

Roj: **STS 4844/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4844**Id Cendoj: **28079110012016100638**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/11/2016**Nº de Recurso: **2417/2014**Nº de Resolución: **658/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP C 1811/2014,**
STS 4844/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 10 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2014 dictada en recurso de apelación, núm. 208/2013, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de La Coruña, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 321/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Muros; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Serafina, representado por la procuradora Dña. Ana Tejelo Núñez, bajo la dirección letrada de D. Paulino Pérez Riveiro, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Rosa Martínez Serrano en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Promociones Beirada do Porto S.L. representado por la procuradora Dña. Caridad González Cerviño bajo la dirección letrada de D. Elisardo García Lago y también en calidad de recurrido se persona NGC Banco S.A. (Abanca Corporación Bancaria S.A., sucesora universal de la Caixa de Ahorros do Galicia) actuando en su representación la procuradora Dña. Pilar Rodríguez Buesa bajo la dirección letrada de Dña. Patricia Quintás Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Serafina, representada por la procuradora Dña. Virginia Louro Piñeiro y asistido del letrado D. Paulino Pérez Riveiro, interpuso demanda de juicio ordinario sobre resolución de contrato y reclamación de cantidad contra Promociones Beirada do Porto, S.L., y Caja de Ahorros de Galicia y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que, estimando la demanda, se declare la resolución del contrato de compraventa suscrito entre la actora y la demandada Promociones Beirada do Porto, S.L. y al que se refiere el hecho primero de esta demanda, condenando a las demandadas a que conjunta y solidariamente abonen a mi mandante la cantidad de 12.000.-€, más los intereses legales desde la fecha de entrega de las cantidades anticipadas por la compradora en concepto de precio de la vivienda, excluido el IVA, así como a que Promociones Beirada do Porto S.L. abone a la actora además la cantidad de 850.-€, cantidad ésta última que devengará el interés legal desde la fecha de la interposición de ésta demanda, con expresa imposición de costas a las demandadas.».

2.- El demandado Promociones Beirada do Porto S.L., se personó en las actuaciones, representado por la procuradora Dña. Caridad González Cerviño y asistido del letrado D. Elisardo García Lago, solicitando la acumulación a este proceso del juicio ordinario registrado con el núm. 396/2010 seguido en el mismo juzgado, en el que es él mismo demandante, Dña. Serafina demandada y objeto el cumplimiento del mismo contrato,



y posteriormente contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Desestimando íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de todos los pedimentos que contra ella se formulan, con expresa imposición de costas a la parte demandante».

3.- Se persona también en las actuaciones la entidad demandada La Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, representada por el procurador D. Ramón Uhía Bermúdez y bajo la dirección letrada de Dña. Patricia Quintás Fernández, contestando a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables y suplicando al juzgado que en su día:

«Dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora».

4.- En fecha 14 de abril de 2011, mediante auto se acuerda la acumulación a este proceso del ordinario más moderno núm. 396/2010 para que continúe sustanciándose los dos juicios en un mismo procedimiento y se decidan en una misma sentencia.

En la demanda acumulada de juicio ordinario presentada por Promociones Beirada Do Porto S.L., con los mismos profesionales, procuradora y letrado, contra Dña. Serafina , basada en los hechos y fundamentos jurídicos que se consideraron aplicables, se suplicaba una sentencia en la que:

«Estimando la demanda se declare:

»- Que la actora ha cumplido la obligación establecida en el contrato de compraventa de fecha 2 de julio de 2007 poniendo a disposición de la demandada los inmuebles objeto de compraventa.

»- Que la demandada viene obligada a recibir los inmuebles que en virtud de contrato, le deben ser entregados, debiendo proceder a otorgar la escritura pública de recepción de los mismos, mediante la oportuna comparecencia ante notario, y de no hacerlo en el plazo que se señale, verificarlo a su costa el juez en representación de la demandada.

»- Que se condene a la demandada a que pague a la actora la cantidad de ciento dos mil ciento noventa y tres euros (102.193.-€), más el IVA correspondiente, más los intereses legales correspondientes desde el 22 de octubre de 2009, de conformidad con lo expuesto en el hecho quinto de esta demanda.

»- Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada».

En el mismo juicio acumulado la demandada Serafina , con la misma representación y defensa que en este procedimiento, había contestado a la demanda oponiéndose a la misma y suplicando:

«Que se desestime íntegramente la demanda formulada, todo ello con expresa imposición de costas a la accionante».

