



Roj: STS 6337/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100560  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 458/2010  
Nº de Resolución: 549/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Octubre de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la compañía mercantil demandante-reconvenida PROMOCIONES NARANJO GARDENS S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Esperanza Azpeitia Calvín, contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2009 por la Sección 5<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación nº 455/09 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 1058/05 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella, sobre cumplimiento de contratos de compraventa e indemnización de daños y perjuicios. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil demandada-reconviniente CASAS JARDINES DE LAS LOMAS S.L., representada ante esta Sala por el procurador D. Francisco José Abajo Abril.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 1 de septiembre de 2005 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil PROMOCIONES NARANJO GARDENS S.L. contra la compañía mercantil CASAS JARDINES DE LAS LOMAS S.L. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

*"a).- Condenar a la sociedad demandada "Casas Jardines de Las Lomas, S.L." a que dé cumplimiento, en los términos pactados, a los contratos de compraventa suscritos con mi representada, con fecha 26 de Agosto de 1.999 sobre los Chalets Adosados señalados como núms. CATORCE, DIECIOCHO, VEINTITRÉS, VEINTICUATRO y VEINTICINCO del Conjunto Urbanístico "Casas Jardines de Las Lomas", en Marbella, que se identifican como las fincas registrales núms. 48981, 48985, 48990, 48991 y 48992, todas de la Sección 3<sup>a</sup>, del Registro de la Propiedad Núm. Tres de Marbella,*

*b). - Que se declare la inexistencia o, subsidiariamente, la nulidad del requerimiento de resolución de los contratos de compraventa referidos y, como consecuencia de ello, la validez del pago ofrecido por mi representada y puesto a disposición de la misma mediante consignación judicial en el presente procedimiento, en cumplimiento de sus obligaciones.*

*C).- Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad demandada a otorgar la correspondiente escritura de compraventa de las viviendas adquiridas y señaladas en el apartado A) anterior en favor de mi representada, con subrogación de ésta del crédito hipotecario en los términos y por las cantidades pactadas en los respectivos contratos de compraventa y correlativas la entrega de las llaves y posesión de las viviendas, incluyendo la entrega de la Cédula de Primera Ocupación, Boletines de enganche de los servicios de la vivienda, planos de la misma y cuantas obligaciones se establecen para la demandada, en calidad de promotora, por la Ley de la Construcción y la Ley de Consumidores y Usuarios.*

*D). - Al pago de una indemnización de daños y perjuicios que la demora en el cumplimiento de sus obligaciones origine a mi representada en la cuantía que se deje acreditada a lo largo del procedimiento por los daños y perjuicios causados por la demora en la entrega de las viviendas y subsidiariamente al pago de una indemnización equivalente al interés de demora desde la fecha de pago de cada una de las cantidades satisfechas a cuenta del precio de las viviendas hasta la fecha de entrega de las mismas.*

*E). - Al pago de las costas del procedimiento" .*

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella, dando lugar a las actuaciones nº 1058/05 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció y contestó a la demanda proponiendo la excepción de litispendencia o, subsidiariamente, prejudicialidad, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando se dictara auto de sobreseimiento del procedimiento o, subsidiariamente, de estimación de la litispendencia respecto de la pretensión de indemnización de daños y perjuicios y de suspensión del procedimiento, por prejudicialidad, respecto de las peticiones a), b) y c) de la demanda para, una vez resuelto por sentencia firme el anterior litigio pendiente, dictar sentencia totalmente desestimatoria de la demanda con imposición de costas a la demandante. Además, formuló reconvencción solicitando "*se dicte sentencia que declare resueltos los contratos de compraventa objeto de este procedimiento en las condiciones estipuladas en las respectivas cláusulas Séptima de cada uno de ellos, resolviéndose -por tanto- que la condena de indemnización de daños y perjuicios se establece en la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS EUROS Y OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (154.986,85 #)*"

**TERCERO.-** La parte inicialmente demandante contestó a la reconvencción planteando la excepción de cosa juzgada y pidiendo no se entrara a conocer del fondo de asunto o, subsidiariamente, si se entrara a conocer del mismo, la desestimación de la reconvencción declarando no haber lugar a la resolución de los contratos ni a la indemnización de daños y perjuicios y la absolución de la actora-reconvenida, con imposición de costas a la demandada-reconviniente.

