



*La doctrina del Tribunal Supremo sobre la anulabilidad de la compraventa de vivienda futura por vicio en el consentimiento con ocultación de irregularidades urbanísticas. Delimitación del riesgo cubierto por las garantías previstas en la legislación sobre cantidades anticipadas
[STS de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437)]*

Autor/a

M^a del Carmen Ortiz del Valle

Profesora Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad Miguel Hernández.

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM n°7 | Año 2017

Artículo n° 11

Páginas 91-100

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

1. Introducción.

Resulta práctica habitual en nuestros días que el acceso a la propiedad de una vivienda se produzca a través de las ventas sobre plano. Es esta una fórmula que, en principio, podría resultar favorable tanto para el

vendedor-constructor (en tanto que el comprador actúa, en cierta manera, como financiador de la construcción) como para el comprador con menos recursos económicos (ya que de esta forma puede acceder más fácilmente al mercado inmobiliario). Pero las ventajas de esta forma de acceso a la propiedad, no obs-

tante, conviven con algunas inquietudes. Esta operación de compra, ciertamente, puede resultar insegura para el comprador siendo diversos los peligros a los que tiene que hacer frente. Dados los abusos que históricamente se han cometido en el ámbito de la construcción de viviendas, y la alarma social creada en consecuencia, el legislador estatal aprobó la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley ha sido derogada tras la entrada en vigor de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR) que da nuevo contenido a la Disposición Adicional 1ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Bajo la rúbrica “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, la DA 1ª LOE pretende actualizar el régimen de las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas. No obstante, y a pesar de ser más completo, este nuevo régimen en muy poco mejora al anterior planteando similares dudas e incertidumbres. Con la nueva regulación se mantiene la doble obligación para los promotores de viviendas que pretendan obtener de los compradores entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma. En este sentido, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 DA 1ª las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas (incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa), y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:

a) En primer lugar, garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución o mediante aval solidario para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.

b) Y, en segundo lugar, percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.

En el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido el asegurado podrá reclamar al asegurador el abono de la indemnización correspondiente. Para ello es requisito *sine qua non* que el asegurado haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses y éste en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución. En caso de que no resulte posible la reclamación previa al promotor, el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador. Hecha la reclamación el asegurador deberá indemnizar al asegurado en un plazo de treinta días a contar desde que la misma sea formulada [apartado 2 h) DA 1ª LOE].

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la anulabilidad de la compraventa de vivienda futura por vicio en el consentimiento con ocultación de irregularidades urbanísticas. Delimitación del riesgo cubierto por las garantías previstas en la legislación sobre cantidades anticipadas [STS de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437)]

En relación con lo anterior nos surge la siguiente duda: ¿cuál es la extensión y el concepto del riesgo cubierto por la garantía? Según parece, conforme al apartado 2. 1 h), es necesario que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido. No hace mención el legislador, en este lugar, a la no obtención de la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento equivalente. Sin embargo, si hacemos una comparación de lo previsto en este precepto con lo que establece el apartado 4, relativo a la ejecución de la garantía, podemos advertir cierta incoherencia. Dicho apartado 4 es más amplio al establecer como presupuestos para la “ejecución de la garantía” el no inicio de la construcción o la no entrega de la vivienda. En tales casos, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con las cantidades entregadas a cuenta: es decir, ejecutar la garantía o conceder al promotor una prórroga. En esta tesitura, a nuestro juicio, parece razonable interpretar conjuntamente ambos preceptos a fin de delimitar con más exactitud el supuesto de hecho de la garantía [compartimos la opinión de ALMARCHA JAIME, J., “Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, pp.152 y ss., p. 171, para quien la única razón que puede explicar la incoherencia entre ambos preceptos es de la hacer un matiz en el seguro de caución en relación con el aval solidario].

Teniendo en cuenta lo anterior, la garantía del seguro de caución cubriría la no restitución de las cantidades por parte del promo-

tor una vez que el comprador ha resuelto el contrato ante la no iniciación de la construcción, la no consecución del buen fin en el plazo convenido o la falta de entrega de vivienda, incluidos los casos en los que no se haya expedido a tiempo la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento análogo [ex apartados 3a) y 5]. Si el comprador optase por otorgar una prórroga al promotor, se incluirá en una cláusula adicional del contrato, especificando el nuevo periodo con la nueva fecha acordada. Aunque tampoco es esta una cuestión pacífica.