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Muros se dictó sentencia, con fecha 20 de septiembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Se estima íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Louro Piñeiro, actuando en nombre y representación de Dña. Serafina ; en consecuencia se declara la resolución del contrato de compraventa suscrito entre la demandante y la demandada, Promociones Beirada do Porto, S.L., al que se refiere el hecho primero de la demanda, condenando a las demandadas, Promociones Beirada do Porto, S.L. y Novagalicia Banco a que conjunta y solidariamente abonen a la demandante la cantidad de 12.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de entrega de las cantidades anticipadas por la compradora en concepto de precio de la vivienda, excluido el IVA, así como que Promociones Beirada do Porto, S.L. abone a la actora la cantidad de 850 euros, cantidad esta última que devengará el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, con expresa imposición de costas a dichas demandadas. Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. González Cerviño, actuando en nombre y representación de Promociones Beirada do Porto, S.L. absolviendo a la demandada de los pedimentos contenidos en la misma, con imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por las representaciones procesales de Promociones Beirada do Porto S.L. y de La Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia, con fecha 29 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Revocando la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Muros, en el juicio ordinario núm. 321/10, con estimación de la demanda interpuesta por Promociones Beirada do Porto S.L. contra Dña. Serafina , y desestimación de la demanda formulada por Dña. Serafina contra Promociones Beirada do Porto S.L. y Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra, debemos absolver y absolvemos a éstas



demandadas de las pretensiones deducidas en la demanda planteada frente a ellas, y condenamos a Dña. Serafina a otorgar escritura pública de compraventa sobre los inmuebles objeto del contrato del 2 de julio de 2007 en el plazo que al efecto se señale, y a pagar a Promociones Beirada do Porto S.L. en el mismo acto la cantidad de 102.193 euros, más el IVA correspondiente y los intereses legales desde el 22 de octubre de 2009, así como al pago de las costas procesales de la primera instancia, sin hacer especial imposición de las causadas en la apelación».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Serafina se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- La sentencia recurrida al establecer que una licencia de primera ocupación se puede entender obtenida por silencio administrativo aún en contra del ordenamiento urbanístico, infringe los arts. 1124 y 1258 del Código Civil y del art. 195.6 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia y se opone a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en cuanto no considera como válida una licencia de primera ocupación otorgada por silencio administrativo contraria al ordenamiento urbanístico, dejando citadas las STS, Sala 1ª, de 12-2- 2013, rec. 1439/2010 , 11-3-2013, rec. 576/2010 y de 28-10-2013, rec. 730/2011 .

Motivo segundo.- La sentencia recurrida al no anular y aplicar cláusulas abusivas insertas en un contrato celebrado por un consumidor infringe el art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación , el art. 1256 del CC y se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en cuanto a la inaplicación, de oficio, de las cláusulas abusivas, dejando citadas las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fechas 1 de julio de 2010 , 9 de mayo de 2013 y 12 de marzo de 2014 .

Motivo tercero.- La sentencia recurrida al establecer que la entrega de una vivienda sin el adecuado suministro eléctrico no constituye un incumplimiento esencial del contrato de compraventa de una vivienda ni frustra el fin del contrato infringe el art. 1.124 del CC y se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en cuanto considera el adecuado suministro eléctrico a una vivienda como un elemento esencial del contrato de compraventa de vivienda y que su falta deberá dar lugar a la resolución del mismo, dejando citadas las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fechas 11 de marzo de 2013 , 5 de noviembre de 2013 y 30 de enero de 2014 .

Motivo cuarto.- La sentencia recurrida al establecer que en una relación sinalagmática quien incumple puede exigir al otro el cumplimiento, infringe el art. 1124 del CC y se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en relación a la *exceptio non adimpleti contractus* dejando citadas las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 24 de octubre de 2008, rec. 2454/2002 y la de fecha 13 de octubre de 2010, rec. 1941/2006 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 6 de abril de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Caridad González Cerviño, en representación de Promociones Beirada do Porto S.L., y la procuradora Dña. Pilar Rodríguez Buesa, en representación de Abanca Corporación Bancaria S.A. (sucesora de La Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra), presentaron escritos de oposición a la casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 26 de octubre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - Antecedentes .

