

Referencia: NCJ058154

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 401/2013, de 10 de junio de 2013 Sala de lo Civil

Rec. n.º 21/2011

SUMARIO:

Compraventa. Inmueble en construcción. Resolución por incumplimiento del vendedor. Entrega de la cosa. Falta de licencia de primera ocupación. Licencia de obras impugnada por no ajustarse al planeamiento urbanístico. Cabe atribuir eficacia o valor resolutorio a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación, la falta de cumplimiento de ese deber solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, o, en su defecto, en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente, correspondiendo a la vendedora a probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 1.124, 1.258 y 1.461.
Ley 1/2000 (LEC), arts. 477.2 y 485.

PONENTE:

Don Juan Antonio Xiol Ríos.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación n.º 21/2011 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 16 de septiembre de 2010, dictada en grado de apelación, rollo n.º 453/2009, por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante del juicio ordinario n.º 402/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Marbella. Es parte recurrida D. Luis Pedro, que ha comparecido bajo la representación de la procuradora de los tribunales D.ª Olga Gutiérrez Álvarez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Marbella dictó sentencia de, en el juicio ordinario n.º 402/2009, cuyo fallo dice:

«Fallo:

»Que estimando parcialmente la demanda formulada por Don Luis Pedro y Doña Eufrasia formulada por Don Luis Pedro y Doña Eufrasia , ambos representados por el procurador don Diego Ledesma Hidalgo y asistidos del letrado don Carlos Comitre Couto, contra la mercantil Marbella Vista Golf S.L. representada por la procuradora D.^a Inmaculada Sánchez Falquina y asistida del letrado don Luis Miguel Sánchez Pérez, debo declarar y declaro resueltos los contratos de compraventa suscritos entre las partes y debo condenar y condeno a la entidad demandada a abonar a los actores la suma de doscientos un mil ochocientos cincuenta y seis euros con ochenta y cuatro céntimos (201856,84) más los intereses de dicha cantidad desde el 9 de enero de 2004 hasta su completo pago, incrementado en dos puntos a partir de la fecha de la presente resolución, ello sin hacer expresa condena en costas».

Segundo.

La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. En el presente procedimiento se ejercita por la parte actora, don Luis Pedro y doña Eufrasia , una acción de carácter personal, derivada de los dos contratos de compraventa concertados con la mercantil demandada Marbella Vista Golf, S.L., dirigida a la resolución del expresado contrato por falta de entrega de la vivienda que constituye su objeto dentro del plazo estipulado en el contrato y por falta de entrega del aval que garantice la devolución a los compradores de las cantidades entregadas a cuenta, con declaración de nulidad de las estipulaciones cuarta, quinta y decimocuarta del mismo contrato.

»La acción de resolución de contrato, encuentra fundamento legal en el art. 1124 del Código Civil , que regula la impropriadamente denominada "condición resolutoria tácita", definida por la doctrina científica como aquella facultad o remedio que, con carácter principal y genérico, otorga la ley en las obligaciones recíprocas para resolverlas a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento del deber a la otra asignado. Siendo requisitos para la resolución del contrato bilateral por incumplimiento, según reiterada y tradicional jurisprudencia del Tribunal Supremo, los siguientes:

»1º.- Reciprocidad de las obligaciones.

»2º.- Inejecución de una o varias de las obligaciones contractuales.

»3º.- Previo cumplimiento del actor; y

»4º.- Existencia en el deudor demandado de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o aparición de un hecho que de modo definitivo e irreformable lo impida (SSTS 5 julio. 1941 , 28 enero 1944 , 10 marzo 1949 , 9 marzo 1950 , 26 junio 1952 , 22 junio 1959 , 2 enero 1961 , 25 marzo 1964 , 26 marzo 1976 , 29 febrero 1988 , 25 octubre 1988 , 5 junio 1989 , 1 diciembre 1989 y 30 octubre 1996). Habiéndose sustituido el último requisito por la más moderna doctrina jurisprudencial en el sentido de exigir que el incumplimiento se produzca frustrando las legítimas expectativas de la otra parte a la que se priva de alcanzar el fin económico perseguido por el vínculo negocial (STS 21 noviembre 2000).

»Segundo. Una adecuada resolución de esta litis exige tener en cuenta las siguientes consideraciones normativas y jurisprudenciales referentes a la compraventa de vivienda sobre plano o en construcción:

»Primera.- Constituye obligación esencial del vendedor, en el contrato de compraventa, la de entregar la cosa vendida, en el tiempo y lugar pactados, poniéndola en poder y posesión del comprador (arts. 1445 , 1461 y 1462 CC). Teniendo establecido la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas que las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido (art. 1.1); que en los contratos que en tal sentido se concierten deberá hacerse constar expresamente que el cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta más el 6 por 100 de interés anual en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en le contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad (art. 2) y que, expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo

periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda (art. 3).

