



Roj: **STS 4179/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4179**

Id Cendoj: **28079110012016100545**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2016**

Nº de Recurso: **2043/2014**

Nº de Resolución: **561/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANGEL FERNANDO PANTALEON PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 333/2014,**  
**STS 4179/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 23 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Grupo Espavene, S.L., representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén bajo la dirección letrada de D. Balbino Irisarri Castro, contra la sentencia dictada el 15 de mayo de 2014 por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el recurso de apelación núm. 747/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 642/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Vigo, sobre acción declarativa. Ha sido parte recurrida D. Pedro Enrique , representada por la procuradora D.ª Irene Arnés Bueno y bajo la dirección letrada de D.ª Rosa Iglesias Costas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleon Prieto

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. José Vicente Gil Tránchez, en nombre y representación de D. Pedro Enrique , interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Grupo Espavene, S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«Se declare nula la resolución contractual instada por la entidad demandada.

»Se declare nula la penalización impuesta por la entidad demandada.

»Se declare nulo el contrato privado de compraventa suscrito entre mis representados y la entidad demandada.

»Se condene a la entidad demandada a restituir a mis representados la cantidad entregada de 102.000,00 euros, con los intereses que dicha cantidad haya podido generar desde su entrega.

»Se condene a la entidad demandada a abonar a mis representados las costas que se generen en el presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 29 de julio de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Vigo y fue registrada con el núm. 642/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Rosa de Lis Fernández, en representación de Grupo Espavene, S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«...se desestime íntegramente la demanda contraria, absolviéndose a esta parte demandada de las pretensiones en la misma contenidas, y se le impongan a la parte actora las costas de la demanda formulada con respecto a la representación y defensa de mi representada».

**4.-** Asimismo junto con la contestación y oposición a la demanda presentada de adverso, dicha procuradora, formula demanda reconvenicional frente a la actora por la que solicita:

«Se estime íntegramente la demanda reconvenicional a su vez por mi representada formulada, condenándose al actor-reconvenido, D. Pedro Enrique , a tener por resuelto el contrato de compraventa de 28 de agosto de 2006, por incumplimiento de la parte compradora, así como declarándose el derecho de mi representada, Grupo Espavene, S.L. a hacer suya la suma de 102.000 euros de la entrega a cuenta realizada por la parte compradora, como compensación de los daños y perjuicios causados a mi representada por el incumplimiento contractual de la parte actora; con imposición de las costas de la demanda reconvenicional a la parte actora-reconvenida».

**5.-** El procurador D. José Vicente Gil Tránchez en representación de D. Pedro Enrique , contesta a la demanda reconvenicional mediante escrito en el que solicita:

«...dicte en su día resolución por la que se estimen las peticiones interesadas por esta parte, y, en consecuencia, se desestime la demanda reconvenicional interpuesta, con expresa imposición de costas a la demandada reconviniente».

**6.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Vigo dictó sentencia de fecha 28 de mayo de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Pedro Enrique contra la entidad Grupo Espavene, S.L.; DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la resolución contractual instada por la entidad demandada mediante comunicación de fecha 29 de julio de 2010, así como de las consecuencias pretendidas con tal resolución. Sin condena en costas.

»Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la entidad Grupo Espavene, S.L. contra Pedro Enrique ; DEBO DECLARAR Y DECLARO resuelto, por incumplimiento del comprador, el contrato de compraventa de fecha 28 de agosto de 2006 celebrado entre las partes, DECLARANDO igualmente el derecho de la entidad Grupo Espavene, S.L., a hacer suya, en concepto de daños y perjuicios derivados de la citada resolución, la cantidad de 102.000, entregada por el comprador como parte de pago del precio de la compraventa. Con condena en costas de Pedro Enrique ».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Pedro Enrique .

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el número de rollo 747/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva dispone:

«DECIDIMOS: Que con acogida del recurso de apelación y de la demanda inicial promovidos por D. Pedro Enrique , representado por el procurador D. José Vicente Gil Tránchez, y con desestimación de la demanda reconvenicional formulada por Grupo Espaneve, S.L., representado por la procuradora D.ª Rosa de Lis Fernández, condenamos a la demandada reconviniente a que pague al actor reconvenido la suma de 102.000 euros, con los siguientes intereses: A) Los intereses legales desde las fechas de las entregas de 42.000 y 60.000 euros a contar, respectivamente, desde los días 28 de agosto de 2006 y 10 de agosto de 2007 hasta la fecha de la presente interpelación judicial. B) Los intereses legales de la suma de 102.000 euros desde la fecha de la presente interpelación judicial hasta la fecha de esta sentencia. C) Los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia hasta el completo pago. Imponemos a la demandada reconviniente todas las costas de la primera instancia, y no hacemos una especial declaración sobre las de esta alzada».

