

21 julio 1993 ).

- Los impedimentos urbanísticos y administrativos, cuando los compradores no alcanzan su conocimiento al tiempo de celebrar el contrato, actúan como causa resolutoria de la relación, conforme reiterada jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (SSTS de 19 enero 1990 , 24 febrero y 26 abril 1993 , 18 abril 1994 , 28 mayo 1996 y 23 octubre 1997 )”.

En tal sentido, y en el caso que nos ocupa, la parte demandada alega que sí existía dicha Licencia de Primera Ocupación que considera concedida por silencio administrativo. Y en el caso de autos además tal Licencia de Primera Ocupación consta que fue concedida de forma expresa en fecha 1/6/2010 (doc. aportado por la parte demandada en la audiencia previa celebrada). Pero en la misma Licencia de Primera ocupación concedida de forma expresa se hace constar que la misma no representa la legalización de la obra ejecutada sino únicamente la autorización del uso expresamente previsto por el PGOU de Marbella.

En cualquier caso lo que resulta patente es la incertidumbre generada en el comprador que, suscrito el contrato en el año 2003 y prevista su entrega para el año 2005, se ha visto envuelto en unas vicisitudes administrativas que no tiene obligación de soportar, constando la concesión de la Licencia de Primera Ocupación de forma expresa en el año 2010, esto es, casi 5 años después de la finalización de la obra. Y ello se considera motivo suficiente para frustrar sus expectativas. Ello lleva a considerar justificada la negativa del comprador al otorgamiento de la escritura de compraventa una vez fueron requeridos por la mercantil demandada, considerando que efectivamente ha existido un incumplimiento por parte de la vendedora.

Pero es más, aunque consideráramos que la licencia de primera ocupación no es requisito indispensable para entender que el contrato no está cumplido debidamente por la promotora la SAP Málaga de 9.11.10 en un supuesto idéntico al que nos ocupa en el que aparece demandada la Reserva de Marbella ya determinó que “Pues bien, suscitado el debate planteado en la alzada en los términos expresados, la estipulación cuarta del contrato de compraventa cuya resolución se pretende, obligar a la Entidad vendedora a hacer entrega a los compradores de los inmuebles objeto del mismo, antes del día 31 de mayo de 2005, y conforme a la estipulación segunda, a la entrega de llaves, los compradores vendrían obligados a pagar a la vendedora la parte del precio restante, extremos todos ellos a los que anteriormente nos hemos referido en el relato fáctico expuesto, siendo cierto, en principio, que la no realización por el vendedor-promotor de su obligación de entrega de la vivienda dentro del plazo pactado no supone necesariamente un incumplimiento contractual, ya que como afirmara el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de junio de 1986 , puede constituir un mero retraso, una situación de mora o un incumplimiento, y así en el primer caso, el dato objetivo de la no entrega del inmueble en la fecha pactada carece de consecuencia jurídica alguna, salvo que por las partes se elevara el plazo a la categoría de esencial, en tanto que el retraso cuando es cualificado en el cumplimiento de la prestación, constituye la mora del vendedor-promotor (artículo 1100 del Código Civil ) dando lugar a la indemnización de daños y perjuicios y, por último, el incumplimiento definitivo, en sentido estricto, es el que permite llevar a cabo la resolución contractual

