

En la Villa de Madrid, a diez de septiembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación núm. 1899/2008 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la entidad Marbella Vista Golf S.L., aquí representada por la procuradora de los tribunales D^a Belén Jiménez Torrecilla, contra la sentencia de 14 de julio de 2008, dictada en grado de apelación, rollo núm. 115/08, por la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante del juicio ordinario núm. 110/07 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella. Son parte recurrida D. John y D^a Joanna, que han comparecido bajo la representación de la procuradora de los tribunales D^a Myriam Álvarez del Valle Lavesque.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella dictó sentencia de 11 de octubre de 2007, en el juicio ordinario núm. 110/07, cuyo fallo dice:

“Fallo: Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por D. John y D^a Joanna, contra la entidad Marbella Vista Golf, S.L., absuelvo a esta de todas las pretensiones contra ella deducidas por los actores, condenando a estos al pago de las costas procesales”.

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

“Primero.- Ejercitan los actores D. John y D^a Joanna en el presente litigio, y con carácter principal, la acción de resolución contractual respecto del contrato privado de compraventa celebrado con fecha de 5 de febrero de 2004 con la mercantil Marbella Vista Golf, S.L. por el cual esta vendía a los actores la vivienda núm. ..., del Bloque ..., portal ..., del conjunto residencial “S.”, de Marbella, así como la plaza de garaje núm. 3, del mismo portal, como anejo inseparable, finca registral núm. ...193 del Registro de la Propiedad núm. 1 de Marbella, efectuándose por los compradores demandantes, conforme a lo pactado, pagos parciales por importe total de 100.846,16 euros, suma cuya devolución se reclama en la demanda, más los intereses legales, y sin que la vendedora cumpliera sus obligaciones con arreglo al contrato, en concreto las siguientes: llegar la fecha límite señalada, con la prórroga pactada de tres meses, esto es, el 31 de octubre de 2005, sin que la parte vendedora hubiese procedido a la terminación y entrega del inmueble con licencia de primera ocupación, por lo que los compradores optaron por la resolución del contrato, reclamando a la promotora la devolución de las cantidades entregadas a cuenta.

“La entidad demandada, la mercantil Marbella Vista Golf, S.L., por su parte, se opuso a la demanda, alegando, en síntesis: que los inmuebles objeto de compraventa han sido terminados, de acuerdo con el certificado final de obra, tan solo 8 días después de la fecha límite pactada en el contrato, el 31 de octubre de 2005, sin que en el contrato se pactase que fuese preciso para considerar terminada la vivienda la existencia de licencia de primera ocupación; que, en todo caso, el conjunto residencial cuenta con

licencia de primera ocupación concedida por silencio administrativo, tras haber transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud de la misma sin resolución alguna al respecto, y sin que la misma haya sido denegada por ninguna resolución, y que, en todo caso, la hipotética falta de licencia de primera ocupación no es imputable a la demandada, y no constituye incumplimiento invocable como causa de resolución; contando la promoción con suministro individual de agua y energía eléctrica; sin que los actores hayan otorgado la escritura pública de compraventa, pese a haber sido requeridos para ello.

“Segundo.- Se ejercita en la demanda, con carácter principal, la acción de resolución contractual, invocando el art. 1124 del Código Civil, que regula la llamada condición resolutoria implícita o facultad resolutoria, aplicable en los supuestos de contratos de carácter sinalagmático, como es el de compraventa objeto de autos (contrato privado de 5 de febrero de 2004, aportado como documento núm. 1 de la demanda, y no impugnado), contrato que genera obligaciones recíprocas para ambas partes, regido por los arts. 1445 y siguientes del Código Civil, al que son también aplicables los arts. 1089, 1091 y 1258 y concordantes del mismo texto, relativos a los efectos de las obligaciones y contratos. Dicho precepto faculta a resolver la relación contractual, en caso de acreditarse el incumplimiento contractual grave y voluntario, por el contratante demandado, de alguna de sus obligaciones esenciales a tenor del contrato, que, tal y como exige la doctrina jurisprudencial al respecto, impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la contraparte. Y la AP de Madrid, en sentencia de 21 de octubre de 2000, se hace eco de la jurisprudencia que expone que “la facultad resolutoria requiere no un simple retraso en el cumplimiento obligacional, sino que se patentice de forma indubitada la existencia de una voluntad manifiestamente obstativa al cumplimiento y que sea imputable al deudor, así como que el hecho incumplidor sea de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte”. Igualmente, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de septiembre de 2000, afirma que “la interrelación de los arts. 1124 y 1504 del Código Civil, reiterando una decantada jurisprudencia, es bien elemental, contrastando las respectivas sanciones de uno y otro, en el bien entendido que ambos contemplan la posibilidad resolutoria de los contratos u obligaciones bilaterales o sinalagmáticas a causa de incumplimiento por alguno de los obligados o contratantes, pudiendo destacarse:

a) Que el art. 1124, como precepto genérico, y aparte de otras alternativas frente a ese incumplimiento, se refiere a todo tipo de contratos bilaterales, cuando se incumpla por alguno de los obligados lo que les incumbe, en cuyo caso, automáticamente, el perjudicado, en su caso, podrá instar la resolución, aunque, claro es, ese remedio no esté previsto en el contrato, porque se trata de una “facultad resolutoria implícita en las recíprocas” (...). Y reitera la jurisprudencia del TS (entre otras, en las SS de 4 de octubre de 1983, y de 24 de marzo, 6 de octubre y 29 de diciembre de 1997) que ha de haber propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato. Sin embargo, señala también el Alto Tribunal, tampoco puede exigirse una aplicación

literal de “una voluntad deliberadamente rebelde”, que sería tanto como exigir dolo, sino más razonablemente apreciar incumplimiento cuando se frustra, por la conducta de la parte, el fin contractual, o cuando se obligue, por ejemplo, al acreedor a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento (SS de 28 de enero de 1986, 29 de febrero, 26 de abril, 25 de mayo y 3 y 21 de septiembre de 1988, 6 de julio de 1989, y 2 de abril de 1993, entre otras).

Y esta doctrina, más que consolidada, no ha sido modificada por el Tribunal Supremo en sus más resoluciones más recientes, puesto que no se desprende así del tenor de la sentencia de la Sala 1.^a de fecha 31 de mayo de 2007, que cita otra del Alto Tribunal de 20 de septiembre de 2006, y que en realidad no hace sino corroborar la doctrina antes expuesta, de modo que solo recuerda y reitera el principio de que no se exige, para que proceda la resolución, una voluntad deliberadamente obstativa al cumplimiento ni una reiterada y demostrada voluntad rebelde, ya recogida en la jurisprudencia antes parcialmente transcrita y extractada, y que simplemente señala que basta el dato objetivo de la “injustificada” (y esto es lo esencial) falta de cumplimiento del contrato, es decir, que sea imputable a la parte contra la que se acciona, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato. Desde luego, lo que no dice dicha sentencia es que baste con la constatación del dato objetivo del incumplimiento para que proceda la resolución contractual, sino que el mismo ha de ser imputable al otro contratante.

“Atendidos los términos en que aparece planteado el litigio, no discutida y acreditada la relación contractual existente entre las partes, que ha de entenderse configurada como de compraventa, conforme al contrato privado de autos, cuyo objeto viene constituido por la vivienda núm. ..., del Bloque ..., portal ..., del conjunto residencial “S.”, de Marbella, así como la plaza de garaje núm. 3, del mismo portal, como anejo inseparable, finca registral núm. ...193 del Registro de la Propiedad núm. 1 de Marbella, y reconocido igualmente por la promotora-vendedora demandada el abono por los compradores demandantes de parte del precio pactado, con un total de 100.846,16 euros, la cuestión principal debatida se centra en establecer si por la vendedora demandada, la mercantil Marbella Vista Golf, S.L., ha existido el incumplimiento que se alega por los demandantes D. John y D^a Joanna como causa para la resolución del contrato de compraventa suscrito por ambas partes. En este sentido, como señala la AP de Zaragoza en sentencia de 12 de enero de 2000, la “exceptio non adimpleti contractus” en su modalidad de cumplimiento defectuoso, “excepto non rite adimpleti contractus”, es oportuna en supuestos en que el contrato no se ha cumplido adecuadamente en cantidad, calidad, manera o tiempo.

Ambas excepciones carecen de regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico, pero su existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos y ha sido sancionada por la Jurisprudencia; así, en cuanto a la primera, los arts. 1466, 1500.2 y 1124 del Código Civil, y las sentencias del TS de 7 de octubre de 1895, 8 de julio de 1903, 9 de julio de 1904, 10 de abril de 1924, 6 de noviembre de 1923 y 29 de diciembre de 1969, y respecto la segunda, los arts. 1157, 1100 y 1154 del mismo texto legal y las sentencias del TS de 17 de abril de 1976, 18 de abril de 1979, 14 de junio de

1980, 13 de mayo de 1985 y 27 de marzo de 1991. Como precisa la Sala 1.^a del TS en sentencia de 13 de mayo de 1985 “el éxito de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que los defectos de la obra sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente; es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a los bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 del Código Civil y solo permitan la vía reparadora bien mediante las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio (SS del TS de 27 de diciembre de 1971, 17 de enero de 1975 y 15 de marzo y 3 de octubre de 1979).

