

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063386

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 247/2018, de 25 de abril de 2018

Sala de lo Civil

Rec. n.º 772/2015

**SUMARIO:**

**Compraventa de viviendas. Resolución por incumplimiento de la vendedora. Retraso en la entrega. Naturaleza de las arras pactadas por la partes.** Recurre en casación la compradora-demandante y plantea, en esencia, el retraso en la entrega como causa resolutoria y el destino de las arras penitenciales, pactadas como tales en el contrato. El retraso en la entrega de las viviendas fue voluntario en casi un año por causa imputable a la promotora vendedora y en más de dos años por un litigio contencioso-administrativo por motivos urbanísticos. Por lo que respecta a los efectos resolutorios del incumplimiento del plazo de entrega, la jurisprudencia más reciente establece que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no supone una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, pues la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor. Quien fija el plazo de entrega de las viviendas es el promotor, que debe conocer las dificultades propias de esta actividad y prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega mucho más dilatado en el tiempo, aunque ello le haga perder algún posible cliente. El riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el promotor vendedor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador. En el caso, el plazo de entrega era esencial, como para frustrar su incumplimiento el interés contractual del comprador, y lo acreditan las consecuencias que se pactan para el supuesto de que el vendedor no pueda entregar la vivienda y anexos en la fecha prevista en contrato. Por otra parte, la sentencia recurrida ha interpretado los contratos y alcanza la conclusión, ante su equivocidad terminológica, que las arras que se prevén en ellas no son arras penitenciales, aunque así las denominen las partes, sino arras penales, que son las que tienen como fin establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada para el caso de incumplimiento. Como tal interpretación no merece para la sala el calificativo de ilógica o arbitraria, se mantiene que las arras pactadas son las penales, con la finalidad que tienen anudadas. Sin embargo, una vez mantenida la calificación de arras penales, y ante el silencio de las cláusulas del contrato sobre la cuantía de las arras, se consideran como tales las que, en su día, se abonaron en concepto de señal para la reserva de los dos inmuebles. En consecuencia se estima la petición subsidiaria de la demanda.

**PRECEPTOS:**

Código civil, arts. 1.091, 1.105, 1.124, 1.255, 1.256, 1.258, 1.288, 1.445, 1.454, 1.461.

Ley 57/1968 (Percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas), art. 1.

**PONENTE:***Don Eduardo Baena Ruiz.*

Magistrados:

Don JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Don ANTONIO SALAS CARCELLER

Don FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Don EDUARDO BAENA RUIZ

Don MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 247/2018

Fecha de sentencia: 25/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 772/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE LUGO SECCION N. 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 772/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 247/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 595/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 246/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Mondoñedo.



Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Isabel Gurpegui Vaquero en nombre y representación de D. Jesús Ángel .

La mercantil G. Cao Ribadeo, SL, no se ha personado, como recurrida, ante esta Sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Tramitación en primera instancia.

1.- El procurador de los tribunales D. Luis Ramón Castañeda Gutiérrez, en nombre y representación de D. Jesús Ángel , formuló demanda de juicio ordinario contra D. G. Gao Ribadeo, S.L, suplicando al juzgado:

«SUPlico AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito, con los documentos y copias que se acompañan, considere admitirlo y tener por formulada demanda de JUICIO ORDINARIO DE RESOLUCIÓN DE DOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES, contra "G. Cao Ribadeo, S.L." en el domicilio indicado y, previos los trámites procesales oportunos, proceda a dictar sentencia en la que:

»a) Se declare el incumplimiento esencial de la vendedora, hoy demandada, de sus obligaciones contractuales y legales por:

»- Incumplimiento de la prestación principal de los dos contratos, consistente en la entrega de los dos inmuebles objeto de la compraventa.

»- Haber infringido la normativa legal al no haber cumplido con la obligación de garantizar las cantidades a cuenta entregadas por el comprador, hoy demandante.

»- No haber cumplido con su obligación en cuanto a la información a suministrar en la compraventa de viviendas, respecto a la información de la efectiva fecha de entrega y el estado en que se encuentra la edificación, y en cuanto a tener a disposición del público los documentos que acrediten las garantías de las cantidades entregadas a cuenta.

»b) Declare resueltos los dos contratos de compraventa suscritos entre las partes el día 17 de noviembre de 2006, por los incumplimientos esenciales descritos en el punto a) anterior.

