



Roj: **STS 2722/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2722**

Id Cendoj: **28079110012017100403**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2017**

Nº de Recurso: **339/2015**

Nº de Resolución: **430/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17038/2014,**  
**STS 2722/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 7 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuestos contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2014, por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación 648/13, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 400/2012, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Madrid. Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la mercantil Riofisa Este, S.L.U. (antes Riofisa Procam, S.L.), representada por la Procuradora doña Beatriz González Rivero. Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la mercantil Aira Pando, S.L. representada por la Procuradora doña Valentina López Valero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los tribunales doña Beatriz González Rivero, en nombre y representación de la mercantil Riofisa Este, S.L.U. (antes Riofisa Procam, S.L.), presentó demanda de juicio ordinario contra la mercantil Aira Pando, S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado:

«Tenga por formulada la demanda y, tras la tramitación procesal procedente, dicte Sentencia condenando a Aira Pando, S.L. al cumplimiento del contrato de compraventa de autos (documento 4) de forma que sea condenada a recibir los inmuebles objeto del mismo, a escriturarlos a su favor y a pagar la parte del precio pendiente de pago que asciende a 122.536 euros mas IVA al tipo vigente en la fecha de su devengo (hoy sería del 18%, 22.056,48.-?), mas los intereses pactados en el contrato de compraventa (duplo del interés legal del dinero) que se devengan desde la fecha de 23 de marzo 2011 en que se citó a la demandada a otorgar escritura de compraventa (documentos 23 y 24), habiéndose devengado, a fecha de hoy, 9.300 euros de intereses, sin perjuicio de los que venzan desde la presentación de la demanda, y debiendo condenarse a la demandada al pago de las costas del pleito.»

2.- Por Decreto de 23 de marzo de 2012, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a la parte contraria para contestar.

3.- La procuradora de los tribunales Valentina López Valero, en nombre y representación de la entidad mercantil Aira Pando S. L., contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:



«...dicte sentencia desestimando la demanda en todas sus partes, absuelva a mi mandante de todos los pedimentos de la misma, con expresa condena en costas a la demandante. »

Al mismo tiempo formuló demanda reconvenional oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y terminó suplicando al Juzgado:

«...dicte sentencia por la que resuelva el contrato de compraventa habido entre las partes de fecha 28 de febrero de 2008, condenando a la demandante a la devolución y abono a mi representada de las cantidades que le abonó mi mandante por dicho contrato, que suman 24.708?, (21.300? del precio, más el IVA abonado que asciende a 3.408?), condenándola en costas. »

5.- Dado traslado a la parte reconvenida, presentó escrito oponiéndose a la demanda reconvenional la procuradora de los tribunales Beatriz González Rivero, en nombre y representación de la mercantil RIOFISA ESTE, S.L. conforme a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y terminó suplicando al Juzgado

«tenga por contestada la demanda reconvenional formulada contra RIOFISA y, tras la tramitación procesal procedente, dicte sentencia desestimando la demanda con imposición de costas a la demandante.»

6.- El Juzgado de Primera Instancia número 45 de Madrid, dictó sentencia con fecha 20 de mayo de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando la demanda deducida por la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz María González en nombre y representación de Riofisa Este S.L. contra Aira Panda S.I. y desestimando la reconvenición formulada por ésta contra la anterior, condeno a Aira Panda S.L. al cumplimiento del contrato de compraventa, de fecha 28 de febrero de 2008, que les vincula, procediendo a recibir los inmuebles y a escriturarlos a su nombre, pagando a Riofisa Este S.I. el precio pendiente, 122.536 euros mas IVA, al tipo vigente, en la fecha del devengo, así como los intereses pactados a devengar desde el 23 de marzo de 2011 en que se citó a la demandada al otorgamiento de escritura y que, a fecha de presentación de la demanda ascienden a 9.300 euros, imponiendo a la demandada las costas causadas.»

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de la entidad mercantil Aira Panda S.L., correspondiendo su resolución a la Sección decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 19 de noviembre de 2014 con el siguiente Fallo:

«Que ESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por AIRA PANDO S.L., contra la sentencia dictada en fecha 20 de mayo de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia número 45 de los de Madrid , en los autos de Juicio Ordinario seguidos ante dicho Órgano Judicial con el número 400/2012, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la resolución recurrida y, en su lugar, DESESTIMAMOS la demanda rectora de estas actuaciones absolviendo a la demandada de los pedimentos que contra ella se formulaba en la misma y ESTIMAMOS la demanda reconvenional declarando resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes ahora litigantes, condenando a RIOFISA ESTE S.L.U. a pagar las cantidades abonadas, en total 24.708? (21.300?) en concepto de precio y 3.408? en concepto de IVA abonado), más los intereses de demora procesal, con imposición a la actora-reconvenida de todas las costas causadas en primera instancia y sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.*

1.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de extraordinario por infracción procesal y de casación por la representación procesal de la mercantil RIOFISA ESTE, S.L.U., con base en los siguientes motivos:

«MOTIVO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Único.- «La sentencia recurrida vulnera, en el proceso civil, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la constitución española ( art. 469.1.4° LEC ) al resultar la valoración de la prueba efectuada, con todos los respetos y con la más alta consideración a la Ilma. Audiencia, arbitraria, ilógica y absurda al declarar, como base de su fallo, que la obra de RIOFISA no estaba finalizada el tercer trimestre de 2009, que el retraso en la finalización de la obra es imputable a RIOFISA y que el retraso fue grave sin que se pueda hablar de un mero retraso de poca monta.»

«MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN: Único.- Infracción del artículo 1.124 del Código Civil y de la doctrina del Tribunal Supremo en cuya virtud no todo retraso habilita para la resolución sino que el principio de conservación del contrato exige que el retraso sea respecto de un término esencial o que el incumplimiento sea definitivo y frustre las expectativas negociales ( sentencias del Tribunal Supremo 17/12/2008 , 17/12/1983 , 3/4/1981 , 27/11/1992 , 18/11/1993 , 7/31995 ) o que exista una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento



( sentencias del Tribunal Supremo 20/61986, 13/3/1986 ) o una prolongada inactividad del deudor (sentencia Tribunal Supremo 10/3/1981 ).»

**2.-** La sala dictó auto el 8 de febrero de 2017 cuya parte dispositiva dice:

«1º.-Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la sociedad mercantil Riofisa Este, SLU, contra la sentencia dictada, con fecha 19 de noviembre de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), en el rollo de apelación nº 648/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 400/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 45 de Madrid.»

