



Roj: **STS 1440/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1440**

Id Cendoj: **28079110012019100237**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/05/2019**

Nº de Recurso: **3438/2015**

Nº de Resolución: **256/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 1071/2015,**  
**STS 1440/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 256/2019**

Fecha de sentencia: 07/05/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3438/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan, presidente

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 3438/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan, presidente

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 256/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 7 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por los demandantes-reconvenidos D. Enrique y D.ª Trinidad, representados por la procuradora D.ª Victoria Rodríguez-Acosta Ladrón de Guevara bajo la dirección letrada de D. Óscar L. Calvo Cuesta, contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2015 (auto de aclaración de 21 de septiembre de 2015) por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 380/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 897/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Estepona sobre resolución de contrato de compraventa de vivienda en construcción. La entidad demandada-reconviniente, Cortijo de La Resinera S.L., no se ha personado en esta sala.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 11 de septiembre de 2009 se presentó demanda interpuesta por D. Enrique y D.ª Trinidad contra la entidad Cortijo de La Resinera S.L. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"a) Se declare resuelto el contrato de compraventa de fecha 10 de Junio de 2.005 al que se hace referencia en el Hecho Tercero de esta Demanda y las Cláusulas Adicionales que lo complementan, según se han identificado en los Hechos Quinto y Sexto.

"b) Se condene a la demandada, CORTIJO DE LA RESINERA, S.L., a estar y pasar por dicha declaración.

"c) Se condene a la demandada, CORTIJO DE LA RESINERA, S.L., a devolver a mi mandante la cantidad de CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS CON CUARENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (445.635,49.-€), correspondiente a los pagos hechos a la demandada en virtud del contenido obligacional del mismo y las Cláusulas Adicionales que lo complementan.

"d) Se condene a la demandada, CORTIJO DE LA RESINERA, S.L., a pagar los intereses legales procedentes desde que se le entregaron las cantidades hasta su efectiva devolución, y que habrán de ser determinados a dicha fecha.

"e) Se condene a la demandada, CORTIJO DE LA RESINERA, S.L., a pagar las costas del presente procedimiento".

Además, por otrosí tercero se solicitó lo siguiente:

"Que con simultaneidad a la interposición de la presente demanda, esta parte ha instado una demanda de ejecución sobre los avales efectivamente hechos llegar por la promotora a mis representados, en garantía de parte de las cantidades entregadas a cuenta, y por un importe total de TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS (337.799.-C). La interposición de la dicha demanda de ejecución ha sido impuesta por la negativa de la entidad avalista de pagar las cantidades contenidas en los avales, aduciendo hacer suyas las excusas que CORTIJO DE LA RESINERA, S.L., le ha hecho llegar.

"Es por tratarse de un cauce procesal más sumario, y por lo tanto de mayor rapidez que el del Procedimiento Declarativo Ordinario, que previsiblemente mis representados ya habrán cobrado dichas cantidades por parte de la entidad avalista (en virtud de sentencia judicial estimatoria de nuestras peticiones) cuando se dicte la sentencia condenatoria de la demandada en el presente procedimiento. Y por ello indicamos a ese Juzgado al que nos dirigimos "AD CAUTELAM", que de la cantidad a la que se condene a CORTIJO DE LA RESINERA S.L. en la presente demanda, habrá de deducirse la cantidad que mis representados ya hubieren percibido de la entidad avalista".

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Estepona, dando lugar a las actuaciones n.º 897/2009 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte demandante. Además, formuló reconvenición solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"a) Condene a los Señores Enrique y Trinidad al cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato de compraventa de fecha 10 de Octubre de 2005 suscrito con "CORTIJO DE LA RESINERA S.L.", y en consecuencia

" b) Condene a DON Enrique y DOÑA Trinidad a otorgar escritura pública de compraventa sobre la vivienda unifamiliar aislada Casa n.º NUM000 en la parcela NUM001, Suelo Urbanizable Programado SUP-S1, Soto de la Resinera, que constituye la finca n.º NUM002 del Registro de la Propiedad n.º 2 de Estepona, en los términos y condiciones indicados en el contrato de fecha 10 de Octubre de 2005, modificado por cláusulas adicionales de 5 de Octubre de 2005 y 1 de Octubre de 2007, procediendo a pagar en el acto de otorgamiento de la escritura



pública el precio pendiente de pago y cuantos gastos y tributos corresponden a los compradores conforme a lo establecido en el contrato.

"c) Condene a los señores DON Enrique y DOÑA Trinidad a indemnizar a "CORTIJO DE LA RESINERA S.L." por los daños y perjuicios causados por la demora causada en el otorgamiento de la escritura pública de compraventa antedicha, en la suma resultante del interés legal devengado por el precio no pagado desde el día 2 de Febrero de 2009, más el importe de los costes bancarios correspondientes a los avales otorgados en garantía del precio devengados desde el 2 de Febrero de 2009, y los demás gastos soportados por la vendedora que correspondían a los compradores, lo que se realizará en ejecución de sentencia, al momento de proceder al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, conforme a las bases señaladas en el Hecho Tercero de la Demanda reconvenional.

