

Roj: **STS 329/2017 - ECLI:ES:TS:2017:329**Id Cendoj: **28079110012017100061**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/02/2017**Nº de Recurso: **2465/2014**Nº de Resolución: **65/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MU 1256/2014,**
STS 329/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 2 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandante-reconvenido D. Lorenzo , representado por la procuradora D.ª Margarita López Jiménez y defendido por el letrado D. Álvaro Márquez Rivas, contra la sentencia dictada el 1 de julio de 2014 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, en el recurso de apelación n.º 151/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 688/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Javier sobre resolución de contrato de compraventa. Ha sido parte recurrida la entidad demandada- reconviniendo Las Islas de Terrazas de la Torre S.L., representada por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y defendida por la letrada D.ª Marta Navarro-Valls Martínez

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de septiembre de 2010 se presentó demanda interpuesta por D. Valeriano y D. Lorenzo contra la mercantil Hacienda Verde S.L. solicitando se dictara sentencia por la que «se confirme la resolución (o rescisión con arreglo al art. 3 Ley 57/68) de los contratos de compraventa concertados entre mis mandantes y la demandada respecto de las viviendas en construcción que se determinan en el cuerpo de este escrito, condenando a la citada HACIENDA VERDE SL a que abone a mis mandantes las siguientes cantidades:

«1. Al señor Lorenzo , CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE EUROS (53.179,00 ?) más el interés legal desde el 29.07.10, fecha en que se recibe el burofax de resolución del contrato, hasta que se haga efectiva la devolución

»2. Al señor Valeriano , TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS Y VEINTE CÉNTIMOS (39.543,20 ?) más el interés legal desde el 29.07.10, fecha en que se recibe el burofax de resolución del contrato, hasta que se haga efectiva la devolución.

»3. A los dos demandantes, la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y UN EUROS Y OCHENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (151,84 ?) en concepto de daños y perjuicios derivados de la resolución o rescisión.

»4. Se condene a los demandados al pago de las costas procesales».

Mediante otrosí solicitó medida cautelar consistente en:

«requerir a la entidad HACIENDA VERDE SL para que de forma inmediata avale o asegure la cantidad de TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS Y VEINTE CÉNTIMOS (39.543,20 ?) abonada por el señor Valeriano así como la cantidad de CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE EUROS



(53.179,00 ?) abonados por el señor Lorenzo con arreglo a lo establecido en la ley 57/68, entregándose dichos documentos originales a esta representación a través del Juzgado».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Javier, dando lugar a las actuaciones n.º 688/2010 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, en esta condición compareció la mercantil Polaris World Real Estate S.L. en virtud de fusión por absorción de la entidad vendedora Hacienda Verde S.L., solicitando además se acordase la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso a favor de la mercantil Las Islas de Terrazas de la Torre S.L., al haber cedido la sociedad absorbente su posición contractual en favor de esta última entidad respecto de una de las viviendas litigiosas (la n.º NUM000 , correspondiente al contrato n.º NUM005).

Por diligencia de ordenación de 31 de enero de 2012 se acordó suspender las actuaciones y dar traslado a los demandantes de la solicitud de sucesión procesal. Los demandantes se opusieron alegando con carácter previo que la solicitud era parcial, por cuanto que solo afectaba a la pretensión deducida por el Sr. Lorenzo (dado que la cesión tan solo se refería a la vivienda comprada por este).

Por auto de 24 de abril de 2012 el juzgado desestimó la petición de sucesión procesal y acordó el alzamiento de la suspensión de las actuaciones. Esta resolución fue recurrida en reposición por la parte demandada mediante escrito de 4 de mayo de 2012, adhiriéndose al recurso la parte demandante por medio de escrito de 21 de mayo de 2012. Por auto de 24 de octubre de 2012 se estimó el recurso, «acordando la sucesión procesal peticionada».

