



Roj: **STS 2127/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2127**

Id Cendoj: **28079110012016100312**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2016**

Nº de Recurso: **1188/2014**

Nº de Resolución: **305/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 309/2014,**  
**STS 2127/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 11 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 372/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 2085/2010 del Juzgado de Primera Instancia 2 de Benidorm; cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora doña Ana Llorens Pardo, en nombre y representación de don Hugo y doña Bernarda ; siendo parte recurrida el procurador don Fernando Pérez Cruz, en nombre y representación de Edificaciones Calpe S.A.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don Luis Rogla Benedito, en nombre y representación de Edificaciones Calpe, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Hugo y doña Bernarda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que condene:

«A) CONDENAR a los demandados don Hugo y doña Bernarda abonar el resto del precio de la operación que en este momento asciende a cuatrocientos noventa mil trescientos setenta y cuatro euros con cuarenta y nueve céntimos (490.374'49 ?), de principal, I.V.A. incluido calculado al 8% sobre el resto del precio pendiente de abonar, más otros 252'72 ? que se deben por las modificaciones contratadas, lo que hace un total adeudado de cuatrocientos noventa mil seiscientos veintisiete euros con veintiún céntimos (490.627'21 ?). B) condenar a la demandada a que comparezca ante Notario para llevar a cabo el otorgamiento de la correspondiente escritura pública del departamento número 18 de orden general, vivienda señalada con la letra NUM000 , en la planta NUM001 ' de la escalera n° NUM002 , junto con las plazas de aparcamiento n° NUM000 - NUM003 y NUM000 - NUM004 , sitas en la planta semisótano del Bloque, inscribible en el Registro de la Propiedad. C) condenar a la demandada a que se haga cargo de la posesión de los inmuebles que se le viene ofertando de manera fehaciente desde el mes de Mayo de 2010. D) Y condenar a la demandada al pago de todas las costas y gastos que se causen por razón del presente litigio, tanto por la estimación de la demanda como por su manifiesta temeridad, que expresamente deberá ser declarada (la temeridad) en la Sentencia».

**SEGUNDO.-** El procurador don Luis Cabanes Marhuenda, en nombre y representación de don Hugo y doña Bernarda , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la cual:

«Se desestimen íntegramente todos los pedimentos contenidos en la demanda formulada por la citada actora, con expresa imposición de costas a aquélla.



Y formulando demanda reconvenzional alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando :

Declare la resolución del Contrato Privado de Compraventa suscrito por mis mandantes, y la demandada Edificaciones Calpe, S.A., como consecuencia del incumplimiento contractual por parte de la mercantil demandada. - Condene a la demandada al abono a mi mandante de la cantidad de Doscientos doce mil trescientos cuarenta y un euros (212.341 ?), en concepto de devolución de las cantidades entregadas por mis mandantes a cuenta del precio final de los inmuebles objeto del Contrato Privado resuelto.- Condene igualmente a la demandada al abono a mis representados, de la cantidad que corresponda, en concepto del interés legal del dinero de la suma entregada por mis mandantes en aplicación de la Ley 57/1968 en relación con la Ley 38/1999 de la Ordenación de la Edificación, y el Código Civil y siguiendo el cauce procesal establecido en el artículo 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil . - Condene a Edificaciones Calpe, S.A. al pago de las costas del presente procedimiento en atención a lo dispuesto por el Art. 395 de la L.E.C .»

**TERCERO** .- El procurador don Luis Rogla Benedito, en nombre y representación de Edificaciones Calpe, S.A. contestó a la demanda reconvenzional oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime en su integridad la demanda reconvenzional formulada frente a mi representada, absolviendo por lo tanto a mi poderdante de todo pedimento deducido en su contra. E imponiendo a la actora la totalidad de las costas causadas a mi representada en este litigio».

