

Roj: **STS 4847/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4847**Id Cendoj: **28079110012013100529**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/10/2013**Nº de Recurso: **1985/2010**Nº de Resolución: **621/2013**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 1895/2010,**
STS 4847/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación n.º 1985/2010, interpuesto por la compañía mercantil demandante-apelante, La **Reserva de Marbella**, S.L. (antes S.A.), aquí representada por el procurador D. Iñigo Muñoz Durán, contra la sentencia de 22 de julio de 2010 dictada por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 992/09, dimanante del juicio ordinario n.º 1500/06, del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Málaga. Es parte recurrida D. Joaquín, que no se ha personado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 19 de octubre de 2006 se presentó demanda por La **Reserva de Marbella**, S.L. contra D. Joaquín, solicitando se dictara sentencia por la que:

«Se declare que el demandado ha incumplido el contrato de compraventa suscrito con la actora el 6 de agosto de 2003, y que se ha aportado como documento n.º 1 de esta demanda, y, en consecuencia, se condene al demandado a estar y pasar por dicha declaración, dándose por resuelto el contrato de compraventa precedentemente indicado.

Que se condene al demandado a la pérdida de cantidades entregadas a cuenta del precio de compraventa, y ello, en beneficio de la actora, de conformidad con lo acordado entre las partes en documento que se resuelve y por los daños y perjuicios.

Se condene al demandado al pago de las costas del presente procedimiento».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de **Marbella**, dando lugar a las actuaciones n.º 1500/2006 de juicio ordinario, y emplazada la parte demandada, esta no compareció en tiempo y forma para contestar, siendo declarada en rebeldía mediante providencia de 7 de febrero de 2007. Tras personarse después en el procedimiento, en el trámite de audiencia previa propuso prueba consistente en que se librara oficio al Ayuntamiento de **Marbella**, respecto del hecho tercero de la demanda, en el que la demandante alegaba contar con licencia de primera ocupación obtenida por silencio positivo, aduciendo que precisamente la falta de esta había sido el motivo por el cual se había negado a escriturar.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 23 de marzo de 2009 con el siguiente fallo:

*»Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador Sr. Rosa Cañadas en nombre y representación de la entidad mercantil La **Reserva de Marbella**, S.A., contra D. Joaquín, representado por el procurador Sr. García*



Sánchez Biezma, debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones que se contenían en su contra en la demanda interpuesta; ello con imposición a la parte actora de las costas causadas ».

CUARTO.- Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el n.º 992/09 de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga , esta dictó sentencia el 22 de julio de 2010 con el siguiente fallo:

«*Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por "La **reserva de Marbella S.L.**", representado en esta alzada por el procurador de los tribunales Sr. Rosa Cañadas, contra la sentencia de veintitrés de marzo de dos mil nueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Nueve de Málaga en juicio ordinario número 1500 de 2006, confirmando íntegramente la misma, imponiendo las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante».*

QUINTO.- Anunciado por la demandante-apelante recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador lo tuvo por preparado y, a continuación, dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal al amparo del ordinal 2.º del art. 477.2 LEC , articulándolo mediante dos motivos. El primero, fundado en la infracción del art. 43.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común , Ley 30/92, reformada por Ley 4/99, y del artículo 8.1 b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 20 de junio de 2008 , y la doctrina legal que a continuación se invoca. Y el motivo segundo, en la vulneración de los artículos 1124 , 1500 del CC , y doctrina relacionada.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 24 de mayo de 2011.

SÉPTIMO.- Mediante escrito de 21 de junio de 2011 la parte recurrente aportó dos sentencias del TSJ de Andalucía, de 26 de octubre de 2010 y 31 de enero de 2011 , para su incorporación por entenderlas documentos decisivos y condicionantes para la resolución del presente recurso.

OCTAVO.- Por providencia de 24 de septiembre del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y, no habiéndose personado la parte recurrida, quedaron los autos pendientes de deliberación y fallo del recurso, para lo que se fijó el día 2 de octubre siguiente, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como en litigios sustancialmente semejantes, recientemente resueltos por esta Sala, de nuevo la controversia que conformó el debate en la instancia y que ahora integra el objeto del recurso de casación gira en torno a la relevancia resolutoria de la falta de licencia de primera ocupación respecto a contratos de compraventa de inmuebles en construcción en los que las partes no quisieron pactar expresamente su carácter esencial. De ahí que el presente pleito deba ser resuelto con arreglo a la doctrina y argumentos contenidos en la sentencia de Pleno de 10 de septiembre de 2012, rec. n.º 1899/2008 , después reiterada en las más recientes SSTs de 6 de marzo de 2013, rec. n.º 873/2009 ; 6 de marzo de 2013, rec. n.º 2041/2009 ; 11 de marzo de 2013, rec. n.º 576/2010 ; 20 de marzo de 2013, rec. n.º 1569/2009 , y SSTs n.º 398/13 , 399/13 , 400/13 y 401/13, todas de fecha 10 de junio de 2013, rec. n.º 627/2010 , rec. n.º 1535/2010 , rec. n.º 1652/2010 y rec. n.º 21/2001 , respectivamente.