**CUARTO.-** Una vez celebrada la audiencia previa, el magistrado-juez dictó auto el 31 de julio de 2006 acordando el sobreseimiento del proceso por concurrir litispendencia.

**QUINTO.-** Interpuesto contra dicho auto recurso de apelación por la parte demandante-reconvenida, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó auto el 30 de abril de 2007 estimando el recurso y acordando la continuación del procedimiento por no concurrir los requisitos de la litispendencia y sí los de la prejudicialidad civil que en principio habría debido comportar la suspensión del procedimiento pero no ya en el momento de resolver el recurso, una vez dictada sentencia firme en el proceso anterior.

**SEXTO.-** Continuado el procedimiento con recibimiento a prueba y práctica de la misma, el magistrado-juez titular del Juzgado dictó sentencia el 22 de septiembre de 2008 con el siguiente fallo: "*Que DESESTIMANDO TOTALMENTE la demanda interpuesta por la entidad Promociones Naranjo Gardens, S.L., contra la entidad Casas Jardines de las Lomas, S.L., absuelvo a ésta de todas las pretensiones contra ella deducidas por la actora; condenando a ésta al pago de las costas procesales causadas por la demanda.*

*Y que ESTIMANDO TOTALMENTE la reconvencción formulada por la demandada Casas Jardines de las Lomas, S.L. contra la actora Promociones Naranjo Gardens, S.L., declaro resueltos los contratos privados de compraventa celebrados entre ambas partes con fecha de 26 de agosto de 1.999 sobre los chalets adosados números catorce, dieciocho, veintitrés, veinticuatro y veinticinco del conjunto urbanístico Casas Jardines de las Lomas, de Marbella, fincas registrales nº 48.981, 48.985, 48.990, 48.991 y 48.992 del Registro de la Propiedad nº 3 de Marbella, fijándose en la cantidad de 154.986,85 euros (ciento cincuenta y cuatro mil novecientos ochenta y seis euros con ochenta y cinco céntimos) la indemnización de daños y perjuicios a favor de la demandada reconviniente y a cargo de la actora reconvenida; condenando a ésta al pago de las costas procesales causadas por la reconvencción".*

**SÉPTIMO.-** Interpuesto por la parte demandante-reconvenida contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 455/09 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, esta dictó sentencia el 21 de diciembre de 2009 declarando no haber lugar al recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la parte recurrente las costas de la apelación por apreciar cosa juzgada en relación con las pretensiones de la demanda inicial.

**OCTAVO.-** Anunciados por la parte demandante-reconvenida recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal. El recurso extraordinario por infracción procesal se articulaba en seis motivos amparados en el art. 469.1 LEC, ordinales 2º y 4º los dos primeros motivos, ordinal 2º los motivos tercero y cuarto, ordinales 2º y 1º el motivo quinto y ordinal 3º el motivo sexto: el motivo primero por infracción de los arts. 14, 9.3 y 24.1 de la Constitución; el segundo por infracción de los arts. 24 de la Constitución y 222-4º LEC en relación con el art. 319.1 de esta última; el tercero y el cuarto por infracción de los arts. 24 de la Constitución y 400 LEC; el quinto por infracción de los arts. 248.3 LOPJ y 208 y 209 LEC; y el sexto por infracción de los arts. 216 y 217 (apdos. 2 y 3) LEC. Y el recurso de casación se componía de un solo motivo fundado en infracción de los arts. 1504 y 1124 CC.

**NOVENO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 5 de octubre de 2010, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando se declarase no haber lugar a los recursos y se confirmara la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente.

**DÉCIMO.-** Por providencia de 13 de junio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 5 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Marin Castan**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los presentes recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, se interponen por la compañía mercantil demandante-reconvenida, compradora en 1999 de cinco casas en construcción de un mismo complejo urbanístico, contra la sentencia de apelación que confirmó la de primera instancia, totalmente desestimatoria de su demanda, en la cual se pedía la entrega de las cinco viviendas, el otorgamiento de escritura pública y una indemnización de daños y perjuicios, y totalmente estimatoria de la reconvencción formulada por la compañía mercantil vendedora inicialmente demandada, que pretendía y obtuvo la resolución de los cinco contratos, por haber dejado de pagar la compradora varias de las letras de cambio libradas para los pagos a cuenta del precio hasta el otorgamiento de escritura pública, y una indemnización de daños y perjuicios por importe de 154.986'85 euros, equivalente al 50% de la cantidad total entregada por la compradora (309.973'70 euros) hasta que, según la sentencia, "*se instó por la vendedora la resolución*".

