

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2012 (7649/2012)**

**Resolución del contrato de compraventa de vivienda  
por incumplimiento del vendedor-constructor,  
al no entregar la vivienda  
con licencia de primera ocupación**

Comentario a cargo de:  
María Teresa Álvarez Moreno  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Acreditada a Catedrática.  
Universidad Complutense de Madrid

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2012**

**ID CENDOJ:** 28079119912012100014

**PONENTE:** *EXCMO. SR. DON JUAN ANTONIO XIOL RÍOS*

**Asunto:** Resolución de un contrato de compraventa de vivienda en construcción, por falta de entrega de la misma, tras finalizar el plazo máximo acordado, sin que el vendedor hubiera obtenido licencia de primera ocupación para el inmueble.

**Sumario:** 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Incumplimiento contractual generador de resolución en virtud del art. 1124 CC. 5.2. La licencia de primera ocupación, su valor, y las consecuencias de su inexistencia o denegación. 5.3. Aplicación jurisprudencial de esta doctrina de la STS 10 septiembre 2012. 5.4. Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

## **1. Resumen de los hechos**

D. Simón y D<sup>a</sup>. Cándida compran a la entidad Marbella Vista Golf, S.L. una vivienda en construcción en el seno de un conjunto residencial, con una plaza de garaje aneja, mediante contrato privado de compraventa, celebrado el 5 de febrero de 2004. El precio de la vivienda era de 314.162 euros más IVA. Los compradores habían entregado 6.000 euros (IVA incluido) como señal, y 94.846,16 (IVA incluido) a la firma del contrato de compraventa. Por lo tanto, los compradores han realizado pagos parciales por valor de 100.846,16 euros. Quedaba pendiente de pago, el resto del precio, que ascendía a 235.307,72, que debería abonarse simultáneamente al otorgamiento de la escritura pública y la entrega de llaves, que tendría lugar antes del 1 de julio de 2005.

Señalado como plazo de entrega el 1 de julio de 2005, se preveía la posibilidad de que la vendedora pudiera prorrogar este plazo tres meses más, hasta el 31 de octubre de 2005.

Se acordó que los inmuebles se tendrían finalizados para su entrega cuando la dirección técnica de la obra expidiese el correspondiente certificado final de obras.

Llegado el 1 de julio de 2005, operó la prórroga pactada en el contrato, sin que al finalizar el plazo máximo indicado (31 de octubre de 2005) se hubiese otorgado la escritura ni entregado la vivienda.

El 18 de noviembre de 2005, la vendedora comunicó a los compradores que se había expedido la certificación final de obra (la cual tiene fecha de 8 de noviembre 2005), exhortando a los compradores a fijar fecha para el otorgamiento de escritura.

El 9 de enero de 2006, los compradores comunicaron a la vendedora su voluntad de resolver el contrato por haber expirado el término pactado para la entrega de la vivienda. La vendedora se opone a la resolución y expresa de nuevo su deseo de escriturar.

El 17 de enero de 2006 los compradores solicitan copia de la certificación final de obra y de la licencia de primera ocupación. A raíz de esta comunicación, dos días más tarde, el 19 de enero de 2006, la vendedora solicita al Ayuntamiento de Marbella la citada licencia.

Los compradores fueron requeridos por la vendedora para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública el 18 de noviembre de 2005 y el 2 de junio de 2006. No obstante, no procedieron a dicho otorgamiento.

La constructora vendedora solicita la licencia de primera ocupación el 19 de enero de 2006, y transcurrido el plazo de tres meses legalmente prevenida sin que el Ayuntamiento resolviese expresamente sobre la solicitud,

considera que se otorgó la licencia por silencio positivo (el plazo finalizaba el 19 abril de 2006).

Los compradores instan una acción de resolución de la compraventa, con amparo en el art. 1124 CC, porque la vivienda no ha sido entregada en plazo y no cuenta con la licencia de primera ocupación. En virtud de dicha resolución, solicitan la devolución de las cantidades aportadas, así como el interés legal de dicha cuantía en concepto de indemnización de los daños y perjuicios.

## **2. Soluciones dadas en primera instancia**

La sentencia de primera instancia del JPI n° 3 de Marbella, de 11 de octubre de 2007, desestima íntegramente la demanda. El juez rechaza la existencia de los incumplimientos contractuales señalados por los compradores, cuya prueba les incumbía en tanto que demandantes.

Se plantea como cuestión prejudicial la existencia o no de licencia de primera ocupación, concedida por silencio administrativo positivo. Con apoyo en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo contencioso, de 29 de marzo de 2007 y del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de mayo de 2005, el Juzgado considera que la licencia de primera ocupación se ha estimado por silencio positivo, lo que pone fin al procedimiento administrativo, por lo que no se efectúa pronunciamiento posterior al respecto por parte del Ayuntamiento de Marbella. En los términos extraídos de la STSJ de Valencia de 24 de mayo de 2005, se considera que “los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho”. Considera el juez de instancia que “producido el silencio administrativo positivo, el procedimiento administrativo ha finalizado”. Por lo tanto, la Administración, en caso de entender que dicha licencia es perjudicial para el interés público, debe acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo”.

Dado que el juez de primera instancia llega a la conclusión de que la licencia de primera ocupación se ha concedido por silencio administrativo, considera que el retraso de 8 días en la obtención de la certificación de fin de obra sobre el plazo máximo (ya prorrogado) de terminación de la construcción no es relevante a efectos de resolución, por lo que desestima la solicitud resolutoria de los compradores, imponiéndoles las costas del proceso.

### **3. Soluciones dadas en apelación**

Los compradores presentan recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia alegando dos motivos: error en la valoración de la prueba e infracción legal en las normas aplicables al caso enjuiciado.

La Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 14 de julio de 2008 estima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los compradores y revoca la sentencia de primera instancia. La Audiencia resuelve el contrato de compraventa y condena a Marbella Vista Golf SL a abonar a los actores la suma de 100.846.16 euros, más sus intereses legales, y les impone las costas de la instancia.

La Sala manifiesta que la obtención de la licencia de primera ocupación forma parte de la obligación de entrega de la vivienda por el vendedor constructor, cuestionándose si se trata de una obligación esencial o accesorio, y en qué casos puede calificarse como esencial o accesorio, y cuándo su incumplimiento permite sostener la resolución del contrato.

