

Roj: **STS 3353/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3353**Id Cendoj: **28079110012013100354**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/06/2013**Nº de Recurso: **627/2010**Nº de Resolución: **398/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 2885/2009,**
STS 3353/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación n.º 627/2010 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por D.ª Regina , aquí representada por la procuradora de los tribunales D.ª Olga Gutiérrez Álvarez, contra la sentencia de 10 de noviembre de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 385/09, por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga , dimanante del juicio ordinario n.º 219/07, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de **Marbella**. Es parte recurrida la entidad **Marbella Vista Golf**, S.L., que ha comparecido bajo la representación de la procuradora de los tribunales D.ª Belén Jiménez Torrecillas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de **Marbella** dictó sentencia de 29 de julio de 2008 , en el juicio ordinario n.º 219/07, cuyo fallo dice:

«Fallo:

»Desestimo la demanda interpuesta por el Sr. Procurador D. Diego Ledesma Hidalgo en nombre y representación de D.ª Regina frente a **Marbella Vista Golf** S.L., absolviendo a la demandada de los pedimentos contenidos en la demanda, sin condena en costas a ninguna de las partes».

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. La parte demandante ejercita acumuladamente una acción de resolución de contrato de compraventa y reclamación de cantidad frente a **Marbella Vista Golf** S.L. en base a los siguientes hechos:

»- Que la demandante de nacionalidad británica, y en virtud de la publicidad realizada por el demandado, adquirió el 25 de julio de 2003 a través de mandatario verbal y por contrato de compraventa, una vivienda definida como n.º NUM000 - NUM001 bloque NUM002 , portal NUM003 del conjunto residencial DIRECCION000 . Que la vivienda debía haber sido finalizada y entregada antes del 1 de julio de 2005, plazo prorrogable hasta octubre de 2005.

»- Que la demandada anuncia a través de su grupo empresarial en su página web que la DIRECCION000 se encontraba en realización de acuerdo con las condiciones que se especificaban en dichos anuncios, esto es viviendas enclavadas en un área residencial, ajardinada con un campo de **golf** en su interior.

»- Que a la fecha, dicha vivienda no ha sido entregada, ni construido el campo de **golf** ni ajardinado ni construido de acuerdo con lo anunciado ni se ha obtenido licencia de primera ocupación.



- »- Que el 26 de septiembre de 2006 el Ayuntamiento de **Marbella** revocó la licencia de obra solicitada a los promotores originales de la edificación, Apex 2000 declarando la ilegalidad de lo construido y haciendo imposible que se otorgue a lo edificado las licencias administrativas imprescindibles para se consideren viviendas habitables.
- »- Que según informe del Ayuntamiento de **Marbella** se ha iniciado un expediente de disciplina urbanística que podría llevar aparejado la demolición de lo construido.
- »- Que visto el retraso sufrido, y las diferencias entre lo construido y lo que se les vendió, además de las ilegalidades del inmueble en sí, los demandantes optaron por la rescisión del contrato y solicitaron a la promotora la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, reclamación que no ha sido atendida, no habiendo avalado el promotor las cantidades.
- »- Que las viviendas no se han construido en absoluto de acuerdo con lo ofertado, por cuanto el 40% de la urbanización no ha sido construida, el campo de **golf** no existe ni la infraestructura general de la urbanización se corresponde con lo adquirido. Que son cláusulas abusivas todas las estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe, determinen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes y este desequilibrio es evidente por cuanto la ausencia del campo de **golf** supone una minusvalía extraordinariamente importante, ajena a la actora.
- »- Que la falta de licencia de primera ocupación es causa de resolución contractual y el vendedor sin licencia está en situación de incumplimiento aunque entregue físicamente la vivienda porque el dominio que transmite no es apto para el uso en tanto en cuanto no se consiga aquella.
- »Por todo ello, piden que se declare la resolución del contrato de compraventa alegando básicamente los siguientes incumplimientos por el vendedor: ocultamiento de que la edificación no cumplía el ordenamiento urbanístico vigente, falta de construcción de acuerdo con lo publicitado, falta de entrega de aval de las cantidades anticipadas, falta de licencia de primera ocupación, y falta de entrega en el plazo contractual.
- »Segundo. Frente a esta pretensión, la defensa de la parte demandada opone:
- »- Que el certificado final de obra fue expedido el 8 de noviembre de 2005 y la actora fue debidamente requerida para escriturar el 18 de noviembre de 2005.
- »- Que el contrato fue ratificado por la actora que abonó las cantidades estipuladas en el contrato.
- »- Que no es lo mismo adquirir la vivienda para residir en ella a compararla como inversión con el destino de revenderla, por lo que la actora no es consumidora ni tampoco es aplicable la ley 57/1968 que excluye las actividades financieras.
- »- Que respecto a la previsión de hacer un campo de **golf** en la promoción, lo cierto es que el contrato de compraventa en su cláusula 14.ª dice "la parte compradora manifiesta conocer los problemas existentes para la construcción del nuevo campo de **golf** de nueve hoyos, junto al conjunto residencial DIRECCION000 por lo que en este acto manifiesta no tener nada que reclamar a la vendedora y renuncia a cualquier reclamación y/o acción que pudiera corresponderle contra la misma si por cualquier causa no pudiere llevarse a cabo la construcción de dicho campo de **golf**".
- »- Que en fecha de 19 de enero de 2006 la demandada presentó ante el Ayuntamiento solicitud de licencia de primera ocupación para la promoción Santa María Green Hills y transcurridos tres meses, presentó en fecha de 20 de abril escrito entendiéndose concedida la licencia por silencio administrativo.
- »- Que no es cierto que el Ayuntamiento haya revocado la licencia de obras de la urbanización a la que pertenece la vivienda de la actora; que el 29 de septiembre de 2006 el Ayuntamiento decide iniciar la revisión de la licencia de obras concedida por el propio ente local hace más de tres años; esta parte se ha personado en tal expediente oponiéndose, amén de que ha caducado porque no ha recaído resolución expresa en tres meses.
- »- Que en cuanto a la licencia de obras el único procedimiento que existe es el recurso n.º 2103/2003 que están trámite y en el que se ha denegado por dos veces la suspensión de la ejecutividad de la licencia de obras solicitada por la Junta de Andalucía.
- »- Que no es cierto que la vivienda no esté construida y lista para ser habitada, y es posible contratar los suministros individualmente y muchas son las escrituras otorgadas en la misma promoción que la vivienda de los actores.
- »- Que la licencia de obras para la parcela NUM004 sobre la que se han construido 192 viviendas fue concedida con fecha de 28 de abril de 2003 por el Ayuntamiento de **Marbella** a Apex 200 SAU quien vendió la parcela



- a Sur Inversiones Sema S.L., que realizó la correspondiente declaración de obra nueva y división horizontal, vendiendo a la demandada las fincas registrales resultantes por lo que este es un tercero de buena fe.
- »- Que la actora puede contratar individualmente los suministros de agua y luz.
 - »- Que la omisión de aval no es un incumplimiento esencial pues la obra en su conjunto, y la vivienda de los actores en particular, se encuentra terminada desde el 8 de noviembre de 2005, por lo que deja de tener sentido la entrega de aval porque la finalidad para la que se debía otorgar ya se ha cumplido. Que además, esta parte desconoce los motivos de la omisión de aval porque la demandada solicitó los avales al Banco Popular Hipotecario y a la mayoría de los clientes se les entregó, y las cantidades entregadas por la actora fueron debidamente ingresadas en la cuenta abierta a tal efecto en el Banco Popular.
 - »- Que todas las cláusulas fueron pactadas entre las partes, y la compradora en todo momento estuvo asesorada por un despacho de abogados, habiendo incluso firmado el contrato un miembro de dicho despacho como representante; que no tiene sentido alegar ahora que la cláusula 14 es abusiva cuando en ningún momento se manifestó nada al respecto.
 - »- Que no se obligó la demandada a cumplir el trámite de la obtención de la licencia de primera ocupación con carácter previo al otorgamiento de la escritura ni se condicionó la entrega de la vivienda a la obtención de dicha licencia, pero no obstante la licencia de primera ocupación se ha obtenido por silencio administrativo.
 - »-Que no concurriendo ninguna causa de resolución del contrato, no procede la devolución de cantidad alguna, siendo el incumplimiento de la actora a negarse a escriturar.
 - »Tercero. **Vistas** las alegaciones de las partes, el objeto de debate se centra en determinar si existen los incumplimientos alegados por la parte demandante compradora que a su juicio son determinantes de la resolución del contrato privado de compraventa por el retraso sustancial en el plazo de entrega, la ausencia de preceptiva licencia de primera ocupación y la construcción de un complejo de forma ilegal sobre espacios clasificados como zonas verdes y viario público, así como falta de construcción de acuerdo con lo publicitado y falta de entrega de aval de las cantidades anticipadas.
 - »La jurisprudencia determina que el éxito y viabilidad de una acción resolutoria, conforme a lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil , precisa de la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2) La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; 3) Que la parte demandada haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los jueces y tribunales de instancia; 4) Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de la contratante demandada que de modo definitivo e irreparable lo origine, y 5) Que el ejercitante de la acción no incumpla las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del impuesto anterior del otro, pues la conducta de este es lo que motiva el derecho de la resolución de su adversario y lo libera de su compromiso - SSTS Sala 1.ª de 21 marzo 1986 , 29 febrero 1988 , 28 febrero 1989 , 16 abril 1991 , 4 junio 1992 , 22 marzo 1993 y 4 noviembre 1994 , entre otras muchas- A todo esto debe añadirse que para acordar haber lugar a declarar resuelto un contrato es primordial que se frustre el fin del negocio jurídico para la parte contratante cumplidora, lo que significa que viene a ser suficiente con que se dé un incumplimiento inequívoco y objetivo, bastando en todo caso con que se frustren las legítimas aspiraciones de la contraparte STSS Sala 1 de 24 febrero 1990,7 junio 1991 y22 junio 1995-.
 - »Cuarto. En el caso presente, de la documental obrante en autos y admitida por las partes, queda probado:
 - »- Que la actora suscribió en fecha de 25 de julio de 2003 un contrato privado de compraventa en la modalidad "sobre plano" de una vivienda reseñada con el número NUM000 - NUM001 situada en el bloque NUM002 portal NUM003 del conjunto residencial DIRECCION000 de **Marbella**, pactando en la estipulación cuarta "la vendedora se obliga a entregar el inmueble antes del 1 de julio de 2005. No obstante, la parte vendedora podrá prorrogar dicha fecha hasta el 31 de octubre de 2005. Una vez finalizadas las obras, la parte vendedora requerirá por telegrama u otro medio fehaciente a la parte compradora a fin de esta comparezca ante el notario que aquella designe para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, indicando día y hora para dicho otorgamiento. Las obras se entenderán finalizadas cuando por la dirección técnica se expida el correspondiente certificado final de obras".
 - »- Que en fecha de 8 de noviembre de 2005 se expide certificado final de la dirección de la obra de la fase III de DIRECCION000 , visado el 16 de noviembre y 13 de diciembre por los respectivos Colegios profesionales.
 - »- Que en fecha de 18 de noviembre de 2005 la demandada requirió al demandante por burofax por medio del representante de la actora en la compraventa para el otorgamiento de la escritura de compraventa.