La cuestión jurídica de fondo es, por tanto, si procede el cumplimiento, o por el contrario la resolución, en función de lo acaecido desde la celebración de los contratos de compraventa, pero el litigio, iniciado en 2005, presenta la singularidad de estar precedido de otro entre las mismas partes, iniciado en 2001 pero finalizado después de la sentencia de primera instancia del presente, en el que la misma compañía mercantil compradora demandó a la vendedora pidiendo, en esencia, una indemnización de daños y perjuicios por mora culpable de la vendedora en la entrega de las viviendas, pretensión desestimada con carácter firme, tras dictarse sentencia de apelación después de iniciado el presente litigio, por encontrarse la propia demandante compradora en situación de incumplimiento al no haber pagado parte de las letras de cambio libradas para pago del precio hasta el otorgamiento de escritura.

**SEGUNDO** .- Antes de examinar los recursos, y dado que el extraordinario por infracción procesal se centra en impugnar la cosa juzgada apreciada por la sentencia de apelación ahora impugnada y el de casación en impugnar la resolución de los contratos por no haber mediado la notificación notarial prevista a tal efecto en los propios contratos, conviene reseñar lo sucedido en el pleito anterior y la trascendencia que le atribuye la sentencia impugnada al resolver sobre el presente.

1º) La demanda de ese litigio anterior, interpuesta el 28 de septiembre de 2001 por la compañía mercantil compradora, pedía la declaración de que, entre las obligaciones de la vendedora demandante, se encontraba la de entregar las cinco viviendas de un mismo conjunto urbanístico en las condiciones pactadas y totalmente terminadas, "*sin afectación del tendido eléctrico que actualmente le atraviesa*"; la declaración de que la demandada había incurrido en mora culpable por incumplimiento del plazo de entrega de las viviendas, ya que según el contrato la entrega estaba prevista para el 1 de diciembre de 2000; la declaración de que tal incumplimiento determinaba la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a la compradora demandante; y en fin, la condena de la vendedora demandada a indemnizar a la compradora demandante en 1.845.000 pesetas por cada mes de retraso a contar desde el 1 de diciembre de 2000.

2º) La vendedora demandada se opuso a la demanda, fundamentalmente por no serle imputable el retraso en la entrega y por el incumplimiento previo de la compradora al no haber pagado todas las letras de cambio, pero no formuló reconvencción.

3º) La sentencia de primera instancia, dictada el 27 de mayo de 2005, desestimó la demanda, pero considerando la entrega de las viviendas como "*una cuestión a resolver entre las partes, sin que pueda alegarse en la actualidad el problema del tendido eléctrico que sobrevolaba tres de ellas*". Los fundamentos de la desestimación de la demanda eran, en esencia, que respecto de dos de las cinco viviendas el retraso en su terminación había sido solo de cinco meses y la demandante podía haber tomado posesión de las mismas; que respecto de las otras tres casas se había producido un retraso debido a la prohibición de continuar las obras en tanto no se soterrara la línea de alta tensión que sobrevolaba la finca, causa calificada de fuerza

mayor extraña a la demandada por provenir el problema de la compañía eléctrica, pues hasta enero de 2001 no había permitido provisionalmente la elevación de la línea para que las obras pudieran continuar; y en fin, que la compradora demandante, al haber dejado de abonar once de las catorce letras de cambio libradas para pagos a cuenta del precio, no podía exigir indemnización de daños y perjuicios.

4º) Antes de dictarse dicha sentencia, mediante escrito de fecha 13 de septiembre de 2004 presentado en el Juzgado, la vendedora demandada comunicó que por resolución del 24 de agosto anterior el Ayuntamiento había otorgado licencia de primera ocupación del *"conjunto de 30 viviendas adosadas en la Urbanización Lomas de Río Verde, donde se encuentran ubicadas las cinco viviendas objeto de este procedimiento"*, y que, como la compradora demandante había incumplido previamente su obligación de pago, la vendedora demandada *"no ha procedido, ni va a proceder, a exigir el cumplimiento de los contratos, puesto que ha optado por la resolución de los mismos"* (folio 191 de las actuaciones).