»c) Condene a la demandada a abonar al demandante las siguientes cantidades:

»- Los 56.163,46 Euros entregados a cuenta.

»- Otros 56.163,46 Euros en concepto de arras penitenciales pactadas en los dos contratos de compraventa

»- Al interés legal del dinero más dos puntos desde la fecha de la futura sentencia hasta su abono efectivo.

»d) Condene a la demandada al pago de las costas de este proceso.

»Subsidiariamente, y para el caso de que el juzgado no considere procedente condenar a la demandada al abono de los importes solicitados en el punto c) de nuestra petición principal, solicitamos que se condene a la demandada a abonar al demandante las siguientes cantidades:

»- Los 56.163,46 Euros entregados a cuenta anticipadamente.

»- Al abono de 4.000,00 € en concepto de arras penitenciales respecto a los 4.000,00 € abonados por el demandante el día 24/10/2006 en concepto de señal para la reserva de los dos inmuebles, con anterioridad a la firma de los dos contratos de compraventa.

»- Al abono del interés legal del dinero sobre los 56.163,46 entregados a cuenta, desde el 17 de noviembre de 2006 hasta la fecha de sentencia, indemnización que le hubiera correspondido si la demandada hubiera cumplido



con su obligación de constituir aval o garantía por dicha cantidad abonada anticipadamente, por aplicación del apartado c) de la Disp. Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre.

»- Al interés legal del dinero más dos puntos desde la fecha de la futura sentencia hasta su abono efectivo.

»Quedando vigente lo solicitado en los apartados a), b) y d) de la petición principal, es decir, declaración del incumplimiento contractual por la demandada, resolución de los dos contratos de CV entre las partes, y abono de las costas de este procedimiento por la demandada.»

2.- Con fecha 31 de julio de 2012 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador de los tribunales D. Justo Alfonso Fernández Expósito, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado, formulando demanda reconvenzional.

En el suplico de la contestación solicita:

«[...] seguir el juicio por todos sus trámites, y en su día, dicte sentencia por la que se desestime íntegramente las pretensiones recogidas en la demanda absolviendo a mi representado de todos los pedimentos de la misma, y entrando a conocer del fondo del asunto, se desestime igualmente la demanda absolviendo a G.CAO RIBADEO S.L. de todas las pretensiones que con carácter principal o subsidiario se deducen contra la misma, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandante.»

En el suplico de la demanda reconvenzional solicita:

«que tenga por promovida la presente reconvección, junto con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlos, y seguidos los trámites legales establecidos al efecto, se dicte sentencia por la que estimando la demanda reconvenzional, se condene a la parte actora de la demanda inicial y ahora demandada por reconvección a:

»1.- Otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa del inmueble letra NUM000 , planta NUM001 del edificio sito en Santiago de Reinante con acceso a través del portal NUM002 del bloque NUM003 y del inmueble letra NUM004 , planta NUM005 del edificio sito en Santiago de Reinante con acceso a través del portal NUM002 del bloque NUM003 en el plazo que fije el Juzgado, bajo apercibimiento de que, si no procediese a ello, será el propio Tribunal quien lo sustituya y ordene la pertinente inscripción en el Registro de la Propiedad

»2.- Entregar la cantidad de 297.440,41 EUROS mas IVA correspondiente al segundo y tercer pago que debe efectuar la contraparte una vez se eleve a público los contratos de compraventa.»

4.- El procurador D. Luis Ramón Castañeda Gutiérrez, en nombre y representación de D. Jesús Ángel , contestó a la demanda reconvenzional y suplicó al juzgado:

«[...] proceda a dictar sentencia en la que se desestimen todas las pretensiones de la demandante reconvenzional, con expresa imposición de las costas al actor reconvenzional.»

5.- El juzgado de dictó sentencia el 16 de abril de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

»Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Jesús Ángel frente a la entidad G. CAO RIBADEO S.L. y, en consecuencia, la absuelvo de cuantas pretensiones se contienen en ella.