»Posteriormente, la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación mantiene la vigencia de la expresada Ley al establecer que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

»Segunda.- El Tribunal Supremo en sentencia de 9 de abril de 2003, ha razonado que el artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio lo que trata es de garantizar al comprador de viviendas futuras la devolución de las cantidades que anticipó, tanto si la construcción no se hubiera iniciado, como cuando no llegue a buen fin por cualquier causa. A estos efectos la expresada ley, afirma el Alto Tribunal (SS de 28 de abril de 2003 y 8 de marzo de 2001), impone en su art. 1.º a las personas físicas o jurídicas que promuevan edificaciones que no sean de protección oficial, la obligación -que es irrenunciable a tenor de su art. 7.º- de garantizar la devolución de los adelantos cobrados, debiendo suscribir el correspondiente contrato de seguro con una entidad aseguradora inscrita y oficialmente autorizada; de lo que -se infiere, que la motivación esencial y social de dicha ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda -bien generalmente esencial para la vida-, que está en fase de planificación o construcción". Por ello, para su aplicación, únicamente se exige como condición indispensable, que se hayan entregado sumas determinadas en concreto y que la construcción de la vivienda no se haya iniciado o concluido en el plazo fijado en el contrato.

»Tercera.- Se trata, en todos estos casos, de supuestos de compraventa de cosa futura, cuya posibilidad legal deriva de lo dispuesto en el art. 1271 del Cc, y que ha quedado perfilado entre otras, por las sentencias de 17-2-67 y 30-10-89 en las que se expresa que la compraventa de cosa futura (en su modalidad de *emptio rei speratae*), como contrato conmutativo que es (a diferencia de la modalidad llamada *emptio spei*, que es contrato aleatorio), presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que esta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar, de manera que el contrato queda plenamente desnaturalizado, como tal venta de cosa futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega, por lo que, así como no hay inconveniente legal ni jurisprudencial (SSTS de 17 febrero 1967 y 3 junio 1970) en calificar de venta de cosa futura a la de una vivienda todavía en construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación como tal vivienda habitable y en la que el vendedor asume la obligación de entregarla al comprador una vez que la ha terminado, no puede, en cambio, corresponder tal calificación de venta de cosa inmueble futura a aquella relación contractual en la que, actuando el comprador con el mismo designio antes expresado de adquirir una vivienda y terminada, aunque al celebrar el contrato se halle todavía en fase de construcción, el vendedor se exime en absoluto de su obligación de entrega y se desliga de todo lo atinente a su terminación (STS de 28-12-95).

»Cuarta.- Las sentencias del Alto Tribunal de 21 de julio de 1993 y de 8 de noviembre de 1996 refieren que en los supuestos de venta sobre plano de viviendas en construcción, estas no tienen una existencia actual, sino futura, por lo que en ellas el consentimiento contractual se otorga en contemplación a las características resultantes del plano incorporado al contrato, que en estos casos, no solo tiene una función descriptiva del objeto contractual, sino que ejerce un papel objetivamente normativo para el promotor-vendedor; al igual que la publicidad o propaganda sobre venta de viviendas forma parte esencial de la oferta, y obliga a entregar una vivienda que reúna las características ofrecidas públicamente a los futuros compradores.

»Segundo. Incuestionada la realidad de la relación jurídica existente entre las partes en los términos expuestos en el Antecedente de Hecho Sexto de la presente resolución, el litigio se cene a determinar cuales sean las consecuencias del incumplimiento de la obligación de entrega de aval por parte de la mercantil vendedora, y si ha existido verdadero y propio retraso en la puesta a disposición del comprador de la vivienda objeto de autos. Lo que se resuelve en los siguientes términos:

»Primero.- La falta de entrega de aval no se considera como causa de resolución contractual puesto que entiende esta juez que se trata de una obligación accesoria de origen legal establecida para el caso de contratos de compraventa de viviendas en construcción con la finalidad de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por parte de los compradores, si hubiere lugar a ello. De forma que el incumplimiento de dicha obligación en sí mismo cuando la edificación se encuentra ya concluida -con lo que sirve ella misma para responder de la eventual obligación de restituir tales cantidades- y no existiendo tampoco previo requerimiento de los compradores para la prestación del aval, no puede considerarse como esencial ni provocar el efecto resolutorio de la compraventa que le asigna la parte actora, sin perjuicio de que ello pueda acarrear la imposición de las sanciones que para los ilícitos administrativos en la materia previene la ley (STS 9 de junio de 1986).

»Segundo.- Cuestión distinta es la relativa al cumplimiento de la obligación principal de entrega,

debiendo analizarse con detalle las circunstancias concurrentes a fin de poder establecer si ha existido o no retraso en la misma asimilable al verdadero y propio incumplimiento que justifique la resolución que ha sido interesada ex art. 1124 Cc .

»La parte actora concreta la falta de entrega de la vivienda en la ausencia de licencia de primera ocupación, falta de terminación del conjunto de la urbanización y no ejecución del campo de golf por parte de la mercantil demandada.

»En este sentido, resulta de interés destacar que las partes convinieron expresamente en la concesión de una prórroga al vendedor para la entrega de la vivienda, de forma que dentro de dicho plazo convencional, no cabe dictaminar que se frustren las expectativas negociales de la parte compradora ni que, por tanto, pueda hablarse de propio retraso en la entrega sino más bien de cumplimiento dentro del plazo establecido de mutuo acuerdo por las partes. El retraso en la entrega -de existir- habrá de computarse pues desde el transcurso del plazo máximo estipulado por las partes, esto es, el 31 de octubre de 2005.

