de apelación, alegando, en síntesis: 1.- Error en la valoración de la prueba sobre el incumplimiento contractual: la demandada no estaba en condiciones de vender la finca en los términos prometidos; 2.- Infracción del art. 1451 del CC , al no estimarse la resolución contractual al amparo del art. 1124 del CC .

La representación de la parte demandada se opuso al recurso de apelación.

A continuación las partes fueron emplazadas ante esta Sala, compareciendo en tiempo y forma.

**TERCERO**.- Recibidos los autos en esta Sección, sin necesidad de celebración de vista, el 6 de marzo de 2019 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

**CUARTO**.- En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor, a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

1.- Argumentaron los actores que en fecha 28 de septiembre de 2015 firmaron con el demandado un contrato de arras penitenciales por el que se obligaban a comprar la vivienda sita en Passeig DIRECCION000 , NUM002 , por el precio de 780.000 euros, entregando como arras la suma de 78.000 euros, manifestando el vendedor, en el pacto primero, que "... *el solar sobre el que se asienta el inmueble y este mismo no se encuentra afectado por ningún plan urbanístico de ninguna índole que afectase la calificación del mismo, así como el aprovechamiento urbanístico que, a día de hoy, permite la legalidad vigente*"; sin embargo, la realidad de los hechos no se ajusta a dicha manifestación al existir una serie de afectaciones urbanísticas que inciden directamente sobre un tercio del terreno de la finca objeto de compraventa, amén de dos edificaciones asentadas en la misma que se encuentran fuera de ordenación .

Considerando que dichas contingencias urbanísticas impedían al demandado cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato de arras, por burofax de 30 de noviembre de 2015 le comunicaron la resolución del contrato y la devolución de la suma entregada, resolución que fue rechazada por el demandado argumentando que no había causa justificada, emplazándoles para otorgar la escritura pública el día 10 de diciembre de 2015, a lo que se negaron exponiendo las razones oportunas.

Posteriormente, el demandado ofreció devolver la suma de 50.000 euros (el importe de las arras menos la comisión que decían haber pagado a la agencia inmobiliaria Lucas Fox), pero tras una serie de negociaciones el demandado se negó a firmar un contrato de transacción.

Por todo ello, interesaron una sentencia que declare resuelto el contrato de arras penitenciales por incumplimiento del demandado y la condena al pago de la suma de 78.000 euros, más los intereses legales desde el requerimiento extrajudicial de 4 de diciembre de 2015.

2.- El demandado argumentó que el contrato de arras estaba resuelto por desistimiento unilateral de la parte actora al no comparecer en la Notaría el 10 de diciembre de 2015, fecha máxima fijada en el contrato para firmar la escritura de compraventa, provocando, conforme a lo dispuesto en el art. 1454 CC y al pacto segundo del contrato, que la vendedora hiciera suya la cantidad entregada en concepto de arras penitenciales.

Que la actora conocía perfectamente, con anterioridad a la firma del contrato de arras, la calificación urbanística de la finca y la inexistencia de expediente sancionador alguno; por haber visitado la finca en diversas ocasiones, conocían el estado físico de la misma, estuvieron asesorados por el Sr. Carmelo , de la



agencia inmobiliaria, por las letradas Sra. Eva y Sra. Fidela, así como por dos profesionales arquitectos (el despacho de arquitectura Hogar@ y el Sr. Edmundo); por ello, conocían perfectamente la diferencia de metros cuadrados que constaban el Registro de la Propiedad (anexo I del contrato) y en el Catastro (anexo III).

Que, además, antes de la firma del contrato, se les envió toda la información sobre la calificación urbanística de la finca. Se solicitó certificado urbanístico a la Entidad Pública Descentralizada de Valldoreix y se le envió, junto con tres anexos (plano topográfico, plano de determinaciones urbanísticas y copia parcial de fotografía aérea), mediante correo electrónico de 18 de agosto de 2015. En dicho certificado se indicaba "*... segons el planejament general vigent, la finca es trova classificada en sòl urbà consolidat, amb qualificació de zona d'edificació aïllada, subzona unifamiliar (20ª/10) i equipament i dotació urbana de nova creació a nivel local (clau 7b)*", desprendiéndose de los dos planos enviados las dos zonas con diferente calificación. En relación a la caseta de herramientas y de bombas, la misma entidad certificó que no existía ningún expediente de disciplina urbanística ni sancionador y, además, fueron construidas con anterioridad al Plan general Metropolitano del año 1976.

3.- La sentencia de primera instancia razona que, pese al nombre dado por las partes al contrato -de arras-, debe calificarse de precontrato bilateral para contratar o promesa de contratar, obligándose a prestar su consentimiento a una compraventa futura por el precio y en el tiempo prometido, pactándose como garantía unas arras de carácter penitencial.