"d) Con imposición de las costas de la reconvenición a los actores reconvenidos".

**TERCERO.-** Contestada la reconvenición por la parte demandante inicial pidiendo su íntegra desestimación con imposición de costas a la reconviniente, recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 1 de septiembre de 2011 con el siguiente fallo:

"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio López Guerrero, en nombre y representación de D. Enrique y D<sup>a</sup> Trinidad , contra la entidad Cortijo de la Resinera, S.L., quien ha litigado representada por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Garrido Moya, DECLARANDO la resolución del contrato de compraventa firmado entre las partes en fecha 10 de junio de 2005 y las cláusulas adicionales que lo complementan, CONDENANDO a la demandada a devolver a los demandantes la cantidades entregadas, ascendientes con deducción de lo ejecutado, a la cuantía de 50.037,51 euros, mas los intereses devengados desde la entrega de las cantidades hasta su efectiva devolución, y al pago de las costas del procedimiento.

"QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda reconvenional interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Garrido Moya, en nombre y representación de la entidad Cortijo de la Resinera, S.L., contra D. Enrique y D<sup>a</sup> Trinidad , quienes han litigado representados por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio López Guerrero, absolviendo a los demandados de todos los pedimentos formulados en su contra, con expresa imposición de costas al demandante reconvenional".

Con fecha 19 de septiembre de 2012, y a solicitud de la parte demandante, se dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

"SE ACLARA y complementa la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2011 en el sentido siguiente: debe añadirse, tanto en el fundamento de derecho cuarto como en el fallo de la sentencia, que la deducción de lo ejecutado solo se aplicará en el supuesto de que la ejecución de la que procede resulte firme".

**CUARTO.-** Interpuesto por la entidad demandada-reconviniente contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante-reconvenida y que se tramitó con el n.º 380/2013 de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga , esta dictó sentencia el 8 de junio de 2015 con el siguiente fallo:

"Que ESTIMANDO en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la MERCANTIL CORTIJO LA RESINERA S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de ESTEPOÑA, de fecha 1 de septiembre de 2011 , en los autos de juicio ordinario nº 897/2009, de que dimana el presente rollo, y REVOCANDO dicha resolución, debemos desestimar la demanda origen de este procedimiento, absolviendo a la entidad demandada de cuantos pedimentos se contienen en la misma, y estimar parcialmente la reconvenición formulada de contrario, condenando a los actores D<sup>a</sup>. Trinidad y D. Enrique al cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato de compraventa de fecha 10 de Octubre de 2005 suscrito con CORTIJO DE LA RESINERA S.L., y en consecuencia condene a DON Enrique Y DOÑA Trinidad a otorgar escritura pública de compraventa sobre la vivienda unifamiliar aislada Casa nº NUM000 en la parcela NUM001 ., Suelo Urbanizable Programa SUP-S1, Soto de la Resinera, que constituye la finca nº NUM002 del Registro de la propiedad nº 2 de Estepona, en los términos y condiciones indicados en el contrato de fecha 10 de Octubre de 2005, modificado por cláusulas adicionales de 5 de Octubre de 2005 y 1 de Octubre de 2007, procediendo a pagar en el acto de otorgamiento de la escritura pública el precio pendiente de pago y cuantos gastos y tributos corresponden a los compradores conforme a lo establecido en el contrato, intereses legales de las cantidades pendientes desde la fecha de la demanda reconvenional, condenando a los actores al pago de las costas de la primera instancia, dada la desestimación de la demanda, sin hacer especial pronunciamiento respecto de la causadas por la reconvenición formulada y en cuanto a las causadas en esta alzada, acordándose la devolución del depósito prestado para recurrir".

Con fecha 21 de septiembre de 2015, y a petición de la parte demandante-apelada, se dictó auto de aclaración/rectificación de la citada sentencia con la siguiente parte dispositiva:



"Acceder a la aclaración/rectificación de la sentencia dictada por la Sala de fecha 8 de junio de 2015 solicitada por la representación procesal de D<sup>a</sup> Trinidad Y D. Enrique en los términos acordados en la fundamentación jurídica de la presente resolución".

Su fundamentación jurídica (razonamiento jurídico primero, apdo. 4) decía:

"En el caso de autos los recurrentes solicitan la aclaración / rectificación de la sentencia dictada por la Sala., por entender que la misma contiene dos errores materiales, consistentes en que en el fundamento jurídico cuarto al referirse al documento n<sup>o</sup> 11 se habla de requerimiento de resolución en lugar de solicitud de avales pendientes de entrega y en que el fundamento jurídico segundo, numeral 4, segundo párrafo, se habla de enganches de luz y agua cuando se debió decir boletines de instalación eléctrica y de agua.

"Con independencia de que los recurrentes muestren su disconformidad y discrepancia con la motivación contenida en la resolución recurrida, entiende la Sala que no existe inconveniente en acceder a las rectificaciones interesadas, aunque carezcan de toda relevancia y trascendencia dado el sentido y claridad del tenor de los párrafos en que se encuentran las expresiones objeto de rectificación".