**CUARTO** .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Benidorm, dictó sentencia en fecha 11 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Que ESTIMADO como ESTIMO íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Francisco Roglá Benedito en nombre y representación procesal de la mercantil actora: Edificaciones Calpe, S.A., contra los demandados: don Hugo y doña Bernarda ; y DESESTIMANDO como DESESTIMO íntegramente la demanda reconvenzional formulada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Cabanes Marhuenda en nombre y representación procesal de los Reconvinientes: don Hugo y doña Bernarda contra la mercantil Reconvenida: Edificaciones Calpe, S.A., debo: 1.- Condenar y Condono a los demandados: don Hugo y doña Bernarda a que le hagan pago a la actora: Edificaciones Calpe, S.A. de la suma total adeudada de 490.627,21 euros; más los intereses por mora procesal del artículo 576 de la LEC devengados por dicha suma. 2.- Condenar y Condono a los demandados: don Hugo y doña Bernarda a que otorguen ante Notario la correspondiente Escritura Pública de Compraventa del Departamento Nº 18 de orden general, vivienda señalada con la Letra NUM000 , en la Planta NUM001 de la Escalera NUM002 , junto con las plazas de aparcamiento Nª NUM000 - NUM003 Y NUM000 - NUM004 , sitas en la planta semisótano del Bloque del DIRECCION000 de Altea, objeto de estas actuaciones 3.- Condenar y Condono a los demandados: don Hugo y doña Bernarda a que se hagan cargo de la posesión de los citados inmuebles. 4.- Absolver y Absuelvo libremente a la actora-reconvenida: Edificaciones Calpe, S.A. de todos los pedimentos deducidos contra ella por los demandados-reconvinientes en estas actuaciones. 5.- Condenar y Condono a los demandados: don Hugo y doña Bernarda al pago de todas las costas procesales causadas en este procedimiento, tanto por la demanda principal como por la demanda reconvenzional.».

**QUINTO**.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de don Hugo y doña Bernarda , la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 12 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue :

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Hugo y doña Bernarda contra la sentencia dictada con fecha 11 de abril de 2013 en el procedimiento de juicio ordinario nº 2.085/2010 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Benidorm , debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, con expresa imposición a los apelantes de las costas procesales causadas en esta alzada».

**SEXTO**.- El procurador don David Giner Polo, en nombre y representación de don Hugo y doña Bernarda , interpuso recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos de casación:

Primero: Infracción por parte de la sentencia que se recurre del artículo 1123, en relación con los artículos 1081 , 1124 , 1255 y 1258 todos ellos del Código civil y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que los interpreta en, entre otras, sus sentencias 643/2012, de 5 noviembre y 695/2012 y 699/2012, ambas de 29 noviembre .



Segundo.- Infracción del artículo 1105 en relación con el artículo 1103 y 1104 del Código civil . Incorrecta aplicación de los artículos 1105 y 1103 y 1104 del Código civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpreta en entre otras las sentencias 1015/2003 del 6 noviembre y 440/2012 del 28 junio .

**SÉPTIMO** .- Por Auto de fecha 4 de marzo de 2015, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Fernando Pérez Cruz, en nombre y representación de Edificaciones Calpe S.A., presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

**OCTAVO** .- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de abril de 2016, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** Para conocer el supuesto fáctico del presente litigio, hoy en trámite de casación, es preciso señalar las fechas que componen dicho supuesto y que son las siguientes.

\* Contrato de compraventa de cosa (vivienda y anexos) futura de 15 octubre 2007; vendedora Edificaciones Calpe S.A. y compradores, el matrimonio Bernarda Hugo y sus tres hijos. Prevé que la finalización de las obras sea el 31 marzo 2009, cabe una prórroga igual a la mitad del término concedido por la licencia municipal de obra para terminar la edificación (no superior a 12 meses). Prevé resolución por falta de pago y por no cumplir la obligación de entrega.

\* Licencia de obras de 21 de julio de 2006: las obras debían iniciarse en seis meses y terminarse en dos años.

\* 24 abril 2007: acta de replanteo y comienzo de las obras

\* septiembre 2007: lluvias torrenciales y derrumbe de un muro de contención.