5º) Antes también de dictarse la sentencia de primera instancia, la compañía demandante había presentado en el Juzgado, el 11 de mayo de 2005, un escrito adjuntando copia de resguardo de consignación de 20.679'10 euros por importe de las letras de cambio no atendidas correspondientes a los pagos aplazados y 60.101'30 euros *"correspondiente al pago que sería necesario efectuar en el momento en que la vendedora estuviera en condiciones de otorgar la escritura de compraventa y entrega de llaves"*. Se puntualizaba a continuación en el propio escrito que *"la presente consignación no se hace a efectos de pago, sino de acreditar la voluntad de cumplimiento de obligaciones, en el momento en que la vendedora esté en disposición o tenga voluntad de dar cumplimiento a todas sus obligaciones"* (folio 195 de las actuaciones).

6º) Posteriormente, pero antes de iniciarse el presente litigio y estando pendiente el anterior de recurso de apelación interpuesto por la compradora demandante, ambas partes se cruzaron una serie de comunicaciones entre las que cabe reseñar las siguientes: a) el 8 de junio de 2005, un requerimiento notarial de la compradora a la vendedora ofreciendo el pago de todas las cantidades resultantes de los contratos y comprometiéndose a subrogarse en los préstamos hipotecarios, una vez obtenida la cédula de habitabilidad de las viviendas y retirado el cable de alta tensión (folio 202 a 205 de las actuaciones); b) el 10 de junio de 2005, un requerimiento notarial de la vendedora a la compradora, en respuesta al anterior, interpretando la sentencia de 27 de mayo en el sentido de que no tenía obligación de entregar las viviendas, manifestando que ya había optado por la resolución de los contratos en la contestación a la demanda, en su escrito aportando la licencia de primera ocupación y en el acto del juicio oral, constatando que el Juzgado había rechazado la consignación intentada por la compradora en el mes de mayo, calificando de ilógico un ofrecimiento de pago posterior a una sentencia que absolvía a la vendedora de su obligación de entregar las viviendas y de *"totalmente ineficaz un ofrecimiento de pago posterior a la resolución contractual"* y, en fin, ofreciendo no obstante una solución amistosa consistente en devolver toda la cantidad recibida hasta entonces a cuenta del precio, sin la penalización del 50% pactada en los contratos para el caso de resolución por impago (folios 207 a 209 de las actuaciones); c) el 27 de junio de 2005, un burofax de la vendedora a la compradora remitiendo carta antedatada el día 9 de los mismos mes y año en la que lamentaba que la compradora no hubiera aceptado la oferta de devolución de la cantidad total pagada hasta entonces y confirmaba que *"dimos los contratos de compraventa por resueltos y el 50% de las cantidades anticipadas abonadas se encuentran a su disposición"* (documento nº 11 de la contestación, folios 364 y 365); d) el 5 de julio de 2005, por burofax, una carta fechada el 29 de junio anterior por la que la vendedora lamentaba que la compradora no hubiera aceptado su oferta, insistía en que no estaba obligada a entregar las casas y advertía que, para que la compradora pudiera impugnar *"la rescisión del contrato de compraventa"*, necesitaría esperar a que finalizase el pleito pendiente *"y entonces poner otro pleito solicitando otra resolución judicial que diga que las rescisiones de los contratos no eran correctas"* (carta en inglés, folios 219 y 220, y traducción jurada a los folios 222 y 223).

7º) La demanda del presente litigio se presentó el 1 de septiembre de 2005, pendiente aún el recurso de apelación de la compradora también ahora demandante, y la contestación y la reconvenición de la vendedora, en escritos separados, se presentaron el 15 de diciembre siguiente, pidiéndose en la reconvenición la declaración de resolución de los contratos y la condena de la compradora a indemnizar a la vendedora en 154.986'85 euros y alegándose en la contestación a la demanda de la compradora la *"litispendencia o, subsidiariamente, prejudicialidad"* por no haberse dictado todavía sentencia de segunda instancia en el pleito anterior.