La entidad ahora recurrente, promotora-vendedora, demandó al comprador de una vivienda (con su trastero y garaje anexos) perteneciente a la urbanización La **Reserva de Marbella**, ubicada en esta misma localidad malagueña, interesando que se declarase el incumplimiento del demandado y, en consecuencia, que se acordara la resolución contractual con pérdida de las cantidades entregadas a cuenta del precio (lo que singulariza este pleito respecto de otros resueltos por esta Sala en los que se dilucidó la procedencia de la resolución contractual interesada por la parte compradora). Para justificar tales pretensiones adujo, en síntesis, que el comprador se había negado a otorgar escritura y a pagar las sumas pendientes, generando graves perjuicios económicos, mientras que la vendedora sí había cumplido sus obligaciones contractuales, toda vez que el ligero retraso en la conclusión de la obra no le era imputable - huelgas de la construcción- y que la vivienda estaba en condiciones de ser habitada, además de contar con licencia de primera ocupación concedida por silencio administrativo positivo.

El comprador, en rebeldía, compareció después y negó en el acto de audiencia previa que la vivienda contara con licencia de primera ocupación, proponiendo prueba al efecto consistente en que se oficiara al Ayuntamiento de **Marbella** para que acreditara tal extremo. El Ayuntamiento contestó por escrito de 10 de diciembre de 2007 en el que declaró que la urbanización a la que pertenecía la vivienda litigiosa carecía de licencia de primera ocupación, y, lo que ahora es más importante, que tal denegación se debía a los motivos



expuestos por dicha entidad en informe jurídico de 21 de septiembre de 2005, donde se aludía al hecho de que la licencia de obras no se ajustaba a la ordenación urbanística, motivo por el cual resultaba procedente iniciar un expediente de revisión de oficio.

Atendiendo especialmente a esta circunstancia, tanto el Juzgado como la Audiencia decidieron desestimar la demanda al entender que la vendedora demandante, por su previo incumplimiento de la obligación principal de entrega efectiva, no estaba en condiciones de resolver el contrato. El Juzgado consideró que la rebeldía no exime al demandante de probar los hechos en que funda su pretensión resolutoria, la cual solo puede prosperar si consta que ha cumplido las obligaciones que le incumben, lo que no ha sido el caso (declara probado que mientras el comprador sí cumplió con la suya, en tanto que fue pagando y solo dejó de abonar las cantidades que debía satisfacer a partir de la entrega de llaves, no puede decirse lo mismo de la vendedora, que no cumplió su obligación de entrega efectiva al no contar la promoción a la que pertenece la vivienda litigiosa con la preceptiva licencia de primera ocupación). Similares argumentos sirvieron a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, para confirmar el fallo de primera instancia y rechazar los argumentos de impugnación referidos a que debía entenderse concedida por silencio positivo, declarando al respecto, en síntesis, que la acción resolutoria impone al que la promueve el previo cumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que no hizo la vendedora al no hacer entrega efectiva de la vivienda por falta de licencia de primera ocupación, otorgando la sentencia recurrida especial relevancia al hecho o circunstancia -también concurrente en los procedimientos a los que se ha hecho referencia- de que la ausencia de la licencia de primera ocupación es consecuencia o se encuentra ligada a irregularidades urbanísticas que afectaban a la licencia de obras, constatadas por el Ayuntamiento de **Marbella** en el referido informe técnico-jurídico, y determinantes de su revisión de oficio.

Recorre en casación la entidad promotora-vendedora, demandada-apelante. Aunque a través de dos motivos distintos y, formalmente, mediante la denuncia de infracciones distintas, no obstante, los argumentos expuestos por la recurrente en su recurso presentan el común denominador de cuestionar el razonamiento que sirvió de razón decisoria a la Audiencia, y que consistió en valorar la falta de licencia de primera ocupación como determinante del incumplimiento esencial y previo de la obligación de entrega que incumbía a la vendedora y, por ende, como razón justificada para no estimar su pretensión resolutoria. Frente a tal razonamiento se defiende por la parte recurrente la tesis de que la licencia de primera ocupación, en caso de faltar, no es por sí mismo determinante del incumplimiento de la obligación de entrega, además de que, en todo caso, consta en autos que se solicitó y ha de entenderse concedida por silencio administrativo positivo, sin que su validez pueda resultar afectada por las supuestas -a su entender, no probadas-, irregularidades urbanísticas de la licencia de obras.

SEGUNDO.- Como se anticipó, la cuestión atinente a los efectos resolutorios de la falta de licencia de primera ocupación en la fecha pactada para la entrega de una vivienda por el promotor-vendedor para el caso en que el contrato no hubiera previsto expresamente la entrega de dicha licencia como requisito esencial, ha sido examinada por el Pleno de esta Sala en su sentencia n.º 577/2012, de 10 de septiembre, fijando una doctrina que ha servido para resolver otros pleitos que presentan con el actual una semejanza sustancial.