Por último, la sentencia de la Sala 1.^a del Alto Tribunal de 19 de noviembre de 1994 dice en esta materia, y con relación al contrato de obra, “que la obligación de pago del precio de la obra por parte del dueño o comitente constituye la contraprestación a la obligación del contratista de entrega de la obra ejecutada, y por ello aquel puede retrasar el pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición como si solamente se ha cumplido en parte o tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega”. Y la AP de Valencia, en sentencia de 17 de noviembre de 1999, señala, con relación al contrato de obra, que la “exceptio non rite adimpleti contractus” exige que por parte del contratista se haya incumplido la obligación, pudiendo paralizar el pago si aquel solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de modo defectuoso su obligación de entrega, hasta que se rectifiquen de modo pertinente los defectos que presentaba, o alternativamente el derecho a reducir el precio a pagar para resarcirse de tales imperfecciones (art. 1124 del Código Civil). La sentencia de 12 de marzo de 1994 de la AP de Huesca afirma, entre otras consideraciones, que los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas, vienen informados por el principio del cumplimiento simultáneo, atendiendo a la conexión e interdependencia existente entre las obligaciones de las partes, que no admite la separación temporal entre las dos prestaciones en juego, salvo que así se haya convenido o resulte de la misma naturaleza del contrato o de los usos del tráfico, dando lugar a las excepciones del contrato no cumplido y del cumplimiento inexacto, en cuya virtud, cada parte contratante puede oponerse a desarrollar su prestación si la otra no ha dado efectividad a la suya o no ofrece cumplirla simultáneamente, ejerciendo el derecho a abstenerse provisionalmente de cumplir en tanto el otro sujeto no realice su contraprestación correctamente.

“Tercero.- En los presentes autos, en los que nos encontramos, como ya se ha señalado, ante una resolución de una obligación contractual, en la que como dice el propio art. 1124 del Código Civil, “el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de los intereses en ambos casos”, valorando en su conjunto el resultado que ofrecen las pruebas practicadas, consistentes en la documental obrante en autos, única prueba

propuesta por las partes, que solicitaron en la audiencia previa que, de conformidad con el art. 428.3 de la NLEC, estando ambas conformes en cuanto a los hechos y quedando reducida o centrada la controversia en una cuestión jurídica, se declarase el procedimiento concluso para sentencia, sin necesidad de celebración de juicio, ha de concluirse que no se ha acreditado en modo alguno incumplimiento por parte de la promotora-vendedora de las obligaciones que le incumbían con arreglo al contrato de autos, y mucho menos aún de carácter esencial, que pudiera ser elevado a la categoría de causa o motivo de resolución del mismo de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta en el anterior fundamento; en concreto, no se ha acreditado el primero de los incumplimientos que se aduce en la demanda, relativo a la obligación de terminación y entrega en el plazo pactado.

Pues bien, en la cláusula o estipulación 4.^a del contrato se pactó la fecha del 1 de julio de 2005, con posibilidad de prórroga, por voluntad de la vendedora, hasta el 31 de octubre del mismo año, y en dicha cláusula 4.^a se determinó de forma expresa que “Las obras se entenderán finalizadas cuando por la dirección técnica se expida el correspondiente Certificado Final de Obras”, y resulta que dicho certificado final de obra de la Fase III del conjunto (documento núm. 8 de la demanda, y núm. 2 de la contestación, no impugnados), en el que se ubican la vivienda y plaza de garaje adquiridos por los actores Sres. John y Joanna, se expidió el 8 de noviembre de 2005, es decir, tan solo ocho días después de la expiración del plazo pactado, requiriéndoles para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa el 18 de noviembre de 2005 y el 2 de junio de 2006 (documentos núm. 2 y 9 de la propia demanda, tampoco impugnados), encontrándose el inmueble en condiciones de servir para el uso y fin a que se le destina, el de vivienda, contando, además, con suministro de agua y de energía eléctrica, y no solo de los llamados “de obra”, sino individualizados, al menos para las zonas comunes, según resulta de los contratos de suministro suscritos con las entidades Acosol y Sevillana Endesa aportados por la demandada en el acto de la audiencia previa; y ello aunque no se haya obtenido hasta la fecha resolución otorgando la licencia de primera ocupación del conjunto, lo que, todo lo más, constituiría un mero retraso y no un incumplimiento (ni mucho menos esencial), imputable, en función de las circunstancias, no necesariamente a la promotora vendedora, sino quizá al Ayuntamiento de Marbella, siendo evidente que se trataría, en todo caso, de una obligación accesoria y no principal, cuyo incumplimiento en ningún caso podrían justificar la resolución contractual, de acuerdo con la doctrina jurisprudencialmente consagrada en la materia, habiéndose, en todo caso, aducido por la promotora que el complejo o conjunto cuenta con licencia de primera ocupación por silencio administrativo, cuestión en la que, pese a estimarse que, por lo ya expuesto, no se hace preciso entrar a conocer, se abordará en el siguiente fundamento.

Cuarto.- El debate en torno a si se ha obtenido o no licencia de primera ocupación por silencio positivo supone una cuestión prejudicial contencioso-administrativa que no ha sido opuesta formalmente, como tal, por ninguna de las partes. Ahora bien, dicha cuestión ha sido fijada por las partes como un hecho controvertido procediendo, por ella, emitir un pronunciamiento al respecto. Para resolver dicha cuestión controvertida ha de partirse de la legislación administrativa y las resoluciones jurisdiccionales

contencioso administrativas dictadas sobre la materia en cuestión. A tal efecto procede traer a colación la reciente sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso, con sede en Málaga, de fecha 29 de marzo de 2007 que resuelve recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por un Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Málaga que desestimó el recurso interpuesto por un particular contra la desestimación presunta del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Málaga que denegó la licencia de primera ocupación de la vivienda unifamiliar propiedad de los recurrentes, entendiéndose en la sentencia recurrida que no se pueden entender concedidos por silencio positivo facultades contrarias a la legislación o planeamiento urbanístico, al igual que ocurre, esencialmente, con el Ayuntamiento de Marbella respecto de la licencia de primera ocupación objeto de autos. Pues bien, la Sala estima el recurso y declara el derecho de los recurrentes a obtener licencia al haberse producido silencio positivo, sin entrar a pronunciarse sobre la corrección jurídica urbanística de lo obtenido por silencio. Para ello parte, esencialmente, de los siguientes fundamentos de derecho, que, por su interés, producir reproducir prácticamente en su integridad, pese a su extensión:

“... La única cuestión que debe resolverse en esta apelación es... la eficacia del silencio positivo cuando estamos ante una licencia urbanística y debemos aplicar la regulación del silencio tras la reforma realizada en la Ley 30/1992 por Ley 4/1999. Escenario en el que no hay pronunciamiento jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo. Sobre la misma cuestión se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en sentencia de 24.05.2005, en ella se dice:

“...Esta materia ya ha sido estudiada por esta Sala en diversas sentencias partiendo de la doctrina establecida para “unificación de doctrina” en la sentencia 1487/2002 de 4 de noviembre (Rec. Casa. Unif. Doctri. 1/2002) y que ha sido seguido por otras sentencias de esta Sala y Sección Tercera 14.01.2004 (AP-694/2003), 1.12.2004 (AP-613/2003) y 2.12.2004 (Rec. 1773/2000 y 389/2001). La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, reformada por la Ley 4/1999, parte de una premisa muy clara en el art. 43.2 cuando se ha iniciado un procedimiento por solicitud del interesado “... Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario...” y esa estimación de las peticiones de los interesados se produce según el art. 43.5 “... desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que esta se haya producido.

En nuestro caso, no cabe dudas de que el plazo era de tres meses (plazo ajustado al art. 42.2 de la Ley 30/1992) y que los efectos del silencio administrativo eran positivo (art. 43.2)... Con el razonamiento del Ayuntamiento, presentada la solicitud del particular el 4.3.2002 debió emitir informe el arquitecto municipal y, sin más trámite, denegar la licencia si entendía que pugnaba con las normas urbanísticas, de nada sirve informar sobre un proyecto que puede ser magnífico técnicamente si las normas urbanísticas van a impedir necesariamente que se lleve a la práctica. Con los

parámetros que se acaban de citar es obvio que el 5.06.2002 el demandante había obtenido la licencia de actividad inocua por silencio administrativo positivo y según el art. 43.3 “La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizado del procedimiento... y continúa el art. 43.5... Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho... “. Ahora bien, podemos preguntarnos qué efectos tiene una resolución administrativa tardía que vaya contra el silencio administrativo positivo, en teoría, no puede darse pues el art. 43.3 ya hemos visto que producido el silencio administrativo positivo el "procedimiento administrativo ha finalizado”.

La Ley 4/1999 modificadora de la Ley 30/1992, lo que pretende es que se analice el silencio administrativo en abstracto, si por la existencia de una resolución posterior a la que debe entenderse adquirida una autorización por silencio administrativo positivo dejase de ser operativa sencillamente estaríamos haciendo una interpretación que derogaría y haría superflua la propia reforma efectuada por Ley 4/1999; si nos fijamos en la exposición de motivos veda esta posibilidad “... Se trata de regular esta capital institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido.