\* 18 julio 2008: se amplía el plazo de finalización de las obras y se fija el día 26 diciembre 2009.

\* 30 enero 2009, resolución del contrato de obra con la entidad constructora, liquidándose la obra el 1 de abril de 2009. La obra la continúa la propia promotora Edificaciones Calpe S.A.

\* 12 enero 2010: los compradores solicitan unas modificaciones que son aceptadas.

\* 31 marzo 2010 (31 marzo de 2009 + 12 meses de prórroga): fecha máxima de entrega

\* 12 abril 2010, los compradores dirigen burofax a la promotora comunicándoles la resolución del contrato de compraventa por falta de entrega en el plazo previsto.

\* 7 mayo de 2010 la promotora se dirige a los compradores comunicándoles que en el mes de junio podría otorgar la escritura pública.

\* 26 de mayo de 2010: certificado final de obra.

\* 13 julio 2010 la promotora comunica a los compradores que no acceden a la resolución y les citan para comparecer en la notaría.

\* 20 julio 2010 (pedida el 15 junio) cédula de habitabilidad y primera ocupación, concedida por el Ayuntamiento de Altea.

\* 28 julio 2010, los compradores no comparecen en la notaría.

\* 4 octubre 2010, la promotora formula demanda pretendiendo el cumplimiento del contrato y los compradores, demandados, presentan reconvencción pretendiendo la resolución del mismo contrato.

**2.-** Como se ha dicho, la promotora Edificaciones Calpe S.A. formuló demanda con la pretensión de que se cumpliera el contrato lo que significa que los compradores, la familia Bernarda Hugo , pagaran el resto del precio y comparecieran en la notaría a otorgar escritura pública y tomaran posesión del objeto de la compraventa. A su vez, los demandados, compradores, formularon demanda reconvenccional interesando la resolución del contrato por el incumplimiento de la obligación de entrega en el plazo convenido en el contrato que incluso contempla la resolución.

**3.-** La sentencia de primera instancia, de 11 abril 2013, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Benidorm estimó la demanda (cumplimiento del contrato) y desestimó la reconvencción (resolución del mismo). Tras analizar con detalle el curso de los acontecimientos y referirse a la normativa del Código civil sobre el cumplimiento de los contratos, así como a la jurisprudencia, se centró en la diferencia entre retraso e incumplimiento del contrato, insistiendo en el cumplimiento tardío de la obligación y en el caso presente,



los plazos se cumplieron «aproximadamente establecidos en el contrato, prórroga incluida». No considera aplicable la legislación de consumidores y usuarios, pues no se trata «de falta de entrega, sino ante un mero retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega». Tampoco estima el carácter abusivo de la cláusula sobre el plazo de entrega y su prórroga.

Apelada dicha sentencia por los demandados, reconvinentes, los compradores, la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 5ª, de Alicante, de 12 marzo 2014, la confirmó plenamente, remitiéndose esencialmente a la anterior, reiterando que fue un «mero retraso» y resumió su postura en los siguientes términos.

«Conviene precisar que en el contrato, concertado en documento privado el 15 de octubre de 2007, se pactó como fecha de entrega la del 31 de marzo de 2010 (31 de marzo de 2009 más doce meses previstos de prórroga); que el certificado final de la obra fue de 26 de mayo de 2010 y que la cédula de habitabilidad y primera ocupación se obtuvo el siguiente 26 de junio. Tal retraso no puede considerarse esencial teniendo en cuenta la motivación de los compradores y tampoco puede entenderse como injustificado por la existencia de causa de fuerza mayor, prevista genéricamente en el contrato, que retrasó la iniciación de las obras (lluvias torrenciales en septiembre de 2007 que produjeron corte de la vía por la que tenían que acceder los camiones y maquinaria pesada necesaria para la obra, y que tuvo que ser reparada por la propia actora ante la pasividad de la autoridad municipal) así como la concurrencia de otra circunstancia, como las dificultades económicas de la empresa constructora que finalizaron en situación de concurso de acreedores, que aunque no constituyen tal figura con arreglo al art. 1.105 del Código Civil, sí debe tenerse en cuenta para ponderar la conducta de la vendedora, como también el hecho de que los compradores pidieran determinadas modificaciones en la vivienda en enero de 2010, aunque no fueran determinantes del retraso en la entrega».