Polaris World Real Estate S.L. (anteriormente Hacienda Verde S.L.) y Las Islas de Terrazas de la Torre S.L. contestaron a la demanda oponiéndose a la misma, y además formularon reconvencción frente a D. Lorenzo , solicitando «se declare la obligación de éste de dar cumplimiento al contrato de compraventa suscrito, en documento privado con fecha 16 de febrero de 2008 y, consecuentemente, les condene a:

»Otorgar escritura pública del referido contrato de compraventa con apercibimiento de que, de no hacerlo voluntariamente, se efectuará por el Juzgado, y a su costa.

»Abonar a mi representada la cantidad restante del precio de dicha vivienda, ascendente a CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL CIEN EUROS (149.100 ?) más el IVA correspondiente al momento de la escrituración.

»Abonar los intereses legales que se hayan devengado desde el momento en que los compradores debieron otorgar escritura pública de compraventa y pagar el precio restante, así como aquellos que se sigan devengando hasta que éste dé estricto cumplimiento a sus obligaciones.

»Y todo ello, con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada en reconvencción».

TERCERO.- Con fecha 14 de junio de 2012 las respectivas representaciones procesales del demandante D. Valeriano y de la entidad demandada Polaris World Real Estate S.L. presentaron escrito comunicando al juzgado que ambas partes habían llegado a un acuerdo transaccional respecto de la vivienda n.º NUM002 , interesando el sobreseimiento por satisfacción extraprocesal, que se procediera al archivo de los autos respecto del Sr. Valeriano «sin expresa imposición de costas a ninguna de la partes» y se continuara el procedimiento respecto de las acciones ejercitadas por el demandante Sr. Lorenzo .

Por decreto de 24 de octubre de 2012, accediéndose a lo solicitado, se acordó el sobreseimiento y archivo de las referidas actuaciones respecto de la demanda del Sr. Valeriano , sin condena en costas, y que se procediera a dar traslado de la reconvencción de Las Islas de Terrazas de la Torre S.L. al demandante Sr. Lorenzo , que contestó a la reconvencción interesando su desestimación con condena en costas a la demandada-reconviniente.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 30 de enero de 2014 con el siguiente fallo:

«Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la procuradora Rosa Nieves Martínez Martínez, en representación de Valeriano y Lorenzo , contra la mercantil "ISLAS DE TERRAZAS DE LA TORRE S.L." (anteriormente "HACIENDA VERDE SL"), debo ABSOLVER Y ABSUELVO A "ISLAS DE TERRAZAS DE LA TORRE SL" de las pretensiones ejercitadas en su contra, con imposición de las costas procesales a los demandantes principales.

»Que ESTIMANDO la demanda reconvenccional interpuesta por el Procurador José Augusto Hernández Foulquí, en representación de "ISLAS DE TERRAZAS DE LA TORRE S.L." (anteriormente "HACIENDA VERDE SL"), contra Lorenzo , debo CONDENAR Y CONDENO al demandado reconvenccional a otorgar escritura pública del contrato de compraventa de fecha 16 de febrero de 2008, con apercibimiento de que de no hacerlo se efectuará por el Juzgado en su nombre y a su costa, así como a abonar a "ISLAS DE TERRAZAS DE LA TORRE



S.L." la cantidad de 149.100 euros más el IVA correspondiente al tipo vigente en el momento de escrituración, así como los intereses legales correspondientes desde el 27 de septiembre de 2011 hasta su completo pago. Se imponen las costas procesales a Lorenzo ».

QUINTO.- Interpuesto por el demandante D. Lorenzo contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el n.º 151/2014 de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, esta dictó sentencia el 1 de julio de 2014 desestimando el recurso e imponiendo las costas de la segunda instancia al apelante.