### **4. Los motivos de casación alegados**

El recurso de casación, interpuesto por la parte vendedora, se articula sobre un único motivo, que se formula con la estructura propia de un escrito de alegaciones, en el que sintéticamente se manifiesta lo siguiente: “Según la sentencia recurrida, dado que la obligación de entrega comprende, como parte esencial, la obtención de la cédula de habitabilidad del inmueble, la entidad vendedora incurrió en un incumplimiento resolutorio previsto en el artículo 1124 CC al ser un hecho probado que al momento de dictarse la sentencia dicha licencia aún no se tenía (el Ayuntamiento de Marbella aún no había resuelto la solicitud de licencia cursada por la entidad vendedora). En la sentencia se razona sobre el carácter esencial de la licencia a fin de tener por cumplida la obligación de entrega, diciendo que la misma es indispensable para poder acceder a los servicios del inmueble, en particular, para que pueda conectarse a la red de suministros”.

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

“En consecuencia no debe estimarse la pretensión resolutoria de la parte compradora tanto por la circunstancia de que existe doctrina que niega que la licencia de primera ocupación sea un requisito esencial, atribuyéndole un valor meramente accesorio, como por la circunstancia de que, en todo caso,

dicha licencia fue obtenida por silencio administrativo positivo en aplicación del art. 172, regla 5ª de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de 11 de diciembre de 2002, y porque la vivienda, aún sin licencia, contaba con acceso a suministros de manera individualizada”.

Con base en dichas alegaciones, solicita la recurrente que se dicte sentencia, estimando el recurso y declarando haber lugar a la casación y anulación de la sentencia de Audiencia, confirmando el fallo de la sentencia de primera instancia.

En definitiva, el motivo del recurso de casación gira en torno a la infracción del art. 1124 CC. “En su desarrollo se defiende que la obtención de licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, a falta de pacto expreso al respecto, no constituye una obligación esencial del vendedor, sino una obligación accesoria del deber esencial de entrega, de suerte que su incumplimiento no permite estimar la resolución instada” por los compradores (FD 2º Sentencia comentada).

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

La doctrina fijada por el Tribunal Supremo en esta sentencia del Pleno pivota como tema central sobre el incumplimiento grave y esencial que puede provocar la resolución contractual por la vía del art. 1124 en un contrato de compraventa inmobiliaria. No obstante, para poder analizar los distintos perfiles que se presentan en la fundamentación jurídica de la sentencia, vamos a subdividir el comentario en dos puntos, para abordar respectivamente 1º) el propio incumplimiento del 1124 CC, y la obligación de entrega en la compraventa, y 2º) el valor de la licencia de primera ocupación y las consecuencias del incumplimiento de su obtención. Finalizaremos, con una breve conclusión.

### 5.1. *Incumplimiento contractual generador de resolución en virtud del art. 1124 CC*

Aunque la letra del art. 1124 CC parece poner en plano de igualdad, y a disposición de la parte cumplidora en las obligaciones bilaterales la opción de elegir entre el cumplimiento forzoso o la resolución de la obligación (por ello dice textualmente que “El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución”), lo cierto es que tanto los textos europeos, como la doctrina y la jurisprudencia del TS, han evolucionado para dar prioridad, siempre que sea posible al cumplimiento específico de la obligación, y por consiguiente al principio de conservación del contrato (así por ejemplo, STS 12 de marzo de 2009, RJ 2009/1982), como corolario del “*pacta sunt servanda*”. Por lo tanto, cuando el cumplimiento de la obligación es todavía posible, y satisface el interés del acreedor, los tribunales optan por el cumplimiento de

la obligación ya se trate de cumplimiento moroso, o de aquel que subsane el cumplimiento defectuoso realizado por el deudor. Así, la sentencia que comentamos, en esta misma línea, señala el “*carácter de remedio excepcional* (de la resolución) *frente al principio de conservación del negocio*”, que “*se ha traducido en que la jurisprudencia ha entendido exigible, además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondieran, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un interés jurídicamente atendible*” (FD 3º). Y no será atendible cuando se base en un incumplimiento aparente, o que no afecte al interés del acreedor en términos sustanciales, o bien cuando encubra el simple deseo de aprovechar la oportunidad de concertar un nuevo negocio que reporte mayores beneficios que el celebrado.

Como señala la STS 12 de marzo de 2009 (RJ 2009/1982), “se ha de poner de manifiesto la existencia de una jurisprudencia consolidada en el sentido de respetar el principio de conservación del negocio que exige, aunque con ciertos matices, que el incumplimiento sea definitivo y que no resulte posible satisfacer el interés contractual lesionado, lo que ocurre en supuestos de inidoneidad final del objeto entregado (Sentencia de 3 de abril de 1981), por lo que no bastará con el mero retraso (Sentencias de 27 de noviembre de 1992, 18 de noviembre de 1993, y 7 de marzo de 1995), a no ser que se haya establecido un término como esencial que impida, por el retraso, destinar la cosa a su fin (Sentencia de 14 de diciembre de 1983), lo que se ha extendido también a los casos en que, siendo aún posible el cumplimiento, existe una actitud deliberadamente rebelde y contraria al cumplimiento (sentencias de 20 de junio de 1981, y 13 de marzo de 1986) o una prolongada inactividad o pasividad del deudor (Sentencia de 10 de marzo de 1983)”.

Partiendo de esta prioridad del principio de conservación del negocio, sólo se decretará judicialmente la resolución del contrato cuando el incumplimiento sea definitivo, o “porque ya no sea posible satisfacer el interés contractual lesionado” (G. Bercovitz Álvarez, p. 1547).

Por lo tanto, y alineándose con los textos europeos (Principios de Unidroit citados, los PECL, o la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías), el Tribunal Supremo, postergando el requisito tradicionalmente exigido de la voluntad obstativa al cumplimiento (denominado como “*tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento*”) mantiene como presupuesto para la aplicabilidad de la resolución *ex. art. 1124 CC* la existencia de un incumplimiento “grave o sustancial”.