Razona que la actora no funda su pretensión en incumplimiento alguno, sino en un supuesto vicio en la formación del consentimiento sobre un objeto con diferentes características a las que creyó que le eran predicables, propio de una acción de nulidad o anulación del contrato conforme al art. 1265 del CC, habiendo seleccionado de forma errónea una acción de resolución al amparo del art. 1124 del CC.

Concluye que el principio de congruencia (art. 218 LEC) le impide resolver sobre una acción no ejercitada, desestimando la demanda.

4.- Los actores interponen recurso de apelación, alegando, en síntesis: 1º Error en la valoración de la prueba sobre el incumplimiento contractual: la demandada no estaba en condiciones de vender la finca en los términos prometidos; 2º Infracción del art. 1451 del CC, al no estimarse la resolución contractual al amparo del art. 1124 del CC.

#### **SEGUNDO.-Resolución del recurso.**

Los dos motivos del recurso, al compartir el mismo objeto, esto es, la procedencia de la acción de incumplimiento contractual, serán conjuntamente analizados.

Argumentan los apelantes que la demandada, cuando los emplazó en la Notaría para el otorgamiento de la escritura pública, no estaba en condiciones de vender la finca en los términos prometidos en el pacto primero del contrato, que establecía "*... manifiesta la parte vendedora que el solar sobre el que se asienta el inmueble y este mismo no se encuentra afectado por ningún plan urbanístico de ninguna índole que afectase la calificación del mismo, así como el aprovechamiento urbanístico que, a día de hoy, permite la legalidad vigente*", dado que 1/3 del solar de la finca objeto de compraventa estaba afectada por el Plan especial de Ordenación y de Protección del Medio Natural del Parque de Collserola (según contestación de la Entidad Municipal de Valldoreix de 27 de febrero de 2017) y las dos edificaciones correspondientes a la caseta de bombas y herramientas se encontraban en situación urbanística de fuera de ordenación. En definitiva, razonan los apelantes, no es correcta la afirmación de la sentencia cuando concluye que la acción de resolución contractual no se funda en incumplimiento alguno de la parte vendedora sino en un supuesto vicio en la formación del consentimiento.

En la demanda se ejercitó única y exclusivamente la acción de resolución del contrato de arras por incumplimiento, basado en el hecho de que se había vendido una finca libre de cargas, servidumbres y gravámenes cuando tenía una serie de afectaciones urbanísticas (segundo hecho de la demanda).

La sentencia apelada se pronuncia sobre el efecto de las limitaciones urbanísticas en relación a las cargas, servidumbres y gravámenes en la finca vendida, aunque finalmente parece que desestima la demanda al considerar que la acción era errónea. Pero no podemos olvidar que la acción de resolución, y no otra, es la que debe ser analizada.

Dejando de lado la cuestión, más teórica que práctica, sobre la naturaleza del contrato, el recurso no puede ser estimado, al no apreciar la existencia de incumplimiento contractual alguno como sostiene la sentencia apelada.

El Tribunal Supremo ha negado que proceda la rescisión por no darse a los compradores conocimiento de las limitaciones urbanísticas (sentencias de 17 de noviembre de 2006 y de 8 de noviembre de 2007). La



sentencia del TS nº1139/2006, de 17 noviembre, vino a razonar: "Los problemas urbanísticos, deberes y cargas derivadas de la legislación urbanística que se imponen a través de los correspondientes Planes de Ordenación, no son subsumibles en la regla del artículo 1483 del Código Civil ". Tras analizar la evolución de la posición de la Sala Primera, con cita de diversas resoluciones, concluye el Tribunal que "... aun reconociendo que por su condición de extranjeros pudieran los compradores tener mayor dificultad de comprensión, e incluso que no son absolutamente convincentes los argumentos de los vendedores en orden a una explicación suficiente de las circunstancias urbanísticas de la finca vendida, pues algo se les dijo, pero seguramente bajo una reticencia en lo fundamental, esta Sala no puede considerar que las condiciones urbanísticas puedan ser equiparadas, a los efectos del artículo 1483 CC, a las cargas o servidumbres no aparentes que no se mencionan en la escritura.

En primer lugar, porque la información urbanística está al alcance de cualquier interesado, como consecuencia del carácter público de Planeamiento, y lo estuvo en el caso, como es de ver en los propios Autos, en cuyo folio 93 figura la certificación del Excmo. Ayuntamiento de Calpe sobre la finca núm. NUM000 - NUM001 de Buenavista, que es la que fue objeto de compraventa.