»Que debo estimar y estimo la demanda reconvenzional interpuesta por G. CAO RIBADEO S.L., contra D. Jesús Ángel , y en consecuencia condeno a éste a:

»1.- Otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa del inmueble letra NUM000 , planta NUM001 del edificio sito en Santiago de Reinante con acceso a través del portal NUM002 del bloque NUM003 y del inmueble letra NUM004 , planta NUM005 del edificio sito en Santiago de Reinante con acceso a través del portal NUM002 del bloque NUM003 en el plazo que fije el Juzgado, bajo apercibimiento de que, si no procediese a ello, será el propio tribunal quien lo sustituya y ordene la pertinente inscripción en el Registro de la Propiedad.

»2.- A pagar a, G. CAO RIBADEO. S. L. , la cantidad de 297.440,41 euros más IVA al tipo, del 7-%, lo cual arroja un total de 318.261,24 euros, correspondientes al segundo y tercer pago que debe efectuarse por D. Jesús Ángel , una vez se eleven a público los contratos de compraventa.

»Cada cual soportará las costas causadas a su instancia.»



## Segundo.

Tramitación en segunda instancia.

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de D. Jesús Ángel , correspondiendo conocer de él a la Sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Lugo, que dictó sentencia el 4 de febrero de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso formulado contra la sentencia dictada en fecha 16 de abril de 2014 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Mondoñedo , debemos confirmar y confirmamos la misma y sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Transfierase a la cuenta especial 9900 el depósito constituido para recurrir.»

## Tercero.

Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- La representación procesal de D. Jesús Ángel interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con base en los siguientes motivos:

Motivo primero, por infracción de los arts 1224 y 1255 CC , y art 1091 CC y art 1258 CC , con cita de las SSTs 52/2014 y 7/2014 , en esencia porque entiende que el retraso constituye incumplimiento grave por haberse pactado así, en aras de la autonomía de la voluntad.

El motivo segundo es por infracción del art 1 de la Ley 57/1968 de 27 de julio porque se ha de entender como esencial el incumplimiento de la obligación legal de constituir aval o garantía sobre las cantidades entregadas a cuenta. Cita las SSTs 218/2014 y 25/2013 , y en el mismo sentido las de 10-12-2012 y 5-2-2013 .

El motivo tercero, por infracción de los arts 1254 , 1288 y 1091 CC sobre aplicación de la estipulación quinta de los contratos de compraventa litigiosos, desnaturalizando la misma y aplicándola de modo arbitrario e ilógico como cláusula penal, en lugar de cláusula penitencial. Cita las SSTs 581/2013 y 25/2013 .

2.- La sala dictó auto el 20 de diciembre de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1º.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jesús Ángel , contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 595/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 246/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Mondoñedo.

»2º.- No habiéndose personado en el presente rollo la parte recurrida, queden los autos pendientes de señalamiento del día y hora para la celebración de la vista, o, en su caso, para la votación y fallo del recurso de casación.»

3.- No habiéndose presentado en esta sala escrito de oposición al referido recurso, se señaló para votación y fallo del recurso el 17 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se expresan a continuación:

1.- D. Jesús Ángel formuló demanda contra la mercantil G. Cao Ribadeo, S.L, en la que solicitaba la resolución de dos contratos de compraventa de vivienda suscritos en fecha 17 de noviembre de 2006, con las consecuencias económicas que recogía en la parte dispositiva de su demanda.

Articuló como causas de resolución el incumplimiento por la demandada de las siguientes obligaciones: (i) el retraso, respecto de la fecha pactada, en la entrega de los dos inmuebles objeto de la compraventa; (ii) no cumplir, con la entrega de los correspondientes avales, con la obligación de garantizar las cantidades entregadas por él a cuenta; (iii) no suministrarle información respecto a la efectiva fecha de entrega de las viviendas y el estado en que se encontraba la edificación, y, en cuanto a tener a disposición del público los documentos que garantizaran las cantidades entregadas a cuenta.



2.- La parte demandada se opuso a la demanda y formuló reconvencción en el sentido de que, con estimación de la demanda reconvenccional, se condenase al actor comprador a otorgar las correspondientes escrituras públicas de los contratos y al pago del precio, correspondiente al segundo y tercer pago.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por la parte actora y estimó la demanda reconvenccional.

En esencia, mantiene la sentencia, como ratio decidendi de su resolución, que, aunque medió retraso en la entrega de los inmuebles y falta de entrega de avales, tales incumplimientos no tienen entidad suficiente como para dar lugar a la resolución de los contratos.