8º) Entre demanda y contestación-reconvenición del presente litigio, concretamente el 3 de octubre de 2005, la compradora presentó un escrito en el Juzgado que había conocido del pleito anterior interesando que la cantidad consignada en mayo de 2005 se remitiera al presente litigio *"de manera inmediata para que*

*mi representada pueda ejercitar los derechos correspondientes en este procedimiento*" (folios 352 y 353 de las actuaciones).

9º) El 27 de enero de 2006 se dictó auto alzando la medida cautelar de prohibición de disponer de las viviendas, acordada en relación con el presente litigio y a petición de la vendedora demandante por auto de 14 de julio de 2005 , y el 21 de julio de 2006 , en el presente litigio, se dictó auto de sobreseimiento por concurrir la excepción de litispendencia alegada por la compradora demandada-reconviniente al encontrarse aún pendiente de resolver el recurso de apelación del litigio anterior.

10º) El 26 de mayo de 2006 se dictó sentencia resolviendo dicho recurso de apelación del litigio anterior. Pese a confirmar la desestimación de la demanda de la compradora, consideraba incontrovertido el hecho de la *"no terminación"* de tres de las cinco viviendas en el plazo pactado y constataba *"un cierto ocultamiento en la mercantil demandada"* sobre su disposición a entregar las dos viviendas sí terminadas. En definitiva, la razón fundamental para confirmar la desestimación de la demanda era que la compradora demandante no podía exigir una indemnización por retraso en la entrega de las viviendas cuando ella misma no había cumplido totalmente su obligación de pago hasta entonces.

11º) El 30 de abril de 2007 se dictó, en el presente litigio, auto estimando el recurso de apelación interpuesto por la vendedora contra el auto de sobreseimiento por litispendencia de 21 de julio de 2006 y acordando, por tanto, la continuación del procedimiento. Los fundamentos de este auto de apelación eran, en esencia, que no concurría una perfecta identidad entre ambos litigios, que la litispendencia se daría únicamente respecto de la indemnización de daños y perjuicios pretendida por la compradora, que sí concurría una prejudicialidad civil que habría debido determinar la suspensión del procedimiento hasta que recayera sentencia firme en el proceso anterior y, en fin, que habiéndose dictado ya la sentencia de apelación de 26 de mayo de 2006 , lo procedente era ya la continuación del presente litigio hasta dictar sentencia en la que el juez de primera instancia valorase los efectos que aquella otra sentencia hubiera de tener en el presente litigio, *"con resolución de todas las cuestiones planteadas tanto en la demanda principal como en la reconvenicional"*.

12º) El 23 de septiembre de 2008 se dictó la sentencia de primera instancia del presente litigio desestimando totalmente la demanda de la compradora y estimando íntegramente la reconvenición de la vendedora. Tras constatar que ya se había desestimado la excepción procesal de litispendencia, *"luego devenida en cosa juzgada material"* , y entrar por tanto a conocer del fondo del asunto, se tuvo por probado, en virtud de lo alegado en la audiencia previa, que la cantidad total pagada hasta entonces por la compradora ascendía a 309.973'70 euros. Se daba por sentado *"con carácter prejudicial, en su vertiente positiva"* , que la compradora no había pagado seis letras de cambio que vencían en el año 2000 *"por carecer de fondos suficientes"* , así como que no había consignado su importe hasta el mes de mayo de 2005, constituyendo ese primer impago un incumplimiento de la compradora. Se analizaba a continuación si la vendedora había incumplido o no sus obligaciones contractuales, concluyéndose que no porque las cinco casas ya estaban terminadas y en disposición de ser entregadas en 2002, el problema de la línea eléctrica no era imputable a la vendedora, la compradora había aceptado el retraso por carta de 11 de enero de 2001 y, en fin, la licencia de primera ocupación no se había pactado como condicionante de la entrega y, además, la tardanza en su obtención no era imputable a la vendedora sino al Ayuntamiento, de forma que el retraso en la entrega debía cifrarse en un año y medio, no alcanzando el grado de incumplimiento esencial. En cambio la conducta de la compradora se consideraba como reveladora de una *"voluntad obstativa y unilateral"* que justificaba la resolución de los contratos pedida por la vendedora, conforme al art. 1504 CC en relación con su art. 1124, en virtud de la carta remitida por la vendedora y recibida por la letrada de la compradora el 28 de junio de 2005, del escrito presentado por la vendedora en el otro procedimiento el 10 de mayo de 2005 y el reconocimiento por la propia compradora, en su demanda, de que la vendedora la había requerido de resolución.