**3.-** En fecha 15 de mayo, se dicta Auto complementando la anterior sentencia, donde la sala, a excepción del voto particular de un Magistrado Juez que decide no haber lugar al complemento interesado, acuerda:

«Estimar la pretensión complementaria del solicitante, la procuradora, doña Rosa de Lis Fernández, en nombre y representación de la entidad Grupo Espavene, S.L., en relación con la sentencia dictada en fecha 21 de febrero de 2014 por esta Sala en el Rollo de que la resolución trae causa, en el sentido de que procede subsanar la omisión padecida; en consecuencia, se completa la indicada sentencia en el sentido de estimar en parte la demanda reconvenicional presentada por la procuradora doña Rosa de Lis, en la representación ya indicada, compensando parcialmente la suma a cuyo reintegro se condena a la demandada de manera que la cantidad



objeto de condena se fija en SETENTA Y OCHO MIL, CIEN EUROS (78.100), sin que proceda hacer declaración alguna respecto a las costas que la demanda reconvenzional haya ocasionado en la primera instancia. En lo demás permanecen invariables los pronunciamientos de la sentencia, ahora completada».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora doña Rosa de Lis Fernández, en representación de Grupo Espavene, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«ÚNICO.- Según se ha expuesto, se interpone este recurso de casación por concurrir en su resolución evidente INTERÉS CASACIONAL, por infringir la sentencia dictada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, al amparo, pues, del punto 3.º del apartado 2 del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 5 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad "Grupo Espavene, S.L." contra la sentencia dictada, el día 21 de febrero de 2014, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 747/2012, dimanante del juicio ordinario n.º 642/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Vigo».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 27 de abril de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de junio de 2016, en que ha tenido lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido por haberse prolongado su deliberación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos y antecedentes procesales relevantes para resolver el presente recurso de casación han sido los siguientes:

1. Con fecha 28 de agosto de 2006, don Pedro Enrique y quien era en aquel momento su cónyuge, doña Yolanda, celebraron con la compañía «Grupo Espavene, S. L.» un contrato privado de compraventa de una determinada vivienda, con una bodega en los sótanos y una parcela de garaje [en lo que sigue, conjuntamente, la «vivienda»], en una promoción de cincuenta viviendas, plazas de garaje y locales comerciales que Grupo Espavene estaba ejecutando en unos solares de su propiedad.

El precio pactado fue 437.309 euros, IVA incluido, de los que 42.000 euros se pagaron en el momento de la firma de dicho contrato privado; otros 60.000 euros debían pagarse un año después; y los restantes 335.309 euros debían pagarse en el momento de la entrega de las llaves y el otorgamiento de la escritura pública de compraventa.

2. En el mencionado contrato, se pactó «la condición resolutoria explícita para el supuesto de impago del precio dentro de los plazos para ello previstos, quedando en tal caso resuelto el contrato de pleno derecho, recobrando la vendedora la propiedad y libre disposición de lo enajenado».

No se pactó absolutamente nada, en dicho contrato, sobre la fecha de entrega de la vivienda.

3. El 10 de agosto de 2007 don Pedro Enrique y doña Yolanda pagaron a Grupo Espavene los referidos 60.000 euros.

4. El 9 de febrero de 2009 don Pedro Enrique y doña Yolanda enviaron a Grupo Espavene una carta, referida a la vivienda, del siguiente tenor:

«Con relación al asunto de referencia, y en función del contrato de compraventa suscrito con ustedes con fecha 28 de agosto de 2006, habida cuenta del período transcurrido desde la formalización del contrato y entrega de las cantidades a cuenta, les requerimos para que nos informen de la fecha en que se procederá a la entrega de la vivienda.

»Ello teniendo en cuenta que el contrato citado no establece fecha de entrega y ha transcurrido un tiempo considerable desde la formalización del contrato».



5. El 24 de febrero de 2009 se emitió, por los arquitectos de la promoción, el certificado final de obra. El 23 de noviembre de 2009 se concedió la licencia de primera ocupación.

6. El 29 de enero de 2010 se dictó sentencia de separación matrimonial de mutuo acuerdo de don Pedro Enrique y doña Yolanda. En el convenio regulador, fechado el 17 de noviembre de 2009, la vivienda fue adjudicada a don Pedro Enrique.

7. Días antes de dictarse la referida sentencia, el 15 de enero de 2010, Grupo Espavene envió mediante burofax una carta, dirigida sólo a don Pedro Enrique, del tenor siguiente:

«Por la presente le recordamos que el edificio [...] respecto del cual figura usted como comprador de la vivienda [...] cuenta desde hace tiempo con licencia de primera ocupación.

»Ya desde finales del año 2008 y a lo largo de 2009 se han formalizado numerosas escrituras de compraventa de las viviendas de este edificio.

»Por tal razón, y teniendo en consideración la existencia formal de la licencia de primera ocupación, le comunicamos la necesidad URGENTE de proceder en el más breve plazo posible al otorgamiento de su escritura pública de compraventa, a cuyo fin le solicitamos que nos indique una fecha en la que se proceda, en la Notaría de su preferencia, a la firma de la escritura, que deberá otorgarse del 18 al 22 de enero.

»En otro caso, tendremos que tomar las decisiones oportunas, dada la urgencia del otorgamiento».

8. El 29 de julio de 2010 Grupo Espavene envió mediante burofax una carta a don Pedro Enrique y a doña Yolanda con el contenido siguiente:

»Les remitimos el presente escrito tras habernos puesto en contacto con ustedes en múltiples ocasiones mediante teléfono y burofax, y haber mantenido también varias conversaciones con su abogado, en relación con el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la vivienda [...], y abono del precio pendiente de pago por su parte.