al amparo de la norma contenida en el precitado artículo 1124 del Código Civil , lo que viene a suscitar la duda en el caso tratado de en qué concreta situación de las tres expresadas nos encontramos y que procederemos a analizar a continuación, por lo que, en principio, se debe entender que la no entrega de la vivienda en el plazo indicado debe configurarse como supuesto de "mora" que, ciertamente, no supone por sí solo, sin más, la resolución del contrato, ya que para llegar al tercero de los estadios indicados, el del incumplimiento, se precisa algo más, cual era según doctrina jurisprudencial inicialmente marcada por la Sala Primera del Tribunal Supremo que concurría una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento - T.S. 1ª S. de 9 de junio de 1986 -, pero es el caso que en la actualidad, como se dijo en el fundamento de Derecho Primero de la presente resolución, no se precisa de tal requisito, reseñándose en las sentencias de 5 de junio de 1989 , 24 de febrero de 1990 , 24 de febrero de 1993 , 23 de julio de 2002 y 11 de noviembre de 2003 , entre otras, del Alto Tribunal, que al no ser una exigencia textual del ordenamiento jurídico, es bastante la comprobación de una voluntad obstativa a dicho cumplimiento rehusando con ello el éxito del negocio bilateralmente convenido en conexión con los intereses de las partes frustrando las legítimas aspiraciones de las mismas, de lo que cabría colegir que para determinar el límite fronterizo entre la situación de mora y la de incumplimiento sancionador con la resolución contractual habrá de estarse a la frustración del fin del contrato, de manera que la entrega de la vivienda por parte del vendedor aunque se haga tardíamente, en principio, si satisface objetivamente el interés del comprador, por lo que estaríamos ante una situación de mora que daría pie, en su caso, a la exigencia de cumplimiento forzoso con indemnización por los daños y perjuicios sufridos, en tanto que si se excede de tales límites, ese incumplimiento contractual de parte sí daría oportunidad a la compradora para optar por la resolución del contrato; en otras palabras, como nos dice la sentencia de 22 de mayo de 2003 , cuando el retraso no causa la frustración del fin perseguido con la celebración del contrato, al no conllevar la inutilidad de la prestación para el acreedor, no se está ante un supuesto de resolución por incumplimiento sino tan sólo de mora, habiéndose decantado la jurisprudencia para resolver el dilema de la calificación de la situación de mora o de incumplimiento por frustración del fin negocial al período de tiempo transcurrido desde la fecha de la entrega pactada hasta la interposición de la demanda por el comprador, afirmándose en la sentencia de 14 de noviembre de 1998 ser incumplimiento resolutorio el derivado por el transcurso de año y medio entre una y otra fecha, o incluso de quince meses según contempla la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) de 28 de mayo de 2004 , coligiéndose de lo expuesto que en los controvertidos clausulados de los contratos que en ningún momento se eleva por las partes a la categoría de pacto contractual la obtención de la controvertida "licencia de primera ocupación" , ni queda subordinada la entrega de los inmuebles al cumplimiento de tal requisito de índole administrativo, expidiéndose el certificado final de obra en fecha 8 de febrero de 2006, es decir, nueve meses después del vencimiento del plazo previsto, presentándose por la promotora ante el Ayuntamiento de Marbella solicitud de licencia de primera ocupación el 22 de febrero siguiente. En este orden de cosas, y con tales antecedentes, es verdad que la demandada procedió a requerir a los actores para el otorgamiento de la escritura pública en fecha veintitrés de mayo de dicho año, sin que constituyera óbice a ello la denunciada falta de licencia de primera ocupación, pues,