SEXTO.- Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-reconvenido y apelante D. Lorenzo interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC por interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala. El recurso se componía de un motivo «primero y único» con la siguiente formulación:

«MOTIVO PRIMERO Y ÚNICO DE CASACIÓN: por inaplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 57/68 en relación con el art. 1124 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta (STS de 5, 2, 2013, Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, STS 25,10,11, recurso 588/2008, Ponente Román García Varela; y STS DE 11, 4, 2013 Ponente Francisco Javier Orduña Moreno)».

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma el demandante-reconvenido y la demandada- reconviniendo por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 22 de junio de 2016, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso con imposición de costas al recurrente

OCTAVO.- Por providencia de 27 de diciembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 18 de enero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la resolución de un contrato privado de compraventa de vivienda de futura construcción por falta de entrega en plazo y por no haber cumplido la entidad promotora- vendedora su obligación de constituir las garantías previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/68), y en la d. adicional 1.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), siendo esta última la única cuestión controvertida ante esta sala.

La decisión del recurso debe partir de los siguientes datos:

1. La demanda se interpuso el 22 de septiembre de 2010 por los compradores, dos ciudadanos de nacionalidad británica (D. Lorenzo, actual recurrente, y D. Valeriano), contra la sociedad vendedora (Hacienda Verde S.L.), y en la misma se pidió la declaración de ser ajustada a Derecho la «resolución (o rescisión con arreglo al art. 3 Ley 57/68)» extrajudicialmente acordada respecto de dos contratos de compraventa (uno por cada comprador) suscritos con fecha 16 de febrero de 2008 respectivamente sobre las viviendas n.º NUM000 (del edificio NUM001) y n.º NUM002 (del edificio NUM003), pertenecientes a la promoción «Las Islas de Terrazas de la Torre», ubicada en la localidad murciana de Torre Pacheco, y la condena de la demandada a devolver a cada comprador las sumas entregadas por ellos a cuenta del precio, más intereses legales desde que se tuvo conocimiento de la resolución, y al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

La demandada Hacienda Verde S.L. fue absorbida durante la tramitación de este litigio por la entidad Polaris World Real Estate S.L., que a su vez, con fecha 16 de diciembre de 2010, cedió los derechos sobre la vivienda comprada por el hoy recurrente Sr. Lorenzo a la ahora recurrida Las Islas de Terrazas de la Torre S.L.

Tras el acuerdo transaccional alcanzado durante la tramitación del pleito en primera instancia entre Polaris World Real Estate S.L. y el Sr. Valeriano respecto de la vivienda n.º NUM002 (contrato n.º NUM004), la controversia se centró en el contrato suscrito por el Sr. Lorenzo (doc. 1 de la demanda) respecto de la vivienda n.º NUM000 (contrato n.º NUM005). En concreto, el hoy recurrente reclamó en concepto de cantidades anticipadas que debían ser objeto de devolución la suma de 53.179 euros, incrementada con el interés legal desde el 29 de julio de 2010 (fecha en que se recibió por la promotora el burofax comunicando la decisión resolutoria contractual), y la cantidad de 151,84 euros en concepto de daños y perjuicios derivados de la resolución.

Como fundamento de tales pretensiones se alegaba, en síntesis, lo siguiente: (i) respecto de la resolución del contrato, que esta tenía amparo en los arts. 3 Ley 57/1968 y 1124 CC, toda vez que la promotora-vendedora no había cumplido obligaciones contractuales de carácter esencial, en primer lugar por no haber