La pregunta que subyace de fondo es hasta dónde alcanza el riesgo cubierto por la garantía que establece la legislación sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas en los casos en que se anule el contrato de compraventa por causa no imputable al comprador. Los pronunciamientos de las audiencias provinciales a propósito de la misma son contradictorios. Así, algunas audiencias provinciales consideran que la garantía establecida legalmente sólo cubre la falta de inicio o terminación de la vivienda y obtención de las licencias administrativas accesorias para ser entregada y utilizada como tal [entre otras, las sentencias de la AP de Sevilla (Sección 6ª), de 17 de febrero de 2011 (JUR 2011, 218057) y de 15 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 147383)]. En sentido contrario, otro grupo de sentencias admiten otros supuestos de incumplimiento distinto de los anteriores. Por ejemplo, cuando se entrega la vivienda en condiciones distintas a las pactadas, con una carga hipotecaria superior al importe del precio pendiente de abono, cuando se entrega con un embargo a favor de una empresa constructora, cuando no hubo entrega efectiva por haber sido vendido a un tercero. A estos supuestos hay que unir aquellos en los que se equipara la falta de entrega física

de la vivienda a su falta de entrega jurídica cuando concurre un problema urbanístico que conlleva la demolición de la vivienda [entre otras, las sentencias de la AP de Sevilla (Sección 8ª), de 20 de junio de 2011 (JUR 2012, 307624), y de 16 de julio de 2012 (JUR 2012, 330932); la SAP de La Coruña (Sección 3ª), de 28 de febrero de 2014 (JUR 2014, 88105); y la SAP de Sevilla (Sección 8ª), de 12 de febrero de 2014 (JUR 2014, 164606)]. Este es el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437), que motiva este comentario.

2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437).

Antecedentes de hecho. En el caso que nos ocupa la parta actora (compradora) ejercita una acción de anulabilidad de contrato de compraventa de vivienda futura por vicio del consentimiento contra el promotor y su aseguradora. Y ello por cuanto que a la fecha de la firma del contrato de compraventa de vivienda futura (7 de enero de 2009) no se habría informado a la compradora de la existencia de un litigio que afectaba al instrumento urbanístico sobre el que se asentaba el inmueble (en concreto, existía un procedimiento judicial pendiente en el que se habría solicitado la nulidad del Decreto 55/07 de 10 de abril, del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura). Y con ello se solicita también la restitución de las cantidades anticipadas entregadas con indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Sevilla de fecha 25 de febrero de 2013, que conoció de esta demanda, estimó la solicitud de nulidad contractual por vicio del consentimiento formulada contra el promotor, pero no así la solicitada contra su aseguradora. Fundamenta dicha resolución en que a fecha de 18 de marzo de 2011 existía licencia de primera ocupación, que viene a sustituir a la cédula de habitabilidad, disponiendo el art. 4 de la Ley 57/68 que se cancelarían las garantías otorgadas por avalista o aseguradora una vez expedida la cédula de habitabilidad y acreditada la entrega al comprador. Dicha sentencia es recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla que dicta sentencia con fecha de 26 de mayo de 2014. En la misma, tras desestimar los recursos interpuestos, se confirma la sentencia de primera instancia. Considera la Audiencia que la construcción llegó a buen fin, por cuanto que la vivienda se construyó en plazo y se obtuvo licencia de primera ocupación. Y apunta que lo que determina la resolución del contrato no es el incumplimiento del vendedor, sino una causa de anulabilidad motivada por la existencia de un litigio que puede dar lugar a la revocación de la licencia de construcción y ocupación y revertir una situación que por el momento permanecía. Añade, además, que esta circunstancia no se prevé en la Ley, que sólo cubriría que no se iniciase o terminase la construcción, el retraso en la entrega o la no expedición de la licencia de primera ocupación. Entiende que la Ley de 1968 nació para combatir el fraude en la promoción y construcción de viviendas, pero que excede por completo de su ámbito el problema de tipo urbanístico que afecta a la vivienda de la

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la anulabilidad de la compraventa de vivienda futura por vicio en el consentimiento con ocultación de irregularidades urbanísticas. Delimitación del riesgo cubierto por las garantías previstas en la legislación sobre cantidades anticipadas [STS de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437)]

actora.