En este sentido, señala el Alto tribunal que “*la jurisprudencia más reciente (STS de 14 de junio de 2011, RC n.º 369/2008 y 21 de marzo de 2012, RC n.º 931/2009) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (art. 1124 CC) en el sentido de entender que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento, pero sí que su conducta origine la*

*frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte (STS 9 de julio de 2007, RC n.º 2863/2000, 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006 y 22 de diciembre de 2006), cosa que ocurre en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 [2.b]) ‘que se citan con carácter orientador para la interpretación de la normativa contractual contenida en nuestro sistema jurídico’, cuando se priva sustancialmente al contratante, en este caso, al comprador ‘de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato’. Entre las lógicas expectativas del comprador se encuentra la de recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, en el estado en que se hallaba al estipularse el contrato (art. 1468 CC) y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (art. 1461, en relación con el art. 1445 CC)” (FD3º, apartado A).*

La jurisprudencia del TS ha evolucionado sin que sea preciso para declarar la resolución que la parte incumplidora haya observado una voluntad rebelde al cumplimiento, “sino que basta simplemente un incumplimiento voluntario o una manifiesta voluntad de incumplir, o una voluntad contumaz u obstativa a hacerlo, o una pasividad morosa a ello, o una persistente desatención al cumplimiento o frustrar el fin del contrato (...) lo que significa que no es preciso voluntad de incumplir ni culpa del incumplidor” (Albaladejo García, p. 110). Podemos afirmar, que el Tribunal Supremo, ha dado un paso más en esta evolución, al entender que **“el incumplimiento que constituye el presupuesto del 1124 CC ha de ser grave o sustancial”**, sea querido por el deudor, o aun sin ser querido, sea inevitable y definitivo, es decir tanto si es imputable al deudor como si no lo es, siempre que sea ya un incumplimiento definitivo. Ello implica necesariamente que el mero retraso en la entrega no servirá de detonante para la resolución, salvo que el plazo fuese esencial, o que se sume al retraso una actitud contraria al cumplimiento. Dicho de otro modo, cabe la resolución 1º) por un incumplimiento definitivo, sea o no imputable al deudor, o 2º) por un incumplimiento que siendo todavía posible (es decir sin ser definitivo), no va a ser ejecutado porque consta la voluntad contraria del deudor (y se trata de un incumplimiento imputable a él).

Y, por otro lado, este incumplimiento grave o sustancial, comprende tanto el incumplimiento total como el *aliud pro alio*, esto es de la entrega de cosa distinta o inhábil para el fin al que se destina. Por ello, como bien ha señalado Busto Lago (pp. 61-62), “la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*, se funda en la ficción de que el vendedor entrega una cosa distinta a la debida no sólo cuando se pone a disposición del comprador un bien materialmente distinto al que es objeto del contrato de compraventa, sino también cuando la cosa entregada es absolutamente inhábil para el fin al que se destina, por carecer de las cualidades previstas, expresa o implícitamente, en el contra-

to”. De ahí que podamos distinguir un *aliud pro alio* que podríamos llamar físico o real, (en el que la naturaleza de la cosa entregada difiere de la prometida en el contrato), de otro que sería jurídico o funcional, porque aun siendo la cosa prometida la que se entrega, carece de las cualidades necesarias que permitan su adecuada utilización. Y siguiendo a Busto Lago (p. 62), coincidimos plenamente con él en que “en este segundo supuesto –*aliud pro alio* funcional– se incardina la resolución de los contratos de compraventa de vivienda por falta de licencia de primera ocupación, habida cuenta de que aunque física o arquitectónicamente el inmueble podría cumplir con su función prístina, la carencia de la referida licencia le inhabilita jurídicamente para cumplir dicha función”. Como afirma la STS de 23 de octubre de 2013 (La Ley 170017/2013) la falta de dicha licencia implica que se admita la resolución del contrato por “*falta de identidad –en un plano cualitativo– de la prestación prometida por la vendedora con la que, a la vista de lo actuado, puede realizar*”, puesto que a tenor de lo indicado en la STS de 11 de marzo de 2013 (La Ley 16507/2013) “*el cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia*”. En todo caso, la ausencia de la licencia de primera ocupación provoca una falta de identidad de carácter jurídico o funcional, que no físico o real. (En el mismo sentido vid. Martín Azcano, p. 10). Y como afirma la STS de 21 de julio de 2014 (RJ 2014/4542), la obtención de la licencia de primera ocupación se incluye en el deber de entrega de la cosa, en cuanto que constituye un presupuesto de la entrega útil de la vivienda; y, es una obligación implícita en el contrato aunque no se hubiese pactado (STS 19 de abril de 2007, RJ 2007/2072).

Esta frustración del fin del contrato se toma también como criterio determinante del incumplimiento esencial en los textos internacionales más modernos, como en los Principios Unidroit citados en la sentencia (art. 7.3.1.–2.b–), en la Convención de Viena de Compraventa internacional de mercaderías (art. 25) o los Principios Europeos de Derecho de contratos (PECL 8:103) o el *Draft Common Frame of Reference* [libro 3º, capítulo 3º, sección 5ª, subsección 1ª: III.-3:502 (en su apartado 2.a)].

En cambio, como ya se ha indicado, el mero retraso en el cumplimiento de la obligación, siempre que todavía sea posible y que no se haya configurado como un plazo esencial, no da lugar a la resolución, por la primacía del principio de conservación del negocio jurídico, por lo que la negativa de los compradores a otorgar escritura pública y recibir la entrega de la vivienda comprada, no puede basarse en el retraso, por haber expirado ya el plazo inicial y la prórroga prevista, toda vez que la certificación de finalización de obras se expidió

8 días después de haber vencido el plazo de entrega. Por todo ello, en este punto de la demanda, los compradores no tenían razón alguna, como bien entendió ya el juzgado de primera instancia. Cuestión distinta es la relativa a la falta de licencia de primera ocupación, de la que nos ocupamos a continuación. Si bien es cierto que la edificación se terminó prácticamente en plazo, no es menos cierto que el inmueble no disponía de la correspondiente licencia de primera ocupación por lo que no podía ser entregado a los compradores, por su inhabilidad funcional.

### 5.2. *La licencia de primera ocupación, su valor, y las consecuencias de su inexistencia o denegación*

Tomamos como concepto de licencia de primera ocupación, el que nos ofrece la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 21 de julio de 2001 (RJ 2001/7112), a tenor de la cual: “La licencia de primera ocupación de un edificio es una autorización administrativa necesaria que tiene por finalidad contrastar si se ha respetado, en la realidad, la licencia de construcción; comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en dicha licencia y controlar si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y si puede habilitarse para el uso al que se destina”. En otras palabras, Pelayo Jiménez (pág. 7) define la licencia de primera ocupación –con apoyo en la STSJ de Madrid de 18 de febrero de 1997–, como una autorización administrativa que tiene como objetivo «controlar si la obra permitida, según el proyecto licenciado, es la que concretamente se ejecutó». Por lo tanto, se trata de una actividad administrativa de inspección, verificación y control de que se ha cumplido la legalidad urbanística, y que la obra ejecutada se corresponde con la proyectada y ofrece condiciones idóneas de habitabilidad para el adquirente.