como ya expresase esta Sala de Apelación en sentencia de 20 de marzo de 2.007 , dictada en un supuesto análogo al que es objeto de esta litis, la falta de obtención de cédula de primera ocupación no determina incumplimiento por parte de la vendedora, pues no hay compromiso contractualmente asumido en tal sentido, siendo necesario aclarar que el vendedor tiene como obligación principal precisamente la de entrega de la cosa y en este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido señalando que la necesaria adecuación que el objeto vendido ha de reunir respecto al fin que le es propio y para el que se adquirió, lo que comporta la obligación de entregar apto el inmueble y a plena utilidad del comprador para permitir el uso normal del objeto adquirido - T.S. 1ª SS. de 24 mayo 1991 y 16 marzo 1995 , entre otras-, y así parece claro que la compraventa de viviendas comporta la obligación para el vendedor de entregarlas en condiciones aptas para ser habitadas, resultando elemental la necesidad de disponer, entre otros elementos, de agua y luz eléctrica, formando parte del núcleo de la obligación esencial del vendedor la entrega en tales condiciones, no obstante, es criterio de esta Sala - siguiendo doctrina del Tribunal Supremo contenida en Sentencias de 10 de Octubre de 1987 y 1989- que en la venta de inmuebles el hecho de no haber obtenido la licencia de primera ocupación o la cédula de habitabilidad no constituye per se un incumplimiento por parte del vendedor al tratarse de autorizaciones administrativas cuya concesión o denegación depende de factores distintos a los determinantes de las obligaciones contractuales entre particulares, quedando a salvo de esta afirmación aquellos casos en que dicha autorización administrativa se eleva a pacto "inter partes" , de la misma forma que la existencia de autorización administrativa no implica el cumplimiento de dicha obligación del vendedor, de ahí que no sea acertada la afirmación referente a ser requisito esencial para la habitabilidad de las viviendas la licencia de primera ocupación, lo que no quiere decir que la falta de la autorización administrativa se pueda y deba tener en cuenta a efectos probatorio del incumplimiento o cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor, de la misma forma que el certificado de final de obra expedido por la dirección técnica de la obra constituye prueba de que la obra está terminada en condiciones de ser habitada, pero ninguna de estas certificaciones o autorizaciones constituyen el cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor, siendo que este tribunal colegiado se hace partícipe de la improcedente competencia del orden tribunal civil para pronunciarse acerca de la concesión o no de licencia de primera ocupación por silencio positivo de la Administración, puesto que dicha cuestión corresponderá en todo momento a los tribunales integrados en el orden jurisdiccional contencioso administrativo, siendo lo cierto que las posibles irregularidades administrativas en las que haya podido incurrir el Ayuntamiento de Marbella, en la concesión o denegación de la licencia de primera ocupación, no pueden, en modo alguno, afectar a la validez del contrato, ni de las mismas puede colegirse incumplimiento contractual alguno de la parte vendedora, ahora bien, si de lo hasta aquí expuesto cabría colegir el acierto del planteamiento de tesis apelante, debe decaer a partir del momento en el que el órgano enjuiciador, como ya resolviera para casos idénticos al ahora tratado, considera que la falta de entrega de la vivienda en el plazo pactado en el contrato es causa de resolución contractual al constituirse como elemento esencial de la venta, no meramente accidental, habida cuenta que las partes pactaran en los contratos con meridiana claridad que "el plazo de terminación y entrega de la vivienda, está previsto para el 31

de mayo de 2005 (31/05/05)" (cláusula cuarta ) sin que, exista en el mismo estipulación alguna que autorizase prórrogas de dicho plazo, por lo que, dada la literalidad de los términos empleados, conforme a lo previsto en el artículo 1.281 del Código Civil , debe entenderse sin paliativos que el plazo comprometido para la entrega del inmueble objeto de la venta no era otro que el del treinta y uno de mayo de dos mil cinco, siendo así que, llegada dicha fecha, las obras aún no estaban finalizadas, constando acreditado en los autos que el certificado final de obras fue expedido en 8 de febrero del siguiente año y visado por los colegios de Arquitectos y Arquitectos Técnicos el 20 de febrero de 2006-documento 2 de la contestación a la demanda- (folio 99), habiéndose solicitado la licencia de primera ocupación el 22 de febrero de dos mil seis -documento número 1 de la contestación a la demanda- (folios 98), de donde resulta claramente incumplido el plazo comprometido para la entrega, sin que quede desvirtuada esta conclusión por el invocado hecho obstativo de que el retraso no fuera imputable a la vendedora a consecuencia de la fuerza mayor derivada de las diversas huelgas que en las fechas de las obras hubo en el sector de la construcción, pues al respecto cabe conceptuar la "fuerza mayor" como la derivada de hechos totalmente insólitos y extraordinarios, que aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles, en teoría, no son de los que puede calcular una conducta prudente, atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar - T.S. 1ª SS. de 18 de noviembre de 1980 y 30 de septiembre de 1983 -, de manera que para que pueda apreciarse la irresponsabilidad a que se refiere el artículo 1105 del Código Civil se precisa que el suceso sea imprevisible, o que previsto sea inevitable, insuperable o irresistible - T.S. 1ª SS. de 31 de octubre de 1986 , 6 de abril de 1987 y 27 de febrero de 1991 -, no existiendo suceso de fuerza mayor cuanto el acaecimiento dañoso se debe al incumplimiento de deberes relevantes de previsibilidad - T.S. 1ª SS. de 8 de mayo de 1986 , 16 de febrero de 1988 y 5 de febrero de 1991 , entre otras muchas-, o, en conclusión , como precisa la sentencia de 14 de abril de 2000 para que la fuerza mayor excluya la responsabilidad contractual se requiere la existencia de un obstáculo que, siendo extraño a la esfera negocial del obligado, sea totalmente irresistible o inevitable, teniendo declarado esta Sala que si bien cabe considerar la contingencia de una huelga como su supuesto de fuerza de mayor, perfectamente incardinable en el contenido del artículo 1.105 del Código Civil , toda vez que, aunque se trate de una circunstancia que pueda ser prevista, el desarrollo de la misma es inevitable, por la parte vendedora, pero, sin embargo, de ello no cabe llegar a la conclusión pretendida por la apelante, habida cuenta también resultar cierto que la demandada no ha acreditado, y a ello venía obligada conforme a las reglas de distribución del "onus probandi" contenidas en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , la incidencia que pudieron tener las huelgas habidas en el sector de la construcción en la entrega de las viviendas, ciertamente acreditadas y por demás notorias en la provincia de Málaga, no resultando acreditado en qué medida los trabajadores empleados en la construcción las secundaron, sin que tales circunstancias, por tanto, en todo caso, justifiquen el retraso en la entrega de los inmuebles, pero, es más, aun aceptando a efectos meramente dialécticos que la huelga supusiera a la parte vendedora un retraso de ciento veintiséis días en la finalización de las obras, es decir, aproximadamente unos cuatro meses más, en cualquier caso, el retraso queda patente en varios meses, que no de entrega de las viviendas, sino tan solo de expedición del certificado final de obras, lo