Contra esta sentencia de segunda instancia la actora-recurrente en apelación interpone recurso de casación alegando infracción de los arts. 1, 3, 4 y 7 de la Ley de 57/1968 en relación con el art. 3 CC, aduciendo la existencia de jurisprudencia contradictoria entre las diferentes Audiencias. Y ello en cuanto a la cuestión referente a la extensión y concepto del riesgo cubierto por la garantía referida en la Ley 57/68, en los casos en los que no habiendo alcanzado el contrato su buen fin, por causa no imputable al comprador, se declare la responsabilidad de la aseguradora. Para justificar ese interés casacional la recurrente invoca las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 de febrero de 2011 (PROV 2011, 218057); de 15 de noviembre de 2012 (sección 6ª); de 20 de junio de 2011; de 16 de julio de 2012 (sección 8.ª); y la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 28 de febrero de 2014, que a diferencia de las anteriores, admiten otros supuestos de incumplimiento de la obligación de entrega de vivienda distintos a los específicamente contemplados en la Ley, y en concreto, cuando se entrega la vivienda en condiciones distintas a las pactadas, con una carga hipotecaria superior al importe del precio pendiente de abono. O cuando se entrega la vivienda con un embargo a favor de una constructora. O cuando no hubo entrega efectiva por haber sido la vivienda vendida a un tercero. Y cita además la SAP Sevilla de 12 de febrero de 2014 (sección 8.ª), en la que se equipara la falta de entrega física a la falta de entrega jurídica, a los efectos de la Ley de 1968 cuando concurre un problema urbanístico, como es en este caso, y que determina que las viviendas han de ser demolidas. Pretende con todo ello la recurrente que se declare como doctrina que

la garantía se extiende a los casos en que el contrato de compraventa de cosa futura no llegue a buen fin por concurrir causas urbanísticas, imputables a la promotora-vendedora que provoca que se frustren así las legítimas expectativas de la parte compradora.

Fundamentos del derecho. Resalta el Tribunal Supremo dos cuestiones a destacar: el ámbito de la obligación de entrega y la necesidad de la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación.

Ámbito de la obligación de entrega. En cuanto a la obligación de entrega, el TS cita las SSTS de 13 de noviembre de 2013 (RJ 2013/ 7446) y de 3 de junio de 2003 (RJ 2003, 5331) al objeto de recordar que “la obligación de entrega presenta un doble aspecto: físico o material, consistente en la puesta en posesión que, en el caso de inmuebles puede entenderse producida por el otorgamiento de la escritura pública; y otro jurídico, que se refiere al cumplimiento de aquellas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador”. Y es que para el comprador lo esencial es que la entrega o puesta a disposición tenga lugar conforme al artículo 1462 CC. Es decir, cuando el inmueble esté en condiciones de ser disfrutado según su destino. La obligación del vendedor de entregar la vivienda objeto del contrato de compraventa supone, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1461 y concordantes del CC, la entrega de aquella en condiciones de poder ser habitada sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos.

Y añade que, como señala la STS de 3 de junio de 2003 (RJ 2003, 5331), la obligación asumida por el vendedor de una

vivienda se extiende a poner al comprador en la pacífica posesión de un espacio independiente que no sólo aparentemente sea una vivienda, sino que se adapte a las exigencias urbanísticas, a fin de que no exista obstáculo alguno a la obtención de la finalidad pretendida por el comprador. En consecuencia, el vendedor responde no sólo de la entrega de la vivienda, sino también de efectuarla con utilidad para su destino propio, o lo que es lo mismo, con la condición de habitabilidad.