Por todo ello, el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública solo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley...” y, en consonancia con la exposición de motivos el art. 43.4.a) solo permite a la Administración resolver confirmando el silencio administrativo positivo, caso contrario, cuando la Administración se percate que han pasado los plazos y que el ciudadano ha obtenido autorización o cualquier otro derecho por silencio administrativo positivo debe acudir a los procedimientos de revisión previstos en la Ley, nunca se le permite dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo (el procedimiento ha finalizado -art. 43.3). Por ello, al enjuiciar el fondo del proceso el prisma que debe adoptarse es ignorar la resolución expresa, si el actor tiene razón en su pretensión el tribunal condenará a la Administración a entregarle el certificado, caso contrario puede y debe analizar la resolución expresa de la Administración dependiendo de los motivos de impugnación y planteamiento que haga el recurrente”. Y continúa la Sala diciendo que “El paso siguiente será determinar qué efectos jurídicos debemos dar a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, cuando afirma:

“... En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas u

Ordenanzas o, en general, en términos contrarios, opuestos o disconformes con las previsiones de la ordenación urbanística. La solicitud de licencia urbanística que no sea resuelta por el Ayuntamiento dentro de los plazos legales, sin perjuicio de las prórrogas que sean procedentes, se entenderá estimada, salvo que su contenido sea constitutivo de contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística, en cuyo caso se entenderá desestimada...". El precepto de gran raigambre en nuestra legislación urbanística, baste la lectura del art. 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, como otros que le precedieron a nivel estatal y que con mimético contenido puede leerse en las diferentes leyes del suelo de las comunidades autónomas, debe ser interpretado con lo expuesto sobre la Ley 30/1992 modificada por Ley 30/1999. Efectivamente hemos concluido: El procedimiento de otorgamiento de licencia ha finalizado una vez producido el silencio administrativo positivo.

El particular puede hacer valer su licencia ante cualquier administración o particular. En consecuencia con estas dos premisas "-no puede dictar ninguna resolución denegando la licencia-", sin que nos pueda llevar a engaño el art. 43.4.a) "... En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo...", la Administración en este caso no reabre el procedimiento administrativo terminado por silencio administrativo positivo ni concede ningún derecho al particular ni facultad que no tenga con el silencio administrativo positivo simplemente le certifica lo que la Ley le ha concedido, que puede tener trascendencia para el particular en ámbitos como solicitar créditos bancarios para instalaciones, etc., pero son efectos de índole práctico y operativo para una empresa o particular no jurídicos.

Por tanto, si un particular cuenta con una licencia obtenida por "silencio administrativo positivo" que la Administración no puede desconocer ni resolver en contra dentro del concreto procedimiento al haber finalizado, caso de entender que es perjudicial para el interés público, no le queda otra opción que acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo, este es el sentido de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, dar un mandato a la Administración para que, caso de haberse obtenido licencia por silencio administrativo positivo, impida la obtención de facultades que la Ley o los instrumentos de planeamiento no le conceden, en modo alguno, el precepto supone una derogación de los procedimientos de la Ley 30/1992 modificada por Ley 4/1999. Situación que en nada difiere a la posición que debe adoptar la Administración cuando otorga una licencia de forma errónea.

La interpretación que hace la Sala no es novedosa y puede encontrarse en la legislación urbanística de diversas Comunidades Autónomas, tomemos el art. 5.2 de la Ley Catalana 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, afirma "... En ningún caso pueden considerarse adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan esta Ley o el planeamiento urbanístico..." pero el art. 180.2 cuando pretende materializar la imposibilidad de adquirir facultades por silencio administrativo

es muy claro "... La competencia y el procedimiento para otorgar y denegar las licencias urbanísticas se ajustan a lo establecido en la legislación de régimen local. El sentido positivo del silencio administrativo en la materia se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5.2 y en el marco de lo establecido en la legislación aplicable sobre procedimiento administrativo común...". En el mismo sentido el art. 176 de la Ley Aragonesa 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística, "Transcurrido el plazo de resolución sin haberse notificado esta, el interesado podrá entender estimada su petición por silencio administrativo, en los términos establecidos en la legislación del procedimiento administrativo común. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico..."... Aunque por razones temporales no era aplicable la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, Ley 7/2002, a efectos interpretativos de la cuestión litigiosa sí debemos recordar los siguientes preceptos de dicha norma urbanística dictada una vez que se había producido la reforma de la legislación de procedimiento administrativo común por la trascendental Ley 4/1999. En efecto, como criterio interpretativo de legislador urbanístico sobre el alcance del silencio positivo respecto de la obtención una licencia urbanística tenemos que recordar la existencia de los siguientes preceptos de la legislación autonómica:

a) El artículo 172 que regula el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas, dice literalmente lo siguiente:

"La ordenación del procedimiento para el otorgamiento de las licencias urbanísticas municipales deberá ajustarse a las siguientes reglas:

1) La solicitud definirá suficientemente los actos de construcción o edificación, instalación y uso del suelo y del subsuelo que se pretenden realizar, mediante el documento oportuno que, cuando corresponda, será un proyecto técnico.

2) Junto a la solicitud se aportarán las autorizaciones o informes que la legislación aplicable exija con carácter previo a la licencia. Asimismo, cuando el acto suponga la ocupación o utilización del dominio público, se aportará la autorización o concesión de la Administración titular de este.

3) Cuando los actos se pretendan realizar en terrenos con el régimen del suelo no urbanizable y tengan por objeto las viviendas unifamiliares aisladas a que se refiere el artículo 52.1.B b) o las Actuaciones de Interés Público sobre estos terrenos previstas en el artículo 52.1 C) ambos de esta Ley, se requerirá la previa aprobación del Plan Especial o Proyecto de Actuación, según corresponda. La licencia deberá solicitarse en el plazo máximo de un año a partir de dicha aprobación.

4) Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y de la ordenación urbanística de aplicación, debiendo constar en el procedimiento informe técnico y jurídico sobre la adecuación del acto pretendido a dichas previsiones.

5) La resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada. El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de esta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación.

6) La resolución expresa denegatoria deberá ser motivada.” Es muy importante el número 5 de este precepto, pues confiere la autorización por silencio positivo cuando no se notifique, dentro del plazo de tres meses, la resolución desestimatoria. Plazo que es común para resolver y notificar, no lo olvidemos, pues la ley sigue la reforma operada por Ley 4/99 en el artículo 43 de la Ley 30/92. La norma autonómica establece la solución de carácter práctico sobre el debate de las facultades obtenidas por silencio que sean contrarias a ordenamiento jurídico. El inciso final del número 5 de este precepto advierte que:

“El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de esta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación.” Es decir, la ley autonómica contempla la posibilidad de obtener una facultad por el juego de silencio positivo, pero exige “en todo caso”, es decir siempre, que en estos supuestos se comunique al municipio el comienzo de cualquier obra con un plazo de diez días de antelación. La norma autonómica apunta a la solución práctica de control a posteriori de la facultad obtenida por silencio y posible inicio del expediente de revisión de oficio al amparo de la causa de nulidad regulada en el artículo 62.f de la Ley 30/92. Es en este plazo de diez días donde la Administración puede remediar el defecto, y el vicio en que ha incurrido, al permitir que una petición de licencia acabe obteniendo éxito por no haber tramitado en plazo el procedimiento. En esos diez días debe comprobar y calificar la petición para, en su caso, instar la revisión de oficio de la licencia obtenida por resolución presunta, acordando, si es necesario, la suspensión de la ejecutividad de dicho acto presunto. La ley evita, en esta interpretación, la colisión frontal entre legalidad y seguridad jurídica que otras interpretaciones implican.

Pues choca contra la seguridad jurídica mantener que es nulo radicalmente lo que se obtiene por silencio si lo obtenido son facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Porque desde la perspectiva del administrado la ley le otorga una facultad si la Administración, en el plazo marcado por la norma, no impide la concesión de dicha facultad. Para el administrado el plazo es la garantía de legalidad de su petición. Transcurrido el plazo sin recibir respuesta negativa, no puede dejarse, a un impreciso momento posterior, la posibilidad de que la Administración invoque la nulidad de un acto administrativo, que solo su indolencia ha provocado. Mantener esta interpretación puede hacer inútil toda la reforma del procedimiento administrativo iniciada por la Ley 30/92 y culminada con la Ley 4/99. Por último debemos añadir para completar el razonamiento, que esta solución es la más razonable si observamos también el contenido del artículo 190 de la Ley. b) En efecto, el artículo 190, que trata de la revisión de licencias urbanísticas y de órdenes de ejecución, dice lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, las licencias urbanísticas y las ordenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en esta Ley, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley, deberán ser objeto de revisión por el órgano competente, de conformidad con lo establecido en legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

2. Los procedimientos de revisión, a los que se refiere el apartado anterior, o de declaración de lesividad serán independientes a todos los efectos de los de carácter sancionador.” Debemos señalar que tanto la suspensión de los efectos de la licencia como la revisión de oficio de la misma en estos casos, son actuaciones obligadas tanto del Alcalde como de la Administración que detecta la licencia irregular. Son actuaciones debidas que pueden ser exigidas por los ciudadanos, como recuerda el artículo 189 y frente a la inejecución de esta potestad caben los remedios procesales que veremos a continuación. Pero en relación al caso estamos enjuiciando debemos resaltar, en pura interpretación sistemática, como la Ley Andaluza confiere como única salida al supuesto de obtención de una licencia contra el ordenamiento jurídico aplicable, la revisión de oficio de la misma. Volvemos a insistir sobre la adaptación que hace legislador autonómico en favor del principio de seguridad jurídica en los supuestos de facultades obtenidas por silencio administrativo positivo y que resulten contrarias a las normas urbanísticas.