- »- Que en fecha de 19 de enero de 2006 la demandada solicitó al Ayuntamiento de **Marbella** concesión de licencia de primera ocupación para la DIRECCION000 en Elviria Sur parcela NUM004 .
- »- Que en fecha de 26 de septiembre de 2006 la Comisión Gestora de **Marbella** acordó el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obras otorgada a Apex 2000 SAU para construcción de 193 viviendas en el URP-VB-2 Elviria Sur parcela NUM004 .El Ayuntamiento de **Marbella** ha informado que en dicho expediente no ha recaído resolución expresa y se ha de entender caducado.
- »- El Ayuntamiento informa en relación con el recurso contencioso administrativo n.º 2104/2003 que se acordó el 30 de marzo de 2007 el acatamiento de la sentencia refiriendo dicho recurso al n.º 2104/2003 sobre la impugnación de la licencia de obras al proyecto reformado básico y de ejecución de 224 viviendas en el sector URP-VB-2 de Elviria sur parcela NUM004 por lo que dicha impugnación va referida a otra parcela del mismo sector, no donde se ubica la de la vivienda de la actora. Consta que en el expediente abierto en el Ayuntamiento respecto de la urbanización donde se sitúa la vivienda de la actora informes técnicos de 27 de octubre de 2005, de 9 de mayo de 2006 y de 27 de abril de 2006 (ratificados por su autor) donde se señala que la obra no se ajusta al PGOU de 1986 ocupando terrenos calificados como viario público, zona verde pública y vivienda unifamiliar adosada, pero lo cierto es que como el arquitecto municipal reconoce no le consta impugnación judicial de la licencia de obras que ampara la construcción.
- »- Que se sigue ante la Sala Contenciosa-Administrativa de Málaga el procedimiento 2103/2003 abierto por la impugnación por la Junta de Andalucía de la licencia otorgada por el Ayuntamiento de **Marbella** a la mercantil Apex 2000 para la construcción de 192 viviendas en la parcela NUM004 sin que conste en este procedimiento la resolución judicial recaída ni si es firme o no.
- »Quinto. Dada la declaración de hechos probados se extrae que la vivienda comprada por el actor es cierto que se encuentra en un complejo que está sufriendo multitud de vicisitudes de índole urbanísticas en sede administrativa, concretamente:
- »- Concedida por el Ayuntamiento de **Marbella** licencia de obras en fecha de 28 de abril de 2003 al proyecto básico solicitado por la mercantil Apex 200 SAU para la construcción de 192 viviendas en el sector UA-4.12 de "Elviria Sur", no es sino hasta el 29 de septiembre de 2006 cuando la Comisión Gestora constituida con ocasión de la disolución del Ayuntamiento en 2006, acuerda iniciar un procedimiento de revisión de la licencia de obras otorgada a Apex 2000 SAU, procedimiento que después ha caducado.
- »- Concedida por el Ayuntamiento de **Marbella** por acuerdo de 28 de abril de 2003 licencia para la construcción de 192 viviendas en el sector UA-4.12 a la mercantil Apex 2000, tal acuerdo ha sido impugnado por la Junta de Andalucía ante el TSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo dando lugar al procedimiento n.º 2103/2003 sin que conste en autos la resolución judicial recaída.
- »- Pedida por **Marbella Vista Golf** concesión de licencia de primera ocupación el 19 de enero de 2006 no consta resolución expresa relativa a este extremo, sino solo informes de técnicos del Ayuntamiento sin que este se haya pronunciado al respecto.
- »La cuestión estriba en discernir si estas vicisitudes urbanísticas han incidido en el contrato de compraventa objeto de este proceso hasta el punto de ser determinante de su resolución en el sentido señalado por el actor de que se ha incumplido el plazo de entrega de la vivienda porque resulta imposible tal entrega en condiciones legales y urbanísticas. A la **vista** del estado de las causas judiciales en curso sobre la promoción en que se sitúa la vivienda no comparte esta juez dicha apreciación, puesto que los incumplimientos que se alegan no forman parte de la obligación de entrega en sí de la vivienda a que se obligó la demandada y además estas incidencias de tipo urbanístico no son consecuencia de una conducta de la contratante demandada, amén de que a la fecha se desconoce su resultado y la influencia que puedan tener, máxime siendo un hecho notorio la existencia de un nuevo PGOU de **Marbella** en marcha que trata de solucionar la caótica situación desde el punto urbanístico de que adolece la ciudad, de la que es un claro ejemplo la promoción litigiosa. De hecho, en el acto de la audiencia previa se incorpora por la defensa demandante la ficha urbanística según nuevo PGOU de la parcela de la promoción donde se ubica la vivienda litigiosa, pero dicha circunstancia no hace sino referencia a una expectativa de futuro cuya realidad a la fecha no es definitiva ni firme, y en su caso, una vez aprobado aquél serán cuando deban iniciarse las acciones oportunas por parte del propietario de la vivienda afectada para el caso de afectación de la misma en sentido que le resulte perjudicial.
- »Sexto. Respecto de la cuestión de la falta de entrega de la vivienda la Sección Sexta de la AP de Málaga en la sentencia de 20 de marzo de 2007 , ha interpretado una cláusula contractual semejante a la estipulación cuarta del contrato litigioso; señalando "... la falta de obtención de cédula de primera ocupación no determina un incumplimiento por parte de la entidad vendedora de sus obligaciones contractualmente asumidas pues la estipulación cuarta del contrato de venta cuya resolución se pretende, subordina la entrega de la vivienda al



otorgamiento de la escritura pública, y este a la finalización las obras, que se entenderán finalizadas cuando por la dirección técnica, lo que habrá de hacerse saber por medio fehaciente a la parte compradora a la que se requerirá para comparecer ante notario a fin de otorgar la escritura pública, es decir, no a la obtención de la licencia de primera ocupación. El argumento en esta sentencia contenido sirve igualmente en el caso de autos pues la estipulación cuarta del contrato subordina la entrega de la vivienda - con fecha límite de 31 de octubre de 2005- al requerimiento de la vendedora a escriturar y este a la finalización de las obras, indicándose que las obras se entenderán finalizadas cuando por la dirección técnica se expida el correspondiente certificado final de obras, y por tanto el puntual cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas viene dada por la finalización de las obras asimilada a la fecha del certificado final de obra y posterior requerimiento para escriturar, y no se subordina la entrega de la vivienda a la obtención de la licencia de primera ocupación; por lo tanto, partiendo de estas consideraciones, pactado como fecha límite de entrega el 31 de octubre de 2005 y siendo el certificado final de obra de 8 de noviembre y habiéndose requerido para escriturar el 16 de noviembre, el cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas lo fue el 16 de noviembre, por lo que existió un mero retraso en la entrega de cuarenta y seis días, que en ningún caso puede llevar consigo una consecuencia tan grave como es la resolución contractual pues con un retraso tan corto no puede entenderse frustradas las legítimas expectativas del comprador, al que la demandada puso a disposición la vivienda en noviembre de 2005, sin que a ello (como apunta la sentencia antes referida) "sea óbice el que no se haya obtenido la licencia de primera ocupación como se ha dicho, pues contractualmente no consta asumida la obligación de entrega subordinada a dicho requisito y ello con independencia de las infracciones administrativas en que haya podido incurrir la demandada". También ha quedado probado el hecho de que se están contratando con Acosol y Sevillana Endesa los suministros individuales de agua y luz de las viviendas de la promoción, refutando el cumplimiento de la demandada de su obligación de entrega de la vivienda útil para ser habitada.

»Séptimo. Y respecto en la cuestión de la impugnación de la licencia de obras y la falta de licencia de primera ocupación de la vivienda litigiosa que se alega conjuntamente con el retraso en la entrega, como causa de resolución contractual, ha de señalarse que las argumentaciones que en esta resolución se contengan son propias de un relación del Derecho Administrativo que se abordan con carácter incidental o prejudicial a la decisión de las pretensiones civiles vía «ex» art. 42 de la LEC, y no tiene fuerza de cosa juzgada material en otros procesos diferentes, ni tampoco influencia de cosa juzgada parcial o positiva, ni pueden alegarse para determinar ulteriores pronunciamientos de las jurisdicciones contencioso-administrativa, que gozan de plenitud de jurisdicción para resolver, incluso, las mismas cuestiones prejudiciales o incidentales con otro resultado contrario al estimado o interpretado por la jurisdicción civil. Ello se aclara porque en relación la licencia de primera ocupación, este juez entiende que en un caso como el presente en que pedida la licencia de primera ocupación, el Ayuntamiento no ha resuelto de forma expresa en ningún sentido hasta la fecha, debe entenderse concedida por silencio a los tres meses de su solicitud. La problemática de la eficacia del silencio positivo cuando estamos ante una licencia urbanística ha sido abordada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de fecha 29 de marzo de 2007, en la que se dice: "TERCERO.- Aunque por razones temporales no era aplicable la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, Ley 7/2002, a efectos interpretativos de la cuestión litigiosa sí debemos recordar los siguientes preceptos de dicha norma urbanística dictada una vez que se había producido la reforma de la legislación de procedimiento administrativo común por la trascendental Ley 4/1999. En efecto, como criterio interpretativo de legislador urbanístico sobre el alcance del silencio positivo respecto de la obtención una licencia urbanística tenemos que recordar la existencia de los siguientes preceptos de la legislación autonómica.

»a) El artículo 172 que regula el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas, dice literalmente lo siguiente:

»"La ordenación del procedimiento para el otorgamiento de las licencias urbanísticas municipales deberá ajustarse a las siguientes reglas:

»1.ª) La solicitud definirá suficientemente los actos de construcción o edificación, instalación y uso del suelo y del subsuelo que se pretenden realizar, mediante el documento oportuno que, cuando corresponda, será un proyecto técnico.

»2.ª) Junto a la solicitud se aportarán las autorizaciones o informes que la legislación aplicable exija con carácter previo a la licencia. Asimismo, cuando el acto suponga la ocupación o utilización del dominio público, se aportará la autorización o concesión de la administración titular de este.

»3.ª) Cuando los actos se pretendan realizar en terrenos con el régimen del suelo no urbanizable y tengan por objeto las viviendas unifamiliares aisladas a que se refiere el artículo 52.1.B b) o las actuaciones de interés público sobre estos terrenos previstas en el artículo 52.1.C) ambos de esta Ley, se requerirá la previa aprobación del Plan Especial o Proyecto de Actuación, según corresponda. La licencia deberá solicitarse en el plazo máximo de un año a partir de dicha aprobación.



»4.ª) Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y de la ordenación urbanística de aplicación, debiendo constar en el procedimiento informe técnico y jurídico sobre la adecuación del acto pretendido a dichas previsiones.

»5.ª) La resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada. El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de esta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación.

»6.ª) La resolución expresa denegatoria deberá ser motivada."

»Es muy importante el número 5 de este precepto, pues confiere la autorización por silencio positivo cuando no se notifique, dentro del plazo de tres meses, la resolución desestimatoria. Plazo que es común para resolver y notificar, no lo olvidemos, pues la ley sigue la reforma operada por Ley 4/99 en el artículo 43 de la Ley 30/92 .

»La norma autonómica establece la solución de carácter práctico sobre el debate de las facultades obtenidas por silencio que sean contrarias a ordenamiento jurídico. El inciso final del número 5 de este precepto advierte que: "El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de esta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación." Es decir, la ley autonómica contempla la posibilidad de obtener una facultad por el juego de silencio positivo, pero exige "en todo caso", es decir siempre, que en estos supuestos se comunique al municipio el comienzo de cualquier obra con un plazo de diez días de antelación.

»La norma autonómica apunta a la solución práctica de control *a posteriori* de la facultad obtenida por silencio y posible inicio del expediente de revisión de oficio al amparo de la causa de nulidad regulada en el artículo 62. f' de la Ley 30/92 . Es en este plazo de diez días donde la Administración puede remediar el defecto, y el vicio en que ha incurrido, al permitir que una petición de licencia acabe obteniendo éxito por no haber tramitado en plazo el procedimiento. En esos diez días debe comprobar y calificar la petición para, en su caso, instar la revisión de oficio de la licencia obtenida por resolución presunta, acordando, si es necesario, la suspensión de la ejecutividad de dicho acto presunto. La ley evita, en esta interpretación, la colisión frontal entre legalidad y seguridad jurídica que otras interpretaciones implican. Pues choca contra la seguridad jurídica mantener que es nulo radicalmente lo que se obtiene por silencio si lo obtenido son facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Porque desde la perspectiva del administrado la ley le otorga una facultad si la Administración, en el plazo marcado por la norma, no impide la concesión de dicha facultad. Para el administrado el plazo es la garantía de legalidad de su petición. Transcurrido el plazo sin recibir respuesta negativa, no puede dejarse, a un impreciso momento posterior, la posibilidad de que la Administración invoque la nulidad de un acto administrativo, que solo su indolencia ha provocado. Mantener esta interpretación puede hacer inútil toda la reforma del procedimiento administrativo iniciada por la Ley 30/92 y culminada con la Ley 4/99. Por último debemos añadir para completar el razonamiento, que esta solución es la más razonable si observamos también el contenido del artículo 190 de la Ley.

»b) En efecto, el artículo 190, que trata de la revisión de licencias urbanísticas y de órdenes de ejecución, dice lo siguiente:

»"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en esta Ley, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley, deberán ser objeto de revisión por el órgano competente, de conformidad con lo establecido en legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

»2. Los procedimientos de revisión, a los que se refiere el apartado anterior, o de declaración de lesividad serán independientes a todos los efectos de los de carácter sancionador.'

»Debemos señalar que tanto la suspensión de los efectos de la licencia como la revisión de oficio de la misma en estos casos, son actuaciones obligadas tanto del alcalde como de la Administración que detecta la licencia irregular. Son actuaciones debidas que pueden ser exigidas por los ciudadanos, como recuerda el artículo 189 y frente a la inejecución de esta potestad caben los remedios procesales que veremos a continuación.

»Pero en relación al caso estamos enjuiciando debemos resaltar, en pura interpretación sistemática, como la Ley Andaluza confiere como única salida al supuesto de obtención de una licencia contra el ordenamiento jurídico aplicable, la revisión de oficio de la misma. Volvemos a insistir sobre la adaptación que hace legislador autonómico en favor del principio de seguridad jurídica en los supuestos de facultades obtenidas por silencio administrativo positivo y que resulten contrarias a las normas urbanísticas. El artículo 62 letra "f" de la Ley 30/92 es interpretado por la ley autonómica en el sentido de contemplar una causa de nulidad para iniciar la revisión de oficio, y no como una invocación que hace la Administración en sede procesal, ante los Tribunales de Justicia, para negar la existencia de una licencia concedida por silencio positivo.



»Cuarto. Y la solución que da el legislador urbanístico autonómico no es distinta a la existente contemplando tan solo la legislación de procedimiento común estatal.

»En efecto, la falta de resolución expresa de una petición de licencia supone que el interesado en la solicitud la entienda estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda" (43. Uno de la Ley 30/1992 en la redacción dada por Ley 4/1999). La regla general será entenderla estimada salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario (43.2 del mismo precepto). Pero en cualquier caso, la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo que pone fin al procedimiento, sin embargo, la desestimación por silencio tiene tan solo el efecto de permitir al interesado la interposición del recurso, pues puede darse el caso de que con posterioridad a entender desestimada la petición por silencio la Administración pueda dictar resolución expresa estimatoria de la petición (artículo 43. 3 y 4). Por último, dice el número quinto del citado precepto que "los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que deba dictarse y notificarse la resolución expresa".