iniciado la construcción y, consecuentemente, no haber entregado el inmueble en el plazo convenido (el cual, amparándose el demandante en los arts. 1256 CC y 85.1 y 8 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se consideraba además radicalmente nulo por abusivo al entender que quedaba al arbitrio del vendedor toda vez que en el contrato, cláusula 1., se fijó un «plazo máximo de 18 meses a contar desde el inicio de las obras de edificación») y, en segundo lugar, porque tampoco había otorgado las preceptivas garantías legales (a las que también se refería la cláusula 2, último párrafo, del contrato) que asegurasen la devolución de las cantidades anticipadas (ni aval ni seguro), ni cuando se hicieron los pagos (tres pagos, por importe respectivamente de 3.000, 39.543,20 y 10.635,80 euros) ni tampoco durante los más de dos años que transcurrieron hasta que se dirigió el primer requerimiento a la promotora (12 de abril de 2010) denunciando dichos incumplimientos y advirtiendo de la resolución (finalmente comunicada mediante burofax el 28 de julio de 2010); y (ii) en cuanto a la pretensión indemnizatoria, que la demandada había causado daños resarcibles por importe de 151,84 euros, correspondientes al importe de las gestiones llevadas a cabo para la resolución (dos burofaxes -doc. 16, 17 y 21- y un acta notarial de presencia -doc. 19- dejando constancia de la falta de inicio de las obras), adjuntando las facturas correspondientes como docs. 22 a 24.

2. La demandada hoy recurrida se opuso a la demanda alegando, en esencia, (i) que todo era una excusa del comprador para desvincularse del contrato y recuperar las cantidades entregadas tras la caída de los precios en el sector inmobiliario; (ii) que el comprador había sido quien había incumplido previamente su obligación de pagar el precio al no atender el segundo de los pagos pactados; (iii) que el comprador conocía la situación del proyecto al que pertenecía la vivienda comprada y su ejecución por fases (en el contrato se incluyó una estipulación según la cual «[l]a parte compradora declara que conoce y acepta la situación urbanística del citado Proyecto»), siendo por ello plenamente consciente de que la construcción no se iba a iniciar inmediatamente después de la firma del contrato, lo que impedía computar desde esta fecha el plazo de entrega de 18 meses, por demás válido; (iv) que nuevamente había incumplido sus obligaciones el comprador al negarse a escriturar la vivienda una vez terminada (lo que aconteció el 19 de mayo de 2011); y (v) que por todo ello no estaba en disposición de resolver el contrato, tampoco con base en el pretendido incumplimiento de la obligación de avalar, fundamentalmente porque por su carácter accesorio dicho incumplimiento no entrañaría efectos resolutorios y, en todo caso, porque existía una línea de avales concertada por la promotora con diversas entidades bancarias (doc. 28), habiendo hecho entrega de avales a otros compradores de viviendas de la misma promoción.

A su vez formuló reconvencción interesando el cumplimiento del contrato y la condena del demandante al otorgamiento de escritura pública y a pagar el precio restante (149.000 euros más IVA y más intereses legales de dicha suma desde la fecha en que debió otorgarse la escritura).

En su contestación a la reconvencción el demandante inicial opuso que la falta de entrega de los avales (pues no los hubo, siendo irrelevante si se entregaron o no a otros compradores) y la mala situación económica de la promotora inicial (a punto por dos veces de entrar en concurso) justificaba que se dejaran de pagar los plazos pactados; que el comprador nunca fue informado de la situación de la finca (ni de la falta de licencia de obras, ni de las circunstancias urbanísticas concretas), siendo abusiva la estipulación contractual que recogía lo contrario; que por eso mismo, ante la falta de concreción de la fecha de entrega, la cual no podía quedar a voluntad de la vendedora, el plazo de dieciocho meses debía computarse desde la firma del contrato; y en fin, que la falta de avales cuando la construcción aún no se había finalizado justificaba la resolución del contrato.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción al considerar que el único que había incumplido sus obligaciones había sido el comprador. En lo que aquí interesa sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: a) que el plazo de entrega estipulado debía considerarse válido a la luz de la doctrina seguida por la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª; b) que la parte compradora conocía que por la envergadura del proyecto no era posible que las viviendas estuvieran finalizadas en 18 meses desde la firma del contrato, no siendo posible por ello fijar otro plazo de entrega con más precisión, además de que en ningún caso se trataba de un plazo cuyo cumplimiento quedara a voluntad del vendedor, por depender de que se otorgara la preceptiva licencia de obras, que en este caso se solicitó el 28 de septiembre de 2006 (antes de la firma del contrato) y no se obtuvo hasta el 31 de mayo de 2010, iniciándose las obras el 13 de julio y finalizándose un año después (el certificado final de obras se concedió el 19 de mayo de 2011 y la licencia de primera ocupación se obtuvo el 4 de agosto de 2011); c) que la no entrega de avales en garantía de devolución de las cantidades anticipadas no amparaba la resolución del contrato al tratarse en todo caso de una obligación accesorio de la obligación principal, que además no procedía exigir cuando la vivienda se encontraba ya en disposición de ser entregada; d) que también era un hecho no discutido que el comprador había incumplido previamente el plan de pagos estipulado en la cláusula segunda; y e) que en esta situación,