El artículo 62 letra f de la Ley 30/92 es interpretado por la Ley Autonómica en el sentido de contemplar una causa de nulidad para iniciar la revisión de oficio, y no como una invocación que hace la Administración en sede procesal, ante los tribunales de justicia, para negar la existencia de una licencia concedida por silencio positivo... Y la solución que da el legislador urbanístico autonómico no es distinta a la existente contemplando tan solo la legislación de procedimiento común estatal. En efecto, la falta de resolución expresa de una petición de licencia supone que el interesado en la solicitud la entienda “estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda” (43. Uno de la Ley 30/1992 en la redacción dada por Ley 4/1999). La regla general será entenderla estimada salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario (43.2 del mismo precepto). Pero en cualquier caso, la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo que pone fin al procedimiento, sin embargo, la desestimación por silencio tiene tan solo el efecto de permitir al interesado la interposición del recurso, pues puede darse el caso de que con posterioridad a entender desestimada la petición por silencio la Administración pueda dictar resolución expresa estimatoria de la petición (artículo 43.3 y 4).

Por último, dice el número quinto del citado precepto que “los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que deba dictarse y notificarse la resolución expresa”. De lo que se desprende que la estimación

por silencio de una solicitud tiene igual naturaleza que el acto administrativo expreso estimatorio de la misma. Y, en lógica consecuencia, para dejar sin efecto un acto administrativo producido por silencio se necesita acudir al procedimiento de revisión de los actos administrativo expresos. Bien sea a instancias de la Administración o a instancias de un particular. Frente al anterior esquema, bastante claro en la Ley 4/1999, la influencia del artículo 242.6 de la Ley de Suelo, debe entenderse como un mandato dirigido tanto a la propia Administración como al solicitante de la licencia. Dicho precepto intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico. Lo cual es, ni más ni menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio.

Porque tampoco se permite que se adquieran facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico a través de un acto expreso. Por eso en la legislación urbanística, tanto estatal como autonómica, se permite que la propia Administración urbanística actúe, incluso mediando una licencia, si esta se considera legal o contraria a la ordenación urbanística. Simplemente debemos recordar el artículo 190 de la LOUA, antes citado. Porque igual que puede existir un acto administrativo que concede una licencia por silencio positivo que resulte contraria al ordenamiento jurídico, también puede suceder que una licencia expresa otorgue facultades que resulten contrarias al mismo ordenamiento jurídico urbanístico. Y la respuesta del legislador, en el caso de acto expreso, no es entender que no existe la licencia, sino instar la revisión de la misma. Si se identifica acto expreso con acto presunto, los efectos tienen que ser iguales, y la revisión, también. La garantía de los intereses generales urbanísticos que fundamenta el artículo 242.6 de la Ley de Suelo no pierde intensidad con esta interpretación. En efecto, el artículo 62.f de la Ley 30/1992, configura un concreto motivo de nulidad radical para los casos de obtención por silencio de facultades contrarias al ordenamiento jurídico. De tal manera que la reforma operada por el legislador procedimental común tiene en el mismo texto legal una corrección técnica que conjuga la garantía de los intereses generales y la seguridad jurídica.

El interesado entenderá que ha obtenido su solicitud por silencio positivo, por expreso deseo de legislador y por la falta de respuesta de la Administración a su petición, pero el interés general se ve defendido pudiendo la misma Administración instar la revisión de lo obtenido por silencio. Siendo una conducta obligada para la Administración revisar esta licencia adquirida por silencio una vez que tenga conocimiento de su existencia. Y en esa revisión podrá invocar el artículo 242.6 de la Ley de Suelo en relación con el artículo 62.f de la Ley 30/1992. Pretender que el artículo 242.6 de la Ley de Suelo, una vez que se ha promulgado la Ley 4/1999 con la redacción dada al art. 43 de la Ley 30/1992, exime a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo es primar dos veces a quien ha incumplido su obligación. Como veremos a continuación: En efecto, si se ha producido la estimación de la solicitud por la técnica del silencio positivo es debido, en primer lugar, a la falta de respuesta de la Administración. Entender que ninguna consecuencia jurídica produce esta falta de respuesta, porque no se puede obtener por silencio lo que es contrario a la norma jurídica urbanística, es cargar sobre el interesado la calificación urbanística de la petición. En efecto, en esta hipótesis, el interesado solicita una licencia, no tiene

respuesta del obligado a dársela, se produce la resolución presunta que otorga la licencia, pero el administrado observa que lo obtenido por silencio puede ser contrario a norma jurídica y, en pura consecuencia, entiende que no ha podido obtener lo que pensaba que era lícito. Será de su responsabilidad lo que a partir de aquí haga. Y ninguna responsabilidad tendrá la Administración indolente.

Esta solución no parece razonable, ni siquiera contemplando la satisfacción de los intereses generales que justifica la existencia del artículo 242.6 de la Ley de Suelo. En segundo lugar, si el interesado se equivoca en la calificación jurídica que debe hacer a su petición tras la existencia del silencio positivo e inicia actos de edificación que son rechazados por una resolución administrativa, deberá acudir a la jurisdicción para impugnar esta resolución que va en contra lo que entiende que es un acto de concesión de licencia por silencio administrativo. En la jurisdicción hará valer la existencia de la licencia, y la Administración, que en su momento no contestó su petición, le contestará en la demanda que nunca tuvo la licencia por aplicación del artículo 242.6 de la LS. El debate procesal quedará planteado sobre la existencia o no del silencio positivo, pero añadiendo la Administración, como una reconvencción procesal, un impedimento legal para la existencia del silencio que debió decirlo en su momento, pero que traído al debate procesal como argumento de oposición implica, caso de ser estimado por el órgano judicial, una suerte de revisión de un acto administrativo producido según las normas de procedimiento, pero contrario al ordenamiento jurídico, según el derecho material urbanístico.

En definitiva, una sentencia que no pone fin a un debate sobre la existencia del silencio positivo, que es la pretensión procesal deducida, sino a un proceso sobre la legalidad urbanística de lo conseguido por la figura del silencio positivo, que no es la pretensión que esgrimió el interesado cuando acudió a la jurisdicción. En definitiva la sentencia, en este segundo supuesto, estimaría la pretensión reconvenccional de la Administración. Por tanto esta última, que ha originado el problema al no resolver en plazo, acaba beneficiándose de su incumplimiento pues hace cargar al interesado con la obligación de impugnar una resolución que le impide la efectividad de lo que parece que se ha producido por silencio positivo y, además, se evita la tramitación de un proceso de revisión. Por otra parte, la jurisdicción se pronuncia sobre la legalidad urbanística de una petición de licencia que no ha sido objeto de pronunciamiento al respecto en sede administrativa, incumpliendo así su carácter revisor. Pues la falta de respuesta a la petición de licencia en sede administrativa hace que el debate sobre la legalidad urbanística de la petición se haga, por primera vez, en sede jurisdiccional...”.

“Pues bien, en el caso de autos consta acreditado por la documental (en puridad no son hechos discutidos) que la demandada solicitó licencia de primera ocupación el 19 de enero de 2006 y que transcurrido el plazo de tres meses legalmente prevenido el Ayuntamiento no resolvió expresamente sobre su solicitud (documento núm. 3 de la contestación, no impugnado). Ello supone, conforme a la interpretación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede en Málaga, que la licencia de primera ocupación se otorgó por silencio positivo (el plazo finalizaba el 19 de abril de 2006). Siendo ello así, a los solos efectos de esta litis y

siguiendo siempre los criterios jurídicos de la citada resolución, no le era dable al Ayuntamiento denegar la licencia de primera ocupación por cuanto, en su caso, debió hacerlo por resolución expresa en el plazo de tres meses conforme a la normativa vigente en la materia. No se ha procedido a suspender de forma cautelar la licencia de primera ocupación obtenida por silencio administrativo y, en consecuencia, a todos los efectos debe tenerse dicha licencia por obtenida, sin perjuicio, obviamente, de las acciones que correspondan a las partes en virtud del procedimiento de revisión incoado por el Ayuntamiento una vez se dicte resolución definitiva por la Administración o por los órganos jurisdiccionales.

“Quinto.- Rechazada pues la existencia de los incumplimientos contractuales aducidos en la demanda, la carga de cuya prueba incumbía a la parte demandante como hechos constitutivos de su pretensión de resolución contractual, de conformidad con el art. 217 de la N.L.E.C., ha de concluirse que procede la desestimación de la pretensión ejercitada con carácter principal por los actores en la demanda, de resolución del contrato de compraventa y de condena de la demandada a pagar a los demandantes la cantidad reclamada en la demanda, en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios conforme al art. 1124 del Código Civil, de 100.846,16 euros, cantidad a que asciende el importe de lo abonado por el comprador demandante como parte del precio por la compraventa, más los intereses legales de la misma, al no haberse producido ni constatado incumplimiento contractual esencial alguno por la vendedora demandada, con la consiguiente inaplicación del art. 1124 del Código Civil. Por todo ello, con observancia de lo dispuesto por los arts. 1089, 1091, 1254 y siguientes, 1278 y concordantes del Código Civil, en materia de obligaciones y contratos, así como de los arts. 1124 y 1504 del mismo texto legal, partiendo de la doctrina jurisprudencial expuesta y con aplicación de ella a los hechos declarados probados, ha de concluirse la improcedencia e improsperabilidad de las pretensiones deducidas por los actores en su demanda inicial, al no haberse acreditado incumplimiento contractual alguno imputable a la entidad demandada, de carácter esencial, que se haya impedido el fin normal del contrato con frustración de las legítimas expectativas de la parte aquí demandante, que está en condiciones de obtener la contraprestación adecuada por la transmisión, no concurriendo los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para la prosperabilidad de la acción resolutoria entablada en la demanda.

Por ello y con observancia, como ya se ha señalado, del art. 217 de la N.L.E.C., que consagra la doctrina general sobre la carga de la prueba, conforme a la cual, al actor incumbe probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que alega, por lo que él ha de soportar las consecuencias de su falta de prueba, procede íntegra desestimación de la acción principal ejercitada en la demanda.