La licencia de primera ocupación es una licencia de concesión reglada administrativa, que se concede por la Administración local que autorizó la realización de la obra, (mediante la oportuna licencia), tras la certificación final de la misma, siempre que la ejecución de la obra haya sido fiel al proyecto constructivo visado y aprobado. Debe solicitarla el promotor constructor como agente de la edificación, y se incorpora con carácter previo a la obligación de entrega de la vivienda, puesto que sin ella, el inmueble no sería hábil para el uso al que está destinado.

Con la licencia de primera ocupación no se enjuician la licencia de obra ni el proyecto constructivo, sino únicamente que la obra terminada se ajusta a la licencia que se concedió en su momento. Por consiguiente, el objeto que se persigue con la licencia de primera ocupación es “el de verificar, comprobar, constatar si un inmueble, al que se le ha concedido una previa licencia para edificar reúne condiciones de seguridad, habitabilidad e higiene con el fin de ser ocupado, o utilizado material o físicamente por su propietario” (Cano Murcia, pp. 59-60).

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

La obligación de obtener la licencia de primera ocupación recae sobre el vendedor, en tanto que constructor del inmueble, como una de las gestiones más que debe realizar como agente de la edificación antes de poder entregar la vivienda. Este tipo de licencias, como afirma Cano Murcia (p. 17), “ocupan en el proceso administrativo un último escalón procedimental, pero no por ello menos importante. Podemos considerarlas como la llave que pone en marcha el derecho a disfrutar de lo edificado”.

La licencia de primera ocupación es imprescindible para la contratación de los servicios esenciales en la vivienda (luz, agua, gas, teléfono, etc.), por lo que cumple una doble función fiscalizadora de la actividad constructiva de los particulares: “la primera, inspeccionar la obra construida lo cual conlleva el control de la licencia otorgada, y la segunda derivada de dicha inspección, el poder ejercitar las medidas reparadoras ante las infracciones urbanísticas que se detecten como consecuencia de dicho control” (Cano Murcia, p. 18). Sin la licencia de primera ocupación, no es posible habitar dignamente en la vivienda, porque no pueden contratarse los servicios necesarios (agua, luz, alcantarillado, etc), por lo que la vivienda no sirve para su finalidad esencial, algo que podría ser equivalente al hecho de vender un coche nuevo sin el permiso de circulación y la ficha técnica, que impediría poder circular con él. Es “un mero acto de constatación de que la obra ejecutada se ha llevado a cabo conforme a la licencia de obra” que se inserta dentro de los “actos de trámite posteriores a los actos finales del proceso constructivo” (García-Trevijano Garnica, págs, 1539 y 1540, respectivamente).

Definida de este modo la licencia de primera ocupación, se pone de manifiesto que es una actividad necesaria del constructor-vendedor, que debe gestionarse y obtenerse antes de la entrega de la vivienda, incluso aunque no se haya hecho referencia alguna a dicha licencia en el contrato de compraventa, como ocurría en el caso que comentamos. Y es una actividad previa a la entrega de la vivienda al comprador e implícita en el contrato.

La licencia de primera ocupación ha de solicitarse a la Administración que concedió la licencia de obra, para que pueda verificar la fidelidad de lo ejecutado al plan constructivo proyectado, para el que se concedió la licencia de obra. Y dicha licencia de primera ocupación debería no sólo solicitarse sino haberse obtenido antes de efectuar la entrega del inmueble a los compradores, porque sólo así la vivienda será apta para ser habitada y será jurídicamente idónea para su entrega.

El Juzgado de primera instancia (vid. AH 4º) considera, equivocadamente, que dicha licencia, en el seno de la Comunidad autónoma de Andalucía puede obtenerse por silencio administrativo. Frente a dicha interpretación el Alto Tribunal afirma que la licencia de primera ocupación, en tanto que actividad reglada de la administración, no se suple por el transcurso del tiempo. Aunque, algunos autores administrativistas consideran posible la concesión de la licencia de primera ocupación por silencio administrativo (Vid. Pelayo Jiménez, especialmente pág. 11), coincidimos plenamente con la interpretación que propone el Tribunal Supremo, porque la Administración está obligada a expedir la licencia de primera ocupación si se ha cumplido adecuadamente con lo previsto en la licencia de obra, y por tanto la obra acabada se ajusta a la licencia; y a denegar la misma si tras efectuar las comprobaciones oportunas, la Administración entiende que no se han cumplido fielmente los términos de la licencia de edificación, o si se advierten defectos constructivos que deban ser reparados, o anomalías urbanísticas que deban ser remediadas. En este sentido, y para reforzar este argumento, podemos señalar que en la actualidad, el texto del art. 28.4 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana prevé, incluso para los supuestos en que no sea ya posible restablecer la legalidad urbanística por haber prescrito la acción para exigir su demolición, que la inscripción de declaración de obra nueva se someta a un procedimiento, dentro del cual los Registradores den cuenta al Ayuntamiento de la inscripción de obra nueva realizada, y que éste está obligado a dictar una resolución al respecto. Por lo tanto, incluso en los supuestos de silencio administrativo, cabrá que los Registradores comuniquen la situación al Ayuntamiento, para que éste se vea obligado a dictar la resolución correspondiente. Y si ello ocurre en los casos en que ya ni siquiera es posible instar la demolición por razones de ilegalidad urbanística, porque ha transcurrido el plazo de prescripción, con mayor motivo podrá predicarse la necesidad de dictar resolución que conceda o deniegue la licencia de primera ocupación, cuando la finalización de la cons-

trucción sea más reciente, puesto que a ello obliga, como veremos, el art. 28.1 del citado TRLSyRU.

Además, la jurisprudencia del TS persiste en mantener que la licencia de primera ocupación no puede obtenerse por silencio administrativo positivo, como lo señalan las SSTs de 11 de marzo de 2013 (RJ 2013/2590), 9 de octubre de 2013 (RJ 2013/6406), 15 de octubre de 2013 (RJ 2013/7059), o de 23 de octubre de 2013 (RJ 2013/7811).