al haberse terminado la vivienda y estar en disposición de ser entregada, debía condenarse al cumplimiento del contrato solicitado mediante reconvencción.

4. Interpuesto recurso de apelación por el demandante-reconvenido, la sentencia de segunda instancia lo desestimó razonando, en síntesis: a) que aunque es un hecho probado que el comprador había remitido un burofax a la vendedora el 4 de abril de 2010 requiriéndola para que entregase el aval al que se refiere la Ley 57/1968, también lo es que desde la firma del contrato el 16 de febrero de 2008 hasta más de dos años después «ninguna otra constancia existe sobre la preocupación del comprador por la existencia de los avales», además de que en dicho requerimiento el comprador no solo se refirió a la entrega del aval sino también a la «solicitud o concesión de la licencia de obras», lo que revelaba que en modo alguno la obligación de entregar el aval fue considerada por las partes como esencial y, por tanto, con consecuencias resolutorias (se cita y extracta la sentencia 731/2012, de 10 de diciembre, para dejar constancia de que para la jurisprudencia de esta sala la falta de garantías por sí sola no puede valorarse como incumplimiento con efectos resolutorios); b) que fue el comprador quien primero incumplió su obligación esencial de pagar el precio, sin que este incumplimiento trajera causa o estuviera vinculado con la falta de entrega del aval, ya que el impago se produjo en diciembre de 2008 y el requerimiento a la vendedora no tuvo lugar hasta abril de 2010, además de que el pago del precio es una obligación esencial que solo puede no cumplirse ante un incumplimiento de la misma naturaleza, «no por la falta de aval, que no tiene tal carácter»; c) que según constante criterio de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, la cláusula contractual que fija el plazo de entrega en 18 meses desde el inicio de las obras de edificación no es abusiva ni por tanto nula, sino válida y eficaz, ya que en el contrato litigioso se dejaba claro que al momento de celebrarse «no había nada construido, ya que se había iniciado la tramitación para poder construir el Proyecto Residencial en el que se ubicarían las viviendas...indicándose además, que se trataba de una compraventa de cosa futura», de manera que al momento de la firma el comprador sabía que «tan solo se había iniciado la tramitación administrativa necesaria para poder construir», sin que se pudiera fijar el plazo de entrega con mayor precisión y sin que tampoco quedara su cumplimiento a voluntad de la parte vendedora habida cuenta de que los contratos no solo obligan al cumplimiento de lo pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, «siendo evidente que de dicho contrato se desprendía la obligación de la parte vendedora de iniciar las obras en cuanto hubiese finalizado la tramitación administrativa señalada en ese contrato, esto es, cuando se dispusiese de la correspondiente licencia de obras»; y d) que por todo ello, a tenor de la fecha en que se concedió la licencia de obras o edificación (el 31 de mayo de 2010) y de la fecha en que las obras se finalizaron (el certificado final de obras se obtuvo el 19 de mayo de 2011 y la licencia de primera ocupación el 4 de agosto de 2011), no podía apreciarse un incumplimiento contractual de la parte vendedora que justificara la resolución a instancia del comprador.