2º.- Y de conformidad con los arts. 474 y 485 LEC la parte o partes recurridas podrán formalizar su oposición a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, por escrito en el plazo de veinte días desde la notificación de este auto. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

**3.-** Dado traslado a las partes, la representación procesal de la entidad mercantil Aira Pando S.L., manifestó su oposición a los recursos formulados de contrario.

**4.-** No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso 28 de junio de 2017 en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes*

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

**1.-** Riofisa Este SLU y Aira Pando SL celebraron un contrato de compraventa el 28 de febrero de 2008, por el que aquella vendía a ésta un inmueble terciario, modulo B, en planta primera del portal 3 del edificio 4, y cuatro plazas de aparcamiento (número 8, 94, 56 y 57) sitos en el término municipal de Camarena de Esteruelas.

**2.-** Riofisa, con fundamento en dicho contrato, presentó demanda contra Aira Pando, por la que alegando incumplimiento contractual de ésta, solicitaba que se dictase sentencia condenándola a recibir los inmuebles, escriturándolos a su favor, y a pagar el resto del precio pendiente que asciende a 122.536 euros más IVA y más los intereses pactados.

**3.-** Aira Pando se opuso, alegando que fue la vendedora quien incumplió el contrato al no hacer entrega de los inmuebles en la fecha convenida.

Afirma que fue requerida por la actora para el otorgamiento de la escritura pública en el mes de septiembre de 2009, que era la fecha prevista en el contrato para la entrega de la edificación (tercer trimestre del año), pero que, sin embargo, a dicha data, no se había obtenido licencia de primera ocupación por faltar la red de abastecimiento de agua y saneamiento, obligación esta sustancial, que incumbía a la vendedora. Tal abastecimiento de agua no se concedió por el Canal de Isabel II hasta el mes de julio de 2010, por falta de diligencia de Riofisa.

Con fundamento en tal incumplimiento formuló demanda reconvenzional, solicitando la resolución del mencionado contrato, condenando a la demandante a la devolución de las cantidades pagadas, cuya suma asciende a 24.708 euros.

Subsidiariamente solicitó que se le condene a una indemnización de daños y perjuicios en los términos que precisa.

**4.-** La sentencia de primera instancia estimó la demanda y desestimó la reconvenzión.

**5.-** La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, cuyo conocimiento correspondió a la sección decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 19 de noviembre de 2014 .

En ella estimó el recurso de apelación y, como consecuencia de ello, desestimó la demanda rectora de las actuaciones y estimó la demanda reconvenzional.

**6.-** La audiencia, como frontispicio de su decisión, expone la secuencia de hechos que resulta de la prueba documental aportada:

« (a) 28 de febrero de 2008: las partes suscriben el contrato de compraventa objeto de la litis (folio 53).

»b) 31 de agosto de 2009: certificado final de la dirección de la obra (folio 87).



- »c) 10 de septiembre de 2009: carta remitida por la actora a la demandada comunicando -la obtención del antedicho certificado y mostrando su disposición para comenzar la preparación de la escritura de compraventa (folio 103).
- »d) 24 de septiembre de 2009: burofax en los mismos términos que la misiva anterior (folio 104).
- »e) 30 de septiembre de 2009: fecha inicialmente prevista para la recepción de la edificación según la estipulación novena del contrato de compraventa (folio 59).
- »f) 2 de octubre de 2009: solicitud de licencia de primera -ocupación (folio 89).
- »g) 30 de noviembre de 2009: burofax remitido por demandada dando por resuelto el contrato ante el incumplimiento por la contraparte de su estipulación novena, según la cual la edificación habría de ser entregada durante el tercer trimestre del año 2009 (folio 108).
- »h) 19 de mayo de 2010.: acta de conformidad técnica emitida por Canal de Isabel II - á las obras ejecutadas por la actora (folio. 814).
- »i) 26 de agosto de 2010: concesión de la licencia de primera ocupación (folio 130).»

(i) La sentencia recurrida transcribe la estipulación novena del contrato de compraventa, bajo el epígrafe «recepción de la edificación», que es del siguiente tenor:

« "La edificación se entregará durante el tercer trimestre de 2009, salvo caso fortuito o fuerza mayor, incluyéndose expresamente, entre estas, la huelga y las inclemencias meteorológicas. Dicha entrega se producirá, una vez finalizada la obra acreditándose mediante certificación final de obra emitida por la Dirección Facultativa de la misma.

Cualquier retraso necesario e imprescindible, debido a causas ajenas a la voluntad de la VENDEDORA, a juicio de la Dirección Facultativa, producirá una dilación en la fecha de entrega, idéntica a la del plazo del retraso involuntario.

»Este plazo se incrementará, igualmente, en el supuesto de que por ambas partes se acuerde alguna modificación de obra prevista en la Estipulación Cuarta del presente contrato de Compraventa.

»La entrega se verificará mediante el levantamiento de un acta, para lo cual la VENDEDORA cita de forma fehaciente a la COMPRADORA con siete (7) días de antelación. En el caso de no comparecer la. COMPRADORA, se considerará cumplida la obligación de la VENDEDORA y el acta será válida con la sola firma del representante de la VENDEDORA en ese acto, y surtirá todos los efectos de la entrega, especialmente, en cuanto .a la obligación de la COMPRADORA de pagar las cantidades debidas, cantidades sobre las que comenzarán a aplicarse los intereses previstos en este contrato para el caso de demora en el pago.

»En el momento de la entrega de la COMPRADORA deberá satisfacer todos los gastos que según contrato corresponden a la COMPRADORA, y la VENDEDORA hubiera satisfecho anticipadamente.

»Los defectos a subsanar, si los hubiere, se reflejarán detalladamente en el acta de entrega, señalándose un plazo para su subsanación". »

El tribunal de apelación aprecia, tras valorar la prueba practicada, que, a pesar de lo pactado -entrega una vez finalizada la obra, acreditación mediante certificación de obra emitida por la Dirección Facultativa - y de que la certificación se emitió en el plazo previsto para la recepción de la edificación, esto es, el 31 de agosto de 2009 - tercer trimestre del año- la obra no estaba terminada en la fecha en que se emitió la certificación antedicha, y, por ende, la demandada no tenía obligación de recepcionarla.