»Como ya les hemos hecho saber varias veces, hace más de un año que se escrituraron la práctica totalidad de las viviendas de la promoción [...], sin que por su parte -a pesar de los requerimientos que Grupo Espavene, S.L. les ha realizado- hayan procedido a otorgar escritura pública de la vivienda mencionada y abono del precio acordado.

»Es por ello que, en aplicación del contrato firmado entre las partes, no queda otra alternativa a esta entidad que la de tener por automáticamente resuelto de pleno derecho el contrato privado de compraventa firmado entre ustedes y esta entidad mercantil con fecha 28 de agosto de 2006 a todos los efectos que legalmente procedan, recobrando la entidad mercantil la propiedad y libre disposición de la vivienda, para poder proceder a su venta a terceros, no siendo posible para Grupo Espavene, S.L. mantener por más tiempo esta situación. Respecto de las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa, consideramos que corresponden a esta parte vendedora, por razón del incumplimiento contractual por parte de Uds. e indemnización por los daños y perjuicios generados. Esta situación viene generando importantes gastos financieros y de toda índole a Grupo Espavene, S.L., además de la imposibilidad de vender la vivienda a otros compradores, con la repercusión que ello ha tenido en la fijación del precio de venta de la vivienda, todo ello derivado del incumplimiento contractual a Uds. imputable».

9. El 29 de julio de 2011 don Pedro Enrique interpuso contra Grupo Espavene la demanda iniciadora del proceso. En ella, don Pedro Enrique pidió que se declarasen nulas la resolución del contrato privado de compraventa realizada por Grupo Espavene y la «penalidad» impuesta por esa compañía; que se declarase nulo dicho contrato; y que se condenase a Grupo Espavene a restituir a don Pedro Enrique la cantidad entregada de 102.000 euros con los intereses desde su entrega.

Alegó el actor que, durante más de tres años desde la celebración del contrato de compraventa, no había tenido noticia alguna acerca del estado de la construcción del edificio en el que se ubicaba la vivienda; que, tras haber enviado a Grupo Espavene la comunicación de fecha 9 de febrero de 2009, no fue hasta el 15 de enero de 2010 cuando la demandada se puso en contacto con él mediante el envío del burofax en el que le instaba al otorgamiento de la escritura pública de compraventa; que durante un período tan prolongado de tiempo, sus circunstancias personales y económicas habían sufrido graves cambios, viéndose envuelto en un proceso de separación matrimonial, que hacían inviable la compraventa, ya que iba a destinar la vivienda a domicilio familiar; y que, tras recibir aquel burofax, se había puesto en contacto con Grupo Espavene, y habían acordado tratar de vender la vivienda a un tercero, publicitándolo a través de una agencia inmobiliaria, para que, de esa manera, él pudiera recuperar las cantidades entregadas a cuenta y Grupo Espavene lograra vender la vivienda.

En la fundamentación jurídica de la demanda, se alegó:



La nulidad de la resolución del contrato, con base en el artículo 1504 CC , al no haberse efectuado mediante requerimiento notarial ni judicial.

La nulidad de la «penalidad» de 102.000 euros, puesto que el contrato no preveía penalización alguna para el supuesto de incumplimiento, y Grupo Espavene no había acreditado daño o perjuicio alguno que la justificase.

Y la nulidad del contrato de compraventa, por las razones siguientes:

(i) Por falta de determinación de la fecha de entrega de la vivienda, con base en el artículo 5 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril , sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, a cuyo tenor:

«Cuando se promocionen viviendas para su venta se pondrá a disposición del público o de las autoridades competentes, además: [...]

»5. En el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en la que en cada momento se encuentre la edificación»

Y con base, también, en el artículo 10.bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (aplicable al caso por la fecha en la que el contrato se celebró), en relación con el apartado 1.1ª de su disposición adicional primera, conforme al cual tendrán el carácter de abusivas:

«Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para [...] satisfacer la prestación debida [...]».

(ii) Por falta de entrega de garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta, con base en el artículo 1, condición primera, y el artículo 7 de la Ley 57/1968, de 27 de julio , sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación .

(iii) Por incluir el contrato de compraventa una cláusula resolutoria por incumplimiento de la parte compradora, sin una recíproca que sancione el incumplimiento de la parte vendedora; y porque dicha cláusula permite al predisponente desvincularse del contrato de forma arbitraria, contra lo que disponen los apartados 2 y 17 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 y el artículo 1256 CC .

**10.** Grupo Espavene contestó a la demanda, alegando: que, durante los años 2007 y 2008, don Pedro Enrique y su esposa siguieron puntualmente la construcción del edificio y, en especial, del interior de su vivienda, para la que plantearon importantes modificaciones en su distribución interior y sobre la calidad de materiales, con el asesoramiento de expertos en decoración; que a mediados de 2009, una apoderada comercial de la compañía se puso en contacto con don Pedro Enrique y su esposa para fijar la fecha de otorgamiento de la escritura; que la carta de 15 de enero de 2010 se envió sólo a don Pedro Enrique , porque su esposa manifestó que no quería saber nada en relación con la vivienda, y aquél daba constantes largas al respecto; que, en las posteriores conversaciones con don Pedro Enrique , éste planteó a Grupo Espavene la posibilidad de encontrar un tercero interesado en comprar la vivienda; que aquél no pudo encontrarlo, porque el precio de ese tipo de viviendas había disminuido en un 23% entre los años 2007 y 2011; y que, por ello, transcurridos infructuosamente varios meses, se procedió a la resolución de la compraventa.