»De lo que se desprende que la estimación por silencio de una solicitud tiene igual naturaleza que el acto administrativo expreso estimatorio de la misma. Y, en lógica consecuencia, para dejar sin efecto un acto administrativo producido por silencio se necesita acudir al procedimiento de revisión de los actos administrativo expresos. Bien sea a instancias de la Administración o a instancias de un particular.

»Frente al anterior esquema, bastante claro en la Ley 4/1999, la influencia del artículo 242.6 de la Ley de Suelo , debe entenderse como un mandato dirigido tanto a la propia Administración como al solicitante de la licencia. Dicho precepto intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico. Lo cual es, ni más ni menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio.

»Porque tampoco se permite que se adquieran facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico a través de un acto expreso.

»Por eso en la legislación urbanística, tanto estatal como autonómica, se permite que la propia Administración urbanística actúe, incluso mediando una licencia, si esta se considera legal o contraria a la ordenación urbanística. Simplemente debemos recordar el artículo 190 de la LOUA, antes citado. Porque igual que puede existir un acto administrativo que concede una licencia por silencio positivo que resulte contraria al ordenamiento jurídico, también puede suceder que una licencia expresa otorgue facultades que resulten contrarias al mismo ordenamiento jurídico urbanístico. Y la respuesta del legislador, en el caso de acto expreso, no es entender que no existe la licencia, sino instar la revisión de la misma. Si se identifica acto expreso con acto presunto, los efectos tienen que se iguales, y la revisión, también.

»La garantía de los intereses generales urbanísticos que fundamenta el artículo 242.6 de la Ley de Suelo no pierde intensidad con esta interpretación. En efecto, el artículo 62.f de la Ley 30/1992 , configura un concreto motivo de nulidad radical para los casos de obtención por silencio de facultades contrarias al ordenamiento jurídico. De tal manera que la reforma operada por el legislador procedimental común tiene en el mismo texto legal una corrección técnica que conjuga la garantía de los intereses generales y la seguridad jurídica. El interesado entenderá que ha obtenido su solicitud por silencio positivo, por expreso deseo de legislador y por la falta de respuesta de la Administración a su petición, pero el interés general se ve defendido pudiendo la misma Administración instar la revisión de lo obtenido por silencio. Siendo una conducta obligada para la Administración revisar esta licencia adquirida por silencio una vez que tenga conocimiento de su existencia. Y en esa revisión podrá invocar el artículo 242. 6 de la Ley de Suelo en relación con el artículo 62. f de la Ley 30/1992 .

»Pretender que el artículo 242.6 de la Ley de Suelo , una vez que se ha promulgado la Ley 4/1999 con la redacción dada al art. 43 de la Ley 30/1992 , exime a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo es primar dos veces a quien ha incumplido su obligación. Como veremos a continuación:

»En efecto, si se ha producido la estimación de la solicitud por la técnica del silencio positivo es debido, en primer lugar, a la falta de respuesta de la Administración. Entender que ninguna consecuencia jurídica produce esta falta de respuesta, porque no se puede obtener por silencio lo que es contrario a la norma jurídica urbanística, es cargar sobre el interesado la calificación urbanística de la petición. En efecto, en esta hipótesis, el interesado solicita una licencia, no tiene respuesta del obligado a dársela, se produce la resolución presunta que otorga la licencia, pero el administrado observa que lo obtenido por silencio puede ser contrario a norma jurídica y, en pura consecuencia, entiende que no ha podido obtener lo que pensaba que era lícito. Será de su responsabilidad lo que a partir de aquí haga. Y ninguna responsabilidad tendrá la Administración indolente.



Esta solución no parece razonable, ni siquiera contemplando la satisfacción de los intereses generales que justifica la existencia del artículo 242.6 de la Ley de Suelo .

»En segundo lugar, si el interesado se equivoca en la calificación jurídica que debe hacer a su petición tras la existencia del silencio positivo e inicia actos de edificación que son rechazados por una resolución administrativa, deberá acudir a la jurisdicción para impugnar esta resolución que va en contra lo que entiende que es un acto de concesión de licencia por silencio administrativo. En la jurisdicción hará valer la existencia de la licencia, y la Administración, que en su momento no contestó su petición, le contestara en la demanda que nunca tuvo la licencia por aplicación del artículo 242.6 de la LS. El debate procesal quedará planteado sobre la existencia o no del silencio positivo, pero añadiendo la Administración, como una reconvencción procesal, un impedimento legal para la existencia del silencio que debió decirlo en su momento, pero que traído al debate procesal como argumento de oposición implica, caso de ser estimado por el órgano judicial, una suerte de revisión de un acto administrativo producido según las normas de procedimiento, pero contrario al ordenamiento jurídico, según el derecho material urbanístico. En definitiva, una sentencia que no pone fin a un debate sobre la existencia del silencio positivo, que es la pretensión procesal deducida, sino a un proceso sobre la legalidad urbanística de lo conseguido por la figura del silencio positivo, que no es la pretensión que esgrimió el interesado cuando acudió a la jurisdicción. En definitiva la sentencia, en este segundo supuesto, estimaría la pretensión reconvenicional de la Administración. Por tanto esta última, que ha originado el problema al no resolver en plazo, acaba beneficiándose de su incumplimiento pues hace cargar al interesado con la obligación de impugnar una resolución que le impide la efectividad de lo que parece que se ha producido por silencio positivo y, además, se evita la tramitación de un proceso de revisión. Por otra parte, la jurisdicción se pronuncia sobre la legalidad urbanística de una petición de licencia que no ha sido objeto de pronunciamiento al respecto en sede administrativa, incumpliendo así su carácter revisor. Pues la falta de respuesta a la petición de licencia en sede administrativa hace que el debate sobre la legalidad urbanística de la petición se haga, por primera vez, en sede jurisdiccional".

»En el caso presente, solicitada por la demandada licencia de primera ocupación el 19 de enero de 2006 no consta a la fecha presente resolución expresa de ningún tipo por el Ayuntamiento, por lo que siguiendo la interpretación apuntada por la sentencia transcrita, se ha producido el silencio positivo respecto de la petición efectuada, y como señala la STSJ de Valencia de 24 de mayo de 2005 "si un particular cuenta con una licencia obtenida por 'silencio administrativo positivo' la Administración no puede desconocer ni resolver en contra dentro del concreto procedimiento al haber finalizado, caso de entender que es perjudicial para el interés público, no le queda otra opción que acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo", y en este caso, consta no la revisión de oficio de la licencia de primera ocupación obtenida según esta interpretación por silencio positivo, sino el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obra que dio origen a la construcción de la urbanización de la que forma parte la vivienda, procedimiento de revisión que una vez iniciado el propio Ayuntamiento ha reconocido que está caducado. Y tampoco consta que el Ayuntamiento haya denegado expresamente la licencia de primera ocupación y pese a los informes que aporta la actora que constan en el expediente del Ayuntamiento, no consta que el Ayuntamiento haya adoptado acuerdo alguno en el sentido de denegar la licencia de primera ocupación.

»Por otra parte, si bien la fecha cuando debe entenderse concedida la licencia de primera ocupación por silencio positivo (marzo de 2006) es de fecha posterior a la fecha de certificado final de obras y requerimiento para escriturar (noviembre de 2005), ello no es óbice para entender cumplida la obligación de entrega de forma ajustada al contrato (en noviembre de 2005) pues como se apuntaba anteriormente, no se subordina la entrega de la vivienda a la obtención de la licencia de primera ocupación y contractualmente no consta asumida la obligación de entrega subordinada a dicho requisito, sin perjuicio de que se considere o no que posteriormente dicha licencia ha sido otorgada por silencio del Ayuntamiento.

»Octavo. Respecto de las infracciones que pudieran haberse cometido que han dado lugar a la impugnación por la Junta de Andalucía de la licencia de obras concedido por el Ayuntamiento de **Marbella** en abril de 2003, además de que en esta sede nada puede resolverse sobre este particular que ha de serlo en la administrativa en curso, no puede desconocerse que el acuerdo del Ayuntamiento de concesión de licencia para la construcción de 192 viviendas en el sector UA-4.12 fue concedida a APEX 2000 SAU que fue quien pidió y obtuvo del Ayuntamiento la licencia de obras, y que transmitió la parcela en que se sitúa la promoción a Sur Inversiones Sema S.L. que efectuó la transmisión de las fincas registrales procedentes de la división horizontal que había realizado de la finca donde se sitúa la vivienda del actor a la demandada el 3 de julio de 2003 según certificación registral. La solicitud de licencia de obra fueron pedidas y concedidas por el Ayuntamiento de **Marbella** a entidad distinta de la demandada que era anterior titular de las fincas en que se realizó la división horizontal y que después fue transmitida a la demandada, por lo que los incumplimientos al tiempo de elaboración al proyecto básico y de ejecución no son imputables a la demandada que se ha visto afectada por una situación



sobrevenida, hasta el punto de que incluso en la impugnación judicial de la licencia de obras ha tenido que personarse con posterioridad al ser inicialmente desconocedor de la misma; concretamente se personó el 27 de octubre de 2003, con posterioridad a la celebración del contrato de autos.

»Noveno. En cuanto a la cuestión de la falta de entrega de aval como causa de resolución, si bien es cierto que la demandada no prueba la entrega de aval concreto a la demandante, sí prueba el ingreso de las cantidades entregadas por el actor en la cuenta corriente designada al efecto en el contrato privado de compraventa en el Banco Popular Hipotecario con quien suscribió los respectivos avales, amén de que la falta de entrega de aval al tiempo de ser alegada por la actora (en carta que remite en enero de 2007), la construcción de la vivienda ya había llegado a buen fin (la demandada había requerido el otorgamiento de las escrituras en noviembre de 2005), y por tanto la finalidad de dicha garantía, ya se había perdido y la construcción ya estaba concluida, por lo que en ningún caso sería determinante de la resolución del contrato en cuanto cumplida la finalidad precautoria de dicha garantía con el buen fin de la construcción.

»Décimo. Respecto de la alegación de que las viviendas no se han construido de acuerdo con lo publicitado y la falta del campo de **golf**.

»El Real Decreto 515/89, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, en su art. 3 establece que «la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma», y el art. 2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, incluye entre los derechos básicos de los consumidores, la información correcta sobre los diferentes productos o servicios.

»Si bien por la defensa demandante se acompaña un folleto publicitario no se concreta cuáles son las diferencias a que alude la demandante que generarían la resolución contractual salvo las relativas a la comparación entre la urbanización y la maqueta existente en el folleto con un campo de **golf** de nueve hoyos pues el resto de la información contenida en el folleto (plano de situación, **vistas** de la vivienda a campo de **golf** y mar, terrazas, habitaciones, calidades...) no han sido denunciadas como diferentes con las características de la vivienda comprada y no pueden considerarse incumplimientos esenciales hasta el punto de dar lugar a la resolución de la compraventa que la maqueta dibujada y la realidad física actual no sean coincidentes no pude suponer que se hayan frustrado las expectativas del comprador si su vivienda está situada donde se le ofertó, tiene las características físicas y de calidad que le determinaron a comprar, y no existe ningún dato en esta publicidad que le haya inducido a error sobre lo que compraba, sus características, **vistas**, situación...

»Con respecto a la cuestión del campo de **golf**, no puede desconocerse que expresamente las partes pactaron en la cláusula 14.^a "la parte compradora manifiesta conocer los problemas existentes para la construcción del nuevo campo de **golf** de nueve hoyos, junto al conjunto residencial DIRECCION000 por lo que en este acto manifiesta no tener nada que reclamar a la vendedora y renuncia a cualquier reclamación y/o acción que pudiera corresponderle contra la misma si por cualquier causa no pudiese llevarse a cabo la construcción de dicho campo de **golf**". Aun considerando aplicable al actor la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios pues en la medida que la vivienda comprada lo será para el comprador demandante, en cuanto destinatario final sí tendría la condición de consumidor conforme al art. 1 de la Ley 26/1984, sin perjuicio de que luego la vivienda sea revendida o alquilada como inversión, no entiende esta juez que dicha cláusula sea abusiva. Dispone el artículo 10 bis 1 de la Ley 26/1984, según redacción dada por la Disposición adicional 1 de la Ley 7/1998 que "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición adicional de la presente Ley. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato". Por su parte la Exposición de Motivos de la última Ley citada aclara que "El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual". De lo expuesto se infiere que es requisito imprescindible para la consideración de una cláusula como abusiva el que no haya podido ser objeto de negociación concreta por parte del consumidor. Y en este contrato tal negociación concreta sobre el punto del campo del **golf** ha tenido lugar hasta el punto que existe una cláusula expresa en la que la compradora manifiesta conocer los problemas de la promotora para construir el campo de **golf** proyectado; el contrato de compraventa ya recoge la eventualidad de que el campo no llegue a construirse y si para la compradora fuera una condición esencial dicha cláusula no debería haber sido firmada, debiendo entenderse la compradora vinculada por dicha



cláusula aunque no sea conocedora de español, pues actuaba en España y en la compraventa por medio de un representante conocedor del español y que además era abogado, y que por tanto negoció en nombre de aquella el contrato de autos, con inclusión de la cláusula 14.^a.

»Undécimo. Por último, resta añadir que se ha introducido en el debate la calificación urbanística de la finca donde sitúa la vivienda litigiosa en el proyecto del nuevo Plan General de Ordenación Urbana de **Marbella**, pero dicha circunstancia no hace sino referencia a una expectativa de futuro cuya realidad a la fecha no es definitiva ni firme, y en su caso, una vez aprobado aquel serán cuando deban iniciarse las acciones oportunas por parte del propietario de la vivienda afectada para el caso de afectación de la misma en sentido que le resulte perjudicial.