En segundo lugar, porque siendo ello así no puede decirse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos ( artículos 7.1 y 1258 CC ), imponga un especial deber de información en los vendedores que venga a coincidir con lo que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones porque la misma buena fe exige en la contraparte un comportamiento diligente; lo que no ocurre, desde luego, cuando se trate de circunstancias o de condiciones que estén en contradicción o supongan modificación o alteración de hecho de cuanto se refleje en los Registros o Archivos (Por ejemplo, se encuentre pendiente una modificación del Plan, o una decisión sobre su validez y/o eficacia que conozca ya la parte vendedora pero no haya trascendido al Registro o al Archivo), y es en supuestos como los apuntados cuando puede y debe tener relevancia el deber de información, así como en los casos en que la parte vendedora, mediante maquinaciones o insidias, consigue convencer a la compradora de que, no obstante la información urbanística pública, se dan en el caso otras condiciones que incitan a la adquisición".

Centrada la cuestión, los problemas derivados de la normativa urbanística deben tratarse en sede de incumplimiento contractual siempre en relación con la incidencia que puedan tener en la economía del contrato, y al propio tiempo, teniendo en cuenta la representación que las partes contratantes se hicieron al establecer, como en el caso de autos, que la finca estaba "libre de cargas, servidumbres y gravámenes", atendiendo a la naturaleza del contrato en cuestión.

Los actores, antes de la firma del contrato de arras, dispusieron de toda la información de la finca. A este se adjuntó, a modo de anexos (aportados con la contestación de la demanda), tanto la nota simple del Registro de la Propiedad como la certificación del Catastro, reveladoras de la diferencia de superficie, así como diversos planos de situación; la propia parte actora, según resulta del texto de su demanda, era plenamente conocedora de dicha diferencia, puesta de manifiesto en el informe elaborado por su asesor técnico, el arquitecto Sr. Edmundo, y por su asesora jurídica, la letrada Sra. Eva. También les constaba la calificación urbanística de la finca mediante la certificación de la Entidad Municipal Descentralizada, que les fue facilitado con anterioridad a la firma, según declararon en juicio el Sr. Edmundo y la Sra. Eva, del que se desprende la inexistencia de expediente sancionador alguno. En definitiva, no puede imputarse a la parte vendedora, como sostuvo en el procedimiento, la posible falta de información, información que pudo obtener libremente mediante el acceso a los Registros y Archivos públicos y, en ningún caso, fue ocultada por los vendedores.

Además, las características urbanísticas forman parte del régimen ordinario de la propiedad. No puede decirse por tanto que una limitación de dicha clase constituya una carga. Es una característica del derecho de propiedad y forma parte del contenido de dicho derecho ( sentencia de la AP Barcelona, sec. 16ª, de 29-02-2012, nº 174/2012 ). En tal sentido debemos entender la situación urbanística que resulta de la contestación de la Entidad Municipal de Valdoreix de 27 de febrero de 2017 (folio 445).

Finalmente, respecto de la infracción del art. 1451 del CC que se cita en el recurso, al establecer dicho precepto que "la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato", compartimos la valoración que efectúa la apelada en su escrito de oposición de tratarse de un alegato novedoso y, por tanto, vetado en la alzada, pues no fue invocado en la demanda. En consecuencia, si en la resolución de primer grado no existe decisión alguna sobre el particular, por no haber postulado la parte un pronunciamiento específico, la Sala no puede ex novo realizar ese enjuiciamiento, que además lo sería en única instancia, contraviniendo la naturaleza estrictamente revisora del recurso de apelación ( art. 456.1 LEC ).

**TERCERO.- Costas de la apelación y destino del depósito.**



Por todo lo que antecede, el recurso interpuesto ha de ser desestimado, con imposición de las costas causadas por el seguimiento del proceso en segunda instancia conforme a lo dispuesto en el art. 398.1 LEC , en relación al art. 394.1 de la misma norma .

Conforme al punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , procede la pérdida del depósito constituido.

## FALLO

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

**1º** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Jose María y don Jose Antonio contra la sentencia de 7 de julio de 2017, dictada en juicio ordinario núm. 402/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Rubí .

**2º** Confirmar la sentencia recurrida.

**3º** Condenar a la apelante al pago de las costas causadas por el presente recurso y a la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 208.4 LEC , se informa a las partes que esta sentencia no es firme. Dictada en un proceso de cuantía inferior a 600.000 euros, contra ella cabe recurso de casación, siempre que su resolución presente interés casacional, y recurso extraordinario por infracción procesal, ante el Tribunal Supremo o ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña si la casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán ( arts. 477.2.3 º y 3 , 478.1 y D. Final 16ª LEC y arts. 2 y 3 Ley 4/2012, de 5 de marzo , del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña).

Firme que sea esta resolución devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, juzgando de manera definitiva en segunda instancia, lo acordamos y firmamos.