En cuanto a la fundamentación jurídica de la demanda, la demandada alegó que ninguna de las causas allí invocadas para pedir la declaración de nulidad del contrato de compraventa son causas de nulidad; y que procedía, sin duda, la resolución del contrato, pues la parte actora desistió del mismo a causa de su situación personal, aunque fuera cierto que Grupo Espavene no hubiese utilizado el cauce procedimental correcto para resolverlo.

La demandada formuló a su vez reconvencción, en la que pidió:

(i) Que se declarase resuelto el contrato de compraventa, al amparo del artículo 1124 CC , por incumplimiento de la parte compradora; y

(ii) Que se declarase su derecho a hacer suya la cantidad de 102.000 euros recibida a cuenta del precio pactado, como compensación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

A este efecto, Grupo Espavene alegó como tales daños y perjuicios: la depreciación de la vivienda, por las circunstancias del mercado inmobiliario, que cifró en un 23% como mínimo del precio pactado, igual a 100.581 euros, anunciando un informe pericial al respecto; el mayor coste por razón de las mejoras introducidas en la vivienda a petición del actor y de su esposa, en la cuantía que se determinaría en el informe pericial; y los intereses del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda -y había tenido que continuar pagando- desde la



fecha de terminación de aquélla o, por lo menos, de obtención de la licencia de primera ocupación, que cifró en 25.000 euros como mínimo.

**11.** En la contestación a la reconvencción, don Pedro Enrique comenzó alegando que la cantidad pagada a Grupo Espavene a cuenta del precio de la vivienda había ascendido a un total de 120.000 euros -18.000 euros más que los 102.000 señalados en su demanda-, y pidiendo que se condenase a la demandada a restituirle esos 120.000 euros. Adujo, a continuación, que Grupo Espavene había incumplido lo pactado con él para la venta de la vivienda a un tercero; y no había acreditado ni un incumplimiento del contrato de compraventa por él o su ex esposa que pudiera justificar su resolución, ni los daños y perjuicios que decía que le había causado el pretendido incumplimiento.

**12.** El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda: declaró la nulidad de la resolución del contrato de compraventa realizada por Grupo Espavene el 29 de julio de 2010; y desestimó la petición de declaración de la nulidad del contrato de compraventa, al no haber negado el actor la existencia de los requisitos -consentimiento, objeto y causa- necesarios para su validez, y haber transcurrido más de cuatro años desde su celebración.

La reconvencción interpuesta por la compañía demandada fue estimada totalmente por el Juzgado, que declaró a tal efecto lo siguiente:

«En cuanto a la demanda reconvenccional sustentada en lo dispuesto en el art. 1124 CC [...], resulta evidente a la vista de la documental aportada, y fundamentalmente del propio interrogatorio del actor, que la compraventa no pudo llevarse a cabo exclusivamente por la imposibilidad del mismo de hacer frente al pago del precio de la vivienda, una vez producida su separación matrimonial, por lo que dicha acción de resolución resulta absolutamente procedente.

»En cuanto a la reclamación de daños y perjuicios, resulta igualmente acreditado, fundamentalmente por la declaración de la ex-esposa del actor, que la entidad demandada realizó a petición de los compradores varias obras de individualización de la vivienda, cuyo valor ha sido fijado pericialmente en 23.900 €, no constando en modo alguno que dicho coste hubiese sido incluido por la reconviniente en el precio de venta. También se ha acreditado documental y pericialmente, que el precio de la citada vivienda, fijado en el contrato inicialmente en 437.309 €, ha sufrido una depreciación que en el momento actual se sitúa por encima del 20% de dicho valor.

»Ambos conceptos resultan por ello suficientes para justificar la reclamación de daños y perjuicios por la demandada reconviniente en la cuantía de 102.000 €, lo que hace que la demanda reconvenccional haya de ser íntegramente estimada.

»Por último, en cuanto a la pretensión de la actora, de restitución de la cantidad de 18.000 € ejercitada en vía de contestación a la reconvencción, a modo de nueva reconvencción frente a la demanda reconvenccional, se trata obviamente de una pretensión, que por el momento en que se plantea resulta absolutamente extemporánea, no pudiendo por ello ser objeto del presente pleito, sin perjuicio de que el actor pueda ejercitar los derechos que crea poseer sobre dicha cantidad en el proceso declarativo correspondiente».

**13.** Contra dicha sentencia, don Pedro Enrique interpuso recurso de apelación, en el que, además de reiterar sus alegaciones y peticiones en la primera instancia, impugnó la valoración por el Juzgado de las pruebas testifical y periciales de los daños y perjuicios sufridos por Grupo Espavene.