Una vez determinado que la obtención de la licencia de primera ocupación es una obligación del vendedor-constructor incluida dentro de sus tareas edificatorias, como fase conclusiva de la construcción, antes de poder entregar la vivienda a la parte compradora, debemos analizar si el incumplimiento de esta obligación de obtener dicha licencia, o bien la denegación de la misma constituye el incumplimiento de una obligación de carácter accesorio o esencial con respecto al contrato de compraventa celebrado. En otras palabras la inexistencia o denegación de licencia de primera ocupación, ¿permite sólo exigir el cumplimiento del contrato, o por el contrario puede fundamentar una acción resolutoria de la compraventa a instancia del comprador? Es decir, ¿se trata de un incumplimiento resolutorio? La STS de 10 de septiembre de 2012 que comentamos, señala al respecto (FD 3º, apartado C) que puede tratarse indistintamente de una obligación de carácter esencial o de carácter accesorio:

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

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

*“(ii) Si la entrega de la cédula no se convino expresamente con tal carácter de obligación esencial, **para enjuiciar la procedencia de la resolución instada por el comprador por su falta de entrega no puede emitirse un juicio definitivo aplicando en abstracto las reglas generales**, sino que deben examinarse las concretas circunstancias del caso. Serán estas las que permitirán entender justificada o no la resolución pretendida, según la*

*falta de obtención de la licencia se revele, respectivamente, como esencial o accesoria para el cumplimiento de los fines del contrato. La entrega de la licencia debe considerarse como obligación accesoria y por tanto inhábil para que pueda prosperar la acción resolutoria del comprador fundada en su ausencia, cuando la falta de concesión responde sólo a la sobrecarga o retraso de la Administración concedente, y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento. Es así necesario para que concurra este supuesto que la falta de licencia no resulte impedimento sustancial para el uso del inmueble (habitabilidad) y el acceso a sus suministros dentro del plazo exigible para su entrega y que el retraso en la entrega no deba considerarse por sí mismo como sustancial y habilitante para la resolución del contrato, con arreglo a los principios que antes se han enunciado”.*

Y continúa la sentencia, citando en apoyo de su argumentación la Ley 7/2002 de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía, y las RRDGRN de 9, 12, 20 y 22 de diciembre de 2008 que estimaron el recurso frente a la negativa del registrador a inscribir un acta de finalización de obra, declarando que la entonces vigente legislación reguladora de la edificación sólo contenía como única innovación reseñable con respecto al régimen anterior que en las escrituras de declaración de obra nueva terminada se acreditase documentalmente el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, que esta exigencia no se extiende a la licencia de primera ocupación ni como requisito para edificar ni siquiera para la entrega de la edificación a los usuarios.

Tras desarrollar estos argumentos, el Pleno de la Sala sienta doctrina general en esta cuestión, fijando los siguientes criterios, sobre los que vamos a realizar las oportunas observaciones críticas:

**1º “La falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor-vendedor no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato”.**

En apoyo de esta doctrina jurisprudencial, Rubio Torrano (p. 1) afirma que “este compromiso asumido por el constructor-vendedor con la Administración no significa que siempre tenga carácter esencial, de modo que su incumplimiento faculte la pretensión resolutoria”.

Según esta afirmación del TS, la falta de licencia de primera ocupación sólo sería fundamento para la resolución del contrato de compraventa, cuando el plazo de cumplimiento se hubiese pactado como esencial, o cuando se hubiese incluido en el contrato como esencial un pacto relativo a la obtención de dicha licencia.

No estamos de acuerdo con este criterio del TS. En la actualidad, y de conformidad con lo previsto en el art. 28.1 del nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, no puede afirmarse que pueda entregarse una vivienda sin la preceptiva licencia de primera ocupación. Tal como dispone el art. 28.1 del TRLSyRU: *“1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva (...). Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:*

*a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y*

*b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna”.* Si es necesario presentar la correspondiente autorización administrativa que garantice que el inmueble reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto, cual es servir de vivienda, implícitamente está incluyendo la licencia de primera ocupación, junto con las demás autorizaciones preceptivas.

**2º “Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licencia de primera ocupación en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente”.**

Creo que no es que sea esencial o accesorio el incumplimiento del contrato, sino que debemos manejar simultáneamente dos criterios diferentes: que el incumplimiento le sea imputable o no al promotor vendedor, y que la falta de otorgamiento de la licencia sea temporal o definitiva.

1º) Si le es imputable al vendedor, el incumplimiento será siempre esencial.

2º) Si no le es imputable y aún es posible la obtención de la licencia de primera ocupación, se podrá conceder al vendedor un plazo apropiado para la consecución de la misma (con apoyo en el art. 1124 párrafo 2º CC), como señala el TS, *“cuando la falta de concesión responde sólo a la sobrecarga o retraso de la Administración concedente, y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento”.*

3º) Por lo tanto, sólo será “accesorio” en palabras del Alto Tribunal, o más bien no existirá un incumplimiento definitivo, que fundamente la resolución del contrato, sino la opción prioritaria por la conservación del negocio, en aquellos supuestos en que concurran dos circunstancias:

— Que la concesión de la licencia de primera ocupación sea todavía posible: porque no se ha resuelto todavía y no se ha denegado la misma; y porque la edificación cumple las prescripciones de la legalidad urbanística y refleja un fiel cumplimiento de la licencia de obra.

— Que la falta de licencia no es imputable al promotor vendedor, sino a la actuación o inactividad del Ayuntamiento competente, o a la sobrecarga de la Administración competente. Y que la actuación del vendedor constructor en la ejecución de la obra ha sido acorde y fiel a la licencia de obra concedida y a la legalidad urbanística.

En definitiva, estamos ante una falta de otorgamiento de la licencia de primera ocupación temporal, que supone únicamente una demora en su obtención, dado que no existen presupuestos fácticos o jurídicos que impidan su concesión. Podemos calificarlo, en palabras del TS como un supuesto de “demora” en el cumplimiento, que no tiene efectos resolutorios sobre el contrato de compraventa celebrado.

Pese a todo, esa demora en el cumplimiento de la obligación de obtener la licencia de primera ocupación no puede dilatarse indefinidamente en el tiempo, por lo que si se genera incertidumbre sobre su consecución definitiva (así por ejemplo, la STS 11 de marzo de 2013 – RJ 2013/2590), o el tribunal considera que el tiempo transcurrido desde que la vivienda debía haber sido entregada es suficiente para tener entidad resolutoria, podrá decretar la resolución del contrato. Así, podemos apreciar que mientras en algunos pronunciamientos del TS el retraso de poco más de un mes, o escasos meses no tiene efecto resolutorio (por ejemplo, de 21 días en la STS de 22 de noviembre de 2013 – RJ2013/7825; o de 35 días en la STS de 5 de mayo de 2014 –RJ 2014/3290–, de poco más de un mes en la STS 673/2013, de 31 de octubre de 2013 –RJ2013/7259–), cuando la demora en el cumplimiento de esta obligación previa a la entrega es más dilatada, digamos que a partir de los seis meses de demora, se considera que fundamenta la resolución del contrato instada por el comprador (así, un retraso de más de seis meses en la STS de 17 enero de 2014 –RJ2014/1266–; o de 10-11 meses en la STS de 4 de noviembre de 2014 –RJ 2014/5875–, de casi un año en la STS de 28 de junio de 2012 –RJ 2012/8353–; de un año y de dos en la STS 22 de abril de 2015 –RJ 2015/1357–; de dos años en la STS 11 de diciembre de 2014 –RJ 2014/6374 y en la STS de 21 de julio de 2014, RJ 2014/4542). Sólo se permite un plazo más dilatado en la demora en la consecución de la licencia de primera ocupación en aquellos casos en que la causa de la tardanza es totalmente ajena a la voluntad del vendedor (así en la STS de 27 de septiembre de 2012 –RJ 2012/9020– se considera que no es resolutorio el retraso en un año después de

expirada la prórroga contractual señalada para la entrega de la vivienda, por las circunstancias acaecidas durante la construcción, imprevisibles y no imputables al vendedor constructor, o en la STS de 5 de septiembre de 2013 –RJ2013/5539– en la que se anula judicialmente la licencia de obras concedida al tiempo de su venta sin que el vendedor fuera parte en el proceso contencioso-administrativo que declaró su nulidad y sin que tuviera constancia de dicha anulación antes de solicitar la licencia de primera ocupación, lo que hizo antes de la fecha límite pactada para la entrega).

4º) Aún debemos cuestionarnos otra posibilidad: que la concesión de la licencia de primera ocupación no sea posible, pero por causas ajenas al promotor vendedor, por ejemplo por anulación judicial del plan urbanístico, etc. En ese caso, parece que conforme a las reglas generales podríamos afirmar, en un principio, que ante la no obtención de la licencia, el comprador deberá soportar la entrega de la vivienda sin dicha licencia, como concreción de la “imposibilidad parcial sobrevenida”, por la que el deudor se libera entregando la cosa “deteriorada” sin su culpa, o en este caso, entregando la vivienda sin la licencia de primera ocupación. Pero creo que en esta circunstancia, si la “imposibilidad” de obtener la licencia es definitiva, el comprador tendrá derecho a resolver el contrato, porque esa vivienda nunca podrá ser destinada a su finalidad esencial, al carecer de las condiciones necesarias para que el comprador pudiese morar en ella en condiciones de habitabilidad y salubridad adecuadas. Se trataría de la entrega de una cosa distinta a la pactada, un *aliud pro alio* funcional. Y aunque dicho inmueble “*se incorpora al patrimonio del adquirente*”, se frustra la finalidad económica del contrato, puesto que el comprador no podrá obtener el uso y disfrute de la vivienda si carece de licencia de primera ocupación. Situación distinta sería aquella en la que en el momento de la entrega de la vivienda, ésta cuenta con la debida licencia de primera ocupación, conforme con la licencia de obra que anteriormente se había concedido, y que con posterioridad se anula por causas ajenas al vendedor, por sentencia contencioso-administrativa, supuesto en el que el comprador ya propietario de la vivienda no podrá resolver la compraventa por incumplimiento en la obligación de entrega.

En conclusión, sólo sería posible considerar “*accesorio*” (como lo llama el TS) el incumplimiento de la obtención de la licencia de primera ocupación únicamente cuando se trata de supuestos de “demora” en su consecución, que no resulten imputables al vendedor, y que no impliquen la imposibilidad definitiva de obtener dicha licencia. Y aun en estos casos, el juez debería conceder “un plazo razonable” para obtener dicha licencia y entregar la vivienda, o por el contrario si no se ejecuta en dicho plazo, declarar resuelta la compraventa, con la consiguiente restitución de las prestaciones recibidas, esto es, de la devolución de las cantidades aportadas por los compradores.

En el mismo sentido se manifiesta Díaz Martín (pág. 53), al afirmar que “en definitiva no ha de tener el mismo efecto en el mantenimiento de la efi-

cacia del contrato, sin perjuicio de otras eventuales consecuencias jurídicas, el que la parte promotora acredite que la falta de licencia de primera ocupación obedece a una simple demora y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se funda su otorgamiento que el que la falta de licencia esté acompañada de la probada existencia de iniciativas de la Administración tendentes a poner de manifiesto el incumplimiento de normas urbanísticas, lo que genera para el comprador una razonable frustración de las legítimas expectativas que tenía al contratar. En otros términos, no puede tener el mismo tratamiento un mero retraso en la obtención de la licencia que la constatación de que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable. Así, en casos de esta segunda naturaleza, se ha entendido que la falta de licencia era causa de resolución de la compraventa”.

En definitiva, habría sido mucho más acertado que el Tribunal hubiese sentado como doctrina legal, que deben valorarse las circunstancias concurrentes por el juez *ad hoc*, de tal modo que si la falta de licencia de primera ocupación no es definitiva ni imputable al vendedor, es decir, si está justificado, podrá concederse plazo para el cumplimiento al vendedor, en lugar de declarar la resolución del contrato.

**3º “De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte contra la que se formula la alegación del incumplimiento, es decir, a la parte vendedora (obligada en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera ocupación), probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado”.**

Como hemos argumentado anteriormente, la prueba que ha de realizar el vendedor, no es de que la obligación de obtener la licencia de primera ocupación es o no esencial, sino que ha de versar sobre tres criterios diferentes: 1º) que no le es imputable su no consecución en el plazo previsto, antes de la entrega, 2º) que como constructor ha cumplido diligente y fielmente conforme a la licencia de obra concedida, por lo que no existe motivo urbanístico alguno por el que se deba denegar la licencia de ocupación. Y, 3º) que la falta de licencia no es definitiva, y se trata sólo de una demora en su concesión por la Administración competente. Aunque, por otro lado, con el lapso de tiempo que media desde la interposición de la demanda hasta la resolución judicial del conflicto, por el colapso de nuestros tribunales, transcurre un plazo más que suficiente para haber obtenido la citada licencia, lo que puede frustrar la demanda resolutoria del comprador, especialmente si el tribunal aprecia que obra de mala fe (STS 237/2015, de 30 de abril de 2015, RJ 2015/1363), o bien que no se frustra la finalidad económica del contrato, sino que el adquirente busca obtener un mayor beneficio resolviendo el contrato celebrado para conseguir una mejor oportunidad de negocio dada la situación del mercado inmobiliario (STS 30 diciembre 2015, RJ 2015/5748).

Entre los civilistas, la doctrina jurisprudencial sentada por la STS de 10 de septiembre de 2012 ha sido acogida con reacciones opuestas, y mientras autores como Rubio Torrano (p. 2) la asumen como una interpretación correcta y clara del papel que desempeña la licencia de primera ocupación en el proceso adquisitivo de la vivienda; otros, como González Carrasco (pág. 4) o Busto Lago, mantienen una postura, a la que me adscribo, defendiendo que la entrega de la vivienda sin licencia de primera ocupación es un incumplimiento esencial: así, por ejemplo, Busto Lago (pág. 60), considera reprochable esta interpretación del Alto Tribunal, porque “no puede considerarse que la obligación de obtención y de entrega de las licencias urbanísticas de obras y de primera ocupación carezca de la consideración de elemento esencial integrante de la entrega de inmuebles de uso residencial (...) cuando su obtención y entrega o puesta a disposición del comprador está prevista en normas de naturaleza imperativa –y no sólo como señala el TS, como un deber accesorio del deudor, derivado de las exigencias de buena fe o de los usos negociales *ex art. 7.1 y 1258 del CC*” (pág. 65).

### *5.3. Aplicación jurisprudencial de esta doctrina de la STS 10 septiembre 2012*

Con posterioridad a esta Sentencia plenaria, y sólo en los últimos tres años el TS ha dictado más de medio centenar de sentencias que resuelven recursos de casación sobre resolución de compraventa de viviendas carentes de licencia de primera ocupación.

En aplicación de la doctrina jurisprudencial de la STS de 10 de septiembre de 2012, el Alto tribunal considera, en principio, no esencial el retraso en la obtención de la licencia, que implica un retraso en la entrega de la vivienda, y que no tiene carácter resolutorio por sí mismo (como por ejemplo, la STS de 1 de abril de 2014 –RJ2014/2155– de 5 de mayo de 2014 –RJ 2014/3290; STS 237/2015, de 30 de abril de 2015, RJ 2015/1363; STS de 30 de diciembre de 2015 –RJ 2015/5748–), siempre que “sea prudencial y por causas justificadas” (STS 4 de noviembre de 2014, RJ 2014/5875). Y en el mismo sentido, no se decretará judicialmente la resolución cuando no haya existido incumplimiento por parte del vendedor (STS de 30 de septiembre de 2013, RJ 2013/7435; STS 236/2015, de 30 de abril de 2015, RJ 2015/3825), o cuando éste ya haya obtenido la licencia antes de que el comprador inste la resolución (STS 24 de enero de 2014, RJ 2014/671; y STS 4 de febrero de 2014, RJ 2014/730).

En cambio, sólo se acepta como incumplimiento esencial que acarrea la resolución del contrato en tres supuestos:

1º Que el plazo de entrega fuese esencial (STS 28 de junio de 2012, RJ 2012/8603) STS 5 de noviembre de 2013, RJ 2013/7861; STS 11 de diciembre de 2013, RJ 2014/286),

2° Que la denegación o falta de otorgamiento de la licencia de primera ocupación sea definitiva o no sea posible obtenerla en un plazo razonable (STS 168/213; STS 168/2013, de 6 de marzo de 2013, RJ 2013/3084; STS 9 de octubre de 2013 –RJ 2013/6406–; STS 11 de marzo de 2013, RJ 2013/2590). O bien, que el retraso en la entrega por falta de la licencia tenga ya una entidad importante (SSTS 11 de diciembre de 2014, RJ 2014/6374; 22 de abril de 2015, RJ 2015/1357).

3° Que sin estar aún denegada expresamente, se haya producido una contravención de la legalidad urbanística, por lo que no se dan los presupuestos fácticos o jurídicos que permitan la concesión de la licencia de primera ocupación (STS 170/2013, de 6 de marzo de 2013, RJ 2013/3150; SSTS 398/2013, 399/2013 y 401/2013, todas de 10 de junio de 2013, RJ 2013/4371; RJ 2013/3944 y RJ 2013/4624; STS de 10 de junio de 2013, RJ 2013/4624; STS de 30 de septiembre, RJ 2013/7049; STS 1 de octubre de 2013, RJ 2013/7050; STS 9 de octubre de 2013 RJ 2013/7803; STS 15 de octubre 2013, RJ 2013/7059; SSTS 636/2013 y 634/2013, ambas de 21 de octubre, RJ 2013/7064 y RJ 2013/8326; STS de 23 de octubre de 2013, RJ 2013/7811; SSTS 661/2013 y 653/2013, de 28 de octubre de 2013, RJ 2013/8331 y RJ 2013/8330; STS de 30 de octubre de 2013, RJ 2013/7070; STS de 31 de octubre de 2013, RJ 2013/7072; SSTS n° 677/2013 y 660/2013, ambas de 6 de noviembre de 2013, respectivamente RJ 2013/7077 y RJ 2013/7076; SSTS 701/2013 y 721/2013, ambas de 7 de noviembre de 2013 –RJ 2013/7079 y RJ 2013/7080–, n° STS de 14 de noviembre de 2013, RJ 2013/7300; STS 25 de octubre de 2013 –RJ 2013/7257–; STS 28 de abril de 2014, RJ 2014/2668).

Y, en todo caso, la obtención de la licencia de primera ocupación se considera una obligación implícita en el contrato de compraventa de vivienda (STS 19 de abril de 2007, RJ 2007/2072). Si el vendedor ha incumplido su obligación de entrega de la vivienda porque falta la licencia de primera ocupación, no puede conminar al comprador para que realice el pago total del precio (STS 19 de febrero de 2014, RJ 2014/960), puesto que el comprador tendría a su favor la “*exceptio non adimpleti contractus*”; y si el vendedor pretende efectuar la entrega pese a la carencia de licencia de primera ocupación, el comprador dispondría de la “*exceptio non rite adimpleti contractus*”.