El aspecto jurídico de la obligación de entregar conduce a la siguiente cuestión, relacionada con la necesidad de licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad. La Ley 57/1968 contempla ambos aspectos cuando prevé en el artículo 1 que se garantizan las cantidades entregadas para el caso de que la construcción «no se inicie o no llegue a buen fin», lo que clarifica más adelante en los artículos 2 y 4 cuando diferencia entre la entrega física y la expedición de la cédula de habitabilidad.

Necesidad de la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. En relación a esta cuestión la sentencia comentada realiza un repaso de la propia doctrina del TS sentada en la sentencia de 11 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2590) la cual afirma que:

1) La sentencia (Sala 3ª), de 28 de enero de 2009 (RJ 2009, 1471) establece que la licencia de primera ocupación no puede ser obtenida por silencio administrativo positivo, al constituir doctrina consolidada que no pueden entenderse adquiridas

por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

2) Las vicisitudes derivadas de la presunta ilegalidad de la licencia de obras generan total incertidumbre acerca de su obtención final y suponen un riesgo nada remoto de futura demolición de la vivienda conforme a la doctrina fijada por la STS (Sala 3ª), de 18 de marzo de 2008.

3) Que la obligación de entrega del promotor-vendedor ha de entenderse en su aspecto no solo físico sino jurídico, permitiendo que la vivienda se ocupe legalmente, que los suministros se contraten de forma regular y, en definitiva, que el comprador pueda ejercer sus derechos sobre la vivienda adquirida libremente y sin obstáculos legales.

4) Que la incertidumbre en que se coloca al comprador por la falta de entrega de la licencia ante el posible riesgo, incluso, de futura demolición de lo construido y adquirido, equivalen a un incumplimiento del vendedor de su obligación de entregar la vivienda en un determinado plazo, todo lo cual impide que pueda serle exigido al comprador el cumplimiento de sus obligaciones (recepción de la obra, elevación a escritura pública y pago del resto del precio).

5) Que siendo la seguridad de la propiedad inmobiliaria uno de los factores característicos de los sistemas jurídicos avanzados e

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la anulabilidad de la compra-venta de vivienda futura por vicio en el consentimiento con ocultación de irregularidades urbanísticas. Delimitación del riesgo cubierto por las garantías previstas en la legislación sobre cantidades anticipadas [STS de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437)]

incluso uno de los elementos primordiales de cualquier economía estable porque fomenta el tráfico jurídico seguro y facilita el acceso al crédito, mayor importancia tiene aún, si cabe, cuando los compradores son extranjeros con menos facilidad para conocer toda la legislación española que pueda afectarles al comprar una vivienda en España desde la confianza que les merece el sistema español de protección del derecho de propiedad.

En aplicación de esa doctrina, la Sala 1ª del TS viene atribuyendo efectos resolutorios del contrato de compraventa a la falta de entrega por el vendedor de la licencia de primera ocupación cuando la ausencia responde a presumible contravención de la legalidad urbanística, pues sería privar al vendedor del derecho a disfrutar de la cosa en condiciones para ser usada según su naturaleza. 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, supondrían un incumplimiento esencial del vendedor, ya que se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente.

La sentencia de 22 de abril de 2015 (RJ 2015, 1357) , destaca «la relevancia que la licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad tienen la progresiva importancia que la reciente jurisprudencia de esta Sala le ha venido atribuyendo como requisito que completa la entrega de la vivienda en cuanto objeto apto para el tráfico jurídico (véanse, en este sentido, las SSTS 10 de septiembre de

2012 (RJ 2013, 2266), de 8 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 2402), de 12 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2410) , de 11 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2590) y de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016, 959).

Como consecuencia de lo expuesto, entiende el TS en la sentencia objeto de comentario, “la existencia de ilegalidades urbanísticas no puede considerarse como algo que escapa al ámbito de la Ley 57/1968, pues se encuentra estrechamente relacionada con la obligación del promotor-vendedor de iniciar y entregar la vivienda, cumpliendo las condiciones físicas y jurídicas para ser habitada sin miedos de futuro y sin frustración de expectativas, en lo que constituye el objeto del contrato. Teniendo en cuenta la finalidad y objeto de la licencia de primera ocupación y de la cédula de habitabilidad es razonable que, entre sus efectos, se encuentre permitir la cancelación de las garantías constituidas para asegurar la restitución de las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas, en los términos previstos en el artículo 4 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y Disposición Adicional 1ª de la LOE”.