“Sexto.- Por aplicación de lo dispuesto por el art. 394.1 de la N.L.E.C., procede imponer a la parte actora el pago de las costas procesales causadas”.

TERCERO.- La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia de 14 de julio de 2008, en el rollo de apelación núm. 115/08, cuyo fallo dice:

“Fallamos: “Que estimándose íntegramente el recurso de apelación entablado por D. John y D^a Johana, representados en esta alzada por el procurador Sr. Valdés Morillo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, dejando sin efecto la misma, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de compraventa suscrito por las partes con fecha 5 de febrero de 2004, condenando a la entidad demandada, Marbella Vista Golf, S.L. representada en esta alzada por el procurador Sr. Rosa Cañadas, a estar y pasar por esa resolución y a que abone a los actores la suma de cien mil ochocientos cuarenta y seis euros con dieciséis céntimos (100846,16 euros), más sus intereses legales y las costas causadas en la instancia. Sin pronunciamiento sobre las ocasionadas en este recurso”.

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

“Primero. Por D. John y D^a Johana se formuló demanda de juicio ordinaria instando resolución de contrato de compraventa, contra la entidad Marbella Vista Golf, S.L., recayendo en la instancia sentencia desestimatoria de sus pretensiones. Por la representación procesal de D. John y D^a Johana se interpone el presente recurso de apelación contra la mencionada resolución alegando error en la valoración de la prueba e infracción legal en las normas aplicables al caso enjuiciado.

“Segundo. En este orden de cosas y examinada la prueba practicada en autos, queda acreditado que las partes suscribieron con fecha 5 de febrero del 2004 un contrato privado de compraventa de inmuebles en construcción, en virtud del cual la demandada vendía a los actores la vivienda núm. 1-1, del bloque 7, portal D, que tenía como anejo inseparable la plaza de garaje núm. 3 de la planta sótano de su mismo portal, sita en el conjunto residencial “S.” del término municipal de Marbella, cuyas obras eran promovidas por la entidad demandada, por un precio de 314.162,50 euros más IVA, de los cuales, los compradores habían entregado con anterioridad la suma de 6.000 euros (IVA incluido), abonando a la firma del contrato la cantidad de 94.846,16 euros (IVA incluido), quedando como resto 235.307,72 euros, que se pagarían por los compradores a la vendedora simultáneamente al otorgamiento de escritura pública y entrega de llaves. En el contrato se estipuló que la vendedora se obligaba a entregar los inmuebles objeto del mismo antes del día 1 de julio del 2005, no obstante lo cual, la parte vendedora podría prorrogar dicha fecha hasta el 31 de octubre del 2005. También se acordó que una vez finalizadas las obras, la parte vendedora requeriría por telegrama u otro medio fehaciente a la parte compradora, a fin de que esta comparezca ante el notario que aquella designe para el otorgamiento de la escritura pública, señalando día y hora para ello. Entendiéndose que las obras estarían finalizadas cuando por la Dirección Técnica se expida el correspondiente Certificado Final de Obras.

“Tercero.- Llegado el día 1 de julio del 2005 y no estando finalizadas las obras, operó la prórroga pactada en el contrato que ampliaba el plazo de entrega al 31 de octubre del 2005, sin que en esa fecha se otorgara escritura ni se entregarán los inmuebles. Con posterioridad, la vendedora remitió el día 18 de noviembre del 2005, una comunicación

a los compradores en el que les ponía de manifiesto que se había expedido la Certificación Final de la Obra (sin especificar la fecha de esta), designando notario para el otorgamiento de la escritura y requiriéndoles para que contactaran con la vendedora para señalar día y hora a tal fin. Por los compradores se remitió burofax a la vendedora de fecha 9 de enero del 2006, en el que daban por rescindido el contrato al haber expirado el término contractual para la entrega de la vivienda, requiriéndoles para la devolución de las cantidades entregadas más sus intereses legales. La vendedora contestó a dicho requerimiento remitiendo burofax de igual fecha, en el que reiteraba su ofrecimiento de elevación a público del contrato.

Con fecha 17 de enero del 2006, los compradores remitieron nuevo burofax a la vendedora solicitando copia de la Certificación Final de la Obra y Licencia de Primera Ocupación de la vivienda. Es después de esta última comunicación y a fecha 19 de enero del 2006, cuando la promotora vendedora solicita ante el Excmo. Ayuntamiento de Marbella la Licencia de Primera Ocupación de los edificios, en la que... se reseña que el Certificado Final de Obra se expidió el 8 de noviembre del 2005. Con fecha 2 de junio del 2006, la vendedora volvió a requerir a los compradores para que comparecieran ante el notario designado los días 22 y 29 de junio siguientes a fin de otorgar la correspondiente escritura pública, con apercibimiento resolutorio en caso de incomparecencia, que fue contestado por los compradores a 27 de junio del 2006, reiterando a su vez el incumplimiento de la vendedora, entendiendo que esta no podía entregar la vivienda sin la oportuna Licencia de Primera Ocupación.

“A fecha de hoy no consta que el Excmo. Ayuntamiento de Marbella haya expedido la tan repetida Licencia de Primera Ocupación, entendiendo la promotora que la falta de notificación o resolución expresa en torno a su solicitud, una vez transcurridos 3 meses desde que la misma se formuló, permite entender que esta ha sido otorgada, si quiera por silencio administrativo, presentado escrito en tales términos ante el Excmo. Ayuntamiento de Marbella a fecha 20 de abril del 2006, del que no consta respuesta por parte del organismo municipal.

“Cuarto.- La denominada licencia de primera ocupación o de primera utilización no tiene más finalidad que la de contrastar que se ha respetado en la realidad la licencia de construcción, de tal modo que supone comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en esta licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se le destina. La citada licencia, además, aparece configurada como medio de acceso a los servicios del inmueble, y por tanto, de uso de la vivienda para el fin que le es propio. De lo expuesto se concluye por el tribunal que la licencia de primera utilización no se concede a un piso en concreto sino a la edificación, pero obviamente es el presupuesto indispensable para que el conjunto de viviendas que integran la nueva construcción puedan ser utilizadas y ocupadas por terceros y para poder conectarlas a las redes de suministro de agua, gas; y que el obligado a solicitar dicha licencia es el titular de la licencia de obra, en este caso el promotor. Si la vivienda no dispone de la licencia, no puede ser objeto de uso u ocupación legal. El promotor (vendedor) fue quien asumió el compromiso con la Administración, y se libera del mismo mediante la ejecución fiel y

cumplida de la obra (STS 3-11-99). En este caso la Administración está obligada a expedir la licencia de primera ocupación, que no es por lo tanto de concesión discrecional, sin una actividad reglada, y que no se sufre por el transcurso del tiempo (SS Sala 3.ª, S. 51, TS 55 18 jul. 1997, 1 y 23 jun., 20 oct. y 14 dic. 1998). La entidad vendedora, como promotora, no podía desconocer, ni lógicamente cabe suponer que desconocía, esta normativa de disciplina urbanística. Por consiguiente, a la entidad promotora le correspondía cumplir el compromiso administrativo -con el que nada tiene que ver los compradores-, gestionar la licencia de primera ocupación -como era su obligación como promotora y como vendedora-, y entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto -como era su obligación en virtud del contrato de compraventa.

“Quinto.- Como va dijera el TS en su va antigua S 30 nov. 1984, “una cosa es la conclusión de la obra, que se acredita mediante la correspondiente certificación facultativa y otra muy distinta es el libramiento de la cédula de habitabilidad, que incumbe a la Administración y autoriza para usar el inmueble”. En efecto, el mencionado Certificado es requisito imprescindible para obtener la Cédula de Habitabilidad, la cual certifica de la habilidad y seguridad de la vivienda para su ocupación y permite obtener los suministros de agua y energía eléctrica (TS S 30 sep. 1987) pues como dijera la TS S 11 dic. 1995 “De nada sirve que se termine el edificio o que se le dote de mobiliario o que, incluso, se le entreguen los apartamentos si no van acompañados de sus correspondientes cédulas”, continuando esta sentencia con que “la terminación material de la obra sin disponer de las licencias de habitabilidad y ocupación, significa que no puede considerarse cumplido por completo el contrato y la obligación de entrega”.

Por su parte, la TS S 22 dic. 1993, indica las distintas fases o etapas que se siguen -normalmente- tras la finalización de unas determinadas obras constructivas: certificación final de obra; licencia municipal de ocupación; cédula de habitabilidad; entrega de llaves y ocupación efectiva de la vivienda, precisando la TS S 21 jul. 1993 que es “obligación exclusiva de la promotora finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los arts. 1091, 1096, 1101, 1256 y 1258 CC y art. 8 Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios”. Obligación recordada en la AP Teruel S 11 feb. 1998 en la que se indica que es la promotora, como persona jurídica que contrata la construcción y venta de las viviendas, la obligada a facilitar a los adquirentes la cédula de habitabilidad, realizando los trámites necesarios, entre los que se cuenta disponer previamente de la certificación final de obra. De lo expuesto, es fácilmente deducible que aunque es física o materialmente posible ocupar una vivienda antes de disponer de la cédula de habitabilidad -cuestión no acreditada se haya producido en la causa- es esta y no el certificado de finalización de obra, lo que permite la ocupación efectiva de la vivienda pues sin ella no se puede solicitar los suministros de agua y electricidad, indispensables en la sociedad actual para vivir de forma mínimamente digna. En consecuencia, y como la vendedora demandada se obligó, no simplemente a terminar una obra en un plazo concreto, sino a “hacer entrega efectiva” de la misma a los compradores apelantes, debemos computar como fecha de efectivo

cumplimiento de tal obligación contractual, la que figure en la cédula de habitabilidad, que como va se ha dicho, aquí no consta que haya sido concedida.