5. Contra la sentencia de segunda instancia ha recurrido en casación el demandante-apelante mediante un solo motivo fundado en infracción de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 57/1968 en relación con el art. 1124 CC, así como de la jurisprudencia que los interpreta (se citan al respecto las sentencias de 25 de octubre de 2011, 5 de febrero de 2013 y 11 de abril de 2013).

SEGUNDO.- En el desarrollo del único motivo del recurso el recurrente alega, en síntesis, que su actuación como comprador se encontraba amparada por la jurisprudencia de esta sala pues, no discutiéndose que la parte vendedora no constituyó las garantías legales (aval o seguro), ha de concluirse que incumplió una obligación no accesorias, sino esencial, y que tal incumplimiento facultaba al comprador para resolver el contrato en tanto que la vivienda se encontrase en fase de construcción, siendo esto precisamente lo acontecido, pues el burofax requiriendo a la vendedora la entrega de los avales se envió en abril de 2010 y la licencia de primera ocupación no se obtuvo hasta agosto de 2011.

La parte recurrida se ha opuesto insistiendo en que existían líneas de avales bancarias que garantizaban las cantidades anticipadas, que en todo caso el incumplimiento previo del comprador recurrente le impedía instar la resolución, que este instó la resolución antes incluso de que transcurriera el plazo de entrega pactado por las partes, estando la vivienda finalmente terminada y a su disposición antes de su vencimiento, y que en ningún momento consideró el comprador recurrente que la falta de aval constituyera un incumplimiento esencial, pues nada dijo al respecto durante dos años y cuando requirió en tal sentido a la entidad promotora también solicitó que se le entregaran otros documentos como la licencia de obras, debiéndose entender que su conducta fue consecuencia única y exclusivamente de la situación preconcursal de la entidad vendedora en 2010.

TERCERO.- Sobre la cuestión que plantea el motivo, la doctrina jurisprudencial (sentencias 706/2011, de 25 de octubre -citada por el recurrente-, 731/2012, de 10 de diciembre -citada por la sentencia recurrida, aunque interpretándola en un sentido que no resulta de su doctrina-, 25/2013, de 5 de febrero, 221/2013, de 11 de abril, -ambas también invocadas por el recurrente-, 498/2013, de 19 de julio, 40/2014, de 29 de enero, 218/2014, de 7 de mayo, de Pleno, 759/2014, de 6 de enero de 2015, 778/2014, de 20 de enero de 2015, de Pleno, 780/2014,



de 30 de abril de 2015, de Pleno, 501/2015, de 15 de septiembre, y 469/2016, de 12 de julio) es terminante a la hora de calificar la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/1968) como una obligación no accesorio, sino esencial, mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de modo que, como declara la última de las sentencias citadas (469/2016), la omisión de la garantía facultará al comprador de la vivienda a exigirla y, de no constituirse, a no seguir pagando cantidades anticipadas, pues según la sentencia 759/2014 «el aval viene a constituir la causa de la obligación de entregar la cantidad anticipada y viceversa», o a resolver el contrato por incumplimiento, con devolución, a cargo del promotor, de las cantidades anticipadas.

En definitiva, el hecho de que el art. 3 de la Ley 57/1968 solo prevea la «rescisión» del contrato en caso de expiración del plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubieren tenido lugar, o la circunstancia de que la d. adicional 1.ª LOE se refiera a la multa por incumplimiento de la garantía y no a la resolución del contrato, no menoscaban el carácter esencial de la obligación en relación con la del comprador de hacer los pagos a cuenta en las fechas contractualmente estipuladas, pues de otro modo se frustraría la finalidad de la norma y no se entendería el carácter irrenunciable de los derechos del comprador, muy explícitamente establecido en el art. 7 de la Ley 57/1968 (sentencia 498/2013, de 19 de julio). Por tanto, tratándose de un incumplimiento esencial, la consecuencia jurídica es la de facultar al comprador para resolver el contrato, de acuerdo con la Ley 57/1968 y el art. 1124 del C. Civil , quedando por el contrario el vendedor impedido de resolverlo si, en aquella tesitura de omisión de garantías, es el comprador quien no atiende los pagos parciales a cuenta del precio.