»Sobre esta base, las partes discuten sobre si la obligación de entrega de la vivienda que asume el vendedor para esa fecha comportaba o no la de haber obtenido previamente la licencia de primera ocupación. En este sentido, el actor aduce que solo de este modo puede el vendedor garantizar al comprador el goce pacífico de la cosa, eliminando el riesgo de que el inmueble se hubiese construido contraviniendo la licencia de obras o la normativa urbanística vigente y asegurando que la vivienda reúne las condiciones de habitabilidad necesarias. De contrario se alega que el otorgamiento de la licencia de primera ocupación es una cuestión administrativa de la que no se puede hacer depender el cumplimiento del contrato, puesto que puede ocurrir que el Ayuntamiento incumpla los plazos y se produzca una demora independiente de que la obra esté bien acabada.

»Existe a este respecto jurisprudencia contradictoria que avala tanto una como otra tesis, si bien esta juez entiende que conforme a lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de octubre de 1987 y 1989 (citadas en SAP de Málaga de 2 de mayo de 2007), 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, a salvo los casos en que dicha autorización administrativa, dice la Audiencia Provincial, se eleve a pacto inter partes , y a salvo, - añade esta juez siguiendo el criterio establecido en sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de octubre de 2000 - que dicha licencia de primera ocupación no llegue a obtenerse transcurrido un prolongado periodo de tiempo, lo que sí podría calificarse de verdadero incumplimiento contractual puesto que no cabe dudar, como sostiene el actor, que la vivienda ha de ser entregada en condiciones de ser habitada y dicha licencia, no solo verifica tales extremos, sino que es presupuesto necesario para la contratación de los suministros básicos (art. 175 de la Ley 7/2001 de Ordenación Urbanística de Andalucía).

»Sentado lo cual, y aun cuando esta juez ha venido entendiendo habitualmente, conforme al criterio establecido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla (S. 637/2007, de 29 de marzo) que la licencia de primera ocupación es susceptible de ser obtenida por silencio administrativo, ello tiene como excepción notable los supuestos en los que no exista previa licencia de obras al proyecto básico o la misma se encuentre impugnada judicialmente.

»En este sentido, es clarificadora la sentencia de 25 de enero de 1988 al establecer en su considerando 5.º que se conceptúa "el Proyecto Básico como la fase de trabajo en que se define de modo preciso las características generales de la obra mediante la adopción y justificación de soluciones concretas, siendo suficiente, una vez conseguido el visado colegial, para solicitar la licencia municipal, pero insuficiente para llevar a cabo la obra, para lo cual se requiere el Proyecto de Ejecución que desarrolla el Básico".

»Don Francisco Antonio Cholbit Cacha (El procedimiento de concesión de las licencias de urbanismo, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2002), dice que el Proyecto Básico es aquel que se realiza sobre la posibilidad o viabilidad legal o urbanística de realizar o construir lo que se pretende, en tanto que el Proyecto de Ejecución es el que define con exactitud la obra que se pretende llevar a cabo con todos sus aspectos y actuaciones para que la Administración pueda ejercer el control que la Ley le atribuye.

»En definitiva, en el Proyecto Básico se definen los parámetros que encuadran el aprovechamiento urbanístico solicitado (ocupación de parcela, índice de edificabilidad, ordenanza aplicable con tipología, altura, separación de lindero, etc.), de manera que, una vez comprobada su procedencia, el Ayuntamiento puede otorgar perfectamente la licencia; el Proyecto Básico concreta con toda minucia los distintos condicionamientos técnicos de la obra a ejecutar, que van desde la salubridad e higiene hasta la seguridad y las exigencias técnicas de las normas constructivas (en este sentido, sentencia de 13 de marzo de 1984 del Tribunal Supremo).

»Lo que, interpretado a sensu contrario nos permite concluir que -la licencia de primera utilización u ocupación de los edificios está de alguna manera concatenada a la licencia de obras y tiene carácter complementario de esta. Si no existe licencia de obras, en principio, no puede concederse licencia de primera ocupación (Antonio Cano Murac, las licencias de primera utilización u ocupación de los edificios,

editorial Aranzadi) - y, en el mismo sentido, Lliset Borret y Gutiérrez Colomina, entre otros-. Lo que significa, en definitiva, que si no existe previa licencia de obras o está cuestionada su legalidad en sede jurisdiccional (como sucede en el caso de autos) no es posible la expedición de la licencia de primera ocupación, ni de una manera expresa, ni por silencio administrativo. Así se deriva del examen de ambos instrumentos, ya que la licencia llamada de obras o urbanística es un acto administrativo reglado mediante el que la Administración remueve las limitaciones previamente establecidas al ejercicio de un derecho de uso del suelo (sea urbanización, edificación, tala de árboles, etc.), previa comprobación de la compatibilidad del ejercicio de tales derechos con la normativa urbanística aplicable, de forma que, si esta última no existe o está cuestionada en vía jurisdiccional, no podrá existir licencia de primera ocupación.

»Por todo lo cual cabe afirmar que las viviendas de autos carecen de licencia de primera ocupación a día de la fecha, y considerándose este un requisito esencial para garantizar el goce pacífico de aquellas conforme hemos dejado expuesto, se concluye que las mismas no han sido puestas a disposición de los actores en legal forma dentro del plazo convenido, procediendo la resolución de los contratos de compraventa objeto de autos por esta causa que es imputable a la parte vendedora en tanto que la misma era conocedora de la pendencia del procedimiento judicial de impugnación de la licencia de obras al tiempo de suscribir los mencionados contratos, y sin que sea preciso entrar a valorar los restantes motivos de resolución invocados por los demandantes. Y correlativamente procede condenar a la mercantil demandada a restituir a los actores las cantidades por ellos entregadas (201.856,84 euros) más el interés legal desde la fecha que se interesa en la demanda, el 9 de enero de 2004 (art. 1303 Cc , por analogía), más los intereses procesales del art. 576 de la LEC .

»Tercero. En cuanto a la petición relativa a la declaración de nulidad de las estipulaciones cuarta, quinta y decimocuarta del contrato de compraventa, la parte actora fundamenta dicha solicitud en el carácter abusivo de aquellas, conforme a lo dispuesto por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/84, de 19 de julio.

»Sin embargo, presupuesto necesario para la aplicación de dicha normativa sectorial es la previa calificación de los compradores como consumidores o usuarios. Y en este sentido, establece le art. 1.2 de dicha norma legal que, "a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Y continúa especificando: "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

»Aplicando lo anterior al caso de autos cabe concluir que los señores Eufrasia Luis Pedro no pueden considerarse como consumidores a los efectos de la LGDCU puesto que, rechazada esta condición por la parte demandada y existiendo un indicio claro en su contra como es el hecho de que hubiesen adquirido no una sino dos viviendas de la misma promoción (lo cual permite presumir que no compraban como destinatarios finales sino para su posterior reventa o alquiler), la parte actora no ha practicado prueba alguna tendente a acreditar su condición de consumidor en contra del expresado indicio, por lo que, en virtud de las reglas que rigen la carga de la prueba (art. 217 LEC) procede desestimar la pretensión de nulidad que ha sido deducida en la demanda, por entender que no resulta de aplicación la norma que regula la causa de nulidad invocada, quedando la compraventa de autos fuera del ámbito objetivo de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

»Cuarto. De conformidad a lo establecido en el art. 394 de la LEC , al tratarse de una parcial estimación de la demanda no procede hacer expresa imposición de costas».

Tercero.

La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia de 16 de septiembre de 2010, en el rollo de apelación n.º 453/2009 , cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»Que desestimando el recurso de apelación planteado por la representación procesal de la entidad Marbella Vista Golf, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Marbella, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales originadas en esta alzada».

Cuarto.

La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. Por la representación procesal de la entidad Marbella Vista Golf, que comparece en calidad de apelante, se alega que ha existido interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial sobre el silencio administrativo, ya que se debe llegar a la conclusión que, solicitada la licencia de primera ocupación y transcurrido el plazo de tres meses sin resolución alguna, dicha licencia debe considerarse otorgada por silencio administrativo positivo, considerando que debe considerarse otorgada incluso aunque no se ajustara a la legalidad, siendo este criterio recogido por la jurisprudencia de varias Salas de los Tribunales Superiores de Justicia de lo Contencioso Administrativo. Por todo lo expuesto solicita que se revoque la resolución recurrida y se dicte otra por la que se desestime la demanda planteada, imponiendo a la parte actora las costas procesales causadas.

»Por la representación procesal de los Sres. Eufrasia Luis Pedro , se presentó escrito de oposición al recurso planteado, impugnando las alegaciones realizadas de contrario, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

»Segundo. Una vez analizadas las alegaciones de la parte recurrente habrá que tener en cuenta que como ya ha recogido esta Sala en varias sentencias, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 , ha resuelto la cuestión relativa al otorgamiento de licencias urbanísticas por silencio administrativo, y lo ha hecho en el sentido de negar la posibilidad de que, por esta vía del silencio administrativo, puedan concederse o entenderse concedidas licencias urbanísticas. Se dice en la referida sentencia que «aunque no nos pasa desapercibido el conflicto que puede plantearse cuando la Administración no resuelve en tiempo y después deniega una licencia si la obra, transcurrido el plazo para resolver, se ha iniciado o terminado a pesar de ser contraria a la legalidad urbanística, lo que generará, en supuestos de demolición, responsabilidades que, en cada caso, habrá que dirimir quién las deba soportar. CUARTO.- Vaya por delante que el artículo 8.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 con una redacción más general. Este, declarado expresamente vigente en la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y no derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2007, establecía que "en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico". El artículo 8.1 b), último párrafo, del nuevo Texto Refundido de la Ley de Suelo , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dispone que "en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística". Uno y otro son preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico (artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo), que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir (Disposición final primera 1 del Texto Refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio). QUINTO.- También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual "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". Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 , y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística. SEXTO.- Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , recogida, entre otras, en nuestras sentencias de fechas 30 de enero de 2002 (recurso de casación 9239/97), 15 de octubre de 2002 (recurso de casación 11.763/98), 17 de noviembre de 2003 (recurso de casación 11768/98), 26 de marzo de 2004 (recurso de casación 4021/01), 3 de diciembre de 2005 (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (recurso de casación 3289/03), 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9397/03), lo que corrobora el error de la Sala de instancia y la necesidad de que procedamos a declarar la doctrina legal que nos pide el Ayuntamiento recurrente, y que debemos hacer extensiva al artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , de manera que, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, a partir de la publicación de la parte dispositiva de esta nuestra en el Boletín Oficial del Estado, vinculará a todos los jueces y tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución , el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo en toda España"».

»Por todo lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

»Tercero. A tenor de lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la LEC , procede imponer a la parte apelante las costas procesales originadas en esta alzada».

Quinto.

Contra la anterior sentencia ha interpuesto recurso de casación Marbella Vista Golf S.L. al amparo del artículo 477.2.3º LEC por interés casacional fundado en la existencia de doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales.

El recurso se articula en torno a un único motivo, con fundamento en la infracción del artículo 1124 CC , en relación con el artículo 1461 CC . En su fundamentación, en síntesis, se aduce lo siguiente:

El recurso presenta interés casacional por la existencia de doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales.

La sentencia recurrida declara que la falta de licencia de primera ocupación constituye un incumplimiento que faculta al comprador para resolver el contrato de compraventa pues no basta la entrega material sino que además han de entregarse por los vendedores las necesarias autorizaciones y licencias administrativas, y que dicha licencia no puede entenderse obtenida por silencio positivo de acuerdo con lo establecido en la STS de 28 de enero de 2009, de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo.

En idéntico sentido se pronuncian las SSAP de Málaga, Sección 4.ª, de 16 de enero de 2009 y 28 de abril de 2009 .

En sentido opuesto, SSAP de Málaga, Sección 6.ª, de 20 de marzo de 2007 y 2 de mayo de 2007 , que se extractan.

Estas dos últimas contradicen el criterio seguido por la sentencia recurrida y las otras dos referidas por cuanto consideran que no haber obtenido la licencia de primera ocupación no constituye un incumplimiento por parte del vendedor cuando no está expresamente pactado por las partes, como es el caso que nos ocupa.

Este mismo criterio ha sido seguido por otras sentencias posteriores de la misma Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga.

Igualmente la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia del TS, manifestada en SSTS de 10 de octubre de 1987 y 24 de junio de 1995 (que se extractan).

Todas las resoluciones abordan el mismo asunto: contrato de compraventa de vivienda en el que se hace depender la entrega de la misma de la expedición del certificado final de obras por los técnicos (estipulación cuarta en nuestro caso) y no de la obtención de la licencia de primera ocupación. El objeto de discusión se centra en determinar si dicha licencia es o no necesaria para considerar cumplida la obligación de entrega, y, en consecuencia, si su ausencia constituye incumplimiento contractual que pueda justificar la resolución de contrario. Como se ha dicho, sobre esa cuestión existe una doctrina contradictoria.

También se opone a lo dicho en el orden contencioso administrativo. Así, STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 24 de mayo de 2005 y SSTSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, de 29 de marzo de 2007 y 5 de noviembre de 2007 Dichas sentencias se fundan en la regulación del silencio tras la reforma operada en la Ley 30/1992, por la Ley 4/1999 y parten de la doctrina fijada para unificación por la STS, Sala Tercera, de 4 de noviembre de 2002 .

Cita y extracta la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, de 29 de marzo de 2007 .

En cuanto a la STS, Sala Tercera, de 28 de enero de 2009 (en que se apoya la sentencia recurrida), no contradice dicha doctrina. Es cierto que no cabe obtener por vía de silencio positivo licencias contrarias a la legalidad, pero es que no cabe confundir licencia de obras con licencia de primera ocupación. La citada doctrina no es aplicable a esta última.

Una licencia de primera ocupación no puede contravenir la legalidad porque no otorga un derecho a construir nuevo que no constara ya otorgado por la licencia de obras, siendo esta la única que puede contravenir aquella legalidad urbanística (pues es al concederse la licencia de obras cuando se hace la comprobación de si es acorde con la legalidad urbanística). En consecuencia, otorgada la licencia de obras y mientras -como acontece- no conste revocada, la promotora tiene un derecho reglado a que se le conceda la licencia de primera ocupación, y por ello cabe su obtención por silencio positivo.

Sobre esta argumentación existen varias SSTS, como la STS de 25 de noviembre de 1997 (que se extracta).

Se citan y extractan también la SSTSJ de Canarias n.º 326/2005 y de 12 de diciembre de 1996 y 22 de abril de 2005 .

Es de aplicación también al caso lo dicho por la SAP Málaga, 6.ª, 10 de noviembre de 2009 y 27 de mayo de 2009 , y por la SAP Málaga, 4.ª, de 24 de abril de 2007 , en cuanto que las posibles irregularidades urbanísticas en que haya podido incurrir el Ayuntamiento de Marbella no pueden afectar a los contratos de compraventa suscritos por cuanto no han de valorarse como incumplimientos imputables a la parte vendedora.

Termina la parte solicitando de esta Sala "[...] dicte sentencia por la que, estimando el recurso de casación, case y anule la resolución impugnada y, resolviendo sobre el fondo, acuerde desestimar la demanda de resolución contractual origen de los presentes autos, condenando al pago de las costas causadas a la parte actora [...]".

Sexto.

Mediante auto dictado el día 8 de junio de 2010 se acordó admitir el recurso de casación al amparo del artículo 477.2.2.º LEC , por razón de la cuantía.

Séptimo.

La representación procesal de la parte recurrida, D. Luis Pedro , ha presentado escrito de oposición al recurso, en el que se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

El recurso de casación solo puede versar sobre infracción de derecho sustantivo, y con respeto a los hechos probados.

Cita y extracta el ATS de 20 de septiembre de 2011 .

El recurso de apelación solo tuvo por objeto el FD Segundo (en realidad Tercero) de la sentencia de primera instancia, sin impugnar los hechos probados, aceptando el resto de pronunciamientos, que quedaron firmes.

En consecuencia, debe tenerse por hechos probados, en síntesis, que se firmaron contratos privados de compra de inmuebles, cuyo plazo máximo de entrega expiró el 31 de octubre de 2005, que no se entregaron los avales obligatorios y que a la fecha de firma de dichos contratos la licencia de obras estaba impugnada por no ajustarse al ordenamiento urbanístico vigente.

Es un hecho probado que a fecha de la sentencia de primera instancia todavía no se había concedido la licencia de primera ocupación. El recurso de casación se ciñe a debatir cuestiones sobre preceptos de Derecho Administrativo que exceden de la jurisdicción civil.

Buena parte del contenido de la sentencia del Juzgado no ha sido objeto de impugnación. En concreto, la situación urbanística contraria a la legalidad vigente en que se encontraba la urbanización en la que se enclavan los inmuebles litigiosos. Estas irregularidades son ajenas al comprador, que no debe pechar con las consecuencias e inconvenientes que derivan de aquellas. El recurrente hace omisión de los hechos probados. Se apoya en dos aspectos: el carácter accesorio, no esencial, de la licencia y su obtención en este caso por silencio administrativo positivo.

En relación con su carácter esencial, cita y extracta las SSTS de 13 de febrero y 19 de abril de 2007 .

En cuanto a que su obtención es obligación del promotor, cita y extracta la STS de 3 de noviembre de 1999 .

Cita y extracta la STS de 3 de junio de 2003 .

Cita y extracta la SAP, Málaga, 4.ª de 16 de noviembre de 2010 .

Cita y extracta el auto AP Madrid de 13 de julio de 2010 .

El artículo 1258 CC obliga a cumplir lo pactado y todas las consecuencias que, según la naturaleza del contrato, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Este precepto obliga a entregar las licencias urbanísticas necesarias para el uso y disfrute de la cosa. La licencia de primera ocupación permite controlar la regularidad de la edificación, para lo que no sirve el certificado de final de obra.

Cita y extracta SAP Madrid, de 14 de septiembre de 2011 .

La edificación debe ajustarse a la legalidad urbanística. No se pacto que las viviendas pudieran entregarse pese a incumplir esa legalidad.

Cita y extracta la STS, Sala Tercera, de 28 de enero de 2009 (que corrige y declara erróneo el criterio de la STSJ Andalucía de 29 de marzo de 2007 , en que se apoya la parte recurrente).

Esta doctrina ha sido recogida por SAP Málaga, 16 de septiembre de 2010 (se extracta).

Por tanto, y pese a ser cuestión que corresponde examinar a otra jurisdicción, se opta por exponer los anteriores argumentos en orden a demostrar que la jurisdicción contenciosa no permite obtener por vía de silencio positivo licencias contrarias a la legalidad urbanística. En todo caso, el Juzgado declaró probada la ausencia de licencia y no se ha aportado prueba del silencio positivo, cuestiones de hecho que no cabe revisar en casación.

Termina la parte solicitando de esta Sala: [...] dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso de casación interpuesto de contrario, confirmando la sentencia recurrida y condenando al recurrente a la pérdida del depósito constituido y al pago de las costas procesales causadas».

Octavo.

Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 28 de mayo de 2013, en que tuvo lugar.

Noveno.

En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial
CC, Código Civil.
FD, Fundamento de Derecho
DGRN, Dirección General de los Registros y del Notariado.
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).
STJS, sentencia de Tribunal Superior de Justicia
TS, Tribunal Supremo.
TSJ, Tribunal Superior de Justicia.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resumen de antecedentes.

1. El 9 de enero de 2004 los aquí litigantes (Marbella Vista Golf, S.L., como promotora-vendedora y D. Luis Pedro y D.^a Eufrasia como compradores) suscribieron dos contratos privados de compraventa de inmuebles en construcción, cada uno de los cuales tenía por objeto una vivienda y su garaje anejo, integrados en el complejo residencial DIRECCION000 , de Marbella.

2. En dichos contratos se acordó que la vendedora entregara a la parte compradora aval bancario por las cantidades recibidas a cuenta, y que la compradora abonara la parte del precio aplazado en el acto de otorgamiento de la escritura notarial y entrega de las viviendas, previsto para antes del 1 de julio de 2005, aunque aceptando ambas partes que la vendedora pudiera prorrogar esta fecha hasta el 31 de octubre de 2005 como máximo. A tal efecto se estipuló (Cláusula Cuarta) que los inmuebles se tendrían por finalizados para su entrega cuando la dirección técnica expidiese el correspondiente certificado final de obras. También se acordó facultar a la parte vendedora, una vez terminadas las obras, para que pudiera compeler a la parte compradora a otorgar escritura pública, y a retener, en caso de optar por la resolución, el 50% de las cantidades recibidas a cuenta del precio final, en concepto de daños y perjuicios.

3. Al tiempo de celebración de dichos contratos, ya constaba impugnada por la Consejería de Obras de la Junta de Andalucía la licencia de obras concedida por el Ayuntamiento de Marbella el 28 de abril de 2003 a la promoción en la que se encontraban enclavados los referidos inmuebles, siguiéndose recurso contencioso-administrativo n.º 2103/03 ante el Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma en el que se personó la promotora Marbella Vista Golf, S.L., el día 27 de octubre de 2003.

4. El 22 de marzo de 2007 los compradores presentaron demanda contra la entidad promotora-vendedora en ejercicio acumulado de acción resolutoria de los contratos privados de compraventa suscritos entre ambas partes y de condena a la devolución de las sumas entregadas más intereses y costas.

5. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, declaró resueltos los contratos suscritos y condenó a la vendedora a devolver las cantidades percibidas, con sus intereses desde la fecha de celebración del contrato y los legales incrementados en dos puntos desde la sentencia. Centrada la controversia en el incumplimiento de la parte vendedora, en lo que ahora interesa, declaró, en síntesis, que el retraso en la entrega solo podía computarse a partir de finalizar la prórroga pactada (31 de octubre de 2005), que la falta de entrega del aval no constituye causa resolutoria cuando la edificación se encuentra concluida y, fundamentalmente que si tiene efectos resolutorios la ausencia de licencia de primera ocupación, no solo cuando su entrega se pacta expresamente (lo que no es el caso) sino también, a falta de pacto, cuando pese a todo la licencia de primera ocupación no llegue a obtenerse transcurrido un prolongado periodo de tiempo (lo que sí acontece, dado que la licencia de obras, que constituye requisito para la concesión de

aquella, resultó impugnada judicialmente por posible ilegalidad).

6. La AP rechazó el recurso de la promotora y confirmó la sentencia apelada. Centrada la controversia exclusivamente en la cuestión de cómo ha de interpretarse el silencio administrativo -al defender la parte apelante la tesis de que la licencia solicitada debía tenerse por concedida por silencio positivo, por el transcurso del plazo de tres meses, aunque no se ajustara a la legalidad- la sentencia concluye que la actual jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no permite la obtención de licencias por silencio positivo en casos como el de autos, en que la actuación interesada resulta contraria a la legalidad urbanística.

7. Contra ésta última sentencia recurre en casación la parte vendedora, Marbella Vista Golf, S.L., al amparo del artículo 477.2.3º LEC . El recurso ha sido admitido por razón de la cuantía.

Segundo. Admisibilidad.

Aunque la parte recurrida utiliza el cauce del artículo 485 LEC para oponerse a la admisibilidad del recurso, en realidad utiliza este trámite para esgrimir argumentos de fondo, que corresponde valorar en fase de decisión sobre la estimación o desestimación del único motivo del recurso.

Sí conviene precisar que, puesto que el recurso ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC , atendiendo a su cuantía, no ha lugar a examinar la alegada existencia de interés casacional en atención a que, en el régimen procesal aplicable (anterior a la reforma introducida por la Ley 37/2011) el artículo 477.2.3.º LEC constituía la vía exclusiva y excluyente de acceso al recurso de casación de los juicios seguidos por razón de la materia, según constante doctrina de esta Sala. En consecuencia, la jurisprudencia citada en el recurso solo puede ser tomada en consideración en cuanto sirva de apoyo para las alegaciones del recurrente (STS de 10 de octubre de 2011, RCIP n.º 1148/2008 , entre las más recientes).

Tercero. 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 relación con el artículo 1461 CC y jurisprudencia asociada. En su desarrollo se defiende como argumento principal que las posibles irregularidades de la licencia de obras no pueden conllevar la ilicitud de la licencia de primera ocupación, que debe entenderse por tanto concedida por silencio positivo, y como argumento secundario, que la falta de obtención de licencia de primera ocupación no constituye una obligación esencial del vendedor que justifique la resolución instada de contrario.

El motivo ha de ser desestimado.

Cuarto. Resolución de contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega de la vivienda por ausencia de licencia de primera ocupación.