(ii) La audiencia valora la prueba en los siguientes términos:

«Es cuestión pacíficamente admitida por las empresas litigantes que RIOFISA asumió la realización de dos tramos del emisario de aguas residuales y que lo hizo en el año 2002, pero no cabe ignorar que, una vez firmado el Convenio entre Gestión Integral del Servicio de Distribución entre el Ilustrísimo Ayuntamiento de Camarana de Esteruelas y el Canal de Isabel II el 20 de julio de 2005, la conformidad técnica de la construcción de aquellos dos tramos del emisario había de ser prestada por Canal Isabel II que, en informe emitido el 26 de febrero de 2010 , denegó aquella conformidad en tanto no fuesen modificados todos los puntos que se reseñaban en dicho informe; que en informe emitido igualmente por Canal Isabel II el 15 de marzo de 2010 se dejaba constancia de que "(...) debido a que la documentación aportada corrobora la información obtenida por el Canal de Isabel II, y tras el examen correspondiente, el Departamento de Tecnología de Alcantarillado comunica que siguen vigentes todos los requisitos señalados en el informe n° 2, de resultado negativo pendiente de modificaciones, de fecha 23/06/2010... "; y que sólo en el informe emitido en fecha 12 de abril de 2010 Canal de Isabel II comunicó al Ayuntamiento de Camarana de Esteruelas que, habiendo recibido documentación



complementaria, proporcionada por Riofisa Procam S.L. aportada con fecha 29/03/2010 y nº de registro de entrada 201000012551... consideraba satisfechos los requisitos expuestos en los informes anteriores e informaba favorablemente las observaciones proyectadas para la obtención de conformidad técnica de aquellos dos tramos del emisorio.

»En el mismo sentido, el testigo don Carlos Antonio , de profesión arquitecto técnico y que había desempeñado el cargo de jefe del área empresarial de Riofisa, reconoció que cuando se pidió la licencia de primera ocupación en octubre de 2009 ,no estaba terminada la red de saneamiento. Igualmente el testigo don Alejandro , que había sido director comercial de la actora, admitió que después de terminada la obra visitó el inmueble con el Sr. Celso y que el comprador se lo dijo, además de "poner muchas pegas". Del mismo modo el testigo don Feliciano reconoció que la demandada oponía a la recepción del inmueble la falta de agua y. de la red de saneamiento. Finalmente el perito don Jesús , pese a informar en el sentido de haber valorado la certificación final de obra y que, desde el punto de vista técnico, la misma suponía que la obra se había terminado, a preguntas de la parte demandada reconoció que dicha obra carecía de utilidad mientras el Canal de Isabel II no suministrase agua y ello no tuvo lugar hasta que se ejecutó el emisorio.»

Partiendo de tal valoración concluye que al finalizar el tercer trimestre del año 2009, cuando vencía el plazo para la entrega de la edificación, esta carecía de red de saneamiento.

(iii) Otro tanto sucedía, según la sentencia recurrida, con las obras de abastecimiento de agua:

«[...] consta acreditado documentalmente que cuando AIRA PANDO S.L. recabó información de Canal de Isabel II sobre el abastecimiento de agua al Sector SI-4 La Raya Industrial, proyecto de conformidad técnica 4015395, para la contratación de suministro de agua en la parcela TC-2, con fecha 11 de enero de 2010 , se le comunicó que, según el Sistema de Gestión Comercial (de Canal de Isabel II), las obras de la ejecución de la conformidad se encontraban en curso, por lo tanto, mientras no se hubiesen finalizado no se procedería a la recepción de la red de distribución por parte de aquella empresa (folio 398). De igual forma, contestando a lo solicitado por la demandada en fecha 6 de abril de 2010 , Canal de Isabel II 'en escrito de igual fecha informó, entre otros extremos, que

»"(...) En cuanto su solicitud de contratación de una acometida, dado que la red de abastecimiento del ámbito SI-4 "La Raya Industrial" aún no ha si recibida por el Canal de Isabel II, no es posible acceder a su solicitud. Una vez recibida y puesta en servicio la red, podrá formalizar la contratación a través de nuestros servicios comerciales.

»Por otra parte, en relación a su solicitud de información sobre previsiones de recepción y puesta en servicio de la red, le informamos que actualmente estamos a la espera de que los instaladores homologados terminen con algunos remates pendientes en la obra y entrega de la correspondiente documentación final de obra.

»De igual manera, como le decíamos en nuestra anterior comunicación, estamos a la espera de que el Promotor satisfaga las obligaciones del Convenio de Gestión suscrito por el Canal de Isabel II y el Ayuntamiento de Camarana de Esteruelas.

»Satisfechos los puntos anteriores, se procederá a la limpieza de la red y extracción de muestras para análisis de agua por parte del laboratorio.

»Puesto que algunos de los puntos comentados anteriormente dependen del Promotor , no podemos informarle sobre un plazo probable de recepción de la obra" (folio 400).»

»En términos semejantes se pronuncia el Ayuntamiento de Camarana de Esteruelas que, cuando la actora solicitó licencia de obra mayor para la construcción de 265 módulos terciarios ya dejó constancia, en fecha 3 de mayo de 2007 , de que no se concederían licencias de primera ocupación hasta la total terminación y efectivo funcionamiento de las obras de urbanización del sector, puesta en servicio de la conexión entre la red de saneamiento de Camarana de Esteruelas a la EDAR de Alcalá de Henares y **total finalización y puesta en servicio de la red de suministro de agua con la conexión a la red general** (folio 361); con fecha 28 de diciembre de 2009 , denegó la licencia de primera ocupación solicitada por quedar pendiente su concesión a la justificación del cumplimiento efectivo de las obligaciones urbanísticas preceptivas (folio 249); y, sólo el 27 de agosto de 2010 , se concedió la referida licencia de primera ocupación definitiva (folio 130)

(iv) Concluye la audiencia, en atención a la valoración de tales pruebas, que, aunque «técnicamente» pudiera considerarse terminada la obra dentro del plazo para su entrega, la misma carecía de utilidad para la mercantil compradora en cuanto no estaba provista de dos servicios básicos, como eran el abastecimiento de agua y la red de saneamiento.

Lo anterior comporta el incumplimiento por la vendedora de su obligación contractual de entrega.





(v) El tribunal de apelación, con cita de sentencias de la sala, y en contra de lo sustentado por la sentencia de primera instancia, entiende que el plazo era esencial, sin que estemos en presencia de un mero retraso o «mero retraso de poca monta», pues fue de casi un año, por lo que alcanza la conclusión de que se frustró el fin del contrato.

(vi) Finalmente niega que el incumplimiento del plazo de entrega sea imputable a terceros y no a la mercantil vendedora, particularmente al Canal de Isabel II que se comprometió con el Ayuntamiento de Camarana de Esteruelas a la ejecución del emisario y no dio su conformidad hasta el informe del 12 de abril de 2010.