**QUINTO.-** Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 2.<sup>o</sup> del art. 477.2 LEC , articulado en cinco motivos con los siguientes enunciados:

"Motivo Primero.- Por infracción de la doctrina jurisprudencial que declara que no incurre en el abuso de derecho del artículo 7.2 del Código civil quien ejercita un derecho subjetivo garantizado por un precepto legal, siendo estos derechos ejercitados los garantizados por los artículos 1 , 3 y 7 de la ley 57/1968 , y estando contenida la doctrina que denunciamos se infringe, en las sentencias del Tribunal Supremo número 749/1996, de 25 de septiembre y número 1.169/2000, de 21 de diciembre .

"Motivo Segundo.- Por infracción de la doctrina jurisprudencial que declara que no infringe la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código civil , el comprador de vivienda que exige que la entrega de la misma incorpore necesariamente la licencia de primera ocupación. Doctrina que se contiene en las sentencias del Tribunal Supremo número 455/2007, de 19 de abril y la número 61/2014, de 19 de febrero ".

"Motivo Tercero.- Por infracción de la doctrina jurisprudencial que permite la inaplicación del derecho a la resolución contractual por falta de entrega de las garantías y/o incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda ex. artículos 1 y 3 de la ley 57/1968 , al comprador que promueve la resolución del contrato con criterios oportunistas. Doctrina acerca del oportunismo comercial que se contiene en las sentencias número 731/2012 de fecha 10 de diciembre y número 237/2015, de 30 de abril ".

"Motivo Cuarto.- Por infracción de la doctrina jurisprudencial que establece que en relación con los deberes del artículo 1.258 del Código civil , incumbe al promotor la obtención de la licencia de primera ocupación, obligación a la que el comprador permanece ajeno".

"Motivo Quinto.- Por infracción del artículo 178 del RD 1346/1976, de 9 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en su versión vigente desde el 15-07--2008, al parificar o dar el mismo alcance o efectos en cuanto a tener por cumplido el contrato por parte del vendedor, la obtención de la licencia de primera ocupación, que la de la solicitud y tramitación de la licencia de primera ocupación".

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta sala y personada ante la misma únicamente la parte recurrente por medio de la procuradora mencionada en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 14 de febrero de 2018 por razón de la cuantía.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 1 de abril del corriente año 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 siguiente día 24, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente litigio la parte compradora de una vivienda en construcción pidió la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora y esta reconvino interesando su cumplimiento y una indemnización de daños y perjuicios. Ante esta sala la parte compradora recurre en casación la sentencia del tribunal de segunda instancia que desestimó la demanda inicial y estimó la reconvencional salvo en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:



1. El contrato de compraventa litigioso fue suscrito por ambas partes (D. Enrique y D.<sup>a</sup> Trinidad como compradores y Cortijo de la Resinera S.L. como vendedora) el 10 de junio de 2005 (doc. 3 de la demanda), en sustitución de uno anterior, de fecha 15 de octubre de 2004 (doc. 2 de la demanda), que los citados compradores habían suscrito con Terrazas de Alcántara S.L. con el mismo fin: la adquisición de una vivienda en construcción situada en el conjunto Pueblo del Golf, Estepona (Málaga).

2. El precio se fijó en la cantidad de 902.000 euros más 63.140 euros de IVA, de los que la vendedora admitió haber recibido en el momento de la firma del contrato la cantidad de 90.200 euros más 6.314 euros de IVA. Siguiendo el calendario de pagos convenido, no se discute que los compradores abonaron a cuenta un total de 445.635,49 euros.

3. El contrato contenía una estipulación "Undécima.-" según la cual la finalización de las obras se fijaba con carácter aproximado para diciembre de 2006, especificándose que dicha finalización debía ser acreditada por la vendedora mediante certificación expedida por el arquitecto director de las obras.

No obstante, las partes modificaron esa fecha de entrega hasta en dos ocasiones, la primera fijándola para junio de 2007 ("Cláusula adicional" de fecha 5 de octubre de 2005, doc. 6 de la demanda) y la segunda para el 21 de diciembre de 2007 ("Cláusula adicional" de fecha 1 de octubre de 2007, doc. 7 de la demanda). Al respecto se especificaba lo siguiente:

"4. El plazo para la entrega de la vivienda debidamente terminada y el perfeccionamiento de la compraventa se amplía hasta el próximo 21 de diciembre de 2007, siempre y cuando Cortijo de la Resinera, S.L. hubiere obtenido la pertinente licencia de primera ocupación y terminado los trabajos más arriba mencionados".

4. En esa última modificación del contrato también se acordó:

4.1. La entrega por los compradores de 100.000 euros a cuenta del precio, comprometiéndose la vendedora a entregarles aval bancario en el plazo de una semana.

En este sentido, consta probado que con fecha 9 de octubre de 2007 el Banco de Andalucía prestó aval en favor de los compradores hasta un máximo que se correspondía con esa cantidad y con vigencia hasta el día 11 de junio de 2008 (doc. 3 de la demanda).

4.2. La entrega de la posesión material de la vivienda a los compradores "en las condiciones físicas y urbanísticas en que se encuentra y que por el momento impiden el perfeccionamiento de la compraventa".

