



Roj: **SAP MA 3219/2009 - ECLI:ES:APMA:2009:3219**

Id Cendoj: **29067370052009100411**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **17/12/2009**

Nº de Recurso: **289/2009**

Nº de Resolución: **701/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **INMACULADA MELERO CLAUDIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 3219/2009,**  
**STS 1051/2013**

### **SENTENCIA Nº 701**

AUDIENCIA PROVINCIAL MALAGA

Sección 5ª

PRESIDENTE : ILMO. SR.

D. HIPÓLITO HERNÁNDEZ BAREA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. MELCHOR HERNÁNDEZ CALVO

Dª. INMACULADA MELERO CLAUDIO

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZG. Nº 3 DE MARBELLA

ROLLO DE APELACION Nº 289/09

JUICIO Nº 615/07

En la ciudad de Málaga, a diecisiete de diciembre de dos mil nueve.

Visto, por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el Juicio Ordinario nº 615/07 seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso el Procurador Don Juan Carlos Palma Díaz, en nombre y representación de DOÑA Mariana .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El Juzgado de **Primera** Instancia dictó sentencia el día 1 de septiembre de 2008, en el juicio antes dicho, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que **DESESTIMANDO TOTALMENTE** la demanda interpuesta por Doña Mariana contra la entidad Marbella Vista Golf, S.L., absuelvo a ésta de todas las pretensiones contra ella deducidas por la actora; condenando a ésta al pago de las costas procesales causadas.*

*Y que **ESTIMANDO INTEGRAMENTE** la reconvencción formulada por la demandada Marbella Vista Golf, S.L. contra la actora Doña Mariana , **condeno** a los actores al cumplimiento del contrato privado de compraventa celebrado entre ambas partes con fecha 5 de febrero de 2004, mismo en los términos acordados en el mismo y, consecuentemente, al otorgamiento de la escritura de compraventa, a recibir la vivienda objeto del mismo y a*



*abonar a la demandada reconviniente la parte del precio no abonada; condenándola, igualmente, al pago de las costas procesales causadas por la reconvencción".*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado la ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 15 de diciembre de 2009, quedando visto para sentencia.

**TERCERO** .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente la Iltrma. Sra. Magistrado DOÑA INMACULADA MELERO CLAUDIO quién expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** .- Frente a la resolución pronunciada por el Juzgado de **Primera** Instancia Número Tres de los de Marbella, se alza la apelante DOÑA Mariana , alegando que en el presente supuesto se planteó por su parte el ejercicio de las acciones derivadas de las obligaciones y contratos denunciando incumplimiento por parte de la demandada y solicitando que se declarase resuelto el contrato que les unía en ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 del C. Civil , por entender que incurrió en incumplimiento al vender la vivienda construida en contra de la normativa urbanística vigente, amén del retraso en la entrega de la vivienda en contra de lo específicamente contratado, solicitando la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, así como los intereses legales, y el pago de las costas procesales.

Entrando en la cuestión central objeto de debate, esto es, si la demandada ha incumplido o no el contrato que liga a ambas partes, la jurisprudencia equipara la sobrevenida desaparición de la causa de un contrato, aunque se produzca por razones fortuitas, a la desaparición de la causa de la obligación recíproca y la resolución justificada del mismo.

Y añade que en el supuesto de autos, el certificado final de obra es de fecha 8 de noviembre de 2005, tres meses y ocho días después de la fecha de la entrega pactada, sin que se haya acreditado causa que justifique el retraso, luego ya existe, ab initio, un incumplimiento respecto de la vivienda adquirida; a lo que hay que sumar que, es necesario que se entregue con todos sus elementos esenciales, y entre ellos, la **licencia** de **primera** ocupación y el certificado final, que se constituyen como unos elementos esenciales del contrato de compraventa. Se discrepa de la argumentación contenida en la sentencia recurrida en el sentido de que la **licencia** de **primera** ocupación se entienda otorgada por silencio administrativo positivo, y señala que las obras se han llevado a cabo sobre unos terrenos destinados, según el PGOU vigente en Marbella, en zonas verdes, viales y viviendas unifamiliares, habiéndose construido por la demandada viviendas en número de NUM000 , en el URP-VB-2, Elviria Sur, parcela NUM001 y tipo poblado mediterráneo.

Finaliza su argumentación alegando que si se estimase por la Sala la resolución del contrato ejercitada por la parte compradora, se ha de analizar si existe daño y perjuicio que indemnizar, como consecuencia del incumplimiento de la demandada.

**SEGUNDO**.- Un renovado examen de las actuaciones y el visionado del soporte audiovisual conducen a la Sala a estimar que el recurso de apelación debe tener favorable acogida.