No hubo una voluntad deliberada y rebelde de la promotora en incumplir la obligación de entrega en plazo de las viviendas, que vino en parte proporcionada por la paralización de la obra a causa de un procedimiento contencioso administrativo por razones urbanísticas relacionados con la licencia de obra.

La entrega de los avales en garantía de las cantidades entregadas no se recogió en los contratos como obligación esencial.

Es cierto que existe previsión legal sobre la obligación de garantizar tales cantidades, pero no existe previsión legal sobre su incumplimiento.

Además no será esencial la obligación si no ha impedido su incumplimiento el cumplimiento efectivo del contrato; por lo que la resolución llevada a cabo por la actora en su comunicación de 10 de febrero de 2012 por esta causa no puede ser válida, pues ya se ha decidido que no ha existido retraso culpable en la entrega de las viviendas.

4.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y correspondió conocer de él a la sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Lugo, que dictó sentencia el 4 de febrero de 2015 por la que desestimaba el recurso.

La motivación de su decisión en lo relevante para el recurso de casación es la siguiente:

(i) Retraso en la entrega de las viviendas.

La escritura pública de compraventa se había de otorgar, según contrato, antes del 31 de mayo de 2009.

La obra quedó paralizada por la existencia de procedimiento contencioso administrativo el 14 de mayo de 2009. Tal paralización se alzó en noviembre de 2011.

La certificación final de obra tuvo lugar en agosto de 2012.

Con tales antecedentes no estima que el retraso justifique la resolución pues cuando se produce una paralización de las obras motivada por una resolución de un organismo administrativo que estima que estima la existencia de irregularidades ello no puede considerarse como un incumplimiento previo, que pudiese librar al comprador, de la obligación del cumplimiento contractual ya que aquella paralización debe considerarse como una causa ajena a la promotora-vendedora, causa imprevisible, inevitable y excepcional que encaja en el artículo 1.105 del Código Civil y le exonera, de responsabilidad ya que escapa del control de la promotora y convirtiéndose en una, perjudicada frente a la actuación administrativa, no habiéndose acreditado como exige la jurisprudencia la existencia de una voluntad obstativa y rebelde el cumplimiento sino todo lo contrario.

(ii) Ausencia de avales.

Con independencia de que su ausencia pueda erigirse o no en un incumplimiento de tal magnitud que permita acudir a la resolución del contrato, se debe tener en cuenta que su exigencia viene determinada para garantizar la devolución de las cantidades entregadas para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a término, pero es evidente que no afecta en modo alguno al objeto principal del negocio cuando aquellas condiciones no se producen. Las viviendas se encuentran ejecutadas y con licencia de primera ocupación.

(iii) En contra de lo pretendido por la actora apelante se estima la demanda reconvenccional, en orden a que se cumpla el contrato y no a que se rescinda en aplicación del art. 1454 CC para las arras penitenciales, conforme a la estipulación quinta del contrato, porque, a pesar de la denominación que se hace en el contrato de arras penitenciales, en realidad se trata de arras penales, con la finalidad de establecer una garantía de cumplimiento mediante consecuencias económicas previstas para el caso de incumplimiento, pero que no tienen el objeto de que las partes puedan desistir libremente del contrato soportando el perjuicio económico previsto.

5.- La representación procesal de la parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional en los términos que más adelante se expondrán, que articuló en tres motivos.

6.- La sala dictó auto el 20 de diciembre de 2017 en el que acordó admitir el recurso de casación.

La parte recurrida no se personó en el rollo de casación.

Recurso de Casación.



## Segundo.

### Motivos:

Motivo Primero.- La Sentencia recurrida se opone o desconoce la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que ha establecido como grave o sustancial el incumplimiento del plazo pactado expresamente por las partes para la entrega de inmuebles en los contratos de compraventa, y faculta la resolución de los contratos de compraventa.

La Sentencia recurrida ha infringido el art. 1.124 y 1.255 del Código Civil, pues el retraso constituye incumplimiento grave o sustancial siempre que haya sido pactado así por las partes en aras de la autonomía de la voluntad y permite al perjudicado por el incumplimiento la resolución del contrato. Igualmente infringe los principios lex contractus del artículo 1.091 CC, pacta servanda, artículo 1.258 CC, y la necesidad de la esencia de la obligación, artículo 1.256 CC. Se aportan como Sentencias de contraste las STS 52/2014 de 6 de febrero, RJ/2014/836, y 7/2014 de 17 de enero, RJ/2014/1266.