4.3. La ejecución por la vendedora "en el más breve plazo posible" de los siguientes trabajos:

"-Limpieza de la vivienda

-Ventilación en los cuartos de baño del sótano y planta baja (junto a la entrada)

-Limpieza y pulimento de suelos

-Instalación de una pila o lavabo en el garaje

-Repaso de pequeños defectos"

5. El 2 de agosto de 2007 se expidió el certificado final de obra, que fue visado por los colegios de aparejadores y arquitectos los días 13 y 17 de septiembre siguiente. Con fecha 25 de octubre de ese mismo año la vendedora solicitó la expedición de licencia de primera ocupación, momento en el que la vivienda contaba con enganches de luz y agua (boletines de instalación eléctrica de agua según auto de aclaración de la sentencia recurrida a petición de la hoy recurrente), lo que permitió su disfrute por los compradores durante cinco semanas en dicho mes de octubre de 2007.

6. Con fecha 10 de abril de 2008 los compradores remitieron a la vendedora una carta certificada (doc. 11 de la demanda). En ella admitían haber recibido con fecha 7 de julio y 22 de septiembre de 2006 dos avales de la entidad Banco de Andalucía en garantía de dos pagos iniciales (por importe de 96.514 y 241.285 euros, 337.799 euros en total), y requerían a la vendedora la entrega de avales que garantizaran las cantidades anticipadas con fecha 1 de octubre de 2007 (100.000 y 7.836,49 euros, 107.836,49 euros en total que, sumados a los dos pagos iniciales, daban la cifra total de dinero anticipado -445.635,49 euros-). Sin embargo, no formularon queja o reclamación alguna por el retraso en la entrega.

7. Con fecha 27 de noviembre de 2008 los compradores, por medio de su representante legal, dirigieron requerimiento notarial a la vendedora comunicando su voluntad de resolver el contrato e instándola a devolver las sumas entregadas a cuenta del precio más sus intereses legales, todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 57/1968 y con fundamento en la falta de entrega de la vivienda en plazo (folios 136 y siguientes de las actuaciones de primera instancia).



Con fecha 3 de diciembre de 2008 la entidad vendedora contestó por vía notarial a dicho requerimiento oponiéndose a la resolución contractual por ser la parte compradora la única que había incumplido el contrato, aduciendo en este sentido que la vivienda se encontraba terminada y que los compradores venían disfrutando de ella "desde hace meses", y requiriendo a los compradores para que cumplieran con su obligación de pago (doc. 12 de la demanda).

**8.** Con fecha 19 de enero de 2009 el abogado de la vendedora dirigió por conducto notarial una carta al de los compradores requiriéndoles para que comparecieran ante el notario que se les indicaba el día 2 de febrero siguiente a fin de otorgar la correspondiente escritura pública y pagar el resto del precio (doc. 13 de la demanda).

Con fecha 22 de enero del mismo año los compradores contestaron a este requerimiento, por medio de su abogado y por el mismo conducto notarial, que el contrato de compraventa había sido previamente resuelto por incumplimiento del plazo de entrega.

**9.** La licencia de primera ocupación se obtuvo el 8 de junio de 2009 (folio 135 de las actuaciones de primera instancia) en atención a informes favorables emitidos los días 27 de junio y 17 de noviembre de 2008 por la Delegación de Urbanismo del Ayuntamiento de Estepona, los días 13, 20 y 24 de mayo de 2009 por la Delegación Municipal de Infraestructuras del citado ayuntamiento y los días 16 de abril y 27 de mayo de 2009 por la Delegación de Salud del mismo consistorio.

**10.** Con fecha 3 de julio de 2009 (folio 133 de las actuaciones de primera instancia) la parte vendedora requirió nuevamente a los compradores para que comparecieran ante notario el 17 de julio siguiente a fin de otorgar escritura pública de compraventa y pagar el resto del precio, pero los compradores no atendieron este requerimiento.

**11.** En septiembre de 2009 los compradores interpusieron la demanda del presente litigio contra la entidad vendedora pidiendo la resolución del contrato y la condena a devolver las cantidades anticipadas (que cuantificaban en 445.635,49 euros) más sus intereses legales desde la fecha de cada anticipo.

Fundaron jurídicamente sus pretensiones, esencialmente, en el art. 3 de la Ley 57/1968 por haber incumplido la vendedora sus obligaciones esenciales de avalar los anticipos y entregar la vivienda en el plazo pactado (21 de diciembre de 2007). Al respecto alegaban, en síntesis: (i) que la vendedora había incumplido su obligación de entregar avales en garantía de los 100.000 euros anticipados en octubre de 2007, pese al compromiso asumido en el último pacto adicional al contrato; y (ii) que la vendedora también había incumplido su obligación de entregar la vivienda en dicho plazo, ya que la licencia de primera ocupación no se había entregado hasta junio de 2009, es decir, hasta después de que los compradores hubieran comunicado su voluntad resolutoria a la vendedora (el 27 de noviembre de 2008) y antes de que la vendedora les requiriera a su vez para escriturar en enero de 2009.