**4.-** Los compradores, los señores Hugo y Bernarda, interpusieron recurso de casación contra la anterior sentencia, en dos motivos. El primero relativo al incumplimiento por parte de la entidad vendedora y a lo previsto en el contrato y el segundo relativo a la inexistencia de fuerza mayor que justificara el retraso en el cumplimiento de la obligación.

**SEGUNDO.- 1.-** Los compradores, matrimonio Bernarda Hugo, han formulado, como se ha apuntado, el presente recurso de casación en dos motivos.

El primero alega la infracción del artículo 1123, en relación con los artículos 1081 (se supone que es un error, y realmente se refiere al 1091), 1124, 1255 y 1258 del Código civil y jurisprudencia del Tribunal Supremo cuyas sentencias cita.

El motivo debe ser estimado teniendo en cuenta, como punto de partida, el texto del contrato como *lex contractus* (artículo 1091 del Código civil) cuya estipulación quinta expresa la fecha de finalización de la obra y entrega de la posesión del objeto de la compraventa y la estipulación novena, cuyo primer apartado (A) dispone que en caso de falta de pago del precio por los compradores, en cualquiera de los plazos, dará lugar a la resolución del contrato con pérdida por el comprador de las cantidades entregadas, como facultad de la parte vendedora. En el apartado segundo (B) se prevé que la falta de entrega por la vendedora del objeto de la compraventa faculta a los compradores a exigir la resolución del contrato y la vendedora deberá devolver la cantidad que le ha sido entregada, con intereses.

Tal como se ha relacionado anteriormente, la entrega de lo vendido no se hizo en el plazo pactado (31 marzo 2010) y los compradores dirigieron requerimiento extrajudicial (12 abril 2010) comunicando la resolución. No es hasta más tarde (13 julio 2010) cuando la promotora niega la resolución y les cita de comparecencia en la notaría para otorgar la escritura y pagar el resto del precio (28 julio 2010) lo cual no es aceptado por los compradores y no comparecen.

Teniendo en cuenta el principio mencionado del *lex contractus* que proclama el artículo 1091 del Código civil, el de la autonomía de la voluntad, artículo 1255 y el de obligatoriedad del contrato, artículo 1258 y la facultad de resolución por incumplimiento, artículo 1124, los compradores pueden exigir, como así lo hicieron cuando, llegado el plazo máximo de cumplimiento, no se había entregado el objeto de la compraventa. De la misma manera que si no hubieran los compradores pagado en tiempo y forma el precio, la sociedad vendedora hubiera exigido la resolución, tal como se había pactado en el contrato.

El desconocimiento de estas normas básicas del Derecho de obligaciones hace que se estime este motivo.

**2.-** Otra de las razones para desestimar este motivo es la importancia que la sentencia recurrida da a que el plazo no era esencial. No es así. Cuando de común consenso las partes estipulan de forma explícita un plazo y, además, causa de resolución por incumplimiento, no puede negarse la esencialidad. Así, la sentencia de 5 noviembre 2012 (recurso 480/2010) dice:



«Como ya declaró esta Sala en la invocada sentencia 1039/1998 de 14 de Noviembre de 1998, recurso 1744/1994 , el vendedor no es árbitro de cumplir un contrato cuando le convenga o interese o pueda, supuesto el cumplimiento del comprador de sus obligaciones, o su disposición seria y verdadera a cumplirlas, incumpliendo los plazos contractuales; el vendedor no puede escudarse en el incumplimiento de la contrata respecto a él, porque le es imputable frente al comprador por haberla elegido, es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales sujetas a su control, no externo, imprevisible o inevitable (fuerza mayor)».