»A la **vista** de estas consideraciones procede entender que no ha existido incumplimiento esencial de las obligaciones contractualmente asumidas por la parte demandada no habiendo lugar a la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes en fecha de 25 de julio de 2003, desestimándose la demanda y absolviendo a la demandada de los pedimentos contenidos en la demanda.

»Duodécimo. En cuanto a las costas, de conformidad con el art. 394.1 de la LEC se impondrán a la parte que ha visto rechazadas sus pretensiones salvo que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho, cosa que sucede en este caso, en que la situación urbanística compleja existente en el municipio de **Marbella** ha creado una situación jurídica peculiar sobre la promoción en que se sitúa la vivienda que no es imputable al demandante siendo razonable su posición, por lo que no ha lugar a imposición de costas».

TERCERO.- La Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia de 10 de noviembre de 2009, en el rollo de apelación n.º 385/2009 , cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Dña. Regina frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Primera Instancia número Uno de **Marbella**, en los autos de juicio ordinario n.º 219/07, a que este rollo se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales devengadas en esta alzada».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. En la demanda rectora de esta litis, la actora, Dña. Regina , pedía, frente a la mercantil demandada, **Marbella Vista Golf**, S.L., la resolución del contrato privado de compraventa concertado en 25 de julio de 2003, sobre la vivienda definida como NUM000 - NUM001 , situada en el bloque NUM002 , portal NUM003 , del Conjunto DIRECCION000 , con el garaje n.º NUM005 del mismo portal como anejo inseparable, de cuya compraventa, en cumplimiento de lo pactado, la actora había abonado 236.684 euros, en pagos verificados entre los meses de junio de 2003 y 28 de julio de 2005, pidiendo, además de la resolución del contrato, la condena de la entidad demandada en rembolsar a la actora las cantidades efectivamente anticipadas por esta, incrementadas en el interés legal del dinero, esto es, 236.648 euros de principal, más el interés legal del dinero desde el 25 de julio de 2003, así como al pago de las costas. Basa la actora dicha súplica en el incumplimiento por parte de la mercantil demandada de sus obligaciones contractualmente asumidas, concretamente había incumplido el plazo de entrega de los inmuebles, pactado en el contrato, que obligaba a hacer entrega del objeto de la venta, antes del día 1 de julio de 2005, plazo prorrogable como máximo hasta octubre de 2005; habiendo resultado también incumplida la obligación de entrega de aval y la de construcción de las viviendas conforme a lo ofertado, por cuanto que no se había construido el campo de **golf** ofertado, y, además, que el contrato se celebró por un mandatario verbal, en un idioma incomprensible para la actora, de nacionalidad británica, que la misma no había ratificado y que, por tanto, no se podía oponer a la actora el contenido de la estipulación decimocuarta del contrato, en cuanto al conocimiento de la compradora de la existencia de problemas para la construcción del campo de **golf**. Se alegaba en la demanda por la actora que la demandada no había cumplido el plazo de entrega comprometido, mas cuando, además, la mercantil demandada no había obtenido la licencia de primera ocupación. En la audiencia previa introdujo cuestiones relativas a la revisión del P.G.O.U. de **Marbella**, y formuló una serie de peticiones accesorias, a las que se opuso la demandada, en cuanto que entrañaban violación del contenido del artículo 426 LEC , pues suponía un cambio de demanda, tales como declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas cuarta, quinta y decimocuarta del contrato. En el recurso de apelación, alega la revisión de la licencia de obras en su día concedida por el Ayuntamiento de **Marbella** a la entidad Inversiones Sema, S.L., de la que trae causa la demanda, que ha sido impugnada judicialmente por la Junta de Andalucía, dando lugar al correspondiente recurso contencioso administrativo. A las pretensiones de la demanda y alegaciones y peticiones efectuadas en la audiencia previa se opuso la entidad demandada, aduciendo que no son tales los incumplimientos contractuales que se le imputan, pues, en relación con el plazo de entrega, si bien es cierto que los inmuebles objeto de la venta debían ser entregados



antes del día 1 de julio de 2005, conforme a la cláusula cuarta del contrato, también se preveía la posible prórroga del mismo hasta el día 31 de octubre de 2005, a instancia de la vendedora, prórroga de la que hizo uso la vendedora, conforme a la pactado, habiéndose obtenido el certificado final de obra en 8 de noviembre de 2005, habiendo remitido, en 18 de noviembre de 2005, burofax a la actora, comunicándosele y requiriéndola para concertar día y hora para el otorgamiento de la escritura pública, como se acredita en el documento n.º 3 de la contestación, imposición de burofax dirigido al representante de la actora en el contrato, D. Landelino , y a la dirección señalada en la estipulación duodécima del contrato, a cuyo requerimiento la actora hizo caso omiso. Alegaba, igualmente, que el contrato había sido ratificado por la compradora, desde el punto y hora en que la misma había hecho abono de las cantidades estipuladas, no resultando de aplicación la Ley 26/84, toda vez que la vivienda se compró no para residir, sino como inversión para revenderla, ni, por tanto, la Ley 57/68, por cuanto que su ámbito no están incluidas las actividades financieras, y frente a la no construcción del campo de **golf** basta la lectura de la cláusula decimocuarta, habiéndose obtenido la licencia de primera ocupación, que ha sido solicitada al Ayuntamiento en 19 de enero de 2006, por silencio, pudiéndose contratar los suministros, como de hecho viene haciéndose, incluso individualmente por los compradores. En cuanto a la falta de entrega de aval, no se pedía la rescisión del contrato en base al artículo 3 de la Ley 57/1968 , sino la resolución prevista en el artículo 1124 del Código Civil , siendo así que la omisión de aval no puede considerarse como un incumplimiento esencial, cuando la urbanización en general, y la vivienda de la actora en particular, se encuentran terminadas desde el 8 de noviembre de 2005, en que se expidió el certificado final de obras, y como el aval en cuestión lo que pretende garantizar es la terminación de la construcción en plazo, si tal garantía está cumplida ningún perjuicio se deriva ya para la actora de la falta de entrega de aval. No existiendo, por tanto, incumplimiento contractual alguno que pueda conducir a la resolución pretendida de contrario, amparada en el Código Civil y en la jurisprudencia que interpreta el contenido del artículo 1124 de dicho texto legal . La sentencia dictada en la instancia desestima la demanda, absolviendo a la entidad demandada de los pedimentos deducidos en su contra, no haciéndose especial imposición de costas, dada las dudas de derecho surgidas de la especial situación urbanística creada en **Marbella**. Frente a esta sentencia se ha alzado en apelación la parte actora, a través de su representación procesal.

»Segundo. La correcta resolución del recurso de apelación pasa por la necesidad de aclarar previamente que el objeto del proceso, conforme resulta del artículo 412.1 de la LEC , queda establecido en los escritos rectores del procedimiento, esto es, demanda y contestación y, en su caso, reconvención y contestación a esta, escrito de alegaciones que, como resulta del tenor literal del precepto examinado, constituyen el límite preclusivo para la formulación de pretensiones y, en su caso, de alegación de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes. Además, es conocida la doctrina que, basada en el principio *pendente appellatione, nihil innovetur* , y en los principios de audiencia, contradicción y doble instancia, imperantes en el ordenamiento jurídico español, perseguidores de que los litigantes se encuentren en igualdad de condiciones en orden a la discusión y prueba de los problemas suscitados y a fin de evitar indefensión de alguno de ellos, veda al tribunal de apelación la posibilidad de resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en primera instancia, siendo por ello reiterada la jurisprudencia que establece que las manifestaciones que se hagan por las partes en los escritos rectores del procedimiento, demanda y contestación, han de ser vinculantes en cuanto a lo que es objeto de debate, siendo el acatamiento de las reglas de la buena fe la directriz esencial de todo procedimiento, conforme dispone el artículo 11.1 de la LOPJ , no siendo admisible que las partes planten excepciones o cuestiones nuevas con base en afirmaciones diferentes de las que se parten en dichos escritos, pues con ello se causaría indefensión a la adversa, en cuanto no pudieron ser debatidas por esta; lo contrario implicaría infracción del artículo 24 de la CE al no darse oportunidad al otro litigante de alegar y probar lo que estimare conveniente a su derecho (SSTS 15 de abril y 14 de octubre de 1991, 3 de abril de 1993 y del T. Constitucional de 28 de septiembre de 1990). Es decir, los puntos de hecho y de derecho objeto del debate y las pretensiones de las partes son las que quedan fijadas en el período de alegaciones en la instancia y a ellas hay que atenerse, no a lo que luego pueda deducirse con posterioridad, por lo que la sentencia no puede hacerse cargo de una petición nueva formulada extemporáneamente, dado que la relación jurídico-procesal queda definitivamente constituida en la instancia, no pudiendo olvidarse que, si bien la segunda instancia es una fase que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada (TC 152/1998 de 23 de julio), encontrándose el tribunal de apelación en la misma posición que ocupó el juzgador *a quo* , no obstante ello, no se halla autorizado para separarse de los términos en los que el debate se desarrolló en la instancia, es decir, el tribunal de alzada, al igual que el juzgador *a quo* , está obligado a respetar los términos del debate planteados por las partes, los cuales se plantean en los escritos fundamentales del proceso, demanda y contestación, reconvención y contestación a esta en su caso, sin que quepa, por tanto, plantear cuestiones extemporáneas no suscitadas en ellos puesto que producen indefensión y violan el principio de preclusión procesal y que como tal implican cuestiones nuevas que consideradas como tales deben ser desestimadas sin más. Aplicando estas consideraciones de índole doctrinal y jurisprudencial al caso de autos, ha de resultar que las cuestiones planteadas por la parte actora en momentos posteriores



a la demanda, tales como carácter abusivo de determinadas cláusulas, y, por tanto, la nulidad de las mismas, cargas urbanísticas sobre la finca, falta de información a la actora sobre la impugnación judicial de la licencia de obras, y otras similares, articuladas en la audiencia previa, escrito de conclusiones y recurso de apelación, como extemporáneas, han de ser rechazadas de plano, pues quedaron fuera del objeto del debate planteado entre las partes, que, insistimos, quedó establecido en demanda y contestación, siendo así que la ley de procedimiento en la audiencia previa solo permite la posibilidad de alegaciones que sean complementarias en relación con lo expuesto por la contraria en tales escritos, pero sin alterar sustancialmente las pretensiones, ni la causa de pedir, ni los fundamentos, permitiéndose, incluso, la posibilidad de realizar peticiones accesorias o complementarias de las formuladas en demanda y contestación, o, en su caso, reconvención y contestación a esta, las cuales solo son admisibles si la parte contraria no se opone o cuando así lo decide el juez por entender que no se limita el derecho de defensa de la contraria, circunstancias estas no concurrentes en el supuesto enjuiciado, en el que, por tanto, no se podrán tener en cuenta ni analizar las cuestiones introducidas por la actora-apelante en la audiencia previa, escrito de conclusiones y escrito de interposición del recurso de apelación, y ello por aplicación de lo expuesto y del contenido de los artículos 412, ya citado, 433 y 456, todos de la LEC . Quiere ello decir que, sustentada la pretensión resolutoria en unos supuestos incumplimientos contractuales que se imputan a la mercantil demandada, cuales son la falta de entrega de los inmuebles en el plazo pactado, falta de licencia de primera ocupación, falta de aval y no construcción del campo de **golf** ofertado y los bloques 1 a 5 de la urbanización, cualquier cuestión distinta introducida por la actora-apelante en la audiencia previa, escrito de conclusiones o en el recurso de apelación, por haber quedado fuera del objeto del procedimiento debido a un planteamiento extemporáneo, no pueden ser objeto de análisis, toda vez que entrañaría una ampliación extemporánea del objeto del procedimiento, no permitida por la ley, que, además, causaría indefensión a la contraria, que se habría visto privada de desplegar todos los medios de defensa a su alcance. Igualmente quiere aclarar la Sala que la lectura de la demanda permite colegir que la acción deducida en la misma es la de resolución contractual amparada en el artículo 1124 del Código Civil , que se sustenta en los incumplimientos que se imputan a la demandada en relación con sus obligaciones contractuales, cuales son falta de entrega dentro del plazo pactado, omisión de aval, falta de licencia de primera ocupación y no construcción del campo de **golf** ofertado y de los bloques 1 al 5, y no la acción de rescisión que contempla el artículo 3 de la Ley 54/1968 , pues lo que se suplica en la demanda es la resolución del contrato de compraventa, no la -rescisión- del mismo, tratándose de dos acciones distintas, no confundibles, pues, en tanto que la resolución nace de un incumplimiento contractual, ex artículo 1124 CC , la rescisión opera en aquellos contratos que, válidamente celebrados, la ley contempla tal posibilidad (artículo 1290), siendo solo rescindibles los contratos que recoge el artículo 1291 CC , es decir, los supuestos de lesión, fraude de acreedores y otras que la ley determine, y, en el caso de autos, puesto en relación los hechos de la demanda con los fundamentos y el suplico de la misma, se colige que la acción ejercitada es la de resolución del artículo 1124 CC , y no la de rescisión del artículo 3 de la Ley 54/1968 , señalándose, a efectos meramente polémicos, que, en todo caso, no habría podido prosperar, pues dicho precepto contempla la posible rescisión del contrato cuando expirado el plazo de entrega de la vivienda esta no haya tenido lugar, y, en el caso de autos, hubo una prórroga del plazo convenido, pactada en el cláusula cuarta, que finalizó el día 31 de octubre de 2005, y la demandada, emitido el certificado final de obras, apenas ocho días después, 8 de noviembre de 2005, en 18 de noviembre, y conforme a lo pactado, requirió a la actora para escriturar y haciéndole saber que se había emitido el certificado final de obra, por lo que tal leve retraso, de pocos días, no puede, en modo alguno, conducir a la rescisión del contrato en base al contenido del artículo 3 de la Ley 57/1968 , pues no se pueden entender lesionados, ni burladas las legítimas expectativas de la actora al contratar. Tampoco resulta de aplicación la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio, no solo porque la parte actora, en el escrito rector del procedimiento, esto es, en la demanda, no se refirió para nada al carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de venta que determinase la nulidad de las mismas, con lo cual se trataría de una pretensión planteada de forma extemporánea, y por ello, rechazable si más, y porque, además, no consta acreditado en los autos que la actora adquiriese la vivienda como consumidora última de la misma, y no con un mero ánimo especulativo, que excluiría el contrato de las previsiones y normativa de la citada ley, dirigida a proteger al consumidor *stricto sensu* , excluyendo de su ámbito las actividades de carácter financiero.