Por Dña. Serafina se interpuso demanda contra Promociones Beirada do Porto, S.L., a fin de que se declarase la resolución del contrato privado de compraventa celebrado con fecha 2 de julio de 2007 y en cuya virtud la hoy demandante compró un piso y dos plazas de garaje en un edificio cuya construcción promovía la demandada, interesando la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio pactado, por importe de 12.840 euros, demandando igualmente a Caja de Ahorros de Galicia en su condición de avalista de dichas cantidades entregadas a cuenta. El procedimiento se sustanció ante el Juzgado de Primera Instancia de Muros en autos de juicio ordinario núm. 321/2010.

A su vez, Promociones Beirada do Porto S.L. formuló demanda contra Dña. Serafina para que, cumpliendo el contrato privado de compraventa de fecha 2 de julio de 2007, se procediese a otorgar escritura pública del piso y las dos plazas de garaje objeto del contrato, pagando a la demandante la cantidad de 102.193 euros, más el



IVA correspondiente, más los intereses legales desde el 22 de octubre de 2009. De dicha demanda conoció el Juzgado de Primera Instancia de Muros en juicio ordinario 396/2010.

Por auto de fecha 14 de abril de 2011 dichos procedimientos fueron acumulados.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda formulada por Dña. Serafina y desestimó íntegramente la interpuesta por Promociones Beirada do Porto, S.L.. Dicha resolución fundamenta tal decisión en los siguientes motivos:

- a) La promotora se retrasó de manera injustificada en la entrega de la vivienda.
- b) La vivienda objeto del procedimiento carece de acometida definitiva del suministro eléctrico.
- c) El edificio a día de hoy tiene instalada luz de obra a nombre de Costa Caamaño, S.L..
- d) El propio representante legal de la promotora reconoció que se estaba negociando con la empresa suministradora para la instalación del transformador exigido por Fenosa.
- e) La vivienda no se encuentra en condiciones de ser habitada siendo indiferente que se hubiera obtenido la licencia de primera ocupación por silencio administrativo.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las partes demandadas, Promociones Beirada do Porto, S.L. y Caja de Ahorros de Galicia, que fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Quinta, de fecha 29 de mayo de 2014 .

Dicha resolución estimó los recursos de apelación interpuestos por la promotora y la Caja de Ahorros, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de desestimar la demanda formulada por Dña. Serafina y estimar la demanda interpuesta por Promociones Beirada do Porto, S.L., condenando a Dña. Serafina a otorgar escritura pública de compraventa sobre los inmuebles objeto del contrato de 2 de julio de 2007 y a pagar a Promociones Beirada do Porto, S.L. la cantidad de 102.193 euros, más el IVA y los intereses legales desde el 22 de octubre de 2009.

Dicho pronunciamiento se apoya en los siguientes extremos:

- a) La licencia de primera ocupación ha sido concedida por silencio administrativo dentro del plazo pactado para la entrega de la vivienda.
- b) La promotora puso la vivienda a disposición de la compradora dentro del plazo pactado sin retraso alguno.
- c) No existe en el edificio acometida de suministro eléctrico.
- d) El edificio cuenta únicamente con luz de obra.
- e) La falta de acometida definitiva del suministro eléctrico y, en su caso, de un centro de transformación no afecta al contenido esencial del contrato.
- f) En el momento en que la Sra. Serafina instó extrajudicialmente la resolución del contrato se encontraba incumpliendo el mismo al no haber acudido en el plazo pactado a otorgar escritura pública de la vivienda y no haber pagado el precio.

Recorre en casación la parte demandante, Dña. Serafina .

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC 2000 , dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó en atención a una cuantía inferior a los 600.000 euros.

El recurso de casación se articula en cuatro motivos.

En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1124 y 1258 del Código Civil y el artículo 195.6 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre , de ordenación urbanística y del medio rural de Galicia, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 12 de febrero de 2013 , 11 de marzo y 28 de octubre de 2013 . Dichas resoluciones establecen lo siguiente:

«...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 3.ª, 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».

Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la sentencia recurrida por cuanto habiéndose declarado probado por la sentencia recurrida la falta de acometida eléctrica definitiva en la vivienda, teniendo luz de obra y careciendo de transformador eléctrico, habiendo transcurrido casi tres años desde la fecha de entrega de los inmuebles, junio de 2009, como desde la fecha de la obtención por silencio administrativo de la licencia de primera ocupación, septiembre de 2009, no cabe concluir que de la mera existencia de la licencia de primera ocupación, elemento formal, se derive que el inmueble está en condiciones de habitabilidad, máxime cuando se ha declarado expresamente probada la inexistencia de acometida eléctrica definitiva de la vivienda. Añade que, en cualquier caso, nunca debió darse validez a la licencia de primera ocupación por silencio administrativo por cuanto no existió la preceptiva comprobación por parte de los servicios técnicos municipales, faltando a lo dispuesto por la normativa urbanística.

En el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y el artículo 1256 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 1 de julio de 2010, 9 de mayo de 2013 y 12 de marzo de 2014, todas ellas relativas a la inaplicación de oficio de las cláusulas abusivas.

Argumenta la parte recurrente que celebrado el contrato de compraventa entre un consumidor y una entidad mercantil, sus cláusulas no fueron negociadas de forma individual sino que le vinieron impuestas al comprador consumidor. Apunta que cuando la sentencia recurrida considera cumplido lo estipulado en la cláusula quinta del contrato en relación con el otorgamiento del certificado final de obra, concluye que la construcción ha sido terminada de acuerdo al proyecto aplicando dicha cláusula. Señala la recurrente que esa cláusula quinta del contrato es abusiva y por tanto nula al crear un evidente desequilibrio entre las partes. En concreto señala que deja en manos del director de la obra, el cual ha sido elegido por el promotor, el determinar que la obra se ha realizado ajustándose al proyecto y, en su caso, a las modificaciones introducidas en el mismo, cuando tal función debería realizarse por los servicios técnicos municipales a la hora de otorgar la licencia de primera ocupación, siendo ellos los que deberían determinar si lo construido cumple con lo proyectado, hasta el punto que dicha cláusula vacía de contenido la exigencia de una licencia de primera ocupación. Asimismo indica que



dicha cláusula establece un desequilibrio en favor de la parte vendedora, dejando a su arbitrio la determinación de si se ha cumplido o no con su obligación.

En el motivo tercero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 1124 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 11 de marzo de 2013 , 5 de noviembre de 2013 y 30 de enero de 2014 , las cuales consideran que el adecuado suministro eléctrico a una vivienda constituye un elemento esencial del contrato y que su falta debe dar lugar a la resolución del mismo.

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe la doctrina de esta sala en tanto que tras reconocer la falta de una acometida eléctrica definitiva, considera que tal incumplimiento no tiene naturaleza esencial del contrato, considerando que constituye un incumplimiento parcial y no absoluto de la promotora al ser una prestación complementaria o accesoria que es perfectamente subsanable y que no frustra el fin negocial perseguido.

Por último, en el motivo cuarto, tras citar como precepto legal infringido el artículo 1124 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 24 de octubre de 2008 y 13 de octubre de 2010 , las cuales establecen el sometimiento de las partes a lo pactado.

Señala la parte recurrente que tal doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida en tanto que ha sido la promotora la que en primer lugar incumplió el contrato al no entregar la vivienda en las condiciones pactadas en plazo, de lo que se deduce que la parte hoy recurrente cuando no acudió a otorgar escritura pública y no pagó el precio no estaba incumpliendo el contrato al estar justificada su negativa al cumplimiento de sus obligaciones.

SEGUNDO .- *Causas de inadmisibilidad* .

Se alega por la recurrida la posible incompetencia de este Tribunal para conocer del recurso de casación al invocarse la Ley de Ordenación Urbanística de Galicia de 31-12-2002.

Esta sala debe rechazar tal cuestión, dado que tal y como alegó el Ministerio Fiscal, dicha norma no fue determinante del resultado del litigio.

También debe rechazarse que se invoque como cuestión nueva la materia relativa a la obtención de licencia de primera ocupación por silencio administrativo, pues fue debatida en la primera instancia y si no se introdujo en la apelación fue por la innecesariedad de plantear recurso por la demandante, al estimarse íntegramente la demanda, es decir, por ausencia de gravamen (art. 448 LEC).

Por otro lado, no podemos apreciar cita heterogénea de preceptos sino coordinada y coherente.

Tampoco se desarrolla valoración de prueba en sede de casación, sino que se centra en el análisis del posible incumplimiento contractual.