Hay que partir de la premisa de que es doctrina reiterada por el Tribunal Supremo ( SSTS 9-XII-2004 o 13-V-2004) la que afirma que el artículo 1124 del Código Civil ha de ser interpretado restrictivamente, exigiéndose un verdadero y propio incumplimiento de las obligaciones que le incumbieren, incumplimiento que ha de ser grave, de tal forma que la facultad resolutoria de los contratos requiere no sólo la concurrencia de una voluntad del infractor, obstativa al cumplimiento, sino que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que, por su entidad no decisiva, no impiden que el acreedor obtenga el resultado económico que lo movió a actuar; y así, para que la acción resolutoria implícita establecida en el párrafo primero del artículo 1124 del Código Civil pueda prosperar, es preciso que quien la alegue acredite en el proceso correspondiente, entre otros, los siguientes requisitos: 1º. La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron; 2º. La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo así como su exigibilidad; 3º. Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia; 4º. Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste que, de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine, y ello en relación con la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato, de tal manera que el incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las



legítimas expectativas de la parte, aunque sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión "voluntad deliberadamente rebelde", que sería tanto como exigir dolo; actuación que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante y 5º. Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste, es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso.

**TERCERO.-** Y en el supuesto sometido a revisión de este Tribunal ha quedado debidamente acreditado que las partes suscribieron con fecha 5 de febrero de 2004 un contrato privado de compraventa de inmuebles en construcción, en virtud del cual la demandada vendía al actora la vivienda número NUM002 , situada en el bloque NUM003 , portal NUM004 , que llevaba como anejo inseparable la plaza de garaje nº NUM005 ubicada en la planta NUM006 de su mismo portal, sita en el DIRECCION000 del término municipal de Marbella, cuyas obras eran promovidas por la entidad demandada, por un precio total de 320.251 euros (incluido IVA), siendo la forma de pago la siguiente: 6.000 euros, incluido IVA, que se tiene recibidos con anterioridad a este acto; a la firma del contrato el comprador entregó la suma de 90.075,30 euros, incluido el IVA; y 224.175,70 euros, que la parte compradora abonará a la vendedora simultáneamente al otorgamiento de la firma de la escritura pública y entrega de llaves.

Además en el contrato se estipuló que la vendedora se obliga a entregar los inmuebles objeto del mismo antes del día 1 de julio de 2005, no obstante lo cual, la parte vendedora podrá prorrogar dicha fecha hasta el 31 de octubre del 2005. También se acordó que una vez finalizadas las obras, la parte vendedora requeriría por telegrama u otro medio fehaciente a la parte compradora, a fin de que ésta comparezca ante el Notario que aquella designe para el otorgamiento de la escritura pública, señalando día y hora para ello, entendiéndose que las obras estarían finalizadas cuando por la Dirección Técnica se expida el correspondiente Certificado Final de Obras

Expedido el Certificado Final de Obras con fecha 8 de noviembre de 2005, visado por el Colegio de Arquitectos el 13 de diciembre siguiente, la demandada, con fecha 19 de enero de 2006 formuló solicitud de **Licencia de Primera** Ocupación ante el Ayuntamiento de Marbella, y no obtenida la misma, se presentó, con fecha 20 de abril de 2006, solicitud ante el Ayuntamiento de Marbella interesando se tuviera por concedida **Licencia de Primera** Ocupación por silencio administrativo. Por el Ayuntamiento de Marbella no sólo no se ha dado respuesta a tal solicitud, sino que vistos los informes emitidos por el Servicio Técnico de Obras y Urbanismo 27 de octubre de 2005 y el 9 de mayo de 2006, se acordó por el Pleno de la Comisión Gestora de fecha 29 de septiembre de 2006 iniciar la revisión de oficio de la **licencia** de obras en su día concedida, que había sido, a su vez, impugnada por la Junta de Andalucía, la cual instó igualmente al Ayuntamiento para que denegara la **Licencia de Primera** Ocupación que había sido solicitada, y todo ello, porque la obra ejecutada ocupa terrenos calificados de Viario Público, Zona Verde Pública y Viviendas Unifamiliares adosadas, siendo asimismo, deficientes las infraestructuras perimétricas de la misma.