“Sexto.- Dicha actitud vulnera el contenido de los artículos 1124 y concordantes del Código Civil referentes al contrato de compraventa de inmuebles. La más reciente doctrina jurisprudencial entiende que para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte; que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, las legítimas aspiraciones de la contraparte (sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de 4 mar. 1992, 24-febrero-1990 y 7 jun. 1991), así como que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria y no sonada por una justa causa que la origina, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (sentencias, 14-febrero y 16-mayo de 1991); asimismo la sentencia de 7 jul. 1992 establece que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que los artículos 1124 y 1504 no constituyen compartimentos estancos, de manera que sus contenidos normativos deben armonizarse en cuanto sea posible, sin merma de la especificidad que respecto de los inmuebles compete a alguna de los obligados. Surge la problemática planteada en el caso presente de la compraventa de un inmueble, de cuyo contrato se derivan obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes que son, a tenor de los artículos 1445, 1461 y 1500 del Código Civil, la de la entrega de la cosa por el vendedor y la del pago del precio por el comprador, si bien los contratantes, en uso de la libertad de pacto que reconoce el artículo 1255 del citado Código, pueden establecer obligaciones accesorias o complementarias que estimen convenientes a sus intereses o sujetar el cumplimiento de sus obligaciones principales a términos o condiciones.

En el presente caso, si bien no existe un pacto expreso que obligue al vendedor a tramitar la tan repetida licencia de ocupación, es evidente, que en su obligación contractual de entregar el inmueble, se contiene que esta se haga en el sentido de servir para todos los usos que a la misma le son propios y que las actividades que en esta se desarrollan sean perfectamente legítimas, debiendo de contar con todos los requisitos legales para su habitabilidad y el vendedor no ha entregado la cosa objeto del contrato tal y como se comprometió en las condiciones esenciales de uso, lo que justifica por tanto la resolución del contrato por el comprador, por el incumplimiento contractual.

Pero es más, en este caso concreto, cuando la vendedora requiere por primera vez a los compradores para otorgar escritura pública y entrega del inmueble, aún no había solicitado ni iniciado los trámites para obtener tal licencia de ocupación, teniendo lugar la solicitud de la misma después de que los compradores formularan requerimiento resolutorio por incumplimiento contractual de la vendedora. De manera que interpretando de manera racional y lógica el artículo 1124 del Código Civil, es necesario que el principio de reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones esté perfectamente caracterizado, aun cuando esa obligación tenga carácter accesorio, por lo que al no haber obtenido el vendedor la licencia mencionada, siendo su fin la

necesaria comprobación de que el edificio se acomoda a lo preceptuado en el proyecto que sirvió a su vez de base para la concesión de la licencia, lo que pone en duda de si el edificio se ha construido conforme al proyecto, es decir si reúne las características debidas, lo que podía causar al comprador diversos problemas o limitaciones en el uso de la vivienda comprada, es esta circunstancia la que produce la consiguiente insatisfacción del comprador y la frustración del contrato. Al respecto conviene recordar que la jurisprudencia ha señalado, que se produce causa de resolución contractual cuando por imperativos urbanísticos y administrativos el fin único -con categoría de motivo causalizado- para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó, no pudo ser cumplido -sentencias de 19 ene. 1993, 24 feb. 1993, 24 nov. 1993, etc.-, razones más que suficientes para estimar el recurso interpuesto y declara resuelto el contrato de compraventa privado suscrito entre las partes por incumplimiento del vendedor.

“Séptimo.- Como consecuencia de la resolución contractual suscrita entre las partes, los actores tienen derecho a que se les restituyan las cantidades entregadas a cuenta del precio pactado, que ascienden a 100.846,16 euros, más los intereses legales devengados de dicha suma, como establece el artículo 1108 del Código Civil, correspondientes a un interés anual igual al interés legal del dinero, desde la fecha de presentación de la demanda, hasta esta resolución, incrementado en dos puntos, desde la misma hasta su pago o consignación, conforme dispone el artículo 576 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

“Octavo.- La estimación del recurso conlleva la estimación íntegra de la demanda entablada, por lo que la entidad demandada deberá abonar las costas causadas en la instancia, tal y como dispone el artículo 394 de la LEC, sin pronunciamiento sobre las ocasionadas en esta alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 398 de la citada LEC”.

QUINTO.- Contra la anterior sentencia ha interpuesto recurso de casación la parte actora, Marbella Vista Golf S.L.

El recurso se articula en torno a un único motivo, el cual se formula con la estructura propia de un escrito de alegaciones, aduciéndose en su fundamentación, en síntesis, lo siguiente:

Según la sentencia recurrida, dado que la obligación de entrega comprende, como parte esencial, la obtención de la cédula de habitabilidad del inmueble, la entidad vendedora incurrió en un incumplimiento resolutorio previsto en el artículo 1124 CC al ser un hecho probado que al momento de dictarse dicha sentencia dicha licencia aún no se tenía (el Ayuntamiento de Marbella aún no había resuelto la solicitud de licencia cursada por la entidad vendedora).

En la sentencia se razona sobre el carácter esencial de la licencia a fin de tener por cumplida la obligación de entrega, diciendo que la misma es indispensable para poder

acceder a los servicios del inmueble, en particular, para que pueda conectarse a la red de suministros.

También afirma la sentencia recurrida que la obtención de la licencia incumbe a la parte vendedora aún cuando no se hubiera pactado expresamente tal cosa en el contrato, al tratarse de un requisito ínsito en la obligación de entrega desde el momento que, como se dijo, sin aquella no cabe entender cumplida esta por no estar la vivienda en condiciones de uso.

Para alcanzar estas conclusiones la AP se apoyó en varias sentencias.

Cita y extracta las SSTS de 30 de noviembre de 1984 y 11 de diciembre de 1995.

Esta doctrina no es pacífica puesto que existe jurisprudencia contradictoria.

Cita y extracta la STS de 24 de junio de 1995.

Cita y extracta la STS de 10 de octubre de 1987.

Cita y extracta la SAP, Málaga, Sección 6ª, de 2 de mayo de 2007.

Cita y extracta la SAP, Málaga, Sección 6ª, de 20 de marzo de 2007.

En consecuencia, no debe estimarse la pretensión resolutoria de la parte compradora tanto por la circunstancia que existe doctrina que niega que la licencia de primera ocupación sea un requisito esencial, atribuyéndole un valor meramente accesorio, como por la circunstancia de que, en todo caso, dicha licencia fue obtenida por silencio administrativo positivo en aplicación del artículo 172, regla 5ª, de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de 11 de diciembre de 2002, y porque la vivienda, aún sin licencia, contaba con acceso a suministros de manera individualizada.

Termina la parte solicitando de esta Sala "(...) dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso de casación, declare haber lugar a la casación y anulación de tal sentencia, confirmando íntegramente el fallo de la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado núm. 3 de Marbella de fecha 11 de octubre de 2007, con expresa condena en costas en este recurso y del de apelación (...)".

SEXTO.- Mediante auto dictado el día 10 de noviembre de 2009 se acordó admitir el recurso de casación al amparo del artículo 477.2.2 LEC, por razón de la cuantía.

SÉPTIMO.- Transcurrido el plazo concedido sin que la parte recurrida presentara escrito de oposición al recurso, se procedió a fijar para la deliberación y fallo del recurso el día 10 de octubre de 2011, acordándose la suspensión del mismo y resolver el presente recurso por el Pleno de la Sala señalándose el día 17 de julio de 2012, en que el acto tuvo lugar.

OCTAVO.- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial

CC, Código Civil.

FD, Fundamento de Derecho

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

RC, Recurso de Casación

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Con la finalidad de facilitar la comprensión del caso planteado se formula a continuación un resumen de antecedentes, los cuales pueden ser consultados con más extensión y detalle en los Antecedentes de Hecho de esta resolución:

1. El 5 de febrero de 2004 los aquí litigantes (una sociedad como vendedora y dos personas como compradores) suscribieron un contrato privado de compraventa de inmuebles en construcción que tenía por objeto una vivienda y su garaje anejo.
2. En dicho documento se acordó que los compradores satisfacerían la parte del precio restante en el acto de otorgamiento de la escritura notarial y entrega de la vivienda, que tendría lugar antes del 1 de julio de 2005. Se acordó, asimismo, que la vendedora podía prorrogar esta fecha hasta el 31 de octubre de 2005 como máximo, y que los inmuebles se tendrían por finalizados para su entrega cuando la dirección técnica expidiese el correspondiente certificado final de obras.
3. Llegado el 1 de julio de 2005 y no estando finalizadas las obras operó la prórroga pactada en el contrato, sin que al finalizar el plazo máximo indicado (31 de octubre de 2005) se hubiera otorgado escritura ni entregado los inmuebles.
4. El 18 de noviembre de 2005 la entidad vendedora comunicó a los compradores que se había expedido la certificación final de la obra, exhortándolos a fijar fecha para el otorgamiento de la escritura.

5. El 9 de enero de 2006 los compradores comunicaron a la entidad vendedora su voluntad resolutoria del contrato por haber expirado el término pactado para la entrega de la vivienda, exigiendo la devolución de las cantidades satisfechas más los intereses legales. La parte vendedora se opuso a la resolución y expresó de nuevo su intención de escriturar.