TERCERO .- Motivo primero. La sentencia recurrida al establecer que una licencia de primera ocupación se puede entender obtenida por silencio administrativo aún en contra del ordenamiento urbanístico, infringe los arts. 1124 y 1258 del Código Civil y del art. 195.6 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia y se opone a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en cuanto no considera como válida una licencia de primera ocupación otorgada por silencio administrativo contraria al ordenamiento urbanístico, dejando citadas las STS, Sala 1ª, de 12-2-2013, rec. 1439/2010 , 11-3-2013, rec. 576/2010 y de 28-10-2013, rec. 730/2011 .

Se alega que la licencia de primera ocupación no puede obtenerse por silencio administrativo positivo, tal y como lo ha declarado la Sala 3.ª del TS, citando la recurrente la doctrina de esta Sala 1.ª que considera la posibilidad de declarar incumplimiento contractual por la no obtención expresa de la licencia dentro de un plazo razonable imputable al promotor.

CUARTO .- *Decisión de la sala*.

Se desestima el motivo.

Como dijimos en el FDD segundo, la cuestión relativa a la licencia de primera ocupación no era una cuestión nueva, pues se había debatido en la primera instancia.



En la sentencia del Juzgado se había declarado que dicha licencia se podía obtener mediante silencio administrativo, de forma contraria a lo que ha declarado esta sala y la Sala 3.ª del TS (véase FDD primero de esta sentencia).

Al estimarse la demanda la demandante no recurrió en apelación, por lo que la materia relativa a la mencionada licencia no fue objeto de debate.

Pero tampoco puede plantearla la ahora recurrente (demandante) ante esta sala, pues no siendo una cuestión nueva como dijimos sí es una cuestión resuelta y no litigiosa, pues la propia apelada (demandante) en su escrito de oposición al recurso reconoció la posibilidad de obtener la licencia por silencio (art. 448 LEC).

Por tanto, asumida la bondad de lo resuelto sobre la licencia, no puede plantearse ante esta sala dicha cuestión, por lo que ha de desestimarse el motivo.

QUINTO .- Motivo segundo. La sentencia recurrida al no anular y aplicar cláusulas abusivas insertas en un contrato celebrado por un consumidor infringe el art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación , el art. 1256 del CC y se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en cuanto a la inaplicación, de oficio, de las cláusulas abusivas, dejando citadas las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fechas 1 de julio de 2010 , 9 de mayo de 2013 y 12 de marzo de 2014 .

Recordaremos como base fáctica del presente litigio no susceptible de modificación, en cuanto interesa a éste motivo del recurso, que:

A).- Con fecha 2 de Julio de 2007 se formalizó entre la Sra. Serafina y Promociones Beirada do Porto, S.L., un contrato de compraventa de vivienda en ejecución cuyo objeto era la adquisición del piso NUM000 NUM001 del portal NUM002 y dos plazas de garaje de un edificio que promovía en el lugar de Lira (Carnota) Promociones Beirada do Porto, S.L., y por un precio de 114.193.-€ más el IVA correspondiente, y estableciendo en la cláusula quinta del contrato que «el certificado final de la dirección de obra supondrá el cumplimiento por parte de la vendedora de su obligación de terminación de la construcción conforme al proyecto y en su caso a las modificaciones introducidas en el mismo».

B).- Por la promotora se otorgó acta de finalización de obra en fecha 8 de septiembre de 2009, aportando certificado final de la misma suscrito por la dirección facultativa de la obra dentro del plazo previsto en el contrato para la entrega de los inmuebles vendidos según se establece en la sentencia recurrida, FD segundo, pág. 5.

Siendo indiscutido que el contrato litigioso se celebra entre un consumidor y una entidad mercantil, Promociones Beirada do Porto S.L. y que nos encontramos ante un contrato cuyas cláusulas no son negociadas de forma individual sino que le vienen impuestas al comprador-consumidor, la sentencia recurrida, FD segundo, pág. 7, al entender cumplido lo estipulado en dicha cláusula quinta por el otorgamiento de la prevista certificación final de obra, concluye que la construcción ha sido terminada de acuerdo al proyecto, aplicando dicha cláusula quinta del contrato.