**TERCERO.-** Como ha establecido esta misma Audiencia Provincial en sus sentencias de fecha 17 de diciembre de 2008, 17 de abril de 2009, 8 de mayo de 2009 y 16 de julio de 2009"..... *Tratándose el presente caso del cumplimiento de la obligación de entrega de una vivienda comprada, ha de tenerse en cuenta la normativa especial reguladora de la materia, específicamente el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre Protección de los Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la Compraventa y Arrendamiento de Viviendas, de aplicación a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores, conforme a los términos del artículo primero, apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El art. 5 del mencionado RD establece que cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, entre otros documentos, copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia a la **licencia** o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios.*

La **primera** ocupación de edificios se encuentra sujeta a **licencia** administrativa urbanística, materializada en la **licencia de primera** ocupación. Así lo establecen el art. 21.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones

Locales y el art. 1.10 del Reglamento de Disciplina Urbanística . La concesión de la **licencia de primera** ocupación requiere la acreditación, mediante certificado final de obra, de que la construcción ha concluido, pues su objeto es comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la **licencia** de obras., y que la obra reúne las condiciones de habitabilidad. En la mayoría de los casos, también, la **licencia de primera** ocupación es requisito para la contratación de suministros de energía eléctrica, agua, gas y telefonía.



En este orden de cosas, los impedimentos urbanísticos y administrativos, cuando los compradores no alcanzan su conocimiento al tiempo de celebrar el contrato, actúan como causa resolutoria de la relación, conforme reiterada jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (SSTS de 19 de enero de 1990, 24 de febrero y 26 de abril de 1993, 18 de abril de 1994, 28 de mayo de 1996 y 23 de octubre de 1997).

Esta Sala, en coincidencia con la Juzgadora a quo, considera, como no podía ser de otra forma, que la presente sede jurisdiccional civil no es apta para examinar la legalidad de la actuación administrativa desarrollada por el Ayuntamiento de Marbella con relación a la **licencia** de obra de la promoción inmobiliaria en la que se integra la vivienda de litis y a la **licencia** de **primera** ocupación de dicha vivienda. El control de la legalidad de los actos administrativos corresponde, exclusivamente, a la jurisdicción contencioso administrativa. Así ocurre en este caso respecto de la **licencia** de obra, la cual se encuentra impugnada judicialmente por la Conserjería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, sustanciándose la impugnación en los autos de Procedimiento Ordinario n1 482/04 del Juzgado de los Contencioso Administrativo nº 2 de Málaga; no ocurriendo lo propio con relación a la **licencia** de **primera** ocupación al no constar la interposición de recurso administrativo, y eventual recurso contencioso administrativo, contra el acuerdo del Ayuntamiento de Marbella de fecha 8 de noviembre de 2006, por el que se deniega la **licencia** de **primera** ocupación de la promoción inmobiliaria antes referida, con desestimación del silencio administrativo en que basaba la promotora la obtención de dicha **licencia**.

Por lo que no podemos concluir en este proceso civil acerca de la existencia o inexistencia de las mencionadas **licencias** administrativas.

Sin embargo, lo anterior no comporta que deba, ni pueda tenerse por cumplida la obligación de entrega asumida por la parte vendedora, en el marco del contrato de compraventa suscrito con los demandados reconvinentes, mediante la entrega de la vivienda en las condiciones en que se encuentra la misma, con una **licencia** de obra impugnada judicialmente y una **licencia** de **primera** ocupación expresamente denegada, aunque precedida de una concesión de la **licencia** por silencio administrativo.

Los riesgos derivados de las vicisitudes administrativas y urbanísticas que afectan a la vivienda no tienen por qué ser asumidas por los compradores, los cuales no consta que tuviesen conocimiento de los mismos en el momento de la celebración del contrato de compraventa. Es por ello que ha de concluirse con el incumplimiento contractual de la parte vendedora, la que venía obligada a entregar un inmueble dotado de las necesarias autorizaciones y **licencias** administrativas, y no en las condiciones en que se ha pretendido su entrega.....".

Es decir, como ya estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de noviembre de 1984, "..... una cosa es la conclusión de la obra, que se acredita mediante la correspondiente certificación facultativa y otra muy distinta es el libramiento de la cédula de habitabilidad, que incumbe a la Administración y autoriza para usar el inmueble". En efecto, el mencionado certificado es requisito imprescindible para obtener la Cédula de Habitabilidad, la cual certifica la habitabilidad y seguridad de la vivienda para su ocupación y permite obtener los suministros de agua y energía eléctrica ((TS 30/septiembre/1987), pues como dijera el mismo Alto Tribunal en su resolución de 11 de diciembre de 1995 "..... de nada sirve que se termine el edificio o que se le dote de mobiliario o que, incluso, se le entreguen los apartamentos si no van acompañados de sus correspondientes cédulas", continuando esta sentencia con que " la terminación material de la obra sin disponer de las **licencias** de habitabilidad y ocupación, significa que no puede considerarse cumplido por completo el contrato y la obligación de entrega...".