6. El 17 de enero de 2006 la parte compradora solicitó copia de la certificación de final de obra y de la licencia de primera ocupación. A raíz de esta comunicación, la promotora solicitó al Ayuntamiento de Marbella la referida licencia (que no se había obtenido con anterioridad) el día 19 de enero de 2006, reseñando que la certificación de final de obra se había expedido el 8 de noviembre de 2005.

7. El 2 de junio de 2006 la parte vendedora requirió nuevamente a la compradora para que otorgara escritura, a lo que esta contestó negativamente el 27 de junio de 2006 alegando que la vendedora no podía entregar la vivienda sin la oportuna licencia de ocupación.

8. Los compradores demandaron a la vendedora ejercitando una acción resolutoria del contrato de compraventa suscrito entre ambas partes y de condena a la devolución de las sumas entregadas y al pago de los intereses legales de la citada cantidad - computados desde que se efectuó la entrega-. Fundaban tales pretensiones en el incumplimiento de la obligación de entrega por exceder el plazo máximo pactado sin que la vivienda dispusiera de certificado final de obra -que fue expedido días después- ni de licencia de primera ocupación.

9. El Juzgado desestimó la demanda por falta de prueba del incumplimiento esencial de la vendedora. Acogiendo la tesis de la hoy recurrente, razonó, en síntesis, que el pequeño retraso (8 días) en que incurrió la vendedora en la expedición del certificado final de obra respecto de la segunda de las fechas pactadas para la entrega de la misma (31 de octubre de 2005) no constituía un incumplimiento relevante a los fines resolutorios. Y que tampoco podía valorarse como incumplimiento esencial la falta de licencia de primera ocupación, tanto por la circunstancia de que su otorgamiento no dependía de la vendedora como por la circunstancia de que la vivienda sí disponía de suministro de agua y energía eléctrica, y podía ser usada conforme a su objeto. En todo caso, tras analizar la normativa administrativa al respecto, el Juzgado concluyó que, solicitada la licencia el 19 de enero de 2006, la misma debía entenderse concedida por vía de silencio.

11. Interpuesto recurso de apelación por la parte compradora demandante, la AP lo estimó en su integridad e hizo lo propio con la demanda, declarando resuelto el contrato con obligación de devolver las cantidades reclamadas más intereses legales. Las razones que sustentaron este fallo, fueron, en síntesis, las siguientes:

a) Al cumplirse la fecha límite fijada en el contrato privado para la entrega de la vivienda y del garaje anejo (31 de octubre de 2005) las obras no estaban finalizadas, pues su conclusión requería, según contrato, la expedición por la dirección técnica del

correspondiente certificado final de obras, el cual fue expedido después de aquella fecha;

b) Ni antes ni después de expedirse esta certificación contaba la vivienda con licencia de primera ocupación, pues esta fue solicitada el 19 de enero de 2006, tras el requerimiento efectuado por la parte compradora dos días antes (burofax de 17 de enero de 2006) y en el momento que se dictaba la sentencia de apelación no constaba resolución favorable del Ayuntamiento de Marbella;

c) La licencia de primera ocupación constituye un presupuesto para el acceso a los servicios del inmueble, y por tanto, para el uso del mismo para el fin que le es propio; en su ausencia la vivienda no puede ser objeto de uso ni de ocupación legal e incumbe al promotor cumplir con el deber de gestionar su obtención a fin de que la vivienda se entregue en condiciones para ser usada;

d) El certificado de final de obra es requisito para la obtención de la licencia de primera ocupación; el certificado acredita la terminación material de la obra, pero es la licencia la que posibilita su ocupación y que se pueda hacer uso adecuado de ella, de manera que la terminación material sin disponer de licencia supone que no puede considerarse cumplido el deber de entrega por el vendedor. Como la vendedora se obligó a hacer entrega efectiva de la vivienda, es obvio que no le bastaba con el certificado acreditativo de su terminación material, sino que debió obtener la preceptiva licencia de primera ocupación, indispensable para poder acceder a los suministros de luz y agua;

e) Estos hechos permiten atribuir a la parte vendedora un incumplimiento esencial con efectos resolutorios (artículo 1124 CC), pues, aun a falta de pacto expreso al respecto, la obtención de la licencia formaba parte de sus obligaciones como forma de garantizar la entrega efectiva de la vivienda a fin de que pudiera servir para todos los usos a que se destina.

12. Contra esta última sentencia recurre en casación la parte vendedora al amparo del artículo 477.2.3.º LEC. El recurso ha sido admitido por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero y único de casación.

El motivo, que se formula como si se tratase de un escrito de alegaciones, gira en torno a la infracción del artículo 1124 CC. En su desarrollo se defiende, con apoyo en sentencias de esta Sala y de la propia AP de Málaga -con un criterio que se afirma contrario al sostenido en la sentencia recurrida-, que la obtención de licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, a falta de pacto expreso al respecto, no constituye una obligación esencial del vendedor, sino una obligación accesorias del deber esencial de entrega, de suerte que su incumplimiento no permite estimar la resolución instada de contrario. La recurrente añade como argumentos secundarios que la AP no valoró que el Juzgado tuvo por probado que la vivienda contaba con acceso a los suministros de agua y luz y que, en todo caso, dicha licencia, tras la solicitud cursada, debe considerarse finalmente obtenida por la vía del silencio positivo.

El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- Resolución de contrato de compraventa por falta de obtención de licencia de primera ocupación.

A) La jurisprudencia más reciente (SSTS de 14 de junio de 2011, RC núm. 369/2008 y 21 de marzo de 2012, RC núm. 931/2009) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) en el sentido de entender que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento, pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte (STS de 9 de julio de 2007, RC núm. 2863/2000, 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006 y 22 de diciembre de 2006), cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 (2.b)) “- que se citan con carácter orientador para la interpretación de la normativa contractual contenida en nuestro sistema jurídico”, cuando se “priva sustancialmente” al contratante, en este caso, al comprador, “de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”. Entre las lógicas expectativas del comprador se encuentra la de recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, en el estado que se hallaba al estipularse el contrato (artículo 1468 CC) y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC, en relación con el artículo 1445 CC).

Con respecto al plazo de entrega, constituye igualmente jurisprudencia de esta Sala que el mero retraso (en el pago o en la entrega de la cosa) no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Como declara la STS de 12 de abril de 2011, RC núm. 2100/2007, la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora cuando se dan los presupuestos que, entre otros, establece el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican los artículos 1101 CC, 1096 CC y 1182 CC, pero no necesariamente a la resolución. Su carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, se ha traducido en que la jurisprudencia ha entendido exigible, además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondieran, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un “interés jurídicamente atendible”. Mediante esta expresión se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo, contrario a la buena fe o incluso doloso que puede tener el ejercicio de la facultad resolutoria del contrato cuando se basa en un incumplimiento aparente que no responde a la realidad de las cosas, cosa que ocurre cuando el incumplimiento alegado no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales o encubre el simple deseo de aprovechar la oportunidad de concertar un nuevo negocio para obtener mayores beneficios.

En la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por España en 1991 (artículo 49.1), al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya “un incumplimiento esencial del contrato”. En el artículo 49.2 se precisa que si el plazo de entrega no se ha pactado como esencial, el comprador no puede resolver hasta que transcurre un plazo razonable (SSTS 5 abril de 2006, 22 diciembre 2006 y 3 de diciembre de 2008, RC núm. 2919/2002). Para que el retraso del comprador o del vendedor en el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones pueda considerarse como supuesto de incumplimiento resolutorio se requiere que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustré el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, que sea capaz de frustrar la satisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo (SSTS de 25 de junio de 2009, RC núm. 2694/2004 y de 12 de abril de 2011, RC núm. 2100/2007), lo que hace necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato (STS de 17 de diciembre de 2008, RC núm. 2241/2003).

B) En relación con el contenido de la obligación de entrega de la cosa vendida cuando se trata de contratos de venta de inmuebles destinados a vivienda, ha declarado también esta Sala (STS de 3 de noviembre de 1999, RC núm. 509/1995) que la denominada licencia de primera ocupación o de primera utilización no tiene más finalidad que la de contrastar que se ha respetado en la realidad la licencia de construcción, de tal modo que supone comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en esta licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se le destina. Se trata por tanto, de un compromiso asumido por el constructor-vendedor con la Administración, del que solo se libera mediante la ejecución fiel y cumplida de la obra, caso en que la Administración, según declara la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, está obligada a expedir la licencia de primera ocupación, que no es por lo tanto de concesión discrecional, sino una actividad reglada, que no se suple por el transcurso del tiempo (SSTS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 18 julio 1997, 1 de junio de 1998, 23 de junio de 1998, 20 octubre de 1998 y 14 diciembre de 1998). Puesto que quien construye para vender no puede desconocer este deber, a él incumbe cumplir el deber administrativo -ajeno en principio a la parte compradora- de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto.