La Audiencia Provincial, en su sentencia, comenzó por desestimar la petición de nulidad del contrato de compraventa por falta de prestación de garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio:

«[F]ormulada por el comprador la demanda inicial, rectora de este pleito, el día 29 de julio de 2011, no puede interesar el demandante la nulidad del contrato de compraventa, invocando, ahora, por primera vez, la inexistencia del seguro, dado que la parte vendedora ya había puesto a su disposición la vivienda vendida en fechas muy anteriores, concretamente a través del burofax de fecha 15 de enero de 2010, emplazando al actor a comparecer en la Notaría para el otorgamiento de la escritura pública, no sufriendo, por lo tanto, el comprador riesgo de pérdida de las sumas anticipadas pues recibiría la cosa comprada a cambio de la entrega del resto del precio».

Estimó, en cambio, la Audiencia la petición declarativa de la nulidad del contrato por falta de determinación de la fecha de entrega de la vivienda, con la argumentación siguiente:

«La parte recurrente trae a colación el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (vigente al tiempo del contrato de compraventa), de conformidad con el cual tendrán la condición de abusivas las cláusulas que no negociadas individualmente y 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. Considerando el precepto abusivas, en todo caso, las estipulaciones relacionadas en la Disposición Adicional Primera de la propia Ley, la que, en fin, considera como tales las que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida. Igualmente cita el apelante el artículo 5.5 del Real Decreto de 21 de abril de 1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas que en el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se hallen totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación.

»Pues bien, siendo indiscutido que el contrato privado de compraventa de la vivienda, de fecha 28 de agosto de 2006, nada refiere -absolutamente nada- sobre la finalización de la edificación, la consecuencia obligada deber ser la de declarar la nulidad contractual propugnada por el actor reconvenido porque deja, de hecho, en manos de la vendedora la fijación del momento de consumación de la compraventa con entrega de la vivienda, en palmaria contravención, tanto del artículo 1256 del Código Civil, que prohíbe que la validez y cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, como de los preceptos específicos precedentemente reseñados. Decisión de nulidad que no contraviene, en último término, los criterios jurisprudenciales de conservación del negocio y de que los meros retrasos no acarreen tan traumático efecto, pues, por una parte, nos hallamos ante una norma de condición imperativa en beneficio del consumidor, cualidad esta última que no se pone en cuestión respecto del demandante inicial, y por otra, resultan patentes los perjuicios padecidos por este último con motivo de la tardanza en la entrega de la vivienda por la vendedora (tardanza de algo más de cuarenta meses, dado que el requerimiento de la constructora demandada al actor para el otorgamiento de la escritura notarial de compraventa es de 15 de enero de 2010, y la licencia de primera ocupación se otorgó el día 23 de noviembre del año anterior). [...]

»[A] la par de la esencial e insubsanable omisión observada en el contrato, de expresión del plazo para la entrega de la vivienda, esa carencia, lejos de ser inocua para los intereses del comprador, supuso graves perjuicios para el mismo, dado que, además de adelantar éste parte del precio, por la nada desdeñable cifra de 102.000 euros, durante más de tres años, perdiendo las utilidades del dinero, en beneficio no correspondido de la constructora y vendedora, se vio privado del disfrute temprano de la vivienda y, lo que resulta quizás más importante y decisivo, de la posibilidad de disponer de la misma, con el corolario de la depreciación progresiva de su valor en el mercado inmobiliario, tal como reconoce la vendedora, fenómeno desvalorizador que sería obviamente menor de terminarse la vivienda antes, y de procederse, en su caso, a su venta a un tercero -intento de venta la vivienda que se reconoce realmente por ambos litigantes, aunque la constructora sostenga que esa solución no era consensuada y en sustitución de la validez y consumación de la compraventa, sino una decisión puramente unilateral e interesada del comprador, dadas las dificultades personales y económicas que atravesaba.

»A modo de recapitulación, carece de validez el contrato de compra de vivienda en construcción por parte del consumidor a una promotora en el que no se concreta plazo alguno para la terminación de la obra por parte de esta última, máxime si hubo para aquel primero un cumplimiento anticipado de su obligación de pagar el precio, satisfaciendo por adelantado parte del mismo, con el consiguiente perjuicio para él y beneficio para el vendedor, que se aprovecha, en fin, *sine die* del dinero recibido mediante una facultad de prolongar unilateral e indefinidamente el cumplimiento de su respectiva y más esencial obligación, de entrega de la vivienda al comprador».

En consecuencia, la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y dictó otra en la que condenó a Grupo Espavene a pagar a don Pedro Enrique la suma de 102.000 euros, con los intereses legales desde las respectivas fechas de entrega de las cantidades de 42.000 y 60.000 euros.

**14.** Grupo Espavene solicitó que la referida sentencia de la Audiencia fuese complementada, puesto que ésta no se había pronunciado sobre la petición reconvenicional relativa al importe de las reformas y modificaciones realizadas en el interior de la vivienda por indicación de los compradores, sobre la que la sentencia de primera instancia había resuelto en sentido estimatorio.

Mediante auto de fecha 15 de mayo de 2014, la Audiencia acordó, por mayoría, estimar esa petición de complemento:

«La sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda principal e íntegramente la reconvenicional, en cuanto a la pretensión complementaria objeto de esta solicitud, estimó acreditado en base a la declaración de la que fue esposa del accionante que la entidad demandada realizó a petición de los compradores varias obras de individualización de la vivienda cuyo valor, que no consta incluido en el precio, fijó de acuerdo con la pericial practicada en 23.900 euros.