Según la Sentencia recurrida, las obras de las viviendas litigiosas se vieron paralizadas de forma obligada desde el 14 de mayo de 2009 hasta noviembre de 2011 por una resolución judicial, igualmente indica, que también estuvieron paralizadas por otros motivos desconocidos dos meses después de la fecha en que debían haber sido ya entregadas, e incluso tras el alzamiento de la paralización judicial se tardó desde noviembre de 2011 hasta agosto de 2012 en emitir certificado de final de obra, sin que haya sido aportado al procedimiento licencia de primera ocupación, interpretando que el retraso por la paralización de las obras es una causa ajena e imprevisible al vendedor que le exonera de responsabilidad, y que el retraso de más de un año, no justificado, sin que estuvieran paralizadas las obras judicialmente, no es justificativo de la actitud del demandante ya que la resolución del contrato es un remedio excepcional frente al principio de conservación del negocio jurídico.

Resulta patente que dicha interpretación no es conforme con la naturaleza ni espíritu del principio de conservación del negocio jurídico esgrimido por la propia Audiencia Provincial de Lugo, ya que dicho principio nunca permite amparar el incumplimiento de una de las partes contractuales yendo en perjuicio de la otra parte.

En consecuencia lo que corresponde determinar es si un retraso superior a un año por causas no justificadas por la vendedora, aparte de los dos años por una paralización judicial de las obras (En concreto a la fecha de la Vista en la 1ª Instancia, de 14 de febrero de 2014, se acumulaba un retraso de casi 5 años por todos los conceptos, justificados o no), se considera un incumplimiento grave y sustancial cuando las partes han contratado expresamente un plazo y la consecuencia a la que da lugar el incumplimiento.

La Sentencia recurrida se opone o desconoce la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo sobre el carácter sustancial del incumplimiento de constituir aval o garantía sobre las cantidades entregadas a cuenta en compraventas de vivienda y la facultad de rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta si expira el plazo de finalización de las obras sin entregarse las viviendas.

La Sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, respecto al incumplimiento de constituir aval o garantía sobre las cantidades entregadas a cuenta, y el art. 3 de la misma Ley que permite al cesionario la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta cuando ha expirado el plazo para la terminación de las obras sin que haya acaecido la prestación. Se aportan como Sentencias de contraste las STS 218/2014 de 7 de mayo, RJ/2014/3126, y 25/2013 de 5 de febrero, RJ/2013/995

### Motivo Tercero.- Enunciación y Planteamiento.

La Sentencia recurrida se opone o desconoce la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo sobre la aplicación de las arras penitenciales cuando estas se encuentran pactadas en el contrato según dicción literal dicción literal de su texto.

La Sentencia recurrida infringe los arts. 1.454, 1, 288 Y 1.091 del Código Civil sobre la aplicación de la Estipulación Quinta de los contratos de compraventa litigiosos, desnaturalizando misma y aplicando dicha Estipulación de forma arbitraria e ilógica como cláusula penal en lugar de penitencial. Se aportan como sentencias de contraste las STS 531/2013 de 26 de septiembre, RJ/2013/6402, y 25/2013 de 15 de febrero, RJ/2000/667

Se han vulnerado los preceptos indicados en el encabezamiento de este motivo al no aplicar la Estipulación Quinta de los contratos de compraventa como cláusula penitencial, ya sea en favor del vendedor o del comprador, y más cuando en este pacto se pone de manifiesto la esencialidad de lo acordado en los contratos, pues se establece expresamente que cualquier incumplimiento de los estipulados conllevará la aplicación del artículo 1.454 del Código Civil para arras penitenciales o de desistimiento.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo para poder aplicarse las arras penitenciales deben contemplarse perfectamente formuladas, como ocurre en el presente caso, en el que consta tanto el nombre de las



arras, como el artículo del Código Civil de aplicación, tratándose por tanto de una obligación facultativa de decidir entre cumplir o pagar lo pactado, sin importar incumplimientos, culpabilidad o imposibilidad. El texto del pacto es claro y debe ser interpretado según la dicción literal de su texto:

«En caso de incumplimiento del presente contrato, operara lo establecido por el artículo 1454 del Código Civil par a las arras penitenciales».