No obstante, por otrosí comunicaron haber instado la ejecución de los avales entregados por la vendedora en garantía de 337.799 euros y que, por esta razón, de la condena que finalmente se impusiera a la citada vendedora debía deducirse "la cantidad que mis representados ya hubieren percibido de la entidad avalista".

**12.** La vendedora se opuso a la demanda alegando el exacto cumplimiento de sus obligaciones contractuales y atribuyendo el único incumplimiento contractual a la parte demandante por haberse negado a escriturar y pagar el resto del precio cuando fue requerida para ello, en lo que a su vez fundaba su reconvención interesando el cumplimiento del contrato y la condena de los compradores a indemnizar a la vendedora los daños y perjuicios ocasionados por la demora.

En su contestación alegaba: (i) que no discutía la entrega por los compradores de 445.635,49 euros a cuenta del precio; (ii) que el plazo de entrega no se quiso como esencial; (iii) que las modificaciones contractuales respondieron a problemas económicos de los compradores, quienes pidieron un aplazamiento de los pagos; (iv) que antes de la última modificación de octubre de 2007 la vivienda ya se había terminado y contaba con certificado de final de obra, además de enganches de agua y luz que permitieron la entrega de su posesión a los compradores durante cinco semanas; (v) que a finales de ese mismo mes de octubre de 2007 se solicitó la licencia de primera ocupación; (vi) que era cierto que los compradores anticiparon en octubre de 2007 otros 100.000 euros, pero también que la vendedora contrató y obtuvo el preceptivo aval bancario en garantía de su devolución (doc. 3 de la contestación); (vii) que en el primer requerimiento de los compradores (de fecha 10 de abril de 2008) estos se limitaron a exigir la entrega de aval, sin manifestar queja alguna sobre el incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda; y (viii) que casualmente fue cuando estaba previsto que la licencia se obtuviera en breve y, por tanto, cuando la vivienda estaba en disposición de ser entregada cuando los compradores sacaron a la luz el tema del incumplimiento del plazo de entrega, lo que demostraba que su intención no era otra que desistir del contrato para no pagar el precio restante.



Como fundamento de su demanda reconvenzional alegan: (i) que por estar la vivienda terminada y en disposición de ser entregada, los compradores venían obligados a otorgar escritura pública de compraventa y pagar el precio restante; (ii) que los compradores no habían atendido los requerimientos extrajudiciales hechos al efecto por la vendedora; y (iii) que dicho retraso en el cumplimiento había generado unos daños y perjuicios a la vendedora que debían indemnizarse.

Los compradores contestaron a la reconvenición interesando su desestimación.

**13.** La sentencia de primera instancia, estimando la demanda inicial y desestimando la reconvenición, declaró resuelto el contrato y condenó a la vendedora demandada a devolver 50.037,51 euros, diferencia entre el importe total de los anticipos reclamados en la demanda y el importe recuperado en ejecución judicial de los avales, todo ello más los intereses legales de dicha suma desde la respectiva entrega de los anticipos y hasta su pago.

Sus razones fueron en síntesis y en lo que ahora interesa, las siguientes: (i) conforme al art. 1124 CC no todo incumplimiento tiene trascendencia resolutoria, sino únicamente aquel que frustra las legítimas expectativas de la otra parte; (ii) la entrega efectiva de la vivienda en plazo dependía en este caso de la previa obtención de licencia de primera ocupación, tanto por disponerlo la ley como porque así lo pactaron expresamente las partes (doc. 7 de la demanda) al hacer depender su entrega, prevista para el 21 de diciembre de 2007, del hecho de que la vivienda contara con aquella, lo que no tuvo lugar sino hasta mucho después; (iii) por el contrario, no podía prosperar la acción resolutoria de los compradores fundada en la falta de aval, ya que constaba la existencia de este en virtud de la documentación aportada por la vendedora (doc. 3 de la contestación) y del oficio remitido por el Banco de Andalucía; y (iv) el incumplimiento de la vendedora justificaba la resolución contractual interesada por los compradores al amparo del art. 1124 CC y la condena de la vendedora a devolver las cantidades anticipadas, de las que debían descontarse las recobradas en el procedimiento de ejecución judicial contra la avalista (seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Marbella).

En auto de aclaración posterior se especificó que dicha deducción solo procedería en el caso de que alcanzara firmeza lo ejecutado contra la avalista.

**14.** Contra esta sentencia la parte vendedora interpuso recurso de apelación centrado en la infracción del art. 1124 CC y su jurisprudencia en cuanto a la entidad del "incumplimiento exigible para resolver el contrato" y a la trascendencia que tiene para el cumplimiento de la obligación de entrega efectiva la obtención de la licencia de primera ocupación.

**15.** La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la vendedora, desestimó la demanda y estimó la reconvenición salvo en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios, condenando a los compradores a otorgar escritura pública y a pagar el precio pendiente de pago más gastos y tributos a su cargo, con los intereses legales de las cantidades pendientes desde la fecha de la demanda reconvenzional y costas de la primera instancia respecto de la reconvenición, sin imposición a ninguna de las partes de las costas de la segunda instancia.