»Considerando lo anterior estimamos que la sentencia omitió pronunciarse respecto al pronunciamiento cuyo complemento se insta, de hecho el recurso de apelación combate el acogimiento de tal pretensión exponiendo las razones que, al efecto, la parte actora consideró oportunas, las cuales no obtuvieron respuesta en la sentencia. Pues bien, estimamos que no existe el error probatorio que se denunció en el recurso, que las obras se realizaron es incuestionable, pues ello se desprende de forma innegable de las manifestaciones prestadas por la ex esposa del actor y se reflejan en el reportaje fotográfico, a partir de lo anterior el alegato de que las mismas no se corresponden con las detalladas en el informe pericial no puede ser atendido por cuanto las relatadas por la nombrada genéricamente coinciden con las especificadas en el informe, por lo demás documentado gráficamente, y, en todo caso, ninguna prueba propuso la representación del Sr. Pedro Enrique para desvirtuar los conceptos y cuantías que se contienen en el informe pericial, sin que al efecto resulte suficiente la interesada invocación que se hace a la declaración de la testigo Sra. Yolanda , propuesta de contrario, pues ésta reconoce la realidad de las obras, aunque no sea con la precisión que lo hace el perito, obras cuya cuantía no estaba incluida desde luego en el precio de la vivienda y que al haber sido realizadas por indicación y en beneficio del comprador, innegablemente debe asumir su coste.

»Así pues considerando lo expuesto y que, por error, en la sentencia dictada se omitió el pronunciamiento referido a una pretensión oportunamente deducida en la demanda reconvenicional, procede completar la sentencia en el sentido de estimar parcialmente la demanda reconvenicional compensando parcialmente la suma a cuyo reintegro se condena a la demandada, de manera que el importe objeto de la condena quede fijado en la cantidad de 78.000 [ *rectius*: 78.100] euros».

El referido auto vino acompañado de un voto particular discrepante -en el sentido de desestimar la solicitud de complemento-, formulado por el que había sido Magistrado Ponente de la sentencia completada.

**15.** Contra la sentencia de la Audiencia, sólo Grupo Espavene ha interpuesto recurso de casación, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC . En su único motivo, se denuncia aplicación indebida o incorrecta del artículo 1256 en relación con el artículo 1261 CC , y en relación a su vez con los artículos 10 bis y 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 y el artículo 1128 CC ; y, para justificar el interés casacional que presenta la resolución del recurso, se citan las sentencias de esta sala 370/2014, de 30 de enero (Rec. 1374/2011 ), 40/2014, de 29 de enero (Rec. 1563/2011 ) y 221/2013, de 11 de abril (Rec. 1637/2010 ).

En el desarrollo del motivo, se alega, en lo esencial, que el contrato de compraventa no adolece de ninguna deficiencia sustancial que justifique su nulidad, pues concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa; que la falta de determinación del plazo de entrega de la vivienda no es causa de nulidad, como resulta de lo dispuesto en el artículo 1128 CC ; y que no hay, en el referido contrato, ninguna cláusula que determine insuficientemente la fecha de entrega de la vivienda, sino ausencia total de pronunciación al respecto. Todo lo anterior, haciendo la recurrente suya la argumentación con la que la sentencia 411/2010, de 27 de julio, de la Sección 1ª de la misma Audiencia Provincial de Pontevedra desestimó la petición declarativa de la nulidad del contrato en un caso análogo al que ahora nos ocupa.

La parte ahora recurrida ha opuesto que las tres sentencias de esta sala citadas por la recurrente para justificar el interés casacional contemplaron casos diferentes al de autos.

**SEGUNDO.-** La cuestión jurídica principal que plantea el presente recurso de casación consiste en dilucidar si es, o no, causa de nulidad de un contrato de compraventa de una vivienda en construcción, en el que el comprador tiene la condición de consumidor, el hecho de que el contrato no contenga cláusula alguna sobre la fecha o el plazo de entrega de la vivienda al comprador.

Es cierto que, de las tres sentencias de esa sala que la recurrente ha citado en orden a justificar el interés casacional de la resolución de su recurso, sólo la 370/2014, de 30 de enero (Rec. 1374/2011), contempló dicha cuestión; y que, aunque esa sentencia confirmó la desestimación de la petición que los compradores habían deducido de declaración de la nulidad del contrato de compraventa con base en el artículo 6.3 CC , por vulneración de la norma del artículo 5.5 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril , tal desestimación se basó en consideraciones fácticas y jurídicas no coincidentes con las alegadas por Grupo Espavene en el presente recurso.

Pero ello no ha de conducir a la desestimación, ahora, del recurso por causa de inadmisibilidad. En la sentencia 857/2010, de 3 de enero de 2011 (Rec. 2149/2006), esta sala declaró que:

«[E]n el recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es el presente, lo decisivo es que la aplicación del derecho por la sentencia impugnada para resolver el caso litigioso se contraste con los criterios de decisión de esta Sala, mantenidos en dos o más sentencias ("doctrina que de modo reiterado...", art. 1.6 CC ), sobre casos, si





no idénticos, si al menos similares en cuanto a sus circunstancias de hecho, salvo que por tratarse de un caso singular, nunca antes tratado por el Tribunal Supremo o bien tratado solo por una sentencia, el interés general en la formación de doctrina jurisprudencial, de evidente relación con el principio de seguridad jurídica ( art. 9.3 de la Constitución ), pueda identificarse con el interés casacional del art. 477.2-3º LEC ».