En definitiva, como la vendedora demandada se obligó, no simplemente a terminar una obra en un plazo concreto, sino a " hacer entregaefectiva " de la misma a la compradora apelante, debemos computar como fecha de efectivo cumplimiento de tal obligación contractual, la que figure en la cédula de habitabilidad que, como se ha dicho, aquí no consta que se haya concedido; y ello porque, como dice la sentencia de este mismo Tribunal de fecha 18 de diciembre de 2008 ".....si bien no existe un pacto expreso que obligue al vendedor a tramitar la tan repetida **licencia** de **primera** ocupación, es evidente, que en su obligación contractual de entregar el inmueble, se contiene que ésta se haga en el sentido de servir para todos los usos que a la misma le son propios y que las actividades que en ella se desarrollan sean perfectamente legítimas, debiendo de contar con todos los requisitos legales para su habitabilidad y el vendedor no ha entregado la cosa objeto del contrato tal y como se comprometió en las condiciones esenciales de uso, lo que justifica por tanto la resolución del contrato por el comprador, por el incumplimiento contractual. De manera que interpretando de manera racional y lógica el artículo 1.124 del Código Civil, es necesario que el principio de reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones esté perfectamente caracterizado, por lo que no haber obtenido el vendedor la **licencia** mencionada, siendo su fin la necesaria comprobación de que el edificio se acomoda a lo preceptuado en el proyecto que sirvió a su vez de base para la concesión de la **licencia**, lo que pone en duda de si el edificio se ha construido conforme al proyecto, lo que podía causar al comprador diversos problemas o limitaciones en el uso de la vivienda comprada, es esta circunstancia la que produce la consiguiente insatisfacción del comprador y la frustración del contrato. Al respecto conviene recordar que la jurisprudencia ha señalado, que se produce causa de resolución contractual cuando por imperativos urbanísticos y administrativos el fin único- con categoría de motivo causalizado- para el





*que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó, no pudo ser cumplido - Sentencias de 19 Ene. 1993 , 24 Feb. 1993 , 24 Nov. 1993 , etc.-, razones más que suficientes para estimar el recurso interpuesto y declarar resuelto el contrato de compraventa privado suscrito entre las partes por incumplimiento del vendedor.....".*

Así y como consecuencia de la resolución contractual suscrita entre las partes, la actora tiene derecho a que se le restituyas las cantidades entregadas a cuenta del precio pactado, que ascienden a 96.075,30 euros de principal, más 12.716,82, en concepto de intereses legales devengados por las cantidades abonadas el día 5 de febrero de 2004.

**QUINTO.-** Que al estimarse el recurso de apelación, a tenor de lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hará expresa imposición de las costas causadas en esta alzada; debiendo la parte demandada, soportar las originadas en aquella instancia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 394 del mismo texto legal .

## FALLO

Se estima el recurso de apelación formulado por el Procurador Don Juan Carlos Palma Díaz, en nombre y representación de DOÑA Mariana , contra la sentencia dictada en fecha 1 de septiembre de 2008 por el Juzgado de **Primera** Instancia nº 3 de los de Marbella , en los Autos Civiles de Juicio Ordinario nº 615/07, y en su consecuencia se revoca íntegramente la sentencia, cuyo fallo queda del tenor literal siguiente:

1º.- Se estima íntegramente la demanda formulada por el Procurador Don Juan Carlos Palma Díaz, en nombre y representación de DOÑA Mariana , contra la entidad MARBELLA VISTA GOLF, S.L., y en su consecuencia, se declara resuelto el contrato de compraventa de fecha 5 de febrero de 2004 que ligaba a ambas partes, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que abone a aquélla la suma de CIENTO OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS EUROS CON DOCE CENTIMOS (108.792,12 euros) (s.e.u.o.), más los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia de esta alzada, así como al abono de las costas causadas.

2º.- Se desestima íntegramente la demanda reconvenicional formulada por la Procuradora Doña Inmaculada Sánchez Falquina, en la representación que ostenta de la entidad MARBELLA VISTA GOLF, S.L., contra DOÑA Mariana , absolviendo a ésta de todos los pedimentos deducidos en su contra, e imponiendo expresa a la actora reconvenicional el abono de las costas causadas.

No se hace especial imposición de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales con testimonio de ella al Juzgado de procedencia a sus efectos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.** - Leída y publicada fue la anterior resolución por la Iltma. Sra. Magistrado Ponente, celebrándose audiencia pública. Doy fe.