que no produce el efecto pretendido por la recurrente, siendo patente el incumplimiento contractual concertado por la vendedora en tal sentido, puesto que aunque el plazo de entrega comprometido pudiera considerarse como "aproximado", lo que no resulta de recibo es admitir como fecha de entrega la del treinta y uno de mayo de dos mil cinco, la de ocho de febrero de dos mil seis en que se expidió el certificado final de obras, o la de trece de febrero del mismo año cuanto se presentó la solicitud de licencia de primera ocupación ante el Ayuntamiento, habiendo elevado las partes, al pactarlo en los contratos, el plazo de entrega de la cosa vendida a pacto esencial en uso de la libertad de pacto que consagra el artículo 1.255 del Código Civil, pues de otra forma no se entiende el hecho de que pactara un plazo para la entrega, de ahí que, el incumplimiento del plazo, por parte de la vendedora, faculta a las compradoras para pedir la resolución del contrato, librándose de su obligación, por lo que partiendo de estos razonamientos y de la acreditada falta de entrega de las cosas vendidas en el plazo convenido, es evidente la prosperabilidad de la resolución contractual reclamada por la compradora, sin que se constituya en óbice de ello el hecho de que los compradores fueran requeridos para el otorgamiento de la escritura pública y dejaran de comparecer, ya que en la fecha del requerimiento, el plazo de entrega comprometido, había sido superado con creces, siendo el hecho cierto que quien primero incumplió fue la Entidad vendedora al no hacer entrega de la vivienda en el plazo pactado, debiendo estarse a tal efecto a la doctrina jurisprudencial que mantiene que en caso de incumplimiento recíproco, debe determinarse el momento inicial y la trascendencia de cada incumplimiento ( S.T.S. de 9 de julio de 1.993 ), siendo que a la fecha de la comunicación en cuestión, los compradores habían cumplido por completo con las obligaciones que contractualmente habían concertado con la mercantil apelante, apreciándose inicial incumplimiento de ésta al llegar a término la fecha pactada de entrega de la vivienda, 31 de mayo de 2005, sin que lo hiciera”.

**CUARTO.-** La resolución contractual conlleva que la parte demandada deba abonar a la actora la cantidad de 79.252,39 euros en concepto de principal (devolución de cantidades entregadas, y los intereses legales de dicho importe desde el momento de la entrega (Disposición Adicional 1ª de la LOE 38/1999) SAP Málaga 9.11.10.

**QUINTO.-** Que en materia de costas rige el artículo 394 LEC, procediendo imponerlas a la parte demandada dada la estimación realizada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

**FALLO**