En síntesis, y en lo que ahora interesa, razona lo siguiente: (i) la jurisprudencia del Tribunal Supremo (que cita y extracta) interpreta el art. 3 de la Ley 57/1968 en el sentido de que introduce una especialidad en la jurisprudencia interpretativa del art. 1124 CC, posibilitando a los compradores resolver el contrato aunque el retraso en la entrega no sea especialmente intenso o relevante; (ii) por tanto, tienen razón los compradores al fundar su pretensión resolutoria en el citado art. 3 de la Ley 57/1968 sin necesidad de justificar la relevancia del retraso; (iii) la jurisprudencia asimismo ampara que se dé a la falta de licencia de primera ocupación la trascendencia que le atribuyen los compradores por depender de su obtención la entrega efectiva de la vivienda; (iv) no obstante, la moderna jurisprudencia también establece que el art. 3 de la Ley 57/1968 "no excluye que la "rescisión" o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador"; (v) esto último es precisamente lo sucedido en este caso, toda vez que los hechos probados demostraban que la resolución contractual interesada por los compradores fue oportunista, de mala fe, y que solo pretendían desvincularse del contrato, debiendo destacarse al respecto que la vivienda se concluyó en agosto de 2007 y pudieron disfrutarla en vacaciones durante cinco semanas en octubre de ese mismo año, al tiempo de suscribir el documento por el que prorrogaron su entrega hasta el 21 de diciembre de 2007, sin que nada dijeran sobre el retraso cuando requirieron a la vendedora el 10 de abril de 2008 para que les entregara el aval, habida cuenta de que su primera queja no se formuló hasta el requerimiento de resolución de fecha 27 de noviembre de 2008, cuando ya les constaba que la licencia se había solicitado y estaba en trámite de ser concedida por contar desde junio y noviembre anteriores con informes administrativos favorables; y (vi) por el contrario, no procedía la indemnización solicitada por la parte vendedora porque la vivienda, a pesar de ser entregada a los compradores para su disfrute en octubre de



2007, no contó con licencia de primera ocupación hasta el 6 de junio de 2009, lo que impedía que pudiera ser escriturada y que por lo compradores se abonara el resto del precio.

**16** . Contra esta última sentencia ha interpuesto recurso de casación la parte compradora por razón de la cuantía ( art. 477.2.2.º LEC ). La vendedora no ha comparecido ante esta sala.

**SEGUNDO.-** El recurso se compone de cinco motivos cuya estrecha relación entre sí justifica su examen y resolución conjunta.

El motivo primero se funda en infracción del art. 7.2 CC y en contravención de la doctrina de esta sala, contenida en sentencias 749/1996, de 25 de septiembre , y 1169/2000, de 21 de diciembre , de que no incurre en abuso de derecho quien ejercita un derecho subjetivo garantizado por un precepto legal, alegándose que los compradores se limitaron a ejercitar, al amparo de los arts. 1 , 3 y 7 de la Ley 57/1968 , los derechos irrenunciables que les reconocía dicha norma, entre ellos el de pedir la entrega de las garantías (avales) a que se había comprometido la vendedora y que, además, seguían siendo exigibles cuando se reclamaron con fecha 10 de abril de 2008 y también cuando se resolvió extrajudicialmente el contrato el 27 de noviembre de 2008, pues la vivienda no estaba terminada por falta de licencia de primera ocupación (que se entregó en junio de 2009) y el art. 4 de la Ley 57/1968 no permite que se cancelen las garantías hasta que se expida la preceptiva licencia de primera ocupación y se haga entrega efectiva de la vivienda.

El motivo segundo se funda en infracción del art. 1258 CC y de la doctrina de esta sala contenida en las sentencias 455/2007, de 19 de abril , y 61/2014, de 19 de febrero , de que no es contraria a la buena fe la conducta del comprador de vivienda que exige que la entrega de esta "incorpore necesariamente" la licencia de primera ocupación. Los recurrentes alegan que no actuaron en contra de la buena fe contractual, pues tanto al requerir los avales como al resolver extrajudicialmente el contrato aún no se había expedido dicha licencia.

El motivo tercero se funda en infracción de los arts. 1 y 3 de la Ley 57/1968 y en contravención de la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias 731/2012, de 10 de diciembre , y 237/2015, de 30 de abril . En síntesis, aducen la especialidad de dicho art. 3 frente al 1124 CC en cuanto a posibilitar la resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones del promotor (falta de entrega de avales y falta de entrega en plazo de la vivienda) y la no aplicación al presente caso de la doctrina que considera una excepción a ese criterio general el caso de las resoluciones contractuales oportunistas, pues la pretensión de los hoy recurrentes no fue oportunista sino que se apoyó tanto en la falta de entrega de aval que garantizase los 100.000 euros anticipados en octubre de 2007, constando al respecto que reclamaron dicho aval el 10 de abril de 2008, cuando la vivienda seguía sin contar con licencia de primera ocupación, como en la falta de entrega de la vivienda en el plazo que acababa el 21 de diciembre de 2007, constando al respecto que cuando comunicaron a la vendedora su voluntad resolutoria la vivienda seguía sin contar con dicha licencia.