Y en el mismo sentido, la del 29 noviembre 2012:

«En este caso, el hecho de haber pactado una condición resolutoria expresa es suficientemente indicativo de la trascendencia que las partes le dieron al término del cumplimiento del contrato, y dicho carácter esencial aboca a la estimación del recurso, y asumiendo la instancia, la de la demanda. Por el contrario, resulta desestimada la reconvencción. En base a los arts. 1114 y 1123 del C. Civil , se produce la resolución contractual una vez llegado el plazo de cumplimiento sin que se hubiese verificado, lo que provoca la devolución de las cantidades entregadas y ello porque así lo quisieron las partes, y sin que se aprecie violación de la buena fe contractual ( art. 1258 del CC ), debiendo las partes cumplir las obligaciones que nacen del contrato en cuanto tienen fuerza de ley entre los contratantes ( art. 1091 del C. Civil )».

**3.-** El motivo segundo del presente recurso de casación alegada infracción del artículo 1105 en relación con los artículos 1103 y 1104 del Código civil , normas atinentes al cumplimiento de las obligaciones y al caso de fuerza mayor.

El motivo no tiene trascendencia porque la propia sentencia recurrida dice expresamente (tal como aparece en el párrafo transcrito anteriormente) que los casos de lluvias torrenciales y las dificultades económicas de la empresa constructora «no constituyen tal figura con arreglo al artículo 1105 del Código civil ». Y si no constituyen fuerza mayor, tampoco pueden servir para justificar un retraso e impedir la estipulación que prevé en tal caso la resolución.

La sentencia de 28 junio 2012 (recurso 75/2010 ) se enfrenta a una alegación de fuerza mayor y, aunque no sea semejante al presente, la rechaza en estos términos:

«Consta acreditado igualmente que el retraso no se debió a causa que lo justificase y que impidiera que fuese valorado como incumplimiento con efectos resolutorios, pues ni se probó que se comunicara y consintiera por los vendedores (es decir, que renunciaran al plazo pactado y aceptaran la demora de casi un año del vendedor) ni tampoco que las razones aducidas por la demandada reconviniendo sobre la necesidad de soterrar líneas de electricidad que pasaban por la finca en la que se encontraba enclavada la vivienda merecieran, por su carácter previsible, la consideración de caso fortuito o de fuerza mayor. De ahí que el Juzgado concluyera que dicho incumplimiento del plazo de entrega, por grave e injustificado, debía calificarse de esencial, por ser capaz de producir insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo, y que, en consecuencia, podía tomarse como razón por sí misma suficiente para estimar la acción resolutoria instada de contrario».

**TERCERO.- 1.-** Como consecuencia de lo expuesto, al considerar la necesidad de aceptar lo estipulado y la esencialidad del término pactado y al no apreciar la fuerza mayor que justificara el incumplimiento de la obligación de entrega estipulada, procede estimar el recurso de casación y, a su vez, estimar la demanda reconvenicional ejercitada por los compradores que han interesado la resolución del contrato de compraventa, con las consecuencias legales pertinentes e interesadas por los demandantes reconvenicionales.

**2.-** Procede asimismo, la condena en costas de la parte demandante, en la primera instancia. No procede la condena costas en la segunda instancia ni en las del presente recurso de casación, todo ello conforme los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Procede asimismo la devolución del depósito constituido.

## FALLO

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

**1.º-** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de don Hugo y doña Bernarda , contra la sentencia dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en fecha 12 de marzo de 2014 , que se casa y anula. **2.º-** En su lugar, se estima la demanda reconvenicional formulada por los citados recurrentes y se condena a la entidad Edificaciones Calpe, S.A. a reintegrar a dichos recurrentes la cantidad de doscientos doce mil trescientos cuarenta y un euros (212.341 ?), con los intereses legales desde la fecha de la entrega de esta cantidad anticipada hasta el total pago. **3.º-** No procede la condena costas en el presente recurso ni en la segunda instancia. Se condena a



la parte demandante en la instancia a las costas de la primera instancia. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