El presente litigio presenta gran similitud con el resuelto por STS de Pleno de 10 de septiembre de 2012, RC n.º 1899/2008 , y con otros recursos también recientemente resueltos por esta Sala en aplicación de los mismos criterios jurisprudenciales (RC n.º 1569/2009; RC n.º 1469/2009 y 1839/2009), habida cuenta que en todos ellos se encuentran afectadas viviendas de la misma promoción (DIRECCION000), en cuya venta fue parte vendedora la promotora hoy recurrente (Marbella Vista Golf, S.L.), en cuyos contratos de compraventa constan idénticas estipulaciones en cuanto a plazo máximo de entrega -el mismo en todos los casos-, concurriendo también similares circunstancias respecto de la falta de entrega de los inmuebles en plazo y, fundamentalmente, en lo que aquí interesa, respecto de las razones que obstan a la obtención -y consiguiente entrega- de la licencia de primera ocupación (principalmente, la incertidumbre generada a los compradores por una situación urbanística irregular). De ahí que, por coherencia, el presente litigio deba ser resuelto con arreglo a la doctrina y argumentos contenidos en la sentencia de Pleno referida y en las posteriores que aplican sus mismos criterios.

El presente litigio presenta, no obstante, la particularidad de que la Audiencia, en coherencia con el escrito de interposición del recurso de apelación, limitó la controversia en segunda instancia a la cuestión de cómo debía interpretarse el silencio administrativo, la cual resolvió en sentido contrario a la tesis defendida por la parte apelante y ahora recurrente, al concluir que la actual jurisprudencia veda la obtención de licencias contrarias a la legalidad urbanística. Esta circunstancia determina el carácter novedoso en casación de cualquier otra cuestión no suscitada en apelación. Conviene recordar que la jurisprudencia impide plantear en casación cuestiones nuevas no suscitadas por la parte recurrente en apelación ya que el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada, que únicamente resultarán predicables respecto de aquellas cuestiones sobre las que se haya pronunciado por constituir objeto del recurso de apelación, (SSTS de 17

de octubre de 2012, RC n.º 473/2010 , 6 de mayo de 2011, RC n.º 2178/2007 ; 21 de septiembre de 2011, RC n.º 1244/2008 , 13 de julio de 2011, RC n.º 912/2007 , 3 de diciembre 2009 RC 2236/2005). En consecuencia, dado que la parte apelante solo combatió la interpretación del silencio positivo, para defender la concesión de la licencia de primera ocupación solicitada «aunque no se ajustara a la legalidad» (FD Primero de la sentencia recurrida), que la AP solo resolvió sobre esta cuestión y que tampoco se ha combatido la sentencia por supuesta incongruencia omisiva, es razonable declarar como cuestión nueva, ajena por tanto al recurso de casación, la controversia que ahora se suscita, atinente a la valoración, a efectos resolutorios, de la falta de licencia de primera ocupación.

En todo caso, en aras a garantizar la tutela judicial, se reitera que los precedentes arriba mencionados, relacionados con litigios sobre viviendas de la misma promoción -todas ellas carentes de licencia de primera ocupación por la misma razón de haberse impugnado la licencia municipal de obras- conducen a confirmar la decisión en su día adoptada por el Juzgado.

De la doctrina fijada por la STS de Pleno de 10 de septiembre de 2012, RC n.º 1899/2008 se desprende, en síntesis, que cabe atribuir eficacia o valor resolutorio a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación (artículo 1258 CC), la falta de cumplimiento de ese deber solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, o, en su defecto, «en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente», correspondiendo a la vendedora a probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

En aplicación de esta doctrina, partiendo de la situación fáctica y jurídica existente al tiempo en que se formuló la demanda (que es cuando hay que valorar el incumplimiento de la parte vendedora a efectos resolutorios), debe reputarse la falta de licencia como incumplimiento esencial ante la probada existencia de iniciativas de la Administración tendentes a poner de manifiesto el incumplimiento de normas urbanísticas -la licencia de obras constaba impugnada por la Consejería de la Junta de Andalucía por posible contravención del PGOU con anterioridad incluso a la firma de los contratos privados de compraventa, hecho conocido por la vendedora y de entidad suficiente para cuestionar que pudiera obtenerse en esa tesitura la licencia de primera ocupación y dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones contractuales- sin que, por el contrario, la parte promotora acreditara en su momento -como era su deber en atención a las reglas que disciplinan la carga probatoria y el principio de facilidad probatoria- que la falta de licencia de primera ocupación obedeciera a una simple demora, y no, por lo que se ha dicho, a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se funda su otorgamiento. Esta tesitura amparaba la pretensión resolutoria de la parte compradora pues el previo incumplimiento de la parte vendedora abocó a la compradora a una situación de incertidumbre y de razonable frustración de las legítimas expectativas que tenían al contratar ratificadas por la no obtención de dicha licencia durante todo este tiempo- que justifica que pudiera liberarse de su obligación de escriturar y pagar el resto de precio.

Quinto. 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 n.º 21/2011, interpuesto por la representación procesal de Marbella Vista Golf, S.L., contra la sentencia de 16 de septiembre de 2010, dictada en grado de apelación, rollo n.º 453/09, por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga , dimanante del juicio ordinario n.º 402/07, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Marbella, cuyo fallo dice:

»Fallamos:

»Que desestimando el recurso de apelación planteado por la representación procesal de la entidad

Marbella Vista Golf, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Marbella, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales originadas en esta alzada».

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 Rios.Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana.Francisco Javier Orduña Moreno. Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.