CUARTO.- Esta doctrina es aplicable al presente caso, toda vez que ha quedado probado que tras suscribirse el contrato litigioso en el mes de febrero de 2008 y entregar el comprador cantidades a la vendedora a cuenta del precio, la vendedora no constituyó en favor del comprador las preceptivas garantías legales, situación a raíz de la cual el comprador estaba facultado para dejar de atender los pagos aplazados (lo que hizo a partir del mes de diciembre de 2008) y que también le facultaba para optar por la resolución contractual extrajudicial, lo que llevó a cabo una vez constató que seguían sin constituirse las garantías al no atender la entidad vendedora su requerimiento. Es determinante que cuando el comprador tomó la decisión de resolver el contrato la vivienda apenas se había empezado a construir, pues el primer requerimiento de exhibición de avales, no atendido por la vendedora, se hizo a mediados del mes de abril de 2010, y el burofax comunicando la decisión de resolver el contrato se envió el 28 de julio de 2010 -recibiéndose al día siguiente-, por tanto pocos días después de que la vivienda se empezara a construir, ya que aunque se solicitó la licencia de obras el 28 de septiembre de 2006 no se obtuvo el permiso para edificar hasta el 31 de mayo de 2010 y las obras no comenzaron hasta el 13 de julio de 2010. Por el contrario, no es relevante, pese a las consideraciones de la sentencia recurrida, que el comprador solo pagara una parte (10.635,80 euros) del tercer pago (42.543,20 euros) previsto para 270 días después de la firma del contrato, pues al margen de que la diferencia se debiera a las dificultades económicas del comprador y a su acuerdo con la vendedora, lo cierto es que, conforme a la doctrina jurisprudencial ya reseñada, el comprador no podía ser compelido a pagar los anticipos sin contar con la garantía (aval o seguro) de su devolución.

De la misma forma, tampoco se opone a la resolución del contrato la circunstancia de que en la decisión del comprador de exigir las correspondientes garantías y de resolver el contrato influyera la situación preconcursal de la vendedora, pues es precisamente esta circunstancia una de las que más pueden alertar a los compradores sobre la omisión de la garantía de devolución de sus anticipos. Es más, la sentencia de Pleno 778/2014, de 20 de enero de 2015 , considera, como una de las razones que justifican la «rescisión» del contrato (art. 3 de la Ley 57/1968), equiparándola a una resolución por incumplimiento del vendedor, «[e]l riesgo, nunca descartable y en los últimos años nada improbable, de insolvencia del promotor-vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso del tiempo, reduciendo entonces las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor».

En un caso similar, la sentencia 501/2015, de 15 de septiembre , declaró procedente la resolución del contrato por el comprador por falta de constitución de las referidas garantías legales (también contractualmente contempladas) dado que, como ahora, el comprador optó por la resolución «cuando a la obra le quedaba aún un largo plazo para poder ser entregada, por lo que no puede entenderse que la garantía hubiera dejado de ser eficaz». Y la sentencia 25/2013, de 5 de febrero también consideró procedente la resolución en un caso en el que concurrían circunstancias muy semejantes a las que ahora concurren, razonando lo siguiente: «En el presente caso, los compradores ante el retraso en la terminación de la obra en el plazo pactado, requirieron para la entrega del aval, sin resultado, resolviendo el contrato ante la dilación en la entrega, de acuerdo con las previsiones contractuales y legales que obligan al vendedor a la entrega del aval al momento de otorgamiento del contrato y sin necesidad de intimación previa. En autos consta que antes de la terminación de la obra, se había requerido para la entrega de aval, se había requerido de resolución contractual y se había interpuesto la demanda».