El motivo cuarto se funda en infracción del art. 1258 CC y en contravención de la doctrina contenida en las sentencias 434/2014, de 31 de julio , y 625/2014, de 4 de noviembre , porque la sentencia recurrida parece obviar que la obtención de la licencia de primera ocupación incumbe al promotor y no a los compradores, a quienes no se puede oponer que conocían el devenir administrativo de su tramitación y la existencia de informes favorables, pues la gestión de su obtención y entrega es obligación del promotor-vendedor.

El motivo quinto y último se funda en infracción del art. 178 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril , por el que se aprobó el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en cuya virtud la utilización de las viviendas está sujeta a la previa obtención de la preceptiva licencia administrativa según la legislación de régimen local, y mediante un procedimiento reglado en el que el comprador no es parte, de tal modo que no cabe dar el mismo alcance o efectos a tener por cumplido el contrato por parte del vendedor con la obtención de la licencia de primera ocupación que a la mera solicitud y tramitación de dicha licencia; es decir, no puede tener la misma relevancia jurídica frente al comprador la obtención por el vendedor de la licencia que la mera solicitud y tramitación de la misma, lo que conlleva que mientras falte su obtención los compradores están legitimados para resolver el contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de entrega.

**TERCERO.-** Aunque desde diferentes perspectivas, el común denominador del recurso de casación es la procedencia de la resolución contractual instada por los compradores con el argumento nuclear de la especialidad del art. 3 de la Ley 57/1968 por no contar la vivienda con licencia de primera ocupación y, correlativamente, la improcedencia de negar la resolución con base en el criterio excepcional del abuso de derecho o la mala fe de los compradores. De ahí que, como hiciera el tribunal sentenciador, demostrando conocer la jurisprudencia al respecto, también este recurso deba resolverse aplicando la doctrina de esta sala interpretativa del art. 3 de la Ley 57/1968 en relación con el art. 1124 CC .

Desde la sentencia de pleno 778/2014, de 20 de enero de 2015 , es doctrina jurisprudencial que el art. 3 de la Ley 57/1968 introduce en los contratos de compraventa de viviendas en construcción comprendidos dentro



de su ámbito de aplicación una especialidad en la jurisprudencia interpretativa del más general art. 1124 CC , especialidad consistente en que el retraso en la entrega de la vivienda, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que sí faculta al comprador para resolver ("rescindir") el contrato siempre que, como resulta de la sentencia de pleno 328/2012, de 5 de mayo de 2014 , "el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega".

No obstante, esa misma sentencia 778/2014 también puntualizó que el citado art. 3 "no excluye que la "rescisión" o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador".

Sobre las resoluciones meramente oportunistas, cabe destacar la sentencia 237/2015, de 30 de abril , citada por el tribunal sentenciador por referirse efectivamente a un caso que guarda con el presente una sustancial semejanza. Esta sentencia comenzó reconociendo que el comprador recurrente tenía razón al sostener la especialidad del art. 3 de la Ley 57/1968 frente a la jurisprudencia tradicional interpretativa del régimen general del art. 1124 CC y la relevancia de la licencia de primera ocupación para el cumplimiento íntegro por el vendedor de su obligación de entrega, pues dicha relevancia, reconocida por la jurisprudencia de esta sala en innumerables sentencias, "se refleja en la Ley 57/1968 cuando se refiere a la cédula de habitabilidad en su art. 2 a ), disponiendo que su no obtención determina la devolución al comprador de las cantidades anticipadas, y en su art. 4, que supedita la cancelación de las garantías a la expedición de la cédula de habitabilidad".

Sin embargo, ese reconocimiento de la razón inicial del comprador no impidió a esta sala apreciar en ese caso el carácter oportunista de su pretensión resolutoria, declarando la propia sentencia 237/2015 a este respecto lo siguiente:

"Pues bien, que la invocación del retraso de la licencia de primera ocupación en la demanda del hoy recurrente fue meramente oportunista y contraria a la buena fe se desprende de que nada alegase al respecto en el requerimiento de resolución que dirigió a la vendedora el 30 de diciembre de 2008, cuando la construcción estaba terminada desde el 3 de octubre anterior; de que la falta de licencia sí la invocara, en cambio, cuando requirió de resolución a la vendedora el 3 de marzo de 2009 pero encontrándose ya en trámite la licencia, que se obtendría el 16 de abril siguiente; de su actitud constantemente elusiva frente a los requerimientos de cumplimiento hechos por la vendedora una vez obtenida la licencia de primera ocupación; y en fin, de la invocación en su demanda de la falta de aval como otro incumplimiento más de la vendedora, es decir, una vez que, terminada la vivienda y obtenida la licencia de primera ocupación, ya no tenía sentido la garantía de las cantidades anticipadas.

"En suma, como aprecia la sentencia recurrida, el comprador solo pretendía desvincularse del contrato por intereses subjetivos ajenos al contrato mismo, a su causa, sin un interés jurídicamente atendible, invocando la falta de aval como "un mero artificio" y, en conclusión, faltando en su conducta a las "exigencias imperativas éticas clamadas por la conciencia social, en el lugar y momento histórico determinado" ( STS 6-6-1991, recurso nº 485/1989 )".