»Tercero. Aclarado lo anteriormente expuesto, esta Sala acoge y da aquí por reproducidos, al objeto de evitar repeticiones innecesarias, la relación de hechos y medios de defensa articulados por las partes en demanda y contestación, expuestos por la juzgadora *a quo* en los fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia apelada, así como la exposición doctrinal y jurisprudencial que, acerca de la resolución contractual amparada en el artículo 1124 del Código Civil , se realiza en el fundamento de derecho tercero de la indicada resolución. A ello cabe añadir que, parece de evidencia incuestionable, que las obligaciones recíprocas de las partes que surgen del contrato de compraventa son, a tenor de los artículos 1445 , 1461 y 1500, todos ellos del Código Civil , la de la entrega de la cosa por el vendedor y la del pago del precio por el comprador,



quedando posibilitados los contratantes, en uso de la libertad de pacto consagrado en el artículo 1255 del indicado Cuerpo legal, a establecer las obligaciones accesorias o complementarias que estimen conveniente a sus intereses, o sujetar el cumplimiento de sus obligaciones principales a términos o condiciones, exigiéndose para la viabilidad de la acción resolutoria, según reiterada doctrina jurisprudencial, conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, de la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2) La reciprocidad en las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; 3) Que la parte demandada haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este comportamiento incumplidor al libre arbitrio judicial; 4) Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de este que de modo indubitado, definitivo e irreparable lo origine, conducta que tradicionalmente se definía como deliberadamente rebelde; 5) Que no se trate de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato, tenga puro carácter accesorio o complementario, con relación a las prestaciones y contraprestaciones que constituyan el objeto principal del contrato, y 6) Que el accionante no haya incumplido las obligaciones que le concernían contractualmente, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior de su contratante, pues la conducta de este es lo que motiva el derecho resolutorio de su adversario y lo libera de su compromiso - TS 1.ª SS de 21 de marzo de 1986, 29 de febrero de 1988, 28 de febrero de 1989, 16 de abril de 1991, 4 de junio de 1992, 22 de marzo y 3 de junio de 1993, 21 de marzo de 1994, 27 de diciembre de 1995, 16 de mayo y 30 de octubre de 1996, entre otras muchas-, de manera que caso de producirse la resolución contractual se debe volver al estado jurídico preexistente, retornando al estado anterior, con reintegro por cada parte contratante de las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, o lo que es lo mismo, los efectos de la resolución contractual se producen *ex tunc* - TS 1.ª S. de 10 de julio de 1998 -, a todo lo cual debemos añadir como la resolución solo puede solicitarla el que ha cumplido por su parte - TS 1.ª SS de 19 de febrero de 1969, 3 de junio de 1970, 5 de junio de 1981, 22 de marzo, 25 de junio y 22 de octubre de 1985, 17 y 31 de marzo, 14 de abril y 30 de junio de 1986, 3 de febrero de 1989, 20 de marzo y 20 de diciembre de 1993, 10 de enero y 9 de mayo de 1994, 24 de noviembre de 1995, 24 de septiembre de 1997 y 6 de febrero y 5 de julio de 1999 -, debiendo entenderse que el problema del cumplimiento o incumplimiento es de orden fáctico - TS 1.ª SS de 12 de junio de 1986 y 8 de noviembre de 1997 -, resaltándose que la resolución a la que alude el artículo 1124 del Código Civil no requiere una actitud dolosa al incumplidor, bastando simplemente con que haya un incumplimiento inequívoco y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, siendo aconsejable la resolución cuando quede frustrado el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del interesado contratante. En relación al primer incumplimiento que se imputa a la mercantil demandada, cual es el relativo a la falta de entrega de los inmuebles objeto de la venta en el plazo pactado en el contrato, que fue rechazado por la juzgadora *a quo*, es de resaltar que la estipulación cuarta del contrato, cuya resolución se pretende, en su párrafo primero, obliga a la vendedora a realizar la entrega de los inmuebles objeto de la venta antes del día 1 de julio de 2005, si bien, el párrafo segundo, a renglón seguido, faculta a la vendedora a prorrogar dicho plazo hasta el día 31 de octubre de 2005, y ello sin sujeción a condición alguna y como facultad inherente, exclusivamente, a la voluntad de la vendedora, siendo así que, por la causa que sea, que no interesa a los efectos de esta litis, la mercantil demandada, a la sazón vendedora, hizo uso del derecho de prórroga del plazo de entrega pactado en el contrato, lo que nos sitúa, como fecha límite de entrega, en el día 31 de octubre de 2005. Dicha cláusula, igualmente, subordina la entrega al otorgamiento de la correspondiente escritura pública, en cuyo momento, y conforme a la estipulación tercera, la compradora venía obligada al abono de la parte del precio que le restaba por satisfacer, y, conforme a la estipulación cuarta examinada, era la vendedora la obligada a requerir a la compradora para escriturar, una vez finalizadas las obras, que se entenderían como tales, cuando, por la dirección facultativa se expidiera el correspondiente certificado final de obras. Es decir, la cláusula cuarta del contrato, que se entiende incumplida, y en cuya firma la parte actora estuvo en todo momento representada y asesorada por letrado en ejercicio, en momento alguno contempla la entrega, subordinada a la previa obtención de la licencia de primera ocupación, ni el cumplimiento de este requisito de índole meramente administrativo se elevó a la categoría de pacto contractual. Así las cosas, el plazo inicial de entrega comprometido, como ya se ha dicho, quedó prorrogado hasta el día 31 de octubre de 2005, y si bien es verdad que el certificado final de obras no se emitió por la dirección facultativa hasta el día 8 de noviembre de 2005, es decir, apenas ocho días después, y que fue en 18 de noviembre de 2005 cuando la vendedora, por medio de burofax, le comunicó fehacientemente a la compradora la emisión del certificado final de obras, requiriéndola para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, como resulta de la documental obrante en los autos, presentándose por la vendedora, ante el Ayuntamiento de **Marbella**, solicitud de licencia de primera ocupación en 19 de enero de 2006, habiendo transcurrido más de tres meses sin que dicha corporación se haya pronunciado expresamente sobre su concesión o denegación (documental de la contestación), no es menos cierto que ese leve retraso de apenas ocho días no determina un incumplimiento esencial de la vendedora, ni una voluntad deliberadamente rebelde de la misma al cumplimiento de su obligación de entrega, evidenciando las pruebas



obrantes en autos que la voluntad de la mercantil demandada de resolución fue, en todo momento, la de dar cabal cumplimiento al contrato, constando tan solo un leve retraso en la entrega, de pocos días, que no determina un incumplimiento esencial de la vendedora que pueda llevar aparejada una consecuencia jurídica de tanta trascendencia como es la resolución del contrato, en la medida que ese leve retraso en la entrega, en modo alguno, implica la frustración de las legítimas expectativas de la compradora, que fue requerida para la entrega pocos días después de la finalización de la prórroga del plazo de entrega pactado. El Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de junio de 1986, tiene declarado que la no realización por parte del vendedor-promotor de su obligación de entrega dentro del plazo pactado no supone, necesariamente, un incumplimiento contractual, ya que esto, afirma el Alto Tribunal, puede constituir un mero retraso, una situación de mora o un incumplimiento, y, así, en el primer caso (leve retraso), el dato objetivo de la no entrega del inmueble en la fecha pactada carece de consecuencia jurídica alguna, salvo que por las partes se haya elevado el plazo a la categoría de esencial, en cuanto que el retraso, cuando es cualificado en el cumplimiento de la prestación, constituye la mora del vendedor (artículo 1100 CC), dando lugar a la indemnización de daños y perjuicios, y, por último, el incumplimiento definitivo, en sentido estricto, que es el que permite llevar a cabo la resolución contractual al amparo del artículo 1124 del Código Civil, siendo así que, en el caso tratado, debe entenderse que la no entrega de la vivienda en el plazo pactado, con un leve retraso de pocos días en cuanto al mismo, debe entenderse como un supuesto de mora, que, ciertamente, no supone sin más la resolución del contrato, ya que para llegar al tercero de los estadios indicados, es decir, el de la resolución, se precisa algo más, cual es, según doctrina del Tribunal Supremo ya citada, una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, es decir, una voluntad obstativa a dicho cumplimiento, retardando con ello el éxito del negocio bilateral, frustrando las legítimas aspiraciones de la otra parte contratante, de lo que cabe colegir que, para delimitar la frontera entre la mera situación de mora y la de incumplimiento sancionado con la resolución contractual, habrá de estarse a la frustración del fin del contrato, de manera que la entrega del apartamento por parte de la vendedora, aunque se haga tardíamente, si satisface el interés del comprador, nos sitúa, como acontece en esta litis, en la que hubo un mero y leve retraso en la entrega, ante una situación de mora, que daría lugar, ex artículo 1100 del Código Civil, a la indemnización de daños y perjuicios, lo que no se pide en la presente litis, pero no en un supuesto de incumplimiento definitivo con frustración de las expectativas de la compradora, en cuyo supuesto es cuando cabría la resolución pretendida. De la controvertida cláusula del contrato que se afirma incumplida, la cuarta, se colige que las partes en ningún momento han elevado a la categoría de pacto contractual la previa obtención de la licencia de primera ocupación, ni queda subordinada la entrega de los inmuebles al cumplimiento de tal requisito de índole meramente administrativo, resultando que el certificado final de obras se expidió en 8 de noviembre de 2005, requiriéndose a la compradora en 18 de noviembre de 2005 para escriturar, y habiéndose presentado la solicitud de licencia en enero de 2006, debiendo entenderse con ello que las circunstancias acaecidas entre las partes no son determinantes para poder afirmar que la vendedora incumplió su obligación de entrega frustrando la finalidad del contrato, por cuanto que las pruebas que obran en los autos permiten presumir que la voluntad de la vendedora fue, en todo momento, la de dar cabal cumplimiento al contrato, es decir, que no hubo por parte de la misma una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, siendo su intención consumir la contratación, ni siquiera de que se haya frustrado, con tal falta de entrega en plazo, el fin del contrato, lo que sí sería relevante para la resolución, pues resulta relevante, en este sentido, que las partes, desde un primer momento, previeran la posibilidad de prórroga en la entrega, respecto de la fecha inicialmente pactada, por lo que no cabe más que concluir que la entidad vendedora cumplió con su obligación, sin que a ello obste, insistimos, la denunciada falta de licencia de primera ocupación, pues como ya expresase esta Sala en sentencia de 20 de marzo de 2007, dictada en supuesto análogo al que es objeto de esta litis, la falta de obtención de la cédula de primera ocupación, no determina incumplimiento por parte de la vendedora, pues no hay compromiso contractualmente asumido en tal sentido, siendo necesario aclarar que el vendedor tiene como obligación principal precisamente la de entrega de la cosa y en este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido señalando que la necesaria adecuación que el objeto vendido ha de reunir respecto al fin que le es propio y para el que se adquirió, lo que comporta la obligación de entregar apto el inmueble y a plena utilidad del comprador para permitir el uso normal del objeto adquirido - TS 1.ª SS de 24 mayo 1991 y 16 marzo 1995, entre otras-, y así parece claro que la compraventa de viviendas comporta la obligación para el vendedor de entregarlas en condiciones aptas para ser vividas, resultando elemental la necesidad de disponer, entre otros elementos, de agua y luz eléctrica, formando parte del núcleo de la obligación esencial del vendedor la entrega en tales condiciones, no obstante, es criterio de esta Sala, siguiendo doctrina del Tribunal Supremo contenida en sentencias de 10 de octubre de 1987 y 1989, que en la venta de inmuebles el hecho de no haber obtenido la licencia de primera ocupación o la cédula de habitabilidad no constituye *per se* un incumplimiento por parte del vendedor al tratarse de autorizaciones administrativas cuya concesión o denegación depende de factores distintos a los determinantes de las obligaciones contractuales entre particulares, quedando a salvo de esta afirmación aquellos casos en que dicha autorización administrativa se eleva a pacto *inter partes*, de la misma forma que la existencia de autorización administrativa no implica el cumplimiento de dicha obligación del vendedor, teniendo declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 15 de noviembre



de 1999 , que "el posible retraso es más bien de naturaleza administrativa, pero no apto para justificar la resolución promovida, pues para que pueda considerarse retraso eficiente es necesario su prolongación a lo largo del tiempo careciendo de toda justificación, y acreditando por sí una voluntad inequívocamente obstativa que viene a frustrar decisivamente el fin económico del contrato (SS 20 de junio de 1993 y 4 de octubre de 1996)", de ahí que no sea acertada la afirmación vertida por la recurrente referente a ser requisito esencial para la habitabilidad de las viviendas la licencia de primera ocupación, lo que no quiere decir que la falta de la autorización administrativa se pueda y deba tener en cuenta a efectos probatorio del incumplimiento o cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor, de la misma forma que el certificado final de obra expedido por la dirección técnica de la obra constituye prueba de que la obra está terminada en condiciones de ser habitada, pero ninguna de estas certificaciones o autorizaciones constituyen el cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor, de lo que cabe deducir aparecer claro que la mercantil vendedora, aunque con un cierto y leve retraso, cumplió los términos del contrato, que establecían que la misma estaba obligada a entregar el apartamento y garaje anejo, más cuando consta acreditado en los autos, por medio de la oportuna documental, que otros propietarios están contratando suministros con Acosol y Endesa, de forma individual, para otras viviendas de la misma promoción, lo cual conduce al rechazo del motivo de apelación.