De dicha doctrina 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 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 STS de 11 de marzo de 2013, rec. n.º 576/2010, abundando en estos mismos criterios, añade además, en lo que aquí interesa, y en síntesis, las siguientes razones: 1) que la Sala Tercera, en STS de 28 de enero de 2009, rec. n.º 45/2007, se ha pronunciado en contra de la posibilidad de que 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; 2) que las vicisitudes derivadas de la presunta ilegalidad de la licencia de obras generan total incertidumbre acerca de su obtención final y suponen un riesgo nada remoto de futura demolición de la vivienda comprada conforme a la doctrina fijada por STS, Sala 3ª de 18 de marzo de 2008 (rec. 586/06) y todas las que cita como precedentes; 3) 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; 4) 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 5), 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.

TERCERO .- En aplicación de esta doctrina, procede desestimar ambos motivos y el recurso planteado, por las razones siguientes:

a) Consta probado que las partes no contemplaron la obtención y entrega de la licencia de primera ocupación como obligación esencial de la que dependiera el buen fin económico del contrato, pues nada dijeron al respecto en el documento privado de compraventa, que se limita a fijar un plazo máximo de entrega de las viviendas. En esta tesitura, tal y como declara la jurisprudencia analizada, la valoración de dicha obligación como esencial -y no como un deber meramente accesorio- a los efectos, en este caso, de impedir la resolución interesada por la parte vendedora, por previo incumplimiento de su deber de entrega efectiva, va a depender de las concretas circunstancias del caso, incumbiendo a la parte vendedora la carga de probar que se concedió o, en su defecto, que la falta de licencia de primera ocupación no se debió a irregularidades administrativas o urbanísticas.

b) De las conclusiones fácticas concurrentes al tiempo de promoverse la demanda, en atención a las que la Audiencia Provincial declara probadas, resulta que, aunque el vendedor tuviera la intención de cumplir con ese deber de entrega, siquiera tardíamente (las obras debieron haber concluido el 31 de marzo de 2004, el certificado final de obras se expidió el 15 de mayo y consta que no se solicitó la concesión de la controvertida licencia al Ayuntamiento de **Marbella** el 28 de mayo de 2004), sin embargo, lo relevante para que se valorase su incumplimiento como esencial es que, en este caso, como en otros casos enjuiciados ya por esta Sala, consta probada la existencia de iniciativas de la Administración tendentes a poner de manifiesto el incumplimiento de normas urbanísticas que pudieran impedir el uso efectivo de la vivienda por parte del comprador. En consecuencia, constituye razón decisoria de la sentencia recurrida, con apoyo en la certificación remitida por el Ayuntamiento de **Marbella**, el hecho de que, según un informe jurídico desfavorable de los servicios municipales, la licencia de obras concedida a la promoción a la que pertenece el inmueble vendido presentaba irregularidades por presumible contravención de la legalidad urbanística vigente, y, asimismo, que esta presunta irregularidad motivó el inicio del «correspondiente procedimiento de revisión [de oficio] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 190 y siguientes de la LOUA», todo lo cual lleva a la Audiencia Provincial a concluir que existían razones jurídicas que impedían conceder la licencia por silencio positivo en tanto que constituye doctrina al respecto que no es posible obtener por esa vía facultades contrarias a la legalidad vigente.

c) Las sentencias aportadas en trámite de decisión del recurso no contradicen las expresadas conclusiones fácticas de las que parte la Audiencia Provincial, sin que, por tanto, resulten determinantes ni condicionantes del fallo del presente recurso pues no puede obviarse que lo que se está enjuiciando en este orden jurisdiccional es la trascendencia que tiene la ausencia de licencia de primera ocupación desde la perspectiva civil, del incumplimiento de la vendedora de su obligación de entrega efectiva a los efectos de impedirle promover la resolución, y desde esta perspectiva, lo relevante no es si la promotora tenía argumentos de Derecho administrativo para acceder a la solicitud sino, como se ha dicho, la incertidumbre generada al comprador por su ausencia y obtención futura, determinante de la lógica frustración de las legítimas expectativas que tenían al contratar. En consecuencia, ante ese incumplimiento previo del vendedor, es razonable no considerar causa de resolución por incumplimiento la negativa del comprador de pagar la parte pendiente del precio.

CUARTO .- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente, que además, conforme a lo previsto en el apdo. 9 de la D. Adicional 15.ª LOPJ, perderá el depósito constituido.

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



FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la compañía mercantil La **Reserva de Marbella**, S.L. (antes S.A.) contra la sentencia de 22 de julio de 2010, dictada por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 992/09 .

2º.- Confirmar la sentencia recurrida

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

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-**Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.