Posteriormente, la sentencia 732/2015, de 30 de diciembre , en un caso de resolución instada por la parte compradora con base en el art. 1124 CC , declaró que tampoco podía prosperar dicha pretensión resolutoria contractual al amparo del art. 3 de la Ley 57/1968 , pues al margen de no constar probado que la parte compradora comunicara su voluntad resolutoria antes de que la vendedora la requiriera para escriturar, cabía calificar su pretensión de meramente oportunista por no haber alegado nada al respecto una vez finalizadas las obras, cuando sabía que otros compradores estaban recibiendo sus viviendas y otorgando las correspondientes escrituras públicas, haber esperado casi tres años para comunicar esta circunstancia a la parte vendedora, haber seguido pagando el precio de la vivienda después incluso de la obtención de la licencia de primera ocupación y, en fin, haber comprado las dos viviendas "con intención de dejarlas para sus hijos", finalidad negocial subjetiva que no quedó frustrada por el retraso imputado al vendedor.

Por último la sentencia 336/2016, de 20 de mayo , también rechazó la pretensión resolutoria de la parte compradora por contraria a la buena fe y a la prohibición del abuso de derecho recordando el carácter oportunista de las pretensiones resolutorias formuladas después de conocer que la vivienda va a ser entregada en un plazo breve ( sentencias 498/2013, de 19 de julio , y 198/2014, de 1 de abril ) y recalcando que esto era lo sucedido "al esperar el hoy recurrente a mediados de diciembre de 2011 para ponerle de manifiesto a la promotora el retraso, responderle la promotora que las viviendas se entregarían en el plazo de tres meses y, sin embargo, interponer la demanda de resolución a finales de marzo de 2012".

**CUARTO.**- Conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, los cinco motivos del recurso deben ser desestimados por las siguientes razones:



1.ª) Aunque la demanda de los hoy recurrentes se fundó no solo en la falta de entrega de la vivienda dentro del plazo pactado sino también en la falta de aval de los 100.000 euros anticipados en octubre de 2007, y en el recurso se alude a esta falta de aval, lo cierto es que ya la sentencia de primera instancia declaró como hecho probado que sí se entregó el aval, la sentencia de segunda instancia lo ratifica en el apdo. 3 de su fundamento de derecho tercero y la parte demandante no ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal que permita desvirtuar este hecho por error patente o notorio.

2.ª) La sentencia recurrida toma como punto de partida la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre la especialidad del art. 3 de la Ley 57/1968 en relación con el art. 1124 CC y sobre la relevancia de la licencia de primera ocupación, de modo que la controversia en casación queda reducida al juicio de valor del tribunal sentenciador, fundado también en la doctrina jurisprudencial, acerca de la mala fe de los compradores hoy recurrentes al pretender que se resolviera el contrato por incumplimiento del vendedor.

3.ª) Pues bien, desde el respeto a los hechos probados no hay base jurídica para considerar que la sentencia recurrida infrinja las normas ni la jurisprudencia invocadas en el recurso ni, por tanto, para tratar de incorrecto el juicio de valor del tribunal sentenciador.

En este sentido, es significativo que en el recurso se prescindiera de que la vivienda terminó de construirse el 2 de agosto de 2007, fecha en la que se expidió el certificado final de obra (que fue visado en el mes de septiembre siguiente); que a comienzos de octubre de 2007 (momento en que convinieron aplazar su entrega efectiva hasta finales de diciembre de ese mismo año) la vivienda, aunque no contara con licencia de primera ocupación, sí disponía ya de suministro de agua y luz, lo que permitió incluso que se les hiciera entrega de la vivienda durante cinco semanas para el disfrute de sus vacaciones (en la medida en que los pequeños trabajos pendientes no lo impedían); y en fin, que después de vencido el plazo de entrega los compradores nada dijeron a la vendedora sobre el incumplimiento de esta en el requerimiento de 10 de abril de 2008 y decidieron esperar a finales de noviembre de 2008 (casi un año desde la finalización del plazo de entrega pactado) para comunicar a la vendedora su voluntad resolutoria con base en dicho incumplimiento. Si estos hechos se ponen en relación con el dato de que la licencia de primera ocupación se estaba tramitando desde octubre de 2007 -siempre con informes favorables que no hacían pensar que no fuera a concederse- y con el hecho de que su obtención tuvo lugar aproximadamente seis meses después de ese requerimiento resolutorio extracontractual, la conclusión no puede ser otra que el respeto al juicio del tribunal sentenciador por ajustarse a la jurisprudencia de esta sala sobre las normas que se citan como infringidas.

**QUINTO.-** Desestimado el recurso de casación, procede imponer las costas a la parte recurrente ( arts. 394.1 y 398.1 LEC ), que además perderá el depósito constituido ( d. adicional 15.ª 9 LOPJ ).

## FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por los demandantes D. Enrique y D.ª Trinidad contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2015 ( auto de aclaración de 21 de septiembre de 2015) por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 380/2013 .

2.º - Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- E imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

. Líbrese 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.