El caso de autos presenta tal singularidad. Lo demuestra la divergencia radical que, para la resolución de la cuestión jurídica de que se trata, se ha manifestado entre la sentencia ahora recurrida y la 411/2010, de 27 de julio, dictada por la Sección 1ª de la misma Audiencia Provincial de Pontevedra . Y también reclama que, por exigencias del principio constitucional de seguridad jurídica, esta sala establezca doctrina jurisprudencial al respecto, un examen comparativo de los pronunciamientos que sobre la misma cuestión contienen las sentencias 555/2010, de 29 de octubre, de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia , y 169/2013, de 21 de marzo, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en la línea de la nulidad del contrato, decididamente rechazada por las sentencias 228/2012, de 25 de septiembre, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén , y 185/2013, de 25 de octubre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba.

**TERCERO.-** Despejado, pues, el óbice de inadmisibilidad, el recurso ha de ser estimado por las razones siguientes:

1.ª) Ni el actor reconvenido ni la Audiencia *a quo* han puesto en modo alguno en cuestión que concurrieron, en el contrato de compraventa entre las partes, los tres requisitos exigidos para su existencia o validez por el artículo 1261 CC .

2.ª) No cabe deducir la nulidad de dicho contrato de lo dispuesto en el artículo 1256 CC -sobre cuyo significado se ha pronunciado esta sala en la reciente sentencia 406/2016, de 15 de junio (Rec. 1334/2014 )-, cuando ese mismo cuerpo legal contiene un artículo 1128 del siguiente tenor:

«Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijaran la duración de aquél.

»También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor».

Nunca ha habido base alguna para excluir la aplicación de ese artículo por razón de que el acreedor de la obligación de la que se tratase tuviera la condición de consumidor o usuario, y el deudor la condición de empresario o profesional. Y menos todavía, tras la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: cuyo artículo 97.1 contempla precisamente el supuesto de que «la relación trabada fuera entre un consumidor o usuario y un empresario o profesional y éste fuera el deudor de la prestación», al objeto de establecer una regla especial de competencia territorial para el expediente de jurisdicción voluntaria de fijación de plazo conforme al artículo 1128 CC .

No cabe, pues, sostener que, de aceptarse la validez del contrato de compraventa de 28 de agosto de 2006, Grupo Espavene habría dispuesto -en palabras de la sentencia recurrida- de «la facultad de prolongar unilateral e indefinidamente el cumplimiento de su respectiva y más esencial obligación, de entrega de la vivienda al comprador». Es obvio que no habría dispuesto de tal facultad, si la parte compradora hubiese pedido la fijación judicial del plazo de entrega de la vivienda. E incluso sin haberlo hecho, esa parte podría haber resuelto justificadamente el contrato de compraventa por incumplimiento de Grupo Espavene en la hipótesis de que esta compañía no hubiera puesto la vivienda a su disposición, terminada y en condiciones de ser inmediatamente ocupada, transcurrido ya con creces el plazo natural a tal efecto, conforme a la *lex artis* de la construcción: así se desprende de las sentencias de esta sala 37/2014, de 30 de enero, antes mencionada , y 742/2014, de 11 de diciembre (Rec. 1198/2012 ). Ahora bien, se diera o no la referida hipótesis -parece que la Audiencia *a quo* creyó que sí, aunque don Pedro Enrique no alegara nada parecido en su demanda-, lo cierto es que no fue ese el proceder de los compradores.

3.ª) Si el contrato de compraventa entre las partes hubiese contenido una cláusula abusiva, predispuesta por Grupo Espavene, sobre la fecha o el plazo de entrega de la vivienda, la consecuencia jurídica procedente, a tenor del apartado 2 del artículo 10.bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aplicable al caso, habría sido la nulidad de pleno derecho de una tal cláusula, teniéndola por no puesta, con la consecuente entrada en juego del repetido artículo 1128: no, la nulidad del entero contrato. Careciendo éste de cláusula alguna al respecto, todavía menos cabe extraer, de la normativa sobre cláusulas abusivas contenida en la mencionada Ley , la consecuencia de la total nulidad de pleno derecho del contrato.

4.ª) Ninguna norma del Real Decreto 515/1989 establece que sea la nulidad de pleno derecho del contrato de compraventa la sanción aplicable a la contravención de lo prescrito en su artículo 5.5; contravención, para la que el artículo 11 del mismo Real Decreto prevé la correspondiente responsabilidad administrativa.



5.ª) En fin, ninguna relevancia para la cuestión de la nulidad, o no, del contrato podría tener que la tardanza de Grupo Espavene en la entrega de la vivienda hubiera causado a la parte compradora los «graves perjuicios» que supone la Audiencia *a quo*; sin que, por cierto, esa parte hubiera dirigido a la vendedora protesta alguna de haberlos efectivamente sufrido: ni antes de la interposición de la demanda, ni en ésta misma, en la que lo que don Pedro Enrique pidió fue que el contrato se declarase nulo, no que se condenase a Grupo Espavene a cumplirlo, con indemnización de daños y perjuicios por retraso en la entrega de la vivienda.