»Cuarto. Se alegaba también como incumplimiento contractual de la demandada la omisión por la entidad demandada de lo prevenido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, es decir, la falta de entrega de aval que garantizase la devolución de las cantidades entregadas, más el seis por ciento de interés anual, y en este sentido, si bien es cierto que la mercantil demandada no ha acreditado la entrega de aval concreto a la actora, sí consta acreditado en los autos el ingreso de las cantidades entregadas por la actora en la cuenta corriente designada al efecto en el contrato cuya resolución se pretende, en el Banco Popular Hipotecario, con quien la mercantil demandada suscribió los avales, amén de que, en cualquier caso, al tiempo en que la actora comunicó a la demandada la falta de entrega de aval, que lo fue en la carta remitida en 2007, la construcción de la vivienda ya había llegado a buen fin, pues no podemos olvidar que el certificado final de obra se expidió en 8 de noviembre de 2005, y en 18 del mismo mes y año fue requerida la actora para escriturar, y, por tanto, la finalidad para la que está prevista dicha garantía, que no es otra que la de asegurar al comprador que ve frustrado el contrato, por el no inicio de las obras o no terminación en plazo, la devolución de las sumas entregadas, más hoy el interés legal del dinero, a la fecha en cuestión, ya había quedado carente de sentido y finalidad, pues la construcción estaba ya terminada, por lo que, en ningún caso, dicha circunstancia podría dar lugar a la resolución del contrato, en cuanto que ya estaba cumplida la finalidad precautoria que la garantía en cuestión persigue, es decir, el buen fin de la construcción, amén de que, en estos autos, no consta acreditado que la actora adquiriese los inmuebles a fin de destinarlos a residencia o domicilio familiar de forma permanente o aún de temporada, lo que hace más que cuestionable la aplicabilidad de la Ley 57/1968, que excluye de su ámbito las actividades financieras. En cuanto a que el contrato fue firmado por un mandatario verbal y en un idioma incomprensible para la actora, de nacionalidad británica, lo cierto es que el mandatario es abogado en ejercicio y, por tanto, conocedor del derecho de obligaciones y contratos, habiendo ratificado la compradora plenamente los actos del mismo, y en concreto el consentimiento en el contrato, por los actos posteriores de la misma, y en concreto al pago del precio, por lo cual no puede escudarse la actora en el contenido de la cláusula catorce, en cuanto a la comprensión de lo expresado en la misma, para pretender la resolución del contrato, en la medida en que, si bien es verdad el contenido de los artículos 3 del Real Decreto 515/89, de 21 de abril , y 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , cuya aplicación al caso de autos resulta dudosa por las razones ya expuestas, es decir, la actora acompaña un folleto publicitario, no concreta la misma cuáles sean las diferencias fundamentales entre lo ofertado y lo construido, que a su entender generarían la resolución contractual, salvo las que se refieren a la comparación entre la urbanización y la maqueta existente en el folleto con un campo de **golf** de nueve hoyos, pues, la información del folleto publicitario, como bien afirma la juzgadora *a quo* , referida a plano de situación, **vistas**, calidades, etc., no han sido denunciadas como diferencias de las características de la vivienda comprada y construida, lo que, además, no podrían considerarse como incumplimientos contractuales esenciales, hasta el punto de operar la resolución del contrato, conforme a la doctrina expuesta en anteriores fundamentos de esta resolución, acogiendo, en este sentido, los acertados razonamientos de la juzgadora *a quo* . Con respecto al campo de **golf** (no olvidemos que en el recurso de apelación nada se dice en relación a los bloques 1 a 5, por lo que nada puede expresar la Sala en tal sentido), el contenido de la cláusula catorce del contrato, ratificada por la actora, insistimos, permite colegir que la parte compradora era perfectamente conocedora de esa posibilidad, debido a dificultades existentes para su construcción, lo que evidencia que, en ningún caso, contemplaba la construcción del campo de **golf**, como una condición esencial para su compra, prestando su consentimiento a la venta, pese a ser conocedora de la posibilidad de que el campo de **golf** no llegase a construirse. Se afirma que la cláusula en cuestión es abusiva, pero no se pidió en la demanda la declaración de nulidad de la misma, y, en cualquier caso, dicha cláusula no resulta abusiva desde el punto y hora en que el hecho solo de figurar en el contrato evidencia que fue objeto de negociación individual, manifestándose a través de la



misma el conocimiento de la actora de los problemas existentes para construir el campo de **golf** proyectado, recogiendo, pues, el propio contrato la eventualidad de que ese capó, finalmente, no pudiese construirse, lo cual excluye la resolución contractual, amparada en tal falta de construcción. La referencia a la existencia de cargas urbanísticas sobre la finca no puede, tampoco, amparar la resolución contractual pretendida, no solo porque se trata de una cuestión no alegada en la demanda, introducida en la litis de forma no temporánea, sino, además, porque al parecer la carga urbanística está cancelada, tratándose, por tanto, de una cuestión absolutamente irrelevante a los efectos de la pretendida resolución. Por otra parte, la Ley del Suelo, de marcado carácter administrativo, no es de aplicación al supuesto de autos, como parece pretender el recurrente, en cuanto que la vigencia de la misma no va referida al momento del juicio, sino al momento en que se produjeron los hechos, siendo inviable la aplicación retroactiva de la misma, ex artículo 2.3º del Código Civil .

»Quinto. Se alega, como otro motivo de apelación, error en la valoración de la prueba por parte del juzgador *a quo* , en relación a la documental y las testificales de D. Eutimio y D. Leandro , desde cuya óptica el recurso de apelación debe perecer, pues como en innumerables ocasiones se ha reseñado por este tribunal colegiado de alzada, si bien es cierto que el recurso ordinario de apelación se le concibe como una simple revisión del procedimiento anterior seguido en la primera instancia, permitiendo al órgano *ad quem* conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito - TS 1.ª SS de 6 de julio de 1962 y 13 de mayo de 1992 -, se presenta como impensable que el proceso valorativo de las pruebas realizado por Jueces y Tribunales de instancia pueda ser sustituido por el practicado por uno de los litigantes contendientes, habida cuenta que la jurisprudencia viene estableciendo al respecto como a las partes les queda vetada la posibilidad de sustituir el criterio objetivo e imparcial de los jueces por el suyo propio, debiendo prevalecer el practicado por estos al contar con mayor objetividad que el parcial y subjetivo llevado a cabo por las partes en defensa de sus particulares intereses - TS 1.ª SS de 16 de junio de 1970 , 14 de mayo de 1981 , 22 de enero de 1986 , 18 de noviembre de 1987 , 30 de marzo de 1988 , 1 de marzo y 28 de octubre de 1994 , 3 y 20 de julio de 1995 , 23 de noviembre de 1996 , 29 de julio de 1998 , 24 de julio de 2001 , 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003 -, debiendo, por tanto, ser respetada la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o de las reglas de la sana crítica, de ahí que sea posible que dentro de las facultades que se concedan a Jueces y Tribunales de instancia den diferente valor a los medios probatorios puestos a su alcance e, incluso, optar entre ellos por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos, todo ello sin olvidar, claro está, como la revisión del valor probatorio que debe darse a los diferentes testimonios prestados por los testigos que depusieran a instancia de parte, debe hacerse con suma cautela, teniendo en cuenta la regla máxima de la sana crítica recogida en el artículo 376 de la mencionada Ley Procesal , apuntando insistentemente la doctrina jurisprudencial que la apreciación del referido medio probatorio es puramente discrecional del órgano judicial, dado que la norma citada no contiene reglas de valoración tasada que se puedan violar, al ser dicho precepto admonitivo, siendo tan solo digna de tener en cuenta la impugnación cuando se constate que la apreciación de los testimonios ofrecidos es ilógica o disparatada, según recogen, entre otras, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1984 , 9 de junio de 1988 , 8 de noviembre de 1989 , 13 y 30 de noviembre de 1990 , 10 de octubre de 1995 , 12 de noviembre de 1996 y 17 de abril de 1997 , de lo que se colige que el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas haya de respetarse al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia -TCS de 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994 -, debiendo únicamente ser rectificado cuando en verdad sea ficticio, bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones, ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador *a quo* , bien de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin riesgos de incurrir en subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada, considerando esta Sala que la juzgadora *a quo* no ha incidido en error valorativo alguno, y que lo que la parte apelante pretende es que se acoja su particular y parcial valoración probatoria, más cuando la parte hoy apelante no tachó, en momento alguno, a los testigos, cuyas manifestaciones son objeto de cuestión por parte del mismo. En cuanto a la prueba que se afirma no tenida en cuenta por la juzgadora *a quo* , lo cierto es que ello no es así, sino que la juzgadora no ha dado a la misma el valor probatorio pretendido, lo cual, conforme a la doctrina expuesta, no puede amparar la estimación del recurso de apelación. Por último, se insiste en las irregularidades administrativas, entre ellas en la revisión de la licencia de obras, para fundamentar la resolución contractual, siendo así que las posibles irregularidades administrativas y urbanísticas en las que haya podido incurrir el Ayuntamiento de **Marbella** en la concesión de la licencia de obras, y en relación con la licencia de primera ocupación, no pueden afectar a la validez del contrato celebrado entre las partes, ni operar como causa de resolución por incumplimiento de los contratantes, siendo así que la vendedora obtuvo la licencia de obras, no pudiéndosele hacer responsable de las posibles irregularidades que pudiera haber concurrido en su otorgamiento por parte de la corporación municipal, que, por otra parte, han



de ser declaradas como tales por los órganos administrativos o judiciales correspondientes y competentes, siendo cuestiones estas que exceden del campo de la jurisdicción civil. Por lo tanto, esta Sala considera que la juzgadora *a quo* hizo una valoración correcta de la prueba practicada en la litis. Por lo expuesto, no habiendo quedado acreditados ninguno de los alegados incumplimientos contractuales que se imputaban a la demandada, y que se articulaban en la demanda en apoyo de la acción de resolución contractual deducida en la misma, acogiendo esta Sala los razonamientos de la sentencia apelada en cuanto no se opongan o contradigan a los expuestos en la presente resolución, se está en la necesidad de confirmar la sentencia apelada, en todos sus extremos, y, consiguientemente, el recurso de apelación debe ser desestimado.

»Sexto. Desestimado el recurso de apelación, conforme a los artículos 398.1 y 394.1, ambos de la LEC, las costas de esta alzada han de ser impuestas a la parte apelante».

QUINTO.- En el escrito de interposición presentado por la representación procesal de D.^a Regina, se formula, en primer lugar, un recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.1 LEC, fundado en cuatro motivos, de los cuales han sido admitidos los tres primeros.

El primer motivo se introduce con la fórmula:

«Infracción del artículo 460 de la LEC, (por indebida denegación de la prueba realizada y denunciada tanto en primera como en segunda instancia, al haber sido recurrida y formulado protesta por dicha denegación en 1.^a instancia y ser reproducida dicha petición y recurrido el auto denegatorio en 2.^a instancia)».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Pese a que se reconoce la situación urbanística de la parcela, y que después de presentarse la demanda se había iniciado la revisión del PGOU, derivándose del vigente cuando se construyó que la vivienda ocupaba viables públicos y jardines, no se permitió a la recurrente practicar prueba (aportación de informe pericial) en tal sentido, cuando además, en ambas instancias se tomó en consideración una sentencia del TSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso, de 29 de marzo de 2007, cuya doctrina ha sido considerada errónea por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencias de 17 de octubre de 2007 y 29 de enero de 2009).

El segundo motivo se introduce con la fórmula:

«Infracción del artículo 281, 282 y 283 de la LEC (ante la tácita e indebida declaración de impertinencia de la prueba propuesta y denegada)»

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

En segunda instancia, la AP dictó auto de 27 de octubre de 2009 por el que se denegó la prueba propuesta, declarando la misma, implícitamente impertinente. Esta denegación es contraria a la ley porque la prueba propuesta guarda conexión con los hechos litigiosos y la tutela que se pretende obtener (la prueba se refería a las circunstancias urbanísticas concurrentes en la parcela donde se erigió el inmueble).

El tercer motivo se introduce con la fórmula:

«Infracción del artículo 426 de la LEC (ante la exclusión que la sentencia realiza de los argumentos expresados en la Audiencia Previa como alegaciones complementarias)».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La AP excluyó del debate, como si fuera cuestión nueva pese a que fue mencionada en la demanda, la cuestión de la posible nulidad de determinadas cláusulas contractuales, la cual además cabe apreciar incluso de oficio.

Cita la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril.

Cita y extracta STJUE de 27 de junio de 2000 y 21 de noviembre de 2002.

Alegada la abusividad de las cláusulas 4.^a, 5.^a y 14.^a del contrato, tal carácter afecta al contenido de la resolución porque esta se apoya en su sentido literal.

El cuarto motivo no ha sido admitido.

SEXTO.- En el escrito de interposición presentado por la representación procesal de D.^a Regina se formula, en segundo lugar, un recurso de casación, al amparo del artículo 477.2.2º LEC. El recurso se articula en siete motivos.

El motivo primero se introduce con la fórmula:

«Infracción del art. 51 de la Constitución sobre los derechos de los consumidores, al excluir a mi mandante de tal condición».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Reproduce el FD Segundo de la sentencia recurrida.

Cita la STS de 3 de junio de 2008 .

La Ley 26/1984, en relación con artículo 51 CE , proclama como principio general del Derecho la protección y defensa de los consumidores.

La AP no justifica las dudas en las que apoya su decisión de no reconocer a la recurrente la condición de consumidor.

Cita y extracta la SAP Córdoba, 1.ª del 17 de septiembre de 1998 .

Cita y extracta la AAP Madrid, 10 de julio de 2009.

En idénticos casos, misma promoción y mismo demandado, las restantes secciones de la AP de Málaga han tenido ocasión de expresar el parecer contrario al expuesto en la sentencia recurrida.

Como ejemplo de esa contradicción, cita y extracta las SSAP, Málaga, 5.ª de 16 de julio de 2009 y 4.ª de 18 de abril de 2009 .

El motivo segundo se introduce con la fórmula:

«Infracción del artículo 1124 del Código Civil , en cuanto a los incumplimientos resolutorios probados y su eficacia resolutoria, y de los artículos 1256 y 1258 también del Código Civil , sobre las obligaciones de las partes».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Son hechos probados para la sentencia recurrida que la vivienda no se entregó a 31 de octubre de 2005, que no existe resolución expresa del Ayuntamiento de **Marbella** concediendo licencia de primera ocupación, que no se entregó el aval obligatorio, que no se construyó el campo de **golf** pactado y la existencia de irregularidades administrativas.

Cita y extracta la SAP Málaga, 4.ª 16 de enero de 2009 , sobre misma urbanización, idéntico contrato y mismo demandado.

Respecto de la misma promoción, cita las SSAP Málaga, 4.ª, de 19 de noviembre de 2009 ; 5.ª, de 19 de febrero, 28 de abril , 16 de julio y 19 de julio de 2009 y AP Granada de 19 de julio de 2009 .

Respecto de supuestos semejantes, también por construcciones contrarias al planeamiento urbanístico de **Marbella**, cita las SSAP Málaga, 4.ª y 5.ª de 21 de mayo de 2009 , 25 de mayo de 2009 , 30 de junio de 2009 , 8 de julio de 2009 , 21 de julio de 2009 , 9 de septiembre de 2009 o 30 de septiembre de 2009 .

Cita los AAP Madrid de 10 de julio de 2009 y 21 de diciembre de 2009.

Cita y extracta la SAP Málaga, 5.ª, 21 de mayo de 2009 .

El motivo tercero se introduce con la fórmula:

«Infracción de los artículos 1 , 3 y 7 de la Ley 57/1968, de 27 de julio , de anticipos entregados a cuenta para la construcción de viviendas, ante la falta de aval, derechos irrenunciables del comprador y facultad de rescisión».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

De los hechos probados resulta que la vivienda no se entregó en fecha (31 de octubre de 2005), que tampoco se entregó aval, que la licencia de primera ocupación no se solicitó hasta el 16 de enero de 2006, que los informes municipales indican que la licencia no se ajusta al PGOU vigente y que la obra presenta deficiencias.

La Ley 57/1968 reconoce unos derechos irrenunciables por su carácter tuitivo. En la misma se reconoce la facultad de resolver el contrato con devolución de las sumas satisfechas si expira el plazo estipulado para la iniciación o para la entrega de la obra.

Cita y extracta la SAP, Alicante, 14 de enero de 2009 .

La AP confunde la obligación de entrega con la expedición del certificado de final de obras (que dice que se entregó con un ligero retraso inhábil para justificar la resolución contractual). La Ley 57/1968 ni siquiera se refiere a ese documento.

Cita y extracta la STS de 9 de abril de 2003 .

El motivo cuarto se introduce con la fórmula:



«Infracción de los artículos 169 y 222 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, relativos a la Licencia de Primera Ocupación».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La ocupación de un inmueble sin licencia puede ser hasta sancionable. Así se han pronunciado también las SSAP, Málaga, 5.ª, de 29 de abril de 2005 y 30 de marzo de 2006 .

El motivo quinto se introduce con la fórmula:

«Infracción de los artículos 1 , 2 , 10 y 10 bis de la entonces vigente Ley 26/1984, de Derechos de los Consumidores ».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

En conexión íntima con el motivo primero y con el motivo sexto, y reiterando lo dicho en motivo tercero, la lectura de la sentencia recurrida nos lleva a considerar que la AP tuvo dudas sobre la condición de consumidor de la parte demandante, con el resultado de excluirla de la protección que dispensan esas normas. De la Directiva comunitaria antes mencionada y de los argumentos ya expuestos, resulta lo contrario, y que se han transgredido derechos del comprador de viviendas.

En este sentido se ha pronunciado SAP, Málaga, 4.ª, de 8 de julio de 2009 (se extracta).

Las cláusulas 4.ª, 5.ª y 14.ª, establecen unas prestaciones a cargo del comprador que desequilibran el contrato y resultan contrarias a sus derechos básicos como consumidor.

El motivo sexto se introduce con la fórmula:

«Infracción de los artículos 2 º, 3 º, 4 º, 5 º, 6 º y 7º de la Directiva Comunitaria 13/93, de 5 de abril , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Nuevamente nos referimos a lo expuesto en los motivos primero y sexto, que deben ser estudiados conjuntamente, a la hora de reconocer a la recurrente la condición de consumidor.

El motivo séptimo se introduce con la fórmula:

«Infracción de lo dispuesto por el Tribunal Supremo en cuanto a la inaplicación en la sentencia de la correcta interpretación del silencio administrativo positivo, en aplicación de la Ley 30/1992, tras la reforma realizada por la Ley 4/1999, Sentencias de la Sala 3.ª de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo, de fecha 17 de octubre de 2007 y 28 de enero de 2009 ».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Cita y extracta la STS, Sala Tercera, de 28 de enero de 2009 .

Al no poderse tener por concedida por silencio administrativo positivo, debe concluirse que la licencia de primera ocupación no fue concedida, que no existe y que su ausencia determina el incumplimiento de la obligación de entrega, y mucho menos, en el plazo estipulado.

Termina la parte solicitando de esta Sala "[...] dicte sentencia por la que, estimando el recurso extraordinario por infracción procesal, se tengan por incorporadas las peticiones deducidas en la Audiencia Previa y se admita la prueba pericial que en su momento propuso esta parte, dictando sentencia de acuerdo con lo alegado en el recurso de casación. Para el caso de que no prospere el anterior recurso, se estime el recurso de casación y case y anule la resolución impugnada, y resuelva sobre el fondo».

SEXTO.- Mediante auto dictado el día 15 de marzo de 2011 se acordó admitir el recurso de casación al amparo del artículo 477.2.2.º LEC , por razón de la cuantía y admitir el recurso extraordinario por infracción procesal, con excepción de la infracción denunciada en el motivo cuarto.

SÉPTIMO.- La representación procesal de la parte recurrida, **Marbella Vista Golf**, S.L. ha presentado escrito de oposición al recurso, en el que se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

A) Recurso extraordinario por infracción procesal.

Al motivo primero: La inadmisión del informe pericial se debió a que se trataba de un informe sobre expectativas de derechos, puesto que se pretendía probar la situación futura de la parcela a resultas del nuevo PGOU. Su rechazo estuvo fundamentado.

Al motivo segundo: No se ha vulnerado el derecho a la tutela en la modalidad de denegación del derecho a la prueba, pues solo se denegó justificadamente la práctica de una prueba concreta.



Al motivo tercero: La cuestión del carácter abusivo de las cláusulas contractuales es una alegación complementaria que constituye una modificación sustancial de la demanda, prohibida por la LEC. La pretendida apreciación de oficio generaría indefensión.

B) Recurso de casación.

Al motivo primero: No se ha vulnerado ningún precepto constitucional ni se puede considerar justificada dicha infracción con la cita de resoluciones heterogéneas de audiencias.

Al motivo segundo: en cuanto a la obligación de entregar la vivienda y el deber de entregar la licencia de primera ocupación, la decisión de la AP (favorable a negar su carácter esencial si no se ha pactado expresamente) coincide con el criterio expresado en otras ocasiones.

Cita y extracta SAP, Málaga, 6.ª, de 20 de marzo de 2007 y 2 de mayo de 2007.

Cita las SSAP, Málaga, 6.ª, de 6 de marzo, 13 de mayo, 29 de mayo, 10 de noviembre de 2009 y 23 de julio de 2010.

Cita las SSTS de 10 de octubre de 1987 y 24 de junio de 1995.

Cita las SSTSJ Comunidad Valenciana, Sala 3.ª, de 24 de mayo de 2005 y Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo de 24 de mayo de 2005 y 5 de noviembre de 2007.

Cita y extracta la STS de 25 de noviembre de 1997.

Si la obra se ajusta a la licencia de obras no se puede denegar la licencia de primera ocupación, que puede ser concedida por silencio positivo.

Cita la SAP, Málaga, 4.ª, de 24 de abril de 2007.

La no construcción del campo de **golf** no es motivo resolutorio porque no fue el motivo esencial de adquisición del inmueble.

La no entrega de aval no es tampoco causa de resolución porque la vivienda ya está finalizada.

Al motivo tercero: No se ejercita la acción rescisoria del artículo 3 Ley 26/1968 sino la resolutoria del artículo 1124 CC.

Al motivo cuarto: Los artículos invocados no guardan relación la resolución contractual.

Al motivo quinto: Se vuelve a introducir la cuestión no alegada en la demanda de la supuesta nulidad de ciertas cláusulas contractuales. En todo caso, no se ha probado el desequilibrio al que se alude, además de que el contrato lo suscribió la compradora por medio de su abogado en España, que hizo de mandatario.

Al motivo sexto: Este motivo, fundado en artículos de la Directiva, sin acreditar tampoco la existencia de desequilibrio de prestaciones entre las partes, no puede amparar la resolución de contrato que se interesa.

Al motivo séptimo: La cuestión del silencio administrativo positivo no debe examinarse por la jurisdicción civil ni puede ser objeto de este recurso.

Termina la parte solicitando de esta Sala: "[...] dicte sentencia por la que desestime dicho recurso y confirme la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga».

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 28 de mayo de 2013., en que tuvo lugar.

NOVENO. - En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial

CC, Código Civil.

FD, fundamento de Derecho

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

RC, recurso de casación

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STJS, sentencia de Tribunal Superior de Justicia

SSTJS, sentencias de Tribunal Superior de Justicia



TS, Tribunal Supremo.

TSJ, Tribunal Superior de Justicia.