La conclusión del recurrente es que si la audiencia hubiese considerado las arras como penitenciales, como se pretende y postula, y teniendo en cuenta que a juicio del tribunal la vendedora no ha incumplido sus obligaciones, la solución no pasaría por exigir al comprador el cumplimiento de los contratos, sino acordar la resolución de los mismos, que llevó a cabo el comprador mediante burofax, pero con la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta, en aplicación del pacto de arras penitenciales.

### Tercero.

En un adecuado orden metodológico procede enjuiciar y decidir en primer lugar el motivo primero, pues si se estimase carecería de sentido enjuiciarse el segundo y el tercero.

El segundo decaería por carencia de efecto útil, pues se persigue a través de su articulación la resolución de los contratos, que ya se habrían declarado resueltos por la estimación del primer motivo.

Si se acuerda la citada resolución de los contratos decae obviamente la demanda reconvenzional, cuya pretensión era exigir el cumplimiento de los contratos, que no sería posible si se han declarado resueltos; y la interpretación que hace la audiencia de la cláusula quinta del contrato, que la recurrente combate a través del tercer motivo por discrepar de ella, la hace el tribunal para estimar la demanda reconvenzional, por lo que también desaparece el efecto útil del motivo. Al estimarse la demanda ya no cabría enjuiciar en ningún aspecto las pretensiones objeto de la demanda reconvenzional.

### Cuarto.

Decisión de la Sala.

Para decidir sobre el motivo primero, atinente al retraso en la entrega de las viviendas, conviene recordar la jurisprudencia de la Sala sobre los extremos que ahora son de interés, teniendo en cuenta que la existencia del retraso, voluntario en casi un año por causa imputable a la promotora vendedora y en más de dos años por un litigio contencioso- administrativo por motivos urbanísticos, aparece como hecho probado y no combatido en la sentencia recurrida.

1.- El objeto del motivo constituye una de las cuestiones más controvertidas, con un gran componente casuístico. No obstante, la polémica surge cuando las partes no han pactado de forma expresa que la falta de entrega en el plazo acordado otorga al comprador el derecho de resolver el contrato, pues, si así fuese, una vez incumplido el plazo nacería el derecho a la resolución sin necesidad de otro tipo de valoraciones, en principio.

A pesar del último inciso vamos a recordar la jurisprudencia de esta Sala en materia de resolución del contrato de compraventa por retraso en la entrega de la vivienda, tanto en los supuestos en que no se hubiese pactado a favor del comprador una condición resolutoria expresa en torno a un plazo de entrega fijado por las partes como esencial, como cuando si hubiese mediado tal pacto.

La STS de 1 de abril de 2014 (Recurso 475/2012 recoge que: "Por lo que respecta a los efectos resolutorios del incumplimiento del plazo de entrega, la jurisprudencia más reciente (por ejemplo, SSTS de 14 de junio de 2011, Rc. 369/2008 , 21 de marzo 2012, Rc. 931/2009 , y 25 de octubre de 2013, Rc.1666/2010 ) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas ( artículo 1124 CC ) en el sentido de que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no supone una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso al comprador, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda entre las lógicas expectativas del comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubieran estipulado y en condiciones para ser usada conforme 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 ).



2.- Cuando se trata de indagar si el retraso ha obedecido a la existencia de causas no imputables a la promotora vendedora, se ha de tener en cuenta que tales causas deben ser imprevisibles e inevitables por ella a la fecha del contrato.

De ahí que, con independencia de lo dispuesto en la Ley 57/1968, en el ámbito de la construcción, en el que deben preverse plazos prudenciales de tiempo para la realización de las obras, tenga poca cabida la existencia de alguna causa de fuerza mayor que pueda justificar un retraso en la entrega de la vivienda.

Quien fija el plazo de entrega de las viviendas es el promotor, que es un profesional de la Construcción y debe conocer las dificultades propias de esta actividad y, por lo tanto, tiene que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega mucho más dilatado en el tiempo, aunque ello le haga perder algún posible cliente.

El riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el promotor vendedor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador.

#### **Quinto.**

Si se aplica la anterior doctrina al supuesto enjuiciado existen dos hechos relevantes para la estimación del motivo, por cuanto de ellos se infiere la frustración del interés contractual para el comprador.