Decisión de la Sala. Teniendo en cuenta todo lo anterior, considera el TS que la singularidad de este caso radica en que, a pesar de haberse expedido la licencia de primera ocupación, existe una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que ordena la reposición de los terrenos donde se ubica la vivienda a su estado anterior, por lo que pesa sobre la vivienda litigiosa un peligro cierto y grave de que proceda a su demolición, sin que tal peligro pueda eludirse por el hecho de que el Plan General Municipal se modificase como consecuencia del PIR anulado. La ocultación por parte del vendedor de esta circunstancia provoca un error tal en el

comprador que da lugar a la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento, con lo que resulta evidente que el contrato no ha llegado a buen fin pues, aun siendo posible la entrega física de la vivienda al encontrarse terminada, carecía de las condiciones jurídicas que garantizasen el uso pacífico de la misma sin miedos y sobresaltos por ilegalidades urbanísticas.

Añade el TS, además, que se debe tener en cuenta que la DA 1ª LOE prevé (apartado 2. 1 g) que “la entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados”, encontrándose entre tales obligaciones la de entrega de una vivienda hábil para su destino por estar cubierta por la normativa urbanística, esto es, que llegue a buen fin. En el presente caso, si la aseguradora hubiese desplegado tal diligencia habría podido comprobar, al ser profesionales del ramo, las dificultades urbanísticas que ya existían cuando concertó el seguro.

Por último añade el TS que, ante la situación descrita, hubiera sido posible tanto el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento (como, en concreto, se ha hecho) como el ejercicio de la acción de resolución del mismo. Y ello porque el hecho constitutivo de ambas pretensiones sería el mismo y tratan de garantizar el mismo fin: poner remedio a la frustración de las legítimas expectativas del comprador que se ve defraudado por la ocultación por el promotor-vendedor de los problemas de litigio urbanístico de la

promoción con el consiguiente peligro de no poder acceder a ella en condiciones jurídicas que la hagan hábil y perder las cantidades anticipadas.

Por todo ello el TS estima el motivo del recurso de casación, casa la sentencia recurrida (condenando a la aseguradora a restituir a la actora las cantidades entregadas por ésta a cuenta del precio de la vivienda) y fija como doctrina que “las garantías legales de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas que regula la Ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compraventa no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística”. La sentencia comentada, por el resto, ha sido citada por la misma aseguradora demandada como causa de su allanamiento en un litigio surgido concurriendo condiciones similares a las que acabamos de comentar [Véase la STS de 8 de febrero de 2017 (RJ 2017, 465)].

3. Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo.

Una primera consideración podemos realizar a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo que ha sido objeto de comentario: el comprador de una vivienda podrá recuperar el dinero anticipado si se anula el contrato por haber ocultado el vendedor irregularidades urbanísticas. En este sentido, y como acabamos de exponer, el TS fija como doctrina

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la anulabilidad de la compraventa de vivienda futura por vicio en el consentimiento con ocultación de irregularidades urbanísticas. Delimitación del riesgo cubierto por las garantías previstas en la legislación sobre cantidades anticipadas [STS de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437)]

que “las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la Ley 57/1968 y disposición adicional primera LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llegue a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanístico”.

Asimismo, el fallo señala que la existencia de ilegalidades urbanísticas no puede considerarse como algo que escapa del ámbito de la Ley 57/1968 (consideración que a día de hoy podemos hacer extensiva a la regulación contenida en la DA 1ª LOE), “pues se encuentra estrechamente relacionada con la obligación del promotor-vendedor de iniciar y entregar la vivienda, cumpliendo las condiciones físicas y jurídicas para ser habitadas sin miedos de futuro y sin frustración de expectativas, en lo que constituye el objeto del contrato”. Recordemos que la obligación de entrega presenta, como señala la sentencia comentada, dos vertientes: jurídica y física. Parece, sin embargo, que la Ley del 68 sólo contempla el segundo de ellos ya que, conforme al artículo 4 de la misma, la cancelación de las garantías se producía expedida la cédula de habitabilidad y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda (en términos similares se pronuncia el apartado 5 de la DA 1ª LOE). Como señala GARCÍA ABURUZA, Mª P., “parece que se atiende sólo a que la edificación se haya construido adecuadamente desde un punto de vista técnico y que goce de todos los servicios y suministros que le son propios, y así se ponga a disposición del comprador (...). Esto lo habría cumplido aquí el promotor (...). Pero el concepto de entrega jurídica parece que se olvida (...) pues la compra de la vivienda supone también que se pueda gozar pacífica-