Cláusula que a nuestro entender resulta abusiva y nula, creando un evidente desequilibrio entre las partes, pues deja en manos del director de obra que ha sido elegido por el promotor, el determinar que la obra ha sido realizada ajustándose al proyecto y, en su caso, a las modificaciones introducidas en el mismo, cuando debieran haber sido en todo caso los servicios técnicos municipales a la hora de otorgar la licencia de primera ocupación quienes tendrían que determinar si cumple lo construido con lo proyectado, hasta el punto de que dicha cláusula vendría a vaciar de contenido la exigencia de una licencia de primera ocupación.

SEXTO .- *Decisión de la sala.*

Se inadmite y desestima el motivo.

También se opuso con acierto la inadmisibilidad del presente motivo, a lo que se ha de dar una respuesta individualizada en este fundamento jurídico.

La cuestión relativa a la abusividad de la cláusula relativa a la terminación de la obra no fue opuesta por la parte demandante, hasta el punto de que por primera vez surge en casación, alegando la propia parte recurrente que debió estudiarse de oficio por la Audiencia Provincial (folio 18 del recurso), lo que acredita la inoportunidad de su planteamiento en cuanto genera notoria indefensión a la parte recurrida (art. 24 de la Constitución), unido a que su abusividad es discutible.

SÉPTIMO .- Motivo tercero. La sentencia recurrida al establecer que la entrega de una vivienda sin el adecuado suministro eléctrico no constituye un incumplimiento esencial del contrato de compraventa de una vivienda ni frustra el fin del contrato infringe el art. 1.124 del CC y se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala de

lo Civil del Tribunal Supremo, en cuanto considera el adecuado suministro eléctrico a una vivienda como un elemento esencial del contrato de compraventa de vivienda y que su falta deberá dar lugar a la resolución del mismo, dejando citadas las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fechas 11 de marzo de 2013 , 5 de noviembre de 2013 y 30 de enero de 2014 .

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 11 de marzo de 2013 , 5 de noviembre de 2013 y 30 de enero de 2014 , las cuales consideran que el adecuado suministro eléctrico a una vivienda constituye un elemento esencial del contrato y que su falta debe dar lugar a la resolución del mismo.

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe la doctrina de esta sala en tanto que tras reconocer la falta de una acometida eléctrica definitiva, considera que tal incumplimiento no tiene naturaleza esencial del contrato, considerando que constituye un incumplimiento parcial y no absoluto de la promotora al ser una prestación complementaria o accesoria que es perfectamente subsanable y que no frustra el fin negocial perseguido.

OCTAVO .- *Decisión de la sala.*

Se estima el motivo.

Esta sala en sentencia núm. 684, de 5 de noviembre de 2013 , declaró:

«El cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor, - STS 11 de marzo de 2013 - "no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia...". Que otros compradores decidieran escriturar, o entrar en la vivienda con suministros provisionales de electricidad, es algo ajeno al procedimiento.

»La conclusión, por tanto, no es otra que la que correctamente expresa la sentencia: en la actuación de la vendedora existió propio y verdadero incumplimiento que afecta a la esencia de lo pactado, pues impide al comprador obtener el fin del contrato suscrito, o, como se viene diciendo, las legítimas aspiraciones de la contraparte (STS de 16.11.05); de ahí que proceda la resolución contractual del art. 1.124 del CC (STS de 4.12.83 y 17.11.95), con devolución de las cantidades entregadas a cuenta».

Por otra parte en sentencia núm. 37 de 30 de enero de 2014 se declaró:

«Este contrato no se ha cumplido. A la fecha de formular la demanda, unos tres años después de aquella fecha, un piso no está terminado, ni por asomo, y el otro está pendiente de solucionar un problema en el transformador, es decir, tampoco está en condiciones de entrega, ni consta que haya obtenido la licencia de primera ocupación. Lo cual no es sino la falta del cumplimiento cuando ha pasado un lapso de tiempo sobradamente suficiente para cumplir el contrato de compraventa, sin poder pretender la parte vendedora tener pendiente el cumplimiento quedando la compradora vinculada indefinidamente».

Sentada con claridad la doctrina relativa a que para entender entregado efectiva e íntegramente una vivienda lo ha de ser con los suministros eléctricos definitivos, debemos ponerla en relación con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se declara probado que el suministro eléctrico se basa en una acometida provisional, ante la falta de una acometida definitiva, procediendo la luz de la propia obra mediante el correspondiente empalme. En la sentencia recurrida no se considera probado que sea necesario un centro transformador, como alega la parte recurrente, dado que no se acredita que se utilice calefacción eléctrica o sistema de aire acondicionado, en cuyo caso se establece reglamentariamente que el mayor consumo requeriría un centro de transformación (pag. 4 del informe del perito judicial).

Esta sala, sin necesidad de entrar en la necesidad o no del centro transformador, debe declarar, asumiendo los hechos probados de la segunda instancia, que se ha intentado entregar una vivienda con un mero suministro provisional de energía eléctrica, con acometida de obra, por tanto provisional, transitoriedad que no consta subsanada al día de hoy (siete años después), lo que genera un incumplimiento sustancial, pues como declaró la citada sentencia de 5 de noviembre de 2013 , «la conclusión, por tanto, no es otra que la que correctamente expresa la sentencia: en la actuación de la vendedora existió propio y verdadero incumplimiento que afecta a la esencia de lo pactado, pues impide al comprador obtener el fin del contrato suscrito, o, como se viene diciendo, las legítimas aspiraciones de la contraparte (STS de 16.11.05); de ahí que proceda la resolución contractual del art. 1.124 del CC (STS de 4.12.83 y 17.11.95), con devolución de las cantidades entregadas a cuenta».



Por tanto, no podemos aceptar la tesis de la sentencia recurrida de que la existencia de una acometida de obra de energía eléctrica a la vivienda sea un mero incumplimiento parcial y no sustancial.

En concreto se produce incumplimiento contractual (art. 1124 del C. Civil), en cuanto se intentó entregar una vivienda sin las condiciones necesarias para obtener dicha calificación, pues no disfrutaba de algo tan esencial como una acometida de luz definitiva, carencia que impide entender que se ofreciese o entregase el objeto pactado.

NOVENO .- Motivo cuarto. La sentencia recurrida al establecer que en una relación sinalagmática quien incumple puede exigir al otro el cumplimiento, infringe el art. 1124 del CC y se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en relación a la *exceptio non adimpleticontractus* dejando citadas las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 24 de octubre de 2008, rec. 2454/2002 y la de fecha 13 de octubre de 2010, rec. 1941/2006 .

Señala la parte recurrente que tal doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida en tanto que ha sido la promotora la que en primer lugar incumplió el contrato al no entregar la vivienda en las condiciones pactadas en plazo, de lo que se deduce que la parte hoy recurrente cuando no acudió a otorgar escritura pública y no pagó el precio no estaba incumpliendo el contrato al estar justificada su negativa al cumplimiento de sus obligaciones.

DÉCIMO .- *Decisión de la sala.*

Se estima el motivo.

Habiendo declarado esta sala que la vendedora incumplió el contrato de compraventa al no entregar el objeto pactado con las características propias de una vivienda, como es un suministro eléctrico definitivo, no puede imputarse al comprador la responsabilidad de la frustración del contrato, pues el comprador no incurre en mora si el vendedor no cumple con lo pactado (arts. 1100 y 1124 del C. Civil).

En este sentido: «de acuerdo con los arts. 1100 y 1108 del C. Civil , no puede predicar la mora del contrario quien, como el vendedor, incumple sus propias obligaciones» sentencia de 8 de octubre de 2010 y sentencia núm. 751, de 28 de diciembre de 2015 .

Aceptados los motivos referidos y estimado el recurso procede casar la sentencia recurrida, confirmando el fallo de la sentencia de 20 de septiembre de 2012 dictada por el juzgado de primera instancia núm. 1 de Muros (Juicio ordinario núm. 321 de 2010).

UNDÉCIMO .- Se mantiene el pronunciamiento sobre costas de la sentencia del juzgado.

Se imponen a los recurrentes en apelación las costas de la segunda instancia.

No procede imposición de las costas de la casación, acordándose la devolución del depósito para recurrir.

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 Dña. Serafina , contra sentencia de 29 de mayo de 2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de La Coruña . **2.º**- Casar la sentencia recurrida, confirmando el fallo de la sentencia de 20 de septiembre de 2012 dictada por el juzgado de primera instancia núm. 1 de Muros (juicio ordinario núm. 321 de 2010). **3.º**- Se mantiene el pronunciamiento sobre costas de la sentencia del juzgado. **4.º**- Se imponen a los recurrentes en apelación las costas de la segunda instancia. **5.º**- No procede imposición de las costas de la casación, acordándose la devolución del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.