El primero de ellos es que en el exponiendo tercero de los contratos se recoge que se han «obtenido las licencias y autorizaciones administrativas legalmente exigibles», por lo que se crea en el comprador la confianza razonable de que no va a padecer dificultades urbanísticas en la compra.

El segundo que en la estipulación primera de los contratos se pacta que la parte vendedora entregará a la parte compradora la vivienda y los anexos objeto del presente contrato antes del día treinta y uno de mayo de dos mil nueve (31/05/2009), siempre que la parte compradora tenga abonadas las cantidades devengadas en dicha fecha conforme a lo previsto en la estipulación tercera del presente contrato. En el caso de que el vendedor no pueda entregar la vivienda y anexos en la fecha prevista será de aplicación lo dispuesto en la condición general quinta.

De ambos se infiere:

(i) No puede trasladarse al comprador por el vendedor profesional las dificultades urbanísticas que surjan y paraliquen la obra. En primer lugar porque para un profesional del ramo tales circunstancias no pueden calificarse de imprevisibles. Y en segundo lugar porque quien compra en la confianza de lo que se le ofrece no debe ser el que soporte el riesgo empresarial.

(ii) Que el plazo de entrega era esencial, como para frustrar su incumplimiento el interés contractual del comprador, lo acredita las consecuencias que se pactan para el supuesto de que el vendedor no pueda entregar la vivienda y anexos en la fecha prevista en contrato.

Por todo ello procede estimar el motivo y, como consecuencia de ello casar la sentencia y asumir la instancia.

#### **Sexto.**

Al asumir la instancia se ha de estimar la demanda, por estimación del recurso de apelación, y desestimar la demanda reconvenional.

Surge como interrogante si las arras a abonar por la parte demandada al comprador serán las ascendentes a 56.163,46 euros, que es el objeto de la pretensión principal, o las ascendentes a 4.000 euros, que es la que se postula en la petición subsidiaria, y ello siempre y cuando se traten de arras penales.

1.- Aunque hemos expuesto que no cabe enjuiciar el motivo tercero del recurso de casación, pues se articula en relación con la estimación por el tribunal de la demanda reconvenional, y, sin embargo, tal estimación ha quedado sin efecto, una vez que se declaran resueltos los contratos de compraventa; lo que no se puede obviar es que la sentencia de la audiencia ha interpretado la cláusula quinta de los contratos en relación con la primera y alcanza la conclusión, ante su equivocidad terminológica, que las arras que se prevén en ellas no son arras penitenciales, aunque así las denominen las partes, sino arras penales, que son las que tienen como fin establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada para el caso de incumplimiento ( STS 25 de febrero de 2013 ).

Hecha esta consideración cabe decir que la interpretación de los contratos realizada por la sentencia impugnada no puede ser revisada en casación, en cuanto es consecuencia de la valoración de la prueba que es función exclusiva de los tribunales de instancia, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico o



arbitrario y, con ello, la infracción de la ley aplicada por desnaturalización de sus presupuestos y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación plasmada en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud ( SSTS 13 de junio de 2011 [RC n.º 1706/2007 ], 14 de junio de 2011 [RC n.º 435/2008 ])

Como la interpretación que hace el tribunal de apelación no merece para la sala el calificativo de ilógica o arbitraria, hemos de mantener que las arras pactadas son las penales, con la finalidad que tienen anudadas y que ya se ha mencionado.

2.- Sin embargo, una vez mantenida la calificación de arras penales, y ante el silencio de las cláusulas del contrato sobre la cuantía de las arras, nos inclinamos por considerar como tales las que, en su día, se abonaron en concepto de señal para la reserva de los dos inmuebles.

En consecuencia se estima la petición subsidiaria de la demanda.

### **Séptimo.**

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación ni se le condena a las costas del recurso de apelación.

En aplicación de tales preceptos se condena a la parte demandada a las costas de la primera instancia.

### **FALLO**

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Jesús Ángel , contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 595/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 246/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Mondoñedo.

2.º- Casar la sentencia recurrida y, con estimación del recurso de apelación, estimar la demanda de la parte actora, en su pretensión subsidiaria, y desestimar la demanda reconvenzional.

3.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación ni se le condena a las costas del recurso de apelación, sobre las que no se hacen especial condena.

4.º- Se condena a la parte demandada a las costas de la primera instancia.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.