Ahora bien, que se trate de una obligación que incumbe al promotor-vendedor al amparo del 1258 CC -como consecuencia inherente a la naturaleza del contrato y conforme con la buena fe, el uso y la ley-, no significa que siempre tenga un carácter esencial, de modo que su incumplimiento permita ejercitar la pretensión resolutoria. Para fijar las consecuencias de su incumplimiento es preciso determinar en cada caso si el incumplimiento de esta obligación tiene o no carácter esencial, pues ha quedado dicho que únicamente la infracción de una obligación esencial, no accesoria, puede

entenderse determinante de la frustración del fin del contrato y justificar la resolución del mismo.

i) En este sentido, en primer lugar resulta concluyente lo que las partes hayan pactado, pues si la entrega de la cédula se convino con carácter de obligación esencial del vendedor es obvio que su incumplimiento puede dar lugar a la resolución, habida cuenta que el artículo 1469 CC obliga a entregar la cosa junto a todo lo que se exprese en el contrato en aras del principio general de libertad contractual de pactos.

ii) Si la entrega de la cédula no se convino expresamente con tal carácter de obligación esencial, para enjuiciar la procedencia de la resolución instada por el comprador por su falta de entrega no puede emitirse un juicio definitivo aplicando en abstracto las reglas generales, sino que deben examinarse las concretas circunstancias del caso. Serán estas las que permitirán entender justificada o no la resolución pretendida, según la falta de obtención de la licencia se revele, respectivamente, como esencial o accesorio para el cumplimiento de los fines del contrato. La entrega de la licencia debe considerarse como obligación accesorio, y por tanto inhábil para que pueda prosperar la acción resolutoria del comprador fundada en su ausencia, cuando la falta de concesión responde solo a la sobrecarga o retraso de la Administración concedente, y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento. Es así necesario para que concurra este supuesto que la falta de licencia no resulte impedimento sustancial para el uso del inmueble (habitabilidad) y el acceso a sus suministros dentro del plazo exigible para su entrega y que el retraso en la entrega no deba considerarse por sí mismo como sustancial y habilitante para la resolución del contrato, con arreglo a los principios que antes se han enunciado.

En esta línea favorable a no atribuir necesariamente a la obtención de la licencia de primera ocupación naturaleza de obligación esencial -a menos que se haya pactado lo contrario- se produce la legislación autonómica (en el caso que nos ocupa, Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía), ya que no exige la licencia de primera ocupación para la formalización e inscripción de los actos de edificación (según el artículo 176 de dicha ley, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva terminada de toda la construcción, edificación o instalación solo exigirá:

a) La aportación de la preceptiva licencia urbanística y

b) La finalización de las obras conforme al proyecto técnico objeto de la preceptiva licencia, acreditada mediante la aportación de la correspondiente certificación expedida por técnico competente -es decir, la certificación final de obras-).

Mantienen aparentemente esta misma valoración las resoluciones de la DGRN, de 9, 12, 20 y 22 de diciembre de 2008 (BOE de 26 de enero de 2009), las cuales estimaron el recurso frente a la negativa del registrador a inscribir un acta de finalización de obra declarando, en síntesis, que la vigente legislación reguladora de la edificación (Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo y Texto refundido de dicha Ley aprobado por Real

Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) solo contiene, como única novedad reseñable respecto del régimen anterior, que en las escrituras de declaración de obras nuevas terminadas (y en las actas de fin de obras) se acredite documentalmente el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios; que esta exigencia no se extiende a la licencia de primera ocupación, ni como requisito para edificar ni siquiera para la entrega de la edificación a los usuarios, “sin perjuicio de las consecuencias que se derivarían de un eventual incumplimiento de las obligaciones de diversa índole que se imponen a los agentes de la edificación”; y que tampoco la referencia que el artículo 19.1 de la Ley de Suelo (artículo 20 del Texto Refundido) contiene a la acreditación documental “de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística” puede entenderse como relativa a cosa distinta que a la licencia de edificación (y por tanto, no a la licencia de primera ocupación).

No obstante, de la vigente Ley del Suelo, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, (artículos 7.2 y 22.3) parece desprenderse que para que lo edificado pase a integrar el patrimonio del dueño del suelo es condición indispensable que lo edificado se ajuste a la legalidad urbanística, hasta el extremo de que la ley no reconoce ningún valor a las edificaciones que no dispongan de las preceptivas licencias urbanísticas, entre las que, en buena lógica, debe entenderse incluida la licencia de primera ocupación.

C) En atención a los argumentos expuestos, y a que “no es lo mismo que no se obtenga y se impida el uso, que no se obtenga y se conceda, porque los problemas o defectos que existen no son esenciales y permiten la habitabilidad de la casa”, esta Sala (STS 12 de marzo de 2009, RC núm. 365/2004) se ha pronunciado en el sentido de valorar la relevancia de la falta de obtención de la mencionada licencia como no esencial, y por tanto, como un incumplimiento que recae en un deber accesorio de la obligación principal, que por eso mismo no resulta determinante en orden a justificar la resolución instada de contrario.

La Sala, reunida en Pleno, observa que, de acuerdo con los principios que se han desarrollado hasta aquí, la anterior solución no tiene carácter absoluto y, en consecuencia, con ánimo de sentar una doctrina general, considera oportuno fijar los siguientes criterios:

i) La falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor-vendedor no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato.

ii) Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licencia de primera ocupación 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.

iii) De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte contra la que se formula la alegación de incumplimiento, es decir, a la parte vendedora (obligada, en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera ocupación), probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

D) En aplicación de esta doctrina procede desestimar el motivo planteado.

Los hechos probados demuestran que el primer incumplimiento que puede imputarse a la parte vendedora es el referente al plazo de entrega de la vivienda y garaje anejo, lo que, por pertenecer al juicio de los hechos, no cabe cuestionar en casación. En efecto, consta en autos que tras cumplirse el segundo y último de los plazos estipulados (31 de octubre de 2005) las obras no se encontraban finalizadas, y por tanto, los inmuebles no podían ser objeto de entrega en la forma que se había pactado, al faltar el certificado final de obra expedido por la dirección facultativa, que las mismas partes habían configurado como requisito para entender finalizada la obra y en condiciones aptas para ser entregada.

Sin embargo, no puede obviarse la trascendencia a efectos resolutorios que tiene el hecho, también incuestionable en casación, de que el referido certificado se expidiese el 8 de noviembre de 2005, esto es, poco más de una semana después. Esta pequeña demora, aunque susceptible de ser indemnizada, no resulta suficiente para permitir a la parte compradora desistir válidamente del contrato, dado que en un tiempo tan escaso no parece lógico que hayan podido quebrar sus expectativas contractuales, habida cuenta de que el plazo no se estableció en el contrato con el carácter de esencial para la satisfacción de aquellas. Un indicio significativo para interpretar que el cumplimiento de los fines económicos del contrato para ambas partes no se hizo depender de dicho plazo es el hecho de que, después de expresar la parte compradora su voluntad resolutoria en contestación a los requerimientos de la vendedora tendentes a cumplir lo pactado, procedió posteriormente a centrar su negativa a escriturar en otros incumplimientos que nada tienen que ver con dicho plazo, como la falta del referido certificado de final de obra y de licencia de primera ocupación.

Pero si el pequeño retraso en la conclusión de la obra no amparaba la resolución, esta sí encuentra justificación en el incumplimiento de la obligación del entregar la licencia de primera ocupación. En este sentido, es un hecho probado que las partes en modo alguno quisieron contemplar en el contrato ese deber como una obligación esencial de la que dependiera el buen fin económico del mismo, pues nada dijeron al respecto en el documento privado de compraventa de 5 de febrero de 2004. Por tanto, a falta de pacto, su valoración como esencial debe resultar de las circunstancias concurrentes, pues no es igual que se trate de un mero retraso no imputable a la promotora, que no

justificaría por sí la resolución, a que la falta de licencia traiga causa o responda en realidad a motivos relacionados con la imposibilidad de obtenerla, y por tanto, de dar adecuado uso al inmueble, que sí la ampararía por frustración de las legítimas expectativas del comprador. Incumbe a la promotora -parte a la que se imputa el incumplimiento- acreditar que el retraso no se funda en estas últimas razones.

Examinadas dichas circunstancias, se observa que la promotora, que solicitó la licencia de primera ocupación de los edificios en que se encontraban integrados la vivienda y el garaje objeto de venta en este pleito dos días después de que los compradores formularan requerimiento resolutorio, no ha acreditado que la falta de licencia obedezca a una simple demora, y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se funda su otorgamiento, esto es, no ha demostrado que no existan obstáculos para su obtención. Esta tesis justifica la resolución contractual instada por la parte compradora en el entendimiento de que no puede ser obligada a escriturar y a cumplir con su parte del contrato cuando subsiste la incertidumbre de si la promotora va a poder cumplir en un plazo razonable, siquiera tardíamente, con su obligación de entregar la referida licencia de primera ocupación, al no haber logrado, como le incumbía, disipar las dudas sobre la existencia de posibles impedimentos legales para su otorgamiento.

CUARTO.- Desestimación del recurso y costas.

La desestimación de su único motivo determina la del recurso, confirmándose íntegramente la sentencia de apelación.

De conformidad con el artículo 398.1 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación núm. 1899/2008, interpuesto por la representación procesal de Marbella Vista Golf, S.L., contra la sentencia de 14 de julio de 2008, dictada en grado de apelación, rollo núm. 115/08, por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante del juicio ordinario núm. 110/07, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella, cuyo fallo dice:

“Fallamos:

“Que estimándose íntegramente el recurso de apelación entablado por D. John y Dª Johana, representados en esta alzada por el procurador Sr. Valdés Morillo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, dejando sin efecto la misma, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de compraventa suscrito por las partes con fecha 5 de febrero de 2004, condenando a la entidad demandada, Marbella

Vista Golf, S.L. representada en esta alzada por el procurador Sr. Rosa Cañadas, a estar y pasar por esa resolución y a que abone a los actores la suma de cien mil ochocientos cuarenta y seis euros con dieciséis céntimos (100846,16 euros), más sus intereses legales y las costas causadas en la instancia. Sin pronunciamiento sobre las ocasionadas en este recurso”.

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Las costas del recurso de casación se imponen a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trías.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.