«En primer lugar, porque como en dicho informe se recogía hasta el 29 marzo anterior la actora no había facilitado la documentación que le había sido solicitada; y, en segundo lugar, porque pretender justificar el incumplimiento de una parte contratante desviando su responsabilidad a la actuación de terceros sin límite temporal, como se contiene en la estipulación novena del contrato - anteriormente transcrita - equivale una vez más a dejar su cumplimiento al arbitrio de una de las partes contratantes en contra de lo dispuesto en el artículo. 1256 del Código Civil .»

**7.-** La representación procesal de Riofisa S.L.U. interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso de casación se interpuso por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º LEC , y justificó tal interés en la existencia de jurisprudencia contradictoria de la Audiencia Provincial de Madrid en casos idénticos.

**8.-** El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en un motivo único.

«La sentencia recurrida vulnera, en el proceso civil, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la constitución española ( art. 469.1.4º LEC ) al resultar la valoración de la prueba efectuada, con todos los respetos y con la más alta consideración a la Ilma. Audiencia, arbitraria, ilógica y absurda al declarar, como base de su fallo, que la obra de RIOFISA no estaba finalizada el tercer trimestre de 2009, que el retraso en la finalización de la obra es imputable a RIOFISA y que el retraso fue grave sin que se pueda hablar de un mero retraso de poca monta.»

**9.-** El recurso de casación se articula en un motivo único.

«Infracción del artículo 1.124 del código civil y de la doctrina del Tribunal Supremo en cuya virtud no todo retraso habilita para la resolución sino que el principio de conservación del contrato exige que el retraso sea respecto de un término esencial o que el incumplimiento sea definitivo y frustre las expectativas negociales ( sentencias tribunal supremo 17/12/2008 , 14/12/1983 , 3/4/1981 , 27/11/1992 , 18/11/1993 , 7/3/1995 ) o que exista una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento ( sentencias Tribunal Supremo 20/6/1986, 13/3/1986 ) o una prolongada inactividad del deudor (sentencia tribunal supremo 10/3/1981 ).»

**10.-** La sala dictó auto el 8 de febrero de 2017 por el que admitió los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

**11.-** Tras el oportuno traslado la parte recurrida aportó escrito de oposición a ambos recursos, si bien previamente opuso óbices de admisibilidad.

(i) En el recurso extraordinario por infracción procesal alega, como causa de inadmisibilidad, que la recurrente pretende una revisión de la total valoración probatoria contenida en la sentencia, al amparo del ordinal 4 del art. 469.1 LEC , y ello sin fundamentar la existencia de un error patente o notorio o una interpretación ilógica o irrazonable de los distintos medios de prueba desarrollados en la instancia. Lo que pretende es introducir una interpretación de los hechos contraria a la contenida en la sentencia recurrida, ofreciendo sus propias conclusiones o deducciones, sin justificar en modo alguno error o interpretación ilógica alguna en la sentencia.

En definitiva lo que persigue el recurrente es convertir este recurso en una tercera instancia.

(ii) En el recurso de casación niega la existencia de interés casacional.

Según ha venido sosteniendo la sala la existencia de interés casacional exige la existencia de contradicción jurisprudencial, que requiere un criterio jurídico plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una sección de la misma Audiencia frente a otro criterio antagónico, en relación con la misma cuestión de derecho.

Este no es el caso, pues las sentencias de la Audiencia Provincial traídas por el recurrente no presentan esta contraposición de criterios jurídicos contradictorios, entre las mismas y la ahora recurrida, sino que lo que presentan es una diferencia en cuanto a los hechos que consideran probados.

Recurso extraordinario por infracción procesal.



## SEGUNDO.- Admisibilidad

### 1.- Criterio de admisibilidad

El Acuerdo de esta sala adoptado en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 sustituye al adoptado el 30 de diciembre de 2011, sin que la revisión de este por aquel sea sustancial sino clarificadora tras la experiencia de cinco años de aplicación de la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

En lo relevante al presente supuesto el Acuerdo contiene las siguientes precisiones sobre el error en la valoración en la prueba:

a) No puede ser materia de los recursos extraordinarios. Sólo el error patente puede alegarse como motivo del recurso, con los siguientes requisitos: (i) debe tratarse de un error fáctico -material o de hecho-; (ii) debe ser patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de actuaciones judiciales; (iii) no podrán acumularse en un mismo motivo errores patentes relativos a diferentes pruebas; (iv) es incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC sobre el mismo hecho.

#### b) Requisitos: 3.2

Cuando se trate de un error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, se deberá indicar la prueba concreta, incluso con referencia al folio de las actuaciones o al minuto del soporte audiovisual, y exponer cómo, dónde o cuándo se ha producido el error.

#### c) Causas de inadmisión:

##### 2.1 Carencia manifiesta de fundamento ( art. 473.2 LEC )

A modo de ejemplo:

c) Pretender una nueva valoración de la prueba sin darse ninguno de los casos excepcionales de error a que se ha hecho referencia o intentar por este medio una revisión del juicio jurídico.

### 2.- Resoluciones de la sala

(i) el Auto de 16 de septiembre de 2015, Rc. 831/2014, afirma que:

«Se ha de recordar que, puesto que el recurso extraordinario por infracción procesal no es una tercera instancia ( SSTS de 17 de diciembre de 2009, RC n.º 1960/2005 , 7 de junio de 2010 , RIP n.º 782/ 2006, 26-10-2010 , RIP n.º 2215/2006 y 2 de abril de 2012 , RCIP n.º 443/2010 ), no se permite al recurrente desarticular la valoración conjunta de la prueba mediante la técnica de ofrecer a la Sala sus propias conclusiones o deducciones, a partir de aquellos medios de prueba que resulten más favorables a sus argumentos ( STS de 10 de diciembre de 2008, recursos 2389/2003 y 2901/2008), ni cabe considerar vulneradas disposiciones sobre prueba cuya valoración ha de hacerse con arreglo a la sana crítica, por el mero hecho de que la recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal con arreglo a criterios valorativos lógicos (por todas, STS de 11 de diciembre de 2009, RC n.º 2259/2005 ), sin que la impugnación fundada en la existencia de error de derecho en la valoración ampare que se pueda desvirtuar la conjunta de la instancia mediante el análisis de alguno de sus componentes ( SSTS de 3 de marzo de 2004 ; 30 de mayo de 2007, RC n.º 4710/2000 y 1 de octubre de 2010, RC n.º 2284/2007 ) ni el pretexto de una supuesta irracionalidad o ilogicidad del resultado justifique que pueda llegarse a sustituir la resultancia objetiva plasmada en la sentencia por otra alternativa, más beneficiosa para los intereses o pretensiones de la parte, pero parcial y subjetiva (STSS de 24 de marzo de 1998 y 30 de julio de 2008 , ambas citadas por la mencionada de 1 de octubre de 2010, RC n.º 2284/2007 ), razones todas ellas, que permiten concluir que solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control de la valoración probatoria de instancia a través del recurso extraordinario por infracción procesal.»