#### 5.4. Conclusión

En este caso, el TS llega a la solución justa, al declarar la resolución contractual de la compraventa de vivienda por falta de licencia de primera ocupación, pero en mi opinión, se equivoca al considerar que el incumplimiento por el promotor vendedor de obtener la licencia de primera ocupación como presupuesto de la obligación de entrega de la vivienda en condiciones aptas para su habitabilidad es un incumplimiento que puede ser accesorio o esencial. En

todo caso se trata de un incumplimiento esencial, puesto que es requisito previo y necesario para que la cosa objeto de la compraventa goce de idoneidad jurídica y pueda ser destinada a su finalidad: servir de vivienda al comprador.

La obtención de la licencia de primera ocupación es un requisito previo e imprescindible para poder cumplir con la obligación esencial de entregar la cosa objeto de la compraventa en las condiciones adecuadas para que pueda destinarse a su finalidad primordial, cual es servir de vivienda al adquirente. En cualquier otro caso, la vivienda que se entregue frustrará las expectativas del comprador dado que no podrá utilizarse la vivienda en condiciones dignas, puesto que el adquirente no puede contratar los servicios esenciales de la misma sin la mencionada licencia de primera ocupación. Con ello se produciría un *aliud pro alio* funcional. Esto es obvio en aquellos casos en que la licencia se haya denegado expresamente por la Administración competente (así por ejemplo, véase la ya citada STS 634/2013 de 21 de octubre de 2013).

Cuestión distinta a esta es que la licencia de primera ocupación haya sido solicitada y exista un retraso en su resolución por el Ayuntamiento implicado. Si dicha demora no es imputable al promotor vendedor, cabrá la fijación de un plazo adecuado para su obtención, por el tribunal juzgador, puesto que tal facultad le permite el art. 1124, párrafo 2º CC, al existir “causa justificada” que autoriza al tribunal para señalar nuevo plazo de cumplimiento del contrato. O más que conceder un plazo, como el tribunal entra a valorar una situación que ya ha transcurrido en el pasado, puede determinar si la licencia se ha obtenido en un plazo prudencial, o si por el contrario dicha demora ha provocado la frustración de las legítimas expectativas del comprador.

Si la demora es imputable al vendedor, porque ha finalizado fuera de plazo la construcción, pero aún es posible la concesión de dicha licencia, podrá el tribunal optar por el principio de conservación del negocio. Pero esa demora no puede ser eterna. Si en el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda por el comprador que insta la resolución, y el momento en que el juez dicta el fallo sobre dicho litigio (dados los retrasos habituales en nuestro sistema judicial) ha transcurrido un plazo más que suficiente para haber obtenido dicha licencia de primera ocupación y ésta no se ha conseguido, debe decretarse en todo caso la resolución del contrato. Si el vendedor no puede presentar en el seno del procedimiento judicial la licencia de primera ocupación ya concedida por el Ayuntamiento, el juez deberá decretar la resolución contractual, salvo que las circunstancias concurrentes en el caso, permitan excepcionalmente mantener todavía el cumplimiento del contrato. Pero estos casos no implican que el incumplimiento de la obligación de obtener la licencia de primera ocupación sea “accesorio”, sino que existen causas no imputables al deudor (por ejemplo, el planeamiento o la urbanización de la parcela o zona externa a la promoción de las viviendas para conectar a los servicios generales de agua y alcantarillado), que permiten optar por la conservación del negocio,

dado que el cumplimiento es todavía posible y satisface el fin perseguido por el comprador.

Por otro lado, si el plazo de entrega de la vivienda, dentro del cual tiene que obtenerse dicha licencia como presupuesto previo para efectuar la entrega, ha sido pactado como esencial entre las partes, es indistinto que el plazo de demora transcurrido hasta la obtención de la licencia de primera ocupación sea mínimo, puesto que en todo caso, tendrá un efecto resolutorio.

## 6. Bibliografía utilizada

- Albaladejo García, M.: “Derecho Civil II. Derecho de obligaciones”, 13ª ed., Edisofer, 2008.
- Bercovitz Álvarez, G.: “Comentario al art. 1124 CC” en Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Director): “Comentarios al CC”, ed. Tomson Reuters Aranzadi, 4ª ed. 2013, pp. 1546-1548.
- Busto Lago, J.M.: “Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. Inaplicación de la regla ‘*rebus sic stantibus*’”. Comentario a la STS 8 noviembre de 2012 (RJ 2012/10425)”, CCJC, nº 94, enero-abril 2014, pp. 53-70.
- Cano Murcia, A.: “Las licencias de primera utilización u ocupación de los edificios. Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios”, Aranzadi, 1995.
- Díaz Martínez, A.: “La resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: Algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario”, Aranzadi Civil-Mercantil, nº 7, noviembre 2013, pp. 47-64.
- García-Trevijano Garnica, J.A.: “Alcance de la impugnabilidad de las licencias de primera ocupación”, La Ley, nº 8402, 20 octubre de 2014, D-334, págs. 1538-1540.
- González Carrasco, Mª C.: “El retraso en la licencia de primera ocupación no es incumplimiento esencial si ya está solicitada y el promotor prueba que se cumplen los requisitos para su concesión”, Cesco, abril 2013, p. 4, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/14.pdf>, (consultado el 10 febrero 2016).
- Martín Azcano, E.M.: “Falta de licencia de primera ocupación como incumplimiento determinante de la resolución del contrato”, Actualidad Civil, nº 2, febrero 2014, Tomo I, portal Wolters Kluwer Revistas, pp. 1-15.
- Pelayo Jiménez, R.: “Licencias de primera ocupación y silencio positivo”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 149/2011, parte jurisprudencia, BIB 2011/126, pp. 1-11, en aranzadi instituciones.
- Rubio Torrano, E.: “Licencia de primera ocupación y falta de entrega en la venta de inmuebles”, Aranzadi Civil-Mercantil, nº 9/2014, Tribuna, BIB 2014/53 en aranzadidigital.es, pp. 1-2.
- Study group on a European Civil Code: “Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR)” Outline edition, Sellier, 2009, p. 244.