QUINTO.- La estimación del único motivo comporta la del recurso y que, conforme al art. 487.2 LEC , proceda, tras casar la sentencia recurrida, resolver sobre el caso, lo que ha de hacerse en el sentido de estimar el recurso de apelación del demandante-reconvenido y revocar la sentencia de primera instancia.

Procede por tanto estimar íntegramente la demanda y desestimar la reconvenición, y en consecuencia:

1.º Declarar ajustada a Derecho la resolución del contrato de compraventa n.º NUM005 suscrito por el hoy recurrente D. Lorenzo con fecha 16 de febrero de 2008 respecto de la vivienda n.º NUM000 , perteneciente a la promoción «Las Islas de Terrazas de la Torre», ubicada en la localidad murciana de Torre Pacheco.

2.º Condenar a la entidad demandada-reconviniente a devolver al comprador hoy recurrente la suma total de las cantidades anticipadas (53.179,00 euros) más los intereses legales no desde que se abonaron dichas sumas sino, por haberse solicitado así en la demanda, desde la fecha en que se tuvo conocimiento de la resolución -29 de julio de 2010- y hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

3.º Condenar a la citada entidad a pagar al comprador recurrente la cantidad de 151,84 euros para el resarcimiento de los gastos que ha llevado aparejada dicha resolución extrajudicial, pues su existencia y cuantía no ha sido objeto de controversia y la petición se ajusta al art. 1124 CC , párrafo segundo.

SEXTO.- Se reitera la siguiente doctrina jurisprudencial: «La obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/1968) constituye una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, cuyo incumplimiento por el vendedor faculta al comprador de la vivienda a exigirla y, de no constituirse, a no seguir pagando cantidades anticipadas o a resolver el contrato por incumplimiento, con devolución, a cargo del promotor, de las cantidades anticipadas».

SÉPTIMO.- Conforme al art. 398.2 LEC , no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, porque ha sido estimado, ni las de la segunda instancia, porque el recurso de apelación del demandante hoy recurrente tenía que haber sido estimado.

Conforme al art. 394.1 LEC , procede imponer a la parte demandada-reconviniente las costas de la primera instancia, ya que la demanda se estima íntegramente y la reconvenición ha sido desestimada.

Y conforme al apdo. 8 de la d. adicional 15.ª LOPJ , procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación por interés casacional interpuesto por el demandante-reconvenido D. Lorenzo contra la sentencia dictada el 1 de julio de 2014 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, en el recurso de apelación n.º 151/2014 . 2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. 3.º- Reiterar la siguiente doctrina jurisprudencial: «La obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/68) constituye una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, cuyo incumplimiento por el vendedor faculta al comprador de la vivienda a exigirla y, de no constituirse, a no seguir pagando cantidades anticipadas o a resolver el contrato por incumplimiento, con devolución, a cargo del promotor, de las cantidades anticipadas». 4.º- En consecuencia, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por el referido demandante-reconvenido contra la sentencia dictada el 30 de enero de 2014 por la juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Javier , revocarla para, en su lugar: A) Estimar íntegramente la demanda interpuesta por dicho recurrente contra la entidad Hacienda Verde, S.L. (actualmente Las Islas de Terrazas de la Torre S.L) y desestimar totalmente la reconvenición de esta contra aquel. B) Y condenar a dicha demandada-reconviniente a pagar al demandante-reconvenido la cantidad de 53.179,00 euros más el interés legal desde que se comunicó la resolución del contrato (29 de julio de 2010) hasta su efectivo pago, así como a indemnizar al demandante-reconvenido en 151,84 euros por los gastos que llevó aparejada la resolución extrajudicial del contrato. 5.º- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de la segunda instancia, e imponer a la parte demandada-reconviniente las costas de la primera instancia. 6.º - Y devolver al recurrente el depósito constituido. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.