13º) Interpuesto recurso de apelación por la compradora demandante-reconvenida, el 21 de diciembre de 2009 se dictó sentencia, la ahora recurrida ante esta Sala, confirmando la de primera instancia pero no por sus propios fundamentos, que en cualquier caso eran expresamente compartidos por el tribunal de apelación, sino por apreciar cosa juzgada en el pleito anterior. Se razonaba al respecto que los efectos negativos de la cosa juzgada no desaparecían cuando mediante el segundo pleito se hubiera querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de fondo del primero y que la cosa juzgada se extendía incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente, pero complementarias y profundamente enlazadas con las del pleito anterior. En definitiva, se consideraba que el incumplimiento de la compradora *"quedó zanjado con autoridad de cosa juzgada"* en el pleito anterior; que lo mismo sucedía con *"la imputación de demora por no entrega en la fecha pactada"* ; que no podía someterse de nuevo a debate si el incumplimiento de la compradora era o no esencial, ni si la vendedora debía o no indemnizar por mora; que el ejercicio de una nueva

acción por la compradora, "so pretexto de haber consignado las cantidades adeudadas", era un "claro intento de suplir o subsanar los errores acaecidos en el primero", dado que el juez de primera instancia no había admitido dicha consignación; y que la demanda del presente litigio, extendida a "pronunciamientos accesorios" como el otorgamiento de escritura, que la compradora "pudo ejercitar en el juicio anterior", o "la nulidad del requerimiento de resolución, en base a una consignación extemporánea", no podía "suplir las deficiencias del juicio anterior ( artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil )"

**TERCERO** .- De los seis motivos del *recurso extraordinario por infracción procesal* se van a examinar conjuntamente los *cuatro primeros* porque todos ellos impugnan, desde una u otra perspectiva, la cosa juzgada apreciada por la sentencia recurrida, amparándose los motivos primero y segundo en los ordinales 2º y 4º del art. 469.1 LEC y los motivos tercero y cuarto en su ordinal 2º.

El *motivo primero* se funda en infracción de los arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución por haber resuelto tribunal de apelación, en la sentencia recurrida, en sentido contrario a lo resuelto por el mismo tribunal en un auto de 21 de julio de 2006 al conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 27 de enero anterior sobre medidas cautelares, es decir el primero de los reseñados en el apartado 9º) del fundamento jurídico precedente, y en el auto de 30 de abril de 2007 reseñado en el apartado 11º), es decir, el que acordó continuar el litigio dejando sin efecto el sobreseimiento acordado con base en la litispendencia.

El *motivo segundo* se funda en infracción del art. 24 de la Constitución y del art. 222.4 en relación con el 319.1, ambos de la LEC, por haber desconocido la sentencia recurrida la posibilidad de una litispendencia parcial, admitida por la jurisprudencia, y no haber advertido que mientras en el litigio precedente lo pretendido era una indemnización por retraso y la declaración de que las casas debían entregarse en unas determinadas condiciones, lo pretendido en el presente litigio, en cambio, era "la entrega de las casas una vez cumplidas las obligaciones de pago de los plazos pactados por mi mandante".

El *motivo tercero* se funda en infracción del art. 24 de la Constitución y aplicación indebida del art. 400 LEC por no haber considerado la sentencia recurrida unos hechos que, como la retirada del cable de alta tensión sobre las viviendas, la obtención de cédula de primera ocupación, el ofrecimiento de pago de la parte aún pendiente del precio o la negativa de la vendedora a entregar las viviendas y otorgar escritura pública, no podían ser alegados en la demanda del litigio anterior, de modo que el tribunal de apelación tenía que haber resuelto si la hoy recurrente podía o no ponerse al corriente en el pago antes de ser requerida notarialmente.

Y el *motivo cuarto* se funda en infracción del art. 24 de la Constitución y aplicación indebida del art. 400 LEC porque la sentencia recurrida extiende la cosa juzgada a la resolución de los contratos que, sin embargo, no fue objeto del litigio precedente.