TJUE, Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Con la finalidad de facilitar la comprensión del caso planteado se formula a continuación un resumen de antecedentes, los cuales pueden ser consultados con más extensión y detalle en los Antecedentes de Hecho de esta resolución:

1. El 25 de julio de 2003 los aquí litigantes (**Marbella Vista Golf**, S.L., como promotora-vendedora y D.^a Regina como compradora) suscribieron un contrato privado de compraventa de inmuebles en construcción, que tenía por objeto una vivienda y su garaje anejo, integrados en el complejo residencial DIRECCION000 , de **Marbella**.
2. En dicho contrato se acordó que la vendedora entregara a la parte compradora aval bancario por las cantidades recibidas a cuenta, y que la compradora abonara la parte del precio aplazado en el acto de otorgamiento de la escritura notarial y entrega de las viviendas, previsto para antes del 1 de julio de 2005, aunque aceptando ambas partes que la vendedora pudiera prorrogar esta fecha hasta el 31 de octubre de 2005 como máximo. A tal efecto también se estipuló que los inmuebles se tendrían por finalizados para su entrega cuando la dirección técnica expidiese el correspondiente certificado final de obras y que la parte vendedora, una vez terminadas las obras, quedaba facultada para compeler a la parte compradora a otorgar escritura pública, y a retener, en caso de optar por la resolución, el 50% de las cantidades recibidas a cuenta del precio final, en concepto de daños y perjuicios.
3. Llegado el 1 de julio de 2005 y no estando finalizadas las obras operó la prórroga pactada en el contrato, sin que al finalizar el plazo máximo indicado (31 de octubre de 2005) se hubiera otorgado escritura ni entregado los inmuebles.
4. Tras expedirse certificado final de obras el 8 de noviembre de 2005, el 18 de noviembre de 2005 la entidad vendedora requirió a la compradora para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa.
5. El 19 de enero de 2006 la promotora solicitó del Ayuntamiento de **Marbella** la pertinente licencia de primera ocupación de la vivienda litigiosa, que, sin embargo, no consta concedida mediante resolución expresa, encontrándose pendiente de resolución la impugnación en vía contencioso administrativa -por supuesta contravención de la legalidad urbanística- de la licencia de obras municipal en su día otorgada para la construcción de la promoción de 192 viviendas en la que se encuentra enclavada la vivienda de la actora.
6. La parte compradora demandó a la entidad promotora-vendedora en ejercicio acumulado de acción resolutoria del contrato privado de compraventa suscrito entre ambas partes y de condena a la devolución de las sumas entregadas más intereses y costas. Fundaba tales pretensiones en el incumplimiento de la obligación de entrega por exceder el plazo máximo pactado sin que la vivienda dispusiera de certificado final de obra ni de licencia de primera ocupación, además de otros incumplimientos relacionados con la falta de aval y con la falta de construcción del campo de **golf** publicitado.
7. El Juzgado desestimó la demanda. En lo que ahora interesa, declaró, en síntesis, que los incumplimientos del plazo de entrega traen causa de diversas vicisitudes urbanísticas que no cabe imputar a la vendedora, que además, la entrega de la vivienda no se hizo depender contractualmente de la existencia de licencia de primera ocupación sino únicamente de que la obra estuviera finalizada y esta finalización tuvo lugar escasos días después del plazo máximo de entrega pactado, incurriendo la promotora en un mero retraso que no cabe equiparar a un incumplimiento con efectos resolutorios, y que, en todo caso, la licencia de primera ocupación debe entenderse concedida por silencio administrativo positivo.
8. La AP rechazó el recurso de la parte demandante y confirmó la sentencia apelada. Tras centrar el debate en los distintos incumplimientos resolutorios alegados en la demanda (falta de entrega de los inmuebles en el plazo pactado, falta de licencia de primera ocupación, falta de aval y no construcción del campo de **golf** ofertado), con exclusión de cualquier cuestión distinta introducida por la actora-apelante en la audiencia previa, escrito de conclusiones o en el recurso de apelación, como la pretendida nulidad de determinadas cláusulas contractuales por abusivas, la sentencia, en lo que ahora interesa -eficacia resolutoria de la falta de licencia de primera ocupación- la AP declaró, en línea con lo dicho por el Juzgado, que se trata de una obligación que solo adquiere carácter esencial y eficacia resolutoria cuando así lo han pactado expresamente las partes, y



que este no fue el caso de autos toda vez que los contratantes no pactaron subordinar la entrega de la vivienda a la existencia de licencia de primera ocupación sino a que la obra estuviera finalizada, lo que consta, por el certificado de final de obras, que tuvo lugar solo 8 días después del plazo máximo de entrega previsto, todo lo cual permite concluir que la vendedora solo incurrió en un retraso susceptible de indemnización que no ampara la resolución pretendida.

9. Contra ésta última sentencia ha formulado la parte compradora y apelante recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. El recurso de casación ha sido admitido por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Planteamiento.

El presente litigio presenta gran similitud con el resuelto por STS de Pleno de 10 de septiembre de 2012, RC n.º 1899/2008 y con otros recursos también recientemente resueltos por esta Sala en aplicación de los mismos criterios jurisprudenciales (RC n.º 576/2010, resuelto por STS de 11 de marzo de 2003; RC n.º 1569/2009 ; RC n.º 1469/2009 y RC n.º 1839/2009), habida cuenta que en todos ellos se encuentran afectadas viviendas de la misma promoción (Santa María Green Hills), en cuya venta fue parte vendedora la promotora hoy recurrida (**Marbella Vista Golf**, S.L.), en cuyos contratos de compraventa constan idénticas estipulaciones en cuanto a plazo máximo de entrega -el mismo en todos los casos, prórroga incluida-, concurriendo también similares circunstancias respecto de la falta de entrega de los inmuebles en plazo y, fundamentalmente, en lo que aquí interesa, respecto de las razones que obstan a la obtención -y consiguiente entrega- de la licencia de primera ocupación (principalmente, la incertidumbre generada a los compradores por una situación urbanística irregular).

En todos estos procedimientos acontece, como en este que ahora nos ocupa, que la controversia que conformó el debate en la instancia y que ahora integra el objeto del recurso de casación gira -bien con carácter exclusivo o en unión a otros posibles incumplimientos que se imputan a la promotora vendedora-, en torno a la relevancia resolutoria de la falta de licencia de primera ocupación en supuestos en que las partes no quisieron pactar expresamente su carácter esencial. Esta identidad, por coherencia, no solo obliga a esta Sala a resolver el presente litigio con arreglo a la doctrina y argumentos contenidos en la sentencia de Pleno referida y en las posteriores que aplican sus mismos criterios, sino que también justifica que se altere el orden legal en que, a priori, deberían examinarse los recursos aquí formulados (DF 16.ª 1. regla 6.ª LEC), pues de adoptarse la misma solución, favorable a calificar la falta de licencia como un incumplimiento esencial, esta circunstancia bastaría por sí sola para amparar tanto la pretensión resolutoria de la parte compradora como la de condena a la devolución de las sumas entregadas, haciendo innecesario el examen de los restantes incumplimientos a que se aludió en la demanda y que ahora se desarrollan en casación, y dejando también sin efecto útil el recurso extraordinario por infracción procesal.

I. RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO.- Enunciación de los motivos segundo, cuarto y séptimo de casación.

El motivo segundo se introduce con la fórmula:

«Infracción del artículo 1124 del Código Civil , en cuanto a los incumplimientos resolutorios probados y su eficacia resolutoria, y de los artículos 1256 y 1258 también del Código Civil , sobre las obligaciones de las partes».

El motivo cuarto se introduce con la fórmula:

«Infracción de los artículos 169 y 222 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía , relativos a la Licencia de Primera Ocupación».

El motivo séptimo se introduce con la fórmula:

«Infracción de lo dispuesto por el Tribunal Supremo en cuanto a la inaplicación en la sentencia de la correcta interpretación del silencio administrativo positivo, en aplicación de la Ley 30/1992, tras la reforma realizada por la Ley 4/1999, Sentencias de la Sala 3.ª de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo, de fecha 17 de octubre de 2007 y 28 de enero de 2009 ».

Aunque desde perspectivas o enfoques distintos (en el segundo motivo, con apoyo en diversas resoluciones de otras secciones de la misma Audiencia de Málaga en relación con la misma promoción, la misma promotora e idénticos contratos, en que sí se estimó que la falta de licencia amparaba la resolución contractual interesada por el comprador; en el cuarto, defendiendo que la ocupación del inmueble sin licencia puede ser hasta motivo de sanción administrativa, y en el séptimo, desde la tesis de que la jurisprudencia actual de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no permite adquirir por vía de silencio administrativo positivo facultades contrarias a la legalidad urbanística) los tres motivos se dirigen a defender el carácter esencial de uno de los incumplimientos



que se imputan a la vendedora, en concreto, el consistente en la falta de entrega de licencia de primera ocupación. De ahí que proceda su examen y resolución conjunta.

Los motivos deben ser estimados, con las consecuencias que se dirán.

CUARTO.- Resolución de contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega de la vivienda por ausencia de licencia de primera ocupación.

A) De la doctrina fijada por la STS de Pleno de 10 de septiembre de 2012, RC n.º 1899/2008 se desprende, en síntesis, que cabe atribuir eficacia o valor resolutorio a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación (artículo 1258 CC), la falta de cumplimiento de ese deber solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, o, en su defecto, «en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente», correspondiendo a la vendedora a probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

La reciente STS de 11 de marzo de 2013, RC n.º 576/2010 , abunda en estos mismos criterios con relación a un supuesto esencialmente idéntico, y añade, en lo que aquí interesa, y en síntesis, (i) que la Sala Tercera, en STS de 28 de enero de 2009, RC n.º 45/2007 , se ha pronunciado en contra de la posibilidad admitida por la sentencia recurrida de que en este caso la licencia de primera ocupación pueda haber sido obtenida por silencio administrativo positivo, al constituir doctrina consolidada que no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística; (ii) que la obligación de entrega del promotor-vendedor ha de entenderse en su aspecto no solo físico sino jurídico, permitiendo que la vivienda se ocupe legalmente, que los suministros se contraten de forma regular, y, en definitiva, que el comprador pueda ejercer sus derechos sobre la vivienda adquirida libremente y sin obstáculos legales; (iii) que la incertidumbre en que se coloca al comprador por la falta de entrega de la licencia ante el posible riesgo, incluso, de futura demolición de lo construido y adquirido, equivalen a un incumplimiento del vendedor de su obligación de entregar la vivienda en un determinado plazo -por más que en el contrato privado se le autorice a requerir al comprador para otorgar la escritura pública -una vez finalizadas las obras- , como en el presente caso-, todo lo cual impide que pueda serle exigido al comprador el cumplimiento de sus obligaciones (recepción de la obra, elevación a escritura pública y pago del resto del precio); y (iv), que siendo la seguridad de la propiedad inmobiliaria uno de los factores característicos de los sistemas jurídicos avanzados e incluso uno de los elementos primordiales de cualquier economía estable porque fomenta el tráfico jurídico seguro y facilita el acceso al crédito, mayor importancia tiene aún, si cabe, cuando los compradores son extranjeros con menos facilidad para conocer toda la legislación española que pueda afectarles al comprar una vivienda en España desde la confianza que les merece el sistema español de protección del derecho de propiedad.

Aplicando esta doctrina a la situación fáctica y jurídica existente al tiempo en que se formuló la demanda, que ya se ha dicho, es esencialmente idéntica a la analizada en ambas sentencias, también ahora debe reputarse la falta de licencia de primera ocupación como incumplimiento esencial del vendedor, una vez probada la existencia de iniciativas de la Administración tendentes a poner de manifiesto el incumplimiento de normas urbanísticas que podían impedir su definitiva concesión, sin que, por el contrario, la parte promotora acreditara en su momento -como era su deber en atención a las reglas que disciplinan la carga probatoria y el principio de facilidad probatoria- que la falta de licencia de primera ocupación obedeciera a una simple demora, y no, por lo que se ha dicho, a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se funda su otorgamiento. Esta tesitura, ya analizada en las anteriores sentencias sobre viviendas de la misma promoción, ampara la pretensión resolutoria de la parte compradora pues el previo incumplimiento de la parte vendedora abocó a la compradora a una situación de incertidumbre y de razonable frustración de las legítimas expectativas que tenían al contratar -ratificada por la no obtención de dicha licencia durante todo este tiempo- que justifica que pudiera liberarse de su obligación de escriturar y pagar el resto de precio.

La apreciación del carácter esencial del citado incumplimiento es suficiente para amparar tanto la pretensión resolutoria del contrato privado de compraventa suscrito como la de condena a la restitución de las sumas entregadas, más intereses, y, a su vez, también convierte en innecesario el examen de los restantes motivos de casación, y deja sin efecto útil el recurso extraordinario por infracción procesal (que no ha lugar a examinar), dado que se dirige a denunciar una supuesta limitación indebida del derecho de prueba de la parte compradora, que resulta irrelevante a la luz de la doctrina expuesta que hace soportar la carga de la prueba a la vendedora.



QUINTO.- *Estimación del recurso de casación sin que haya lugar a examinar el recurso extraordinario por infracción procesal. Costas.*

La estimación de los motivos segundo, cuarto y séptimo determina la del recurso de casación, sin que haya lugar a examinar el recurso extraordinario por infracción procesal. En consecuencia, se casa la sentencia recurrida, estimando el recurso de apelación de la parte demandante en el sentido de estimar íntegramente su demanda, declarar resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes el día 25 de julio de 2003, y condenar a la demandada a devolver las sumas entregadas a cuenta del precio (236 684 euros, según acepta expresamente la propia parte demandada) más intereses legales de dicha cantidad desde que se efectuó la entrega (dado que esta cuestión no ha sido objeto de discusión).

Al estimarse el recurso de casación, y no haber lugar a examinar el extraordinario por infracción procesal, no procede hacer expresa condena en cuanto a las costas devengadas en los mismos, ni en cuanto a las de la apelación, imponiéndose las costas de primera instancia a la parte demandada por aplicación del principio objetivo del vencimiento, al ser la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones (artículo 394.1 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación n.º 627/2010, interpuesto por la representación procesal de D.ª Regina , contra la sentencia de 10 de noviembre de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 385/09, por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga , dimanante del juicio ordinario n.º 219/07, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de **Marbella**, cuyo fallo dice:

»Fallamos:

»Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Dña. Regina frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Primera Instancia número Uno de **Marbella**, en los autos de juicio ordinario n.º 219/07, a que este rollo se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales devengadas en esta alzada».

2. Casamos y anulamos la referida sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, y sin necesidad de examinar el recurso extraordinario por infracción procesal, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Regina , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de **Marbella** el 29 de julio de 2008 , en el juicio ordinario n.º 219/07, la revocamos y estimamos íntegramente la demanda, con el resultado de declarar resuelto el contrato de compraventa suscrito por las partes el 25 de julio de 2003, y de condenar a la entidad demandada, **Marbella Vista Golf**, S.L. a devolver las sumas satisfechas (236 684 euros), más los intereses legales de dicha suma desde su entrega.

4. No se hace condena de las costas de este recurso ni de las causadas en apelación. Las costas de primera instancia se imponen a la parte demandada.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios.Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana.Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.