**CUARTO.-** Estimado el recurso de casación, procede confirmar la sentencia del Juzgado, desestimando el recurso de apelación interpuesto contra aquélla por don Pedro Enrique, por las razones que a continuación se exponen.

1.ª) Los compradores incumplieron su obligación de pago de una parte muy sustancial del precio pactado, de un modo que hizo evidente que Grupo Espavene ya no podía confiar en el futuro cumplimiento de dicha obligación, cuando la vendedora había puesto ya la vivienda a su disposición, contando con la licencia de primera ocupación, sin que hubieran procedido antes los compradores a resolver la compraventa por un pretendido incumplimiento de Grupo Espavene. Y don Pedro Enrique no pidió en su demanda el cumplimiento del contrato, ofreciendo a su vez el pago de la parte del precio pendiente, sino la declaración de nulidad del mismo.

2.ª) No cabe sostener que tal incumplimiento de la obligación de pago fuera provocado por uno previo de Grupo Espavene. No consta que, antes de interponer la demanda iniciadora del presente proceso, la parte compradora imputase a la vendedora que ésta había incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales. La carta que aquélla envió a ésta con fecha 9 de febrero de 2009 no contiene tal imputación. Y ha quedado probado, contra lo afirmado en la demanda, que durante los años 2007 y 2008 don Pedro Enrique y su cónyuge siguieron la construcción de la vivienda objeto del contrato, para la que pidieron y obtuvieron de Grupo Espavene importantes modificaciones en su distribución interior y sobre la calidad de los materiales. Nunca ha alegado, por lo demás, la parte reconvenida que Grupo Espavene, conforme a su *lex artis*, debería haber entregado la vivienda a los compradores en una fecha en la que, no habiendo sobrevenido todavía la crisis del matrimonio de éstos, no padecían los problemas financieros consiguientes.

3.ª) No hay base probatoria para creer que Grupo Espavene acordase con don Pedro Enrique, tras la separación matrimonial de éste, algo económicamente tan absurdo para dicha compañía como renunciar a su facultad de resolver el contrato entre las partes a la espera, por tiempo indefinido, de que apareciera un tercero dispuesto a comprar la vivienda por un precio igual o mayor al del contrato de 28 de agosto de 2006.

4.ª) Los cambios en las circunstancias personales y económicas de los compradores derivados de la crisis de su matrimonio no pueden servir para exonerarles de responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por Grupo Espavene a consecuencia del incumplimiento resolutorio de aquéllos. Con buen sentido, la parte reconvenida nunca ha alegado que dichos cambios de circunstancias pudieran encuadrarse en el tenor del artículo 1105 CC.

5.ª) La parte reconvenida no aportó, en su momento, ninguna prueba para desvirtuar las periciales aportadas por la parte reconviniente en orden a cuantificar los daños y perjuicios aducidos por ésta para no tener que restituir los 102.000 euros que había recibido de don Pedro Enrique y su cónyuge a cuenta del precio del contrato de compraventa a la postre resuelto. Y esta sala comparte la argumentación con la que el Juzgado rechazó por extemporáneo el intento del actor de modificar, en su contestación a la reconvenición, la cuantía de lo reclamado en concepto de restitución de lo pagado anticipadamente a cuenta del precio, alegando que habían sido en realidad 120.000 euros; intento que tampoco prosperó en la sentencia de la Audiencia, que fue consentida por el ahora recurrido.

6.ª) Importa añadir, en fin, que la parte reconvenida no alegó, ni en la contestación a la reconvenición ni en el recurso de apelación, que no cabría adicionar al perjuicio consistente en la depreciación de la vivienda el coste de las obras de individualización de la misma realizadas por Grupo Espavene a petición de los compradores, con el argumento de que, si la compraventa se hubiera consumado, Grupo Espavene no habría cobrado más que la totalidad del precio pactado en el contrato, sin pretender que los compradores pagaran adicionalmente el referido coste.

**QUINTO.-** Al haberse estimado el recurso de casación procede, conforme al artículo 398.2 LEC, no condenar en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes; y, conforme al apartado 8 de la disposición adicional 15ª LOPJ, devolver a Grupo Espavene el depósito constituido para interponerlo.

La total desestimación del recurso de apelación interpuesto por don Pedro Enrique determina que le sean impuestas las costas de dicho recurso, conforme dispone el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC.



## FALLO

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

**1.º** Estimar el recurso de casación interpuesto por Grupo Espavene, S. L. contra la sentencia dictada el 21 de febrero de 2014 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra , complementada por auto dictado por la misma Sección el 15 de mayo de 2014, en el recurso de apelación 747/2012 ; sentencia, esa, que casamos y dejamos sin efecto. **2.º** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Pedro Enrique contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo en el procedimiento de juicio ordinario 642/2011; sentencia, esa, que confirmamos. **3.º** No imponer a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de casación. **4.º** Imponer a don Pedro Enrique las costas causadas por el recurso de apelación. **5.º** Acordar la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO