



Roj: STS 2054/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2054
Id Cendoj: 28079110012015100255
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 882/2013
Nº de Resolución: 281/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Estepona, recursos interpuestos por la procuradora doña Raquel Nieto Bolaño, en nombre y representación de la mercantil CRESAN GESTIONES, SL; siendo parte recurrida el procurador Daniel Bufalá Balmaseda, en nombre y representación de DON Horacio y DOÑA Africa .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador D. Julio Cabellos Menéndez, en nombre y representación de Don Horacio y Doña Africa , interpuso demanda de juicio ordinario contra CRESAN GESTIONES, SL y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicó al juzgado dicte sentencia *por la que se declare resuelto el contrato de compraventa de fecha 18 de octubre de 2006, condene a la demandada a pasar por tal declaración, condenándola igualmente a devolver a los demandantes la suma de 49.220,00 #, más los intereses legales desde su entrega a la demandada hasta su completa devolución, incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, y todo ello con expresa condena en costas a la demandada*

2.- El Procurador D. José Antonio López Guerrero, en nombre y representación de CRESAN GESTIONES, S.L., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que *se desestime aquella en todas sus partes, absolviendo libremente a mi representada de todas sus pretensiones, y condenando expresamente a DON Horacio y DOÑA Africa al pago de las costas del juicio.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Iltre. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Estepona, dictó sentencia con fecha 17 de noviembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Don Horacio y Doña Africa , representado por el procurador de los tribunales, Sr. Cabellos Menéndez, frente a "CRESAN GESTIONES SL", representado por el procurador de los tribunales Sr. LÓPEZ Guerrero, DEBO DECLARAR Y DECLARO que, por estar RESUELTO el contrato de compraventa concertado entre ambas partes de 18 de Octubre de 2006, CONDENANDO a la expresada demandada a abonar a la actora la suma CUARENTA Y NUEVE MIL EUROS (49.220 EUROS), , más los intereses legales de dicha cantidad, desde la interpelación judicial hasta su completo pago, incrementados en dos puntos a partir de la fecha de la presente resolución. Con expresa imposición de las costas procesales causadas al demandado*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de CRESAN GESTIONES, S.L , la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Que desestimándose el recurso de apelación formulado por la entidad Cresan Gestiones, S.L., representada en esta alzada por la procuradora Sra. Padilla Gómez, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de*

Estepona, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución. Todo ello, con imposición a la apelante del pago de las costas ocasionadas por su recurso.

TERCERO .- 1 .- La procuradora D^a Eva Padilla Gómez, en nombre y representación de CRESAN GESTIONES, S.L. interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO .-** Al amparo del artículo 469.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con relación al artículo 468 y 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al vulnerar la sentencia el artículo 24 de la Constitución Española , por infracción del artículo 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **SEGUNDO .-** Al amparo del ordinal segundo y tercero del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 218.1 y 216 Ley de Enjuiciamiento Civil infringiéndose además por vulneración el artículo 24 de la Constitución Española . **MOTIVO DE CASACION: PRIMERO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1124 del Código civil y los artículos 1256 y 1258 del Código civil . **SEGUNDO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por oposición a jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2.- Por Auto de fecha 10 de junio de 2014, se acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el procurador Daniel Bufalá Balmaseda, en nombre y representación de DON Horacio , y DOÑA Africa presentó escrito de oposición a los recursos interpuestos.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de mayo de 2015 , en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- Son hechos probados en la instancia o más bien indiscutidos, los siguientes por orden cronológico:

* 18 octubre 2006: celebran contrato de compraventa de cosa futura la entidad CRESAN GESTIONES, SL como vendedora (demandada en la instancia y recurrente en casación) y don Horacio y doña Africa , como compradores. El objeto es una vivienda, con garaje y trastero que la vendedora va a construir en un conjunto denominado "Monte Selwo" en Estepona, que se obliga a terminar *antes del 30 agosto de 2007* , con un período más, de gracia, de *dos meses* ; el precio se fija como cierto.

* 5 marzo 2007: se otorga certificado final de la obra

* 26 junio 2007: escritura pública, acta, de terminación de la obra.

* 15 noviembre 2007: : los compradores remiten requerimiento notarial a la sociedad vendedora dando por resuelto el contrato por incumplimiento del plazo de entrega reclamando, asimismo, la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, sin que de contrario se formulara oposición o contradicción a dicha resolución y sin que conste que, desde entonces y hasta la presentación de la demanda, por la vendedora se haya requerido a los compradores para el otorgamiento de escritura pública de compraventa y entrega del inmueble objeto del contrato.

* 21 enero 2008: la sociedad vendedora solicita la licencia de primera ocupación.

* 19 marzo 2008: los compradores formulan demanda instando la resolución del contrato y la devolución de las cantidades entregadas.

* 23 mayo de 2008: se concede la licencia de primera ocupación.

* 17 noviembre 2009: sentencia del Juzgado de 1^a Instancia nº 4 de Estepona , que estima íntegramente la demanda.

* 27 febrero 2013: sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 5^a, de Málaga, que confirma la anterior.

* 4 abril 2013, fecha del escrito del recurso de casación contra la anterior sentencia, que formula la sociedad vendedora, demandada en la instancia, CRESAN GESTIONES, SL

* 18 marzo 2014, esta misma entidad vende la vivienda, trastero y garaje a un tercero, en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad.

2.- Las sentencias de primera y de segunda instancia han tenido en cuenta, esencialmente, la falta de cumplimiento del plazo previsto en el contrato. Dice la de primera instancia:

"se ha de colegir que un retraso de año y medio es a todas luces inaceptable de no mediar causa justificada para ello lo que determina la existencia de causa suficiente que permita que la acción ejercitada por la actora de resolver el contrato prospere, aún cuando en la mencionada cláusula contractual se aluda a la posibilidad de prórroga de 2 meses desde la fecha (excedida con creces) sin necesidad de causa alguna."

Y añade la dictada por la Audiencia Provincial, de forma rotunda:

*"isto lo anterior, resulta incontrovertido hecho de que la entrega efectiva de las inmuebles objeto de contrato litigioso no tuvo lugar en el plazo estipulado en mismo, bien es cierto que las obras finalizaron el 5 de marzo de 2007, según Certificado Final de Obras y que el 26 de junio de 2007 se otorgó escritura pública de Acta de terminación de obra, pero también consta en autos que hasta el 21 de enero de 2008 no se solicitó Licencia de Primera Ocupación y que ésta no fue concedida hasta el 23 mayo siguiente, pese a lo cual, la vendedora no procedió a la entrega de la vivienda, por lo que aparece incuestionable la incursión en mora de la entidad demandada en el cumplimiento de su obligación contractual de entrega, conforme a lo establecido por el artículo 1100 del Código civil, habida cuenta de que **no se cuestionó en la instancia el puntual cumplimiento por los compradores demandantes de su obligación de pago**, y que resulta, en todo caso, indiscutible el carácter esencial y determinante del plazo de entrega de la vivienda contractualmente convenido, dada la naturaleza del contrato en cuestión."*

3.- La misma sociedad demandada ha formulado sendos recursos por infracción procesal y de casación. El primero de ellos consta de dos motivos, ambos por infracción del artículo 24 de la Constitución Española en relación con los artículos 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero y en relación con los mismos artículos el segundo. El de casación se articula igualmente en dos motivos, ambos por infracción del artículo 1124 del Código civil en relación con otros, insistiendo en todo caso en la ausencia de incumplimiento esencial resolutorio.

SEGUNDO .- 1- El recurso por infracción procesal, como se ha apuntado, contiene dos motivos con idéntica fundamentación, aunque con distinto punto de vista.

El primero de los motivos se formula al amparo del artículo 469.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 24 de la Constitución Española, derecho a obtener la tutela judicial efectiva, por la vulneración de los artículos 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo en relación con la fecha de presentación de la demanda. A lo largo del motivo destaca que la sentencia de instancia incurre en un claro error (en el motivo se expresa que éste se halla en el fundamento duodécimo de la sentencia, lo que es también un claro error, ya que no existe) al confundir de año (2009) el de presentación de la demanda (2008).

El motivo se desestima. Ciertamente, es un error, pero no tiene trascendencia alguna en la resolución del caso. La sentencia recurrida destaca el incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo pactado, resolución que se practicó extrajudicialmente el 15 noviembre 2007 y, al no ser aceptada por la entidad vendedora, es el presente proceso el que debe acordarla y así lo ha hecho la sentencia recurrida (en este sentido, numerosas sentencias de esta Sala, desde las de 17 enero 1986, 12 marzo 1990, 15 febrero 1993, 11 diciembre 1993, 29 abril 1998), la sentencia no constituye la resolución, sino que la declara, produciendo efectos *ex tunc*, atinentes, entre otros, a la restitución de las prestaciones, como es el pago de parte del precio.

Por tanto, un error intrascendente carece de los efectos que pretende la parte recurrente, de anular la sentencia recurrida.

2.- El segundo de los motivos de este recurso alega la infracción de los artículos 218.1 y 216 de la Ley Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, del artículo 24.1 de la Constitución Española por razón de incongruencia, al haberse producido un impago por el comprador de un plazo del precio, lo que ha sido contradicho por la sentencia de instancia.

No se comprende que tiene que ver con la denuncia de incongruencia, ya que ésta es la relación correcta entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (sentencias de 12 noviembre 2009, 10 febrero 2012, 26 septiembre 2013), sin que alcance a los razonamientos de la misma (sentencias de 23 julio 2010, 3 noviembre 2010, 30 octubre 2013, 21 abril 2015).

El motivo, además, se desestima por ser cuestión nueva proscrita en el recurso (sentencias de 18 febrero 2010, 6 mayo 2011, 9 febrero 2012, 1 de julio de 2014), puesto que -tal como expresa la sentencia

recurrida, "no se cuestionó en la instancia el puntual cumplimiento por los compradores demandantes de su obligación de pago".

TERCERO .- 1.- El recurso de casación contiene, como el anterior, dos motivos, ambos referidos a la resolución del contrato, que combate el fallo de las sentencias de instancia, que sí la acuerda.

El primero alega como infringidos los artículos 1124 y 1256 y 1258 del Código civil y abundante jurisprudencia.

Aparte de la cita de los preceptos genéricos, artículos 1256 y 1258 del Código civil de los que nada se indica.

En cuanto al artículo 1124 y jurisprudencia, impugna el incumplimiento que ha sido declarado por el escaso retraso que no justifica la resolución. No es así; en el contrato se trata de la terminación de la obra, pero se está contemplando constantemente la entrega de la vivienda, que precisa la licencia de ocupación que no se pidió y, naturalmente, no se obtuvo hasta mucho después del plazo determinado contractualmente. De hecho, nunca se ha entregado, ya que incluso se ha transmitido posteriormente a tercero.

El incumplimiento es, pues, esencial, no sólo por aplicación del artículo 1124 del Código civil, sino también por lo previsto en el contrato de que es constante la referencia a la entrega de la vivienda que nunca se ha producido.

2.- El segundo de los motivos del recurso de casación se formula al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por oposición a la doctrina jurisprudencial respecto al artículo 1124 del Código civil que determina -como se dice textualmente en el encabezamiento del motivo- "que quien ejercite la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriese como consecuencia de incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste sería lo que motivaría el derecho de resolución de su adversario y lo liberaría de su compromiso".

Es cierta esta afirmación de que sólo puede exigir la resolución quien ha cumplido su obligación o está dispuesta a cumplirla o ha intentado cumplirla (así, la sentencia del 15 julio 1999, que cita otras muchas y ha sido reiterada posteriormente).

Lo cual no es aplicable en el presente caso. La cuestión del incumplimiento por el comprador no se planteó en primera instancia y cuando sí se hace en el recurso de apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial responde que no se tiene en cuenta "habida cuenta que no se cuestionó en la instancia el puntual cumplimiento por los compradores demandantes de su obligación de pago".

Además, no puede obviarse que si el comprador advierte el incumplimiento por el vendedor de la obligación de entregar el aval o del retraso, no viene obligado a cumplir. Y más, cuando nunca fue alegada esta cuestión cuando la vendedora recibió los requerimientos, especialmente el definitivo de resolución, a los que nunca se opuso y simplemente dejó de cumplir su obligación esencial de entrega de la cosa vendida.

Y, en definitiva, al aparecer que posteriormente se da la imposibilidad de cumplirla por su transmisión a tercero, no queda sino la resolución al no haberse pedido el cumplimiento por equivalencia, situación que contemplan las sentencias de 26 diciembre 2006 y 22 junio 2010.

CUARTO .- 1.- Rechazándose los motivos tanto del recurso por infracción procesal como del de casación, procede declarar no haber lugar a los mismos, con las consecuencias inherentes, y esencialmente la confirmación de la sentencia recurrida que, a su vez, confirma la de primera instancia.

2.- En cuanto las costas, procede la imposición de las mismas a la parte recurrente, tal como establece el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Asimismo, procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL y DE CASACION formulados por la representación procesal de CRESAN GESTIONES, SL, contra la sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en fecha 27 de febrero de 2013, que SE CONFIRMA.



2.- Se condena a dicha parte al pago de las costas causadas en estos recursos.

3.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