(ii) La sentencia 145/2016, de 10 de marzo , acudiendo a lo recogido en la sentencia de 22 de enero de 2015, rec. 1249/2013 , sostiene que:

a) En nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia y ulteriores recursos extraordinarios. El examen pleno del material fáctico objeto del proceso, y de la actividad probatoria que ha servido para considerar probados determinados hechos controvertidos, corresponde a los tribunales de primera instancia y de apelación. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda volver a exponer toda la complejidad fáctica del litigio, pretendiendo su reinterpretación por el tribunal de casación y el replanteamiento



general de la revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Por esa razón, ninguno de los motivos que en relación cerrada enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la revisión de la base fáctica y la valoración de la prueba ( STS 4 de septiembre de 2014, Rº. 2733/2012 ). Solo cabe su revisión cuando conculque el artículo 24.1 de la Constitución Española por incurrir en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad.

b) Es por ello que constituye doctrina de esta Sala (SSTS de 8 de abril de 2014, Rc. 1581/2012 ; 18 de febrero de 2013, Rc. 1287 y 4 de enero de 2013, Rc. 1261/2010 entre las más recientes) que *« la restrictiva doctrina desarrollada durante la vigencia de la LEC 1881 sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica de la prueba, mantiene su vigencia, si bien ahora dentro del ámbito del recurso extraordinario y, en esta línea, se ha venido admitiendo con carácter excepcional, la impugnación de la prueba ( Sentencias de fechas 28 de noviembre de 2007 , 16 de marzo de 2007 , 29 de septiembre de 2006 , 28 de julio de 2006 , 23 de junio de 2006 , 16 de junio de 2006 , 12 de mayo de 2006 , 9 de mayo de 2005 , 29 de abril de 2005 y 8 de abril de 2005 , entre las más recientes), indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción, en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de Julio de 2000 y 15 de marzo de 2002 entre otras muchas)»*.

Descendiendo a respuestas singulares viene declarando la jurisprudencia, en síntesis, lo siguiente: ( STS 25 de junio de 2014; Rc. 3013/2012 ): (i) que no es posible atacar la valoración conjunta de la prueba, o lo que es igual, que la parte no puede pretender una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia a quien corresponde esta función soberana ( SSTS de 13 de noviembre de 2013, Rc. n.º 2123/2011 ; 8 de octubre de 2013, Rc. 778/2011 ; 30 de junio de 2009, Rc. 1889/2006 y 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005 ); (ii) que tampoco puede atacar esa valoración conjunta mediante la impugnación de pruebas concretas ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional ( SSTS de 11 de diciembre de 2013, Rc. 1853/2011 ; 14 de noviembre de 2013, Rc. 1770/2010 ; 13 de noviembre de 2013, Rc. 2123/2011 y 15 de noviembre de 2010, Rc. 610/2007 , que cita las de 17 de diciembre de 1994, Rc. 1618/1992 ; 16 de mayo de 1995, Rc. 696/1992 ; 31 de mayo de 1994 , Rc. n.º 2840/1991 ; 22 de julio de 2003, Rc. 32845/1997 ; 25 de noviembre de 2005, Rc.1560/1999 ) pues *« el hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio ( STS de 8 de julio de 2009, RC n.º 13 / 2004 ) a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto»* ( SSTS de 15 de noviembre de 2010, Rc. n.º 610/2007 y 26 de marzo de 2012, Rc n.º 1185/2009 ).

(iii) La sentencia 127/2017, de 24 de febrero , matiza que:

*«dejando a un lado la doctrina de la sala sobre el error en la valoración de la prueba ( sentencia 11/2017, de 13 de enero Rc. número 2001/2013, entre otras y como reciente), en el sentido de que en nuestro sistema no cabe una tercera instancia, así como que el error debe ser patente y de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE , lo que ahora se aprecia como relevante es que debe tratarse de un error fáctico, material o de hecho ( sentencias de esta Sala 418/2012, de 28 junio , 262/2013, de 30 abril , 44/2015, de 17 febrero , 235/2016, de 8 abril , 303/2016, de 9 mayo y 714/2016, del 29 noviembre , entre otras muchas).*

*«La conclusión de la sentencia, que la recurrente califica de errónea, es el resultado de una labor hermenéutica que entronca con el significado jurídico de la voluntad de las partes expresada en el contrato. Por tanto, se trata de una cuestión jurídica sustantiva cuyo examen no tienen cabida más que en casación ( STS 303/2016, de 9 de mayo, Rc. 122/2014 ).*

*«La parte confunde valoraciones jurídicas sobre el contrato y su vigencia con errores fácticos sobre valoración de la prueba. »*

(iv) Las recientes sentencias 124/2017, de 24 de febrero ; 24 de marzo de 2017, rec. 1055/2015 y la 341/2017 , de 31 de mayo, ratifican e insisten en la doctrina de la sala, que hemos reflejado.

(v) La sentencia 646/2016, de 2 de noviembre , sostiene algo de suma relevancia al caso enjuiciado, y es que el recurso extraordinario por infracción procesal se ha de circunscribir al recurso de casación, sin que quepa ampliarlo a cuestiones de otros litigios.

### 3. Decisión de la sala.

Si se aplica la anterior doctrina al presente recurso la conclusión habrá de ser su desestimación por inadmisión:





(i) Carece de estructura casacional, pues la que tiene es más propia de un escrito de alegaciones en las instancias.

(ii) Pretende extrapolar las conclusiones probatorias de otros procedimientos al presente, sin que necesariamente la prueba practicada en todos ellos sea la misma ni en su proposición ni en su contenido.

Aquí se trata, lisa y llanamente, de revisar la valoración que hace la audiencia en la sentencia recurrida para apreciar si incurre en error patente, sin que se vea vinculada por las valoraciones de otros tribunales, que al ser aportadas necesariamente las tuvo presentes.

(iii) Acumula en el mismo motivo errores relativos a diferentes medios de prueba (pericial y testifical).

(iv) Pretende una revisión del juicio jurídico cual es el carácter esencial o no del término pactado para la entrega del inmueble vendido.

«Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo , "No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo ), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial".»

(v) Al no ser este recurso una tercera instancia no se permite al recurrente desarticular la valoración conjunta de la prueba mediante la técnica de ofrecer a la sala sus propias conclusiones o deducciones, a partir de los medios de prueba que les resulten mas favorables a sus argumentos, o infiriendo de los mismos medios deducciones diferentes a los del tribunal, pero sin merecer la calificación de error patente en la inferencia de este.