mente de ella, y que no surjan problemas o incertidumbres que hagan peligrar ese goce, pues quedaría frustrado el contrato si existen ilegalidades urbanísticas que llevan a demoler la vivienda por muy bien construida que estuviera o por muy acreditada que estuviera su habitabilidad” (véase GARCÍA ABURUZA, M.P., “Sobre las cantidades anticipadas en la compra de viviendas: la Sentencia del Tribunal Supremos de 12 de septiembre de 2016., *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2016, p. 10).

En definitiva, lo que concluye el TS es que en el caso enjuiciado ha existido un verdadero incumplimiento de la obligación principal que corresponde al vendedor en el contrato de compraventa conforme al art. 1461 CC: la entrega y saneamiento de la cosa vendida. Así independientemente de la obligación de transferir la propiedad que recae sobre el vendedor, éste ha de entregar, en todo caso, su posesión pacífica como forma de dar sentido a la transferencia de la propiedad. A través de la aplicación de la teoría general sobre la compraventa prevista en nuestro ordenamiento jurídico a la compraventa de viviendas proyectadas se puede llegar a la conclusión de considerar la ilegalidad urbanística como forma de incumplimiento y, por tanto, como riesgo cubierto. No olvidemos que el núcleo central de la cuestión es la extensión y el concepto de riesgo cubierto por las garantías previstas en la legislación sobre cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas (antes la Ley 57/1968 hoy la DA 1ª LOE). La sentencia comentada lleva a cabo una interpretación extensa de esta cuestión. En sentido contrario la sentencia de la Audiencia Provincial, la cual se ciñe a la letra de la Ley 57/1968 en la que tales supuestos -las ilegalidades urbanísticas como formas de incumplimiento- no están contemplados. Valoramos muy positivamente la interpretación que de esta cuestión ha hecho

el TS. Entenderlo de otra forma supondría un perjuicio para el comprador habida cuenta de su posición de debilidad con respecto a los promotores de viviendas. Podríamos incluir, por tanto, esta sentencia del Tribunal Supremo dentro la piadosa línea jurisprudencial favorable para el comprador y consagrada por el alto tribunal a lo largo de diversas sentencias.

Una última cuestión llama nuestra atención: como hemos expuesto anteriormente el Tribunal Supremo condena a la aseguradora a restituir a la actora las cantidades entregadas por la misma a cuenta del precio de la vivienda porque considera que el seguro puede entenderse cancelado, en tanto que no se cumplió la obligación de entrega de forma adecuada y el contrato no llegó a buen fin. No entendemos cómo la sentencia de instancia no condena a la aseguradora y sí a la promotora cuando para ello es necesario que ésta haya incumplido alguna obligación. Y si le promotora ha incumplido alguna obligación ¿cómo puede entenderse cancelada la garantía? Entiende la Audiencia Provincial de Sevilla que realmente no hubo incumplimiento de sus obligaciones por el promotor sino que la resolución del contrato se determinó por “una causa de anulabilidad motivada por un litigio que puede dar lugar a la revocación de la licencia de construcción y ocupación y revertir una situación que por el momento permanece”. No nos convence el argumento. La anulabilidad se produce por la existencia de un vicio del consentimiento que implica un incumplimiento por parte del promotor. Y esta circunstancia impediría la cancelación del seguro (sobre esta cuestión véase GRACÍA ABURUZA, M^a P., “Sobre las cantidades...”, *op. cit.*, pp. 10 y 11).