Pues bien, de los motivos así formulados han de ser estimados el segundo, el tercero y el cuarto, por infracción de los arts. 222 y 400 LEC en relación con el art. 24.1 de la Constitución en cuanto reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva que por regla general se satisface mediante una resolución de fondo, en tanto lo alegado en el motivo primero, si bien no constituye por sí solo una infracción procesal, se valora como complemento de los tres motivos anteriores.

Las razones de la estimación son las siguientes:

1ª) No existe identidad en el objeto de ambos procesos, porque mientras en el primero la vendedora demandante pretendía una indemnización por retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega de las casas, prevista en el contrato para "nunca más tarde de diciembre del año 2000, salvo caso de fuerza mayor justificado mediante certificación firmada por el equipo técnico" (cláusula tercera), pero no la entrega misma porque la propia demanda tenía como punto de partida la falta de terminación de las viviendas, en el presente litigio, en cambio, lo pretendido era ya la entrega una vez terminadas las casas, solventado el problema de la línea eléctrica y obtenida la licencia de primera ocupación de las viviendas, hecho este no acaecido hasta agosto de 2004. A esto se une que mientras en el primer pleito la vendedora no interesó la resolución de los contratos por falta de pago de parte del precio, en cambio sí lo hizo en el segundo mediante reconvencción.

2ª) Esa falta parcial de pago, como resulta con claridad de la sentencia de primera instancia del pleito anterior considerando la entrega de las casas como "cuestión a resolver entre las partes", no se valoró entonces como causa de resolución del contrato que impidiera ya a la parte compradora pedir en el futuro el cumplimiento de la obligación de entrega por la parte vendedora, sino como excepción, *exceptio non adimpleti contractus* según la jurisprudencia (p. ej SSTS 30-3-10 y 5-7-07), que impedía a la compradora exigir a la vendedora una indemnización por mora al no haber cumplido aquella misma su obligación de pago.

3ª) El incumplimiento de una de las partes de una relación recíproca apreciado en su momento como excepción al cumplimiento de la otra parte no determina necesariamente que esta última tenga ya derecho a la resolución por incumplimiento.

4ª) Del mismo modo que la vendedora habría podido reclamar el pago de las letras de cambio no atendidas, libradas en su momento para ir pagando a cuenta parte del precio, también la compradora podía exigir una indemnización por retraso en la entrega sin esperar a que las casas estuvieran terminadas y, por tanto, sin exigir todavía su entrega; y del mismo modo que en el primer pleito se apreció el impago de esas letras de cambio como obstáculo que impedía la indemnización por retraso, también se apreció un retraso objetivo en la terminación de las casas, contractualmente pactada para diciembre de 2000 pero no terminadas tres de ellas hasta 2002, según la sentencia de primera instancia del presente litigio. Y aun cuando el retraso no se considere imputable a la vendedora, al menos habrá que aceptar que si el impago de las letras en su momento fue un incumplimiento declarado con fuerza de cosa juzgada, la misma fuerza tenía, en el sentido positivo del apdo. 4 del art. 222 LEC, que la totalidad de las casas objeto del contrato no estaban terminadas al iniciarse el primer litigio, 28 de septiembre de 2001.

5ª) Por tanto, las consideraciones del tribunal sentenciador acerca del art. 400 LEC no son acertadas, porque en su primera demanda la compradora no pidió la entrega de las viviendas y el otorgamiento de escritura pública ni tenía interés en pedirlos dada la falta de terminación de las viviendas, porque aún no se había producido ninguna resolución del contrato a instancia de la vendedora y, en fin, porque la consignación de la parte pendiente del precio no suplía ninguna deficiencia del pleito anterior sino que era un presupuesto necesario para poder exigir el cumplimiento de la vendedora y, si acaso, para oponerse a una resolución del contrato que la vendedora estaba insinuando pero que hasta entonces no había pedido judicialmente.

6º) A todo lo anterior se une, en primer lugar, que hasta el año 2004 la vendedora no comunicó la obtención de la licencia de primera ocupación ni la solución a los problemas de la línea eléctrica, hechos que por tanto no podían encuadrarse en el art. 400 LEC y, en segundo lugar, que la resolución del contrato por incumplimiento de la compradora no había sido objeto del primer litigio.

7ª) Finalmente, aunque lo resuelto