Aún así, y si se revisa la valoración llevada a cabo por el tribunal de apelación, procede la desestimación del motivo.

No existe controversia sobre la emisión del certificado final de obra el 31 de agosto de 2009, ni tampoco que en dicha fecha la edificación carecía de red de saneamiento y de abastecimiento de agua; por lo que no puede afirmarse que exista un error patente sobre datos fácticos.

La parte recurrente de lo que discrepa es de la valoración jurídica que hace la sentencia recurrida de tales hechos, pero ello queda extramuros del recurso extraordinario por infracción procesal y es propio del ámbito del recurso de casación.

En efecto, la audiencia sostiene que, aunque «técnicamente» pudiera considerarse terminada la obra dentro del plazo previsto para su entrega, la misma carecía de utilidad para la mercantil compradora en cuanto no estaba provista de los servicios básicos como eran el abastecimiento de agua y la red de saneamiento.

De lo anterior colige el incumplimiento por la vendedora de la obligación de entregar el bien en la fecha pactada.

Si ese retraso es o no imputable a la recurrente lo analiza la sentencia recurrida desde el aspecto fáctico y el jurídico.

En el primero de ellos se afirma que el Canal de Isabel II no dio su conformidad, en relación con la ejecución del emisario, hasta el informe de 12 de abril de 2010, pero se precisa como en dicho informe se recogía que ello obedeció a que hasta el 29 de marzo anterior la actora no había facilitado la documentación que le había sido solicitada.

Conclusión razonable y no ilógica

En el segundo aspecto argumenta que no cabe desviar su responsabilidad a la actuación de terceros sin límite temporal, pues ello equivale una vez mas a dejar su cumplimiento al arbitrio de una de las partes contratantes.

No poniéndose en duda el dato fáctico sobre el retraso en la licencia de primera ocupación, la valoración sobre si ese retraso es esencial y, en su caso, si frustró el interés contractual del comprador, es de naturaleza jurídica y, por tanto, propia del juicio de revisión del recurso de casación.

Por todo ello no procede la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de Casación

**TERCERO.- Admisibilidad**



1.- Es cierto que el concepto de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales comporta la existencia de criterios dispares entre secciones de Audiencias mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que pueda calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales.

En consecuencia, tiene que acreditarse que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de distintas Audiencias y que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho problema.

2.- A juicio de la parte recurrida tal contradicción no existe en este caso, pues las sentencias de las Audiencias Provinciales traídas por el recurrente no presentan esta contraposición de criterios jurídicos contradictorios entre los mismos y la ahora recurrida, sino que lo que presentan es una diferencia en cuanto a los hechos que consideran probados.

3.- La parte recurrente niega que el retraso sea respecto de un término esencial y, en su caso, que haya frustrado las expectativas negociales para la compradora.

Afirma que así fue reconocido para la misma promoción en las sentencias que cita:

(i) La sentencia 461/2012, de 27 de septiembre dictada por la sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid declara expresamente que las obras concluyeron en el plazo pactado, esto es, dentro del tercer trimestre de 2009, así como que el retraso en la licencia de primera ocupación se produjo por causa no imputable a la vendedora sino a un tercero, en concreto al Canal de Isabel II.

Añade que el plazo pactado no se concibió como esencial, y, por tanto, el retraso no ha frustrado las expectativas negociales.

(ii) La sentencia 45/2012, de 25 de enero, de la sección 10, de la Audiencia Provincial de Madrid, declaró expresamente que no se trata de un plazo esencial porque se compraba como inversión y, por ello, el retraso no frustra las expectativas negociales. Añade que el retraso habido no es imputable a la vendedora.

(iii) La sentencia de la sección 21 de la misma Audiencia, de 9 de octubre de 2014, también declara que la obra concluyó el 31 de agosto de 2009, que es cierto que se retrasó la licencia de primera ocupación pero no por causa imputable a la promotora, así como que el plazo de entrega no se concibió como esencial, de manera que un simple retraso no frustra las expectativas negociales.

4.- La sentencia recurrida, en términos de valoración jurídica, discrepa de tales sentencias:

(i) No entiende que la edificación se encontrase en condiciones de ser entregada en el plazo pactado en la estipulación novena del contrato, pues carecía en ese momento -tercer trimestre del año 2009- de red de saneamiento y de abastecimiento de agua, por lo que carecía de utilidad para la mercantil compradora.

(ii) El plazo es esencial y no se está en presencia de un mero retraso, sino ante un retraso de un año que frustra el interés contractual.

(iii) El retraso en la licencia de primera ocupación tiene su origen en que la actora demoró presentar la documentación que se le había solicitado.

Pero lo más relevante de la sentencia recurrida, por su contenido de valoración jurídica, es que la promotora no puede justificar su incumplimiento ante los compradores, desviando su responsabilidad a la actuación de terceros.

5.- A partir de las contradicciones que hemos expuesto el interés casacional del recurso se evidencia por la o diferente o contradictoria respuesta judicial que se ha dado, en esencia, al mismo problema jurídico (sentencia 198/2014, de 1 de abril).

Ahora bien, como el interés casacional -presupuesto de recurribilidad- ha de venir referido al juicio jurídico sobre la correcta aplicación e interpretación de una norma jurídica sustantiva -no procesal-, desde el pleno respeto a los hechos probados y a la razón decisoria, lo que ha de analizarse, partiendo de los hechos esenciales, es si existe o no justificación jurídica para la diversa respuesta judicial (entre otros AATS de 15 de octubre de 2013, rec. 3204/2012; 22 de octubre de 2013, rec. 2781/2012, y 29 de octubre de 2013, rec. 2569/2012).

#### **CUARTO.- Decisión de la Sala sobre el recurso**

Interrelacionando el contenido del motivo del recurso con la motivación de la sentencia recurrida al estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, tres son las cuestiones que se suscitan: (i) si hubo entrega de la edificación en el plazo pactado; (ii) si el plazo pactado era esencial; (iii) si, de existir retraso, este provocó la frustración del interés contractual de la compradora.



1.- No existe controversia sobre el plazo de entrega de la edificación, que, según la estipulación novena del contrato, sería el tercer trimestre de 2009.

Tampoco se debate que, en cumplimiento de la misma estipulación, la entrega se produciría una vez finalizada la obra acreditándose mediante certificación final de obra, certificación que emitió la dirección facultativa el 31 de agosto de 2009.

Asimismo no existe discrepancia sobre el hecho nuclear del litigio, a saber, que a la fecha en que se emitió el certificado final de obra esta carecía de red de abastecimiento de agua y de saneamiento.

2.- La valoración jurídica a revisar es si en tales circunstancias se ha de entender finalizada la obra y en condiciones de entrega, pues la sentencia recurrida lo niega, en atención a que, al no estar provista de dos servicios básicos como son el abastecimiento de agua y red de saneamiento, carecía de utilidad para la mercantil compradora.

3.- La conclusión que alcanza la audiencia se contradice con la doctrina de la sala.

Es cierto que últimamente los supuestos enjuiciados han tenido por objeto viviendas, lo que exige mayor rigor y garantías por tratarse de un bien de primera necesidad cuando su adquisición tiene como finalidad servir de morada al comprador.

Pero ello no empece a que las declaraciones sobre la cuestión relativa a la entrega, no sean extrapolables, en esencia, a otros inmuebles.

«Como afirma la sentencia 696/2013, de 13 de noviembre, Rc. 1217/2011, "la obligación de entrega presenta un doble aspecto: físico o material, consistente en la puesta en posesión que, en el caso de inmuebles puede entenderse producida por el otorgamiento de la escritura pública; y otro jurídico, que se refiere al cumplimiento de aquellas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador".

»Y es que para el comprador lo relevante, partiendo de la terminación física de la obra, es que la entrega o puesta a disposición tenga lugar conforme al artículo 1462 CC, esto es cuando el inmueble esté en condiciones de ser disfrutado según su destino. La obligación del vendedor de entregar la vivienda objeto del contrato de compraventa supone, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1461 y concordantes del CC, la entrega de aquella en condiciones de poder ser habitada sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos.

»Como señala la STS de 3 de junio de 2003, la obligación asumida por el vendedor de una vivienda se extiende a poner al comprador en la pacífica posesión de un espacio independiente que no sólo aparentemente sea una vivienda, sino que se adapte a las exigencias urbanísticas, a fin de que no exista obstáculo alguno a la obtención de la finalidad pretendida por el comprador. En consecuencia, el vendedor responde no sólo de la entrega de la vivienda, sino también de efectuarla con utilidad para su destino propio, o lo que es lo mismo, con la condición de habitabilidad.» (sentencia 527/2016, de 12 de septiembre).

Dicha obligación se encuentra estrechamente relacionada con la licencia de primera ocupación, y ya la sentencia de Pleno de 10 de septiembre de 2012 declaraba que «puesto que quien construye para vender no puede desconocer este deber, a él incumbe cumplir el deber administrativo -ajeno en principio a la parte compradora- de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto».

Como afirma la STS de 28 de octubre de 2013, aunque en el contrato solo figure el deber de entregar el certificado final de obra y no la obtención de la licencia de primera ocupación el promotor vendrá obligado a entregar esta.

«En definitiva, como afirma la sentencia del TS de 21 de julio de 2014, Rc. 1386/2012, la licencia de primera ocupación forma parte de la obligación de entrega, aunque en el contrato se hubiera expresado solamente que la obra terminaría en fecha determinada. No se trata sólo de terminar sino de entregar, obligación esencial del vendedor, y para tal entrega útil es preciso haber obtenido la licencia de primera ocupación».

Se insiste por la parte recurrente en que la estipulación decimocuarta del contrato prevé que la tramitación y obtención por la vendedora de la licencia de primera ocupación, podrá llevarse a cabo después de efectuada la entrega.

Es cierto, pero también que la citada estipulación se titula «licencia de apertura», de lo que se infiere que se trata de aspectos accesorios administrativos y no de algo tan determinante en la actual realidad social como que una edificación -sea vivienda o local de negocio- carezca de red de saneamiento o de abastecimiento de agua.

En tales condiciones la edificación no puede entenderse como entregada, pues, como afirma la sentencia recurrida, carecía de utilidad para la mercantil compradora.

**4.-** Respecto a si tal carencia obedece a causas no imputables a la vendedora, ha quedado resuelto fácticamente al decidir el recurso extraordinario por infracción procesal.

No obstante lo más relevante es el análisis jurídico de la cuestión.

Riofisa en el contrato de arras penitenciales suscrito el 5 de julio de 2005, antecedente del contrato de compraventa que enjuiciamos, se comprometía (folio 35) a realizar las operaciones jurídicas y urbanísticas precisas para el desarrollo de la promoción. Por lo que como profesional del ramo debía ser ella quien hiciese sus previsiones.

A ello se une que antes de suscribirse el contrato de compraventa de 28 de febrero de 2008, en concreto el 3 de mayo de 2007, el Ayuntamiento de Camarana de Esteruelas, al solicitarle la actora la licencia de obra mayor, informó que no se concederían las licencias de primera ocupación hasta la total terminación y efectivo funcionamiento de las obras de urbanización del sector, puesta en servicio de la conexión entre la red de saneamiento de Camarana de Esteruelas a la EDAR de Alcalá de Henares y total finalización y puesta en servicio de la red de suministro de agua con la conexión a la red general.

Consecuencia de lo anterior es que esas circunstancias debía tenerlas presentes la actora cuando firmó el contrato de compraventa y se comprometió a la entrega de la edificación en el tercer trimestre del año 2009.

De ahí que la sentencia recurrida acierte cuando afirma que la vendedora no puede justificar su incumplimiento, desviando la responsabilidad a la actuación de terceros.

Como decía la sala en sentencia de 19 de diciembre de 2014, rec 2558/2012, «cuando se trata de indagar si el retraso ha obedecido a la existencia de causas no imputables a la promotora vendedora, se ha de tener en cuenta que tales causas deben ser imprevisibles e inevitables por ella a la fecha del contrato»

Las circunstancias antecedentes dejan claro que las causas no eran imprevisibles y, por tanto, «Quien fija el plazo de entrega de las viviendas es el promotor, que es un profesional de la Construcción y debe conocer las dificultades propias de esta actividad y, por lo tanto, tiene que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega mucho más dilatado en el tiempo, aunque ello le haga perder algún posible cliente.

»El riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el promotor vendedor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador.»

**5.-** También acierta la sentencia recurrida cuando califica el plazo de entrega como esencial.

Que era esencial se colige del propio contrato, pues la estipulación novena prevé su dilación y condiciones para que esta sea eficaz, y precisamente la sentencia recurrida niega que se diesen tales condiciones.

No puede rechazarse el carácter esencial del plazo de entrega con el argumento de que la compradora tiene la condición de sociedad inversora y su finalidad era revender.

Aunque tuviese tal condición, en sus previsiones empresariales el plazo no perdería su carácter de esencial, pues lo tendría presente a efectos de financiación y de venta, con lo que el retraso de un año no le resultaría indiferente.

Que la trascendencia y consecuencias sean más rigurosas en supuestos de viviendas destinadas a morada del comprador, no empece a que la previsión de un plazo de entrega sea intrascendente si el que adquiere lo hace con fines de negocio, pues ese plazo le puede resultar esencial a la hora de valorar la oportunidad de la inversión.

**6.-** Finalmente, y enlazando con lo anterior, hemos de plantearnos si la sentencia recurrida contradice la doctrina de la sala cuando entiende que el retraso ha frustrado el interés contractual de la compradora y no puede calificarse de retraso de poca monta.

La respuesta ha de ser en sintonía con la sentencia recurrida.

La sentencia 736/2015, de 30 de diciembre, recoge un amplio cuerpo de doctrina:

«La sentencia de 22 de abril 2011, Rc. 2499/2011, declara a tal fin que "[...] interesa analizar la cuestión interpretativa relativa al alcance del plazo establecido para la ejecución de las obras de la urbanización correspondientes a las fincas objeto de esta litis, pues si de dicha interpretación se infiere la calificación de término esencial del plazo establecido la resolución del contrato, traspasado dicho plazo, vendría plenamente





justificada. Cuestión que debe diferenciarse de la posible trascendencia resolutoria que pueda derivarse del retardo en la ejecución de la obra pues, entre otros extremos, solo si previamente no se aprecia el carácter esencial del plazo entraría en juego la posible trascendencia resolutoria del retardo; del mismo modo que, en esta línea, la valoración de este último entronca con el plano satisfactivo del acreedor, relacionándose con la perspectiva del incumplimiento esencial (frustración del contrato), mientras que la del término esencial se dibuja en el marco de los incumplimientos prestacionales derivados del contrato celebrado.»

»Como señalamos en la sentencia 604/2013, de 22 de octubre, las consecuencias, liberatoria y restitutoria, que la resolución produce, así como la conveniencia de potenciar el respeto a la palabra dada - *pacta sunt servanda* - y de conservar en sus términos el negocio - *favor contractus* -, llevan a excluir que cualquier clase de incumplimiento baste para resolver el vínculo - sentencias de 16 de enero de 1975, 25 de febrero de 1978, 7 de marzo de 1983, 22 de marzo de 1985, entre otras muchas -.

»En las sentencias 366/2008, de 19 de mayo, 35/2012, de 14 de febrero, 162/2012, de 29 de marzo, entre otras muchas, hemos precisado que, para reconocerle esa fuerza resolutoria, el incumplimiento, además de no excusable, ha de ser esencial, ya porque la estricta observancia de la obligación forme parte de lo pactado - en reconocimiento de la potencialidad normativa creadora de los contratantes y de la fuerza vinculante de la "lex privata" -; ya, en su defecto, porque el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente tal resultado; ya porque, siendo intencional el comportamiento del deudor, la parte perjudicada crea razonablemente que no puede confiar en un cumplimiento futuro.

»En la sentencia de 19 de diciembre de 2014, recursos 2558/2012, recordábamos la jurisprudencia de esta Sala en materia de resolución por retraso en la entrega de la vivienda (que sería trasladable al retraso en la terminación de las obras del supuesto que enjuiciamos), tanto cuando no se hubiese pactado a favor del comprador una condición resolutoria expresa en torno a un plazo de entrega fijado por las partes como esencial, como cuando si hubiese mediado tal pacto, y decíamos: «La STS de 1 de abril de 2014 (Recurso 475/2012 recoge que: "Por lo que respecta a los efectos resolutorios del incumplimiento del plazo de entrega, la jurisprudencia más reciente (por ejemplo, SSTS de 14 de junio de 2011, R. 369/2008, 21 de marzo 2012, R. 931/2009, y 25 de octubre de 2013, R. 1666/2010) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas ( artículo 1124 CC ) en el sentido de que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no supone una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso al comprador, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda entre las lógicas expectativas del comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubieran estipulado y en condiciones para ser usada conforme su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor ( artículo 1461 CC, en relación con el artículo 1445 CC ).

»En esta línea se viene afirmando por esta Sala que el mero retraso en el pago o en la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos al incumplimiento. Como declara la STS de 12 de abril de 2011 R. 2100/2007 la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1101, 1096 y 1182 del Código civil, pero no necesariamente a la resolución. Su carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, se ha traducido en que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además de que quien promueve la resolución cuando se funda en las obligaciones que le correspondían, que se aprecie en quien insta la resolución un «Interés jurídicamente atendible», expresión mediante la cual se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario a la buena fe, o incluso doloso, que puede tener la pretensión de resolución cuando se funda en un incumplimiento más aparente que real por no afectar al interés del acreedor en términos sustanciales o encubrir la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio. Reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por España en 1991. Así en el artículo 49.1, al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya «un incumplimiento esencial del contrato», pero en el apartado 2 se precisa que si el plazo de entrega no se ha pactado (por ejemplo, SSTS de 28 de junio de 2012, R. 1154/2009 de 28 de junio 2012, R. 75/2010, 17 de enero de 2014, R. 2235/2011, y 5 de febrero de 2014, R. 2435/2011) o, en su defecto, que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, capaz de producir insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo ( SSTS de 25 de junio de 2009, R. 2694/2004 / y 12 de abril de 2011, R. 2100/2007 ), lo que hace necesario examinar el



valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato ( STS de 17 de diciembre de 2008, Rc. 2241/2003 ).»

7.- Si la misma se aplica al supuesto enjuiciado, la valoración jurídica que alcanza la sentencia recurrida por haberse retrasado un año la entrega de la edificación, en condiciones de ser útil para la mercantil compradora, no puede calificarse ni ilógica ni arbitraria, ni contraria a la doctrina de la sala.

Sería un contrasentido que el contrato de compraventa introduzca en la estipulación tercera una condición resolutoria rigurosa y expeditiva, a favor de la vendedora, por falta de pago de «cualquiera de los plazos» por parte de la compradora, y, sin embargo, se pretenda negar la resolución del contrato a instancia de esta por retrasarse ella un año en la obligación de entregar la edificación en condiciones de ser útil para su destino.

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC se impone a la parte recurrente las costas de ambos recursos con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

#### **esta sala ha decidido**

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la mercantil Riofisa Este, S.L.U. (antes Riofisa Procam, S.L.) contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2014, por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación 648/13, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 400/2012, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Madrid. 2.- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. 3.- Imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos, con pérdida del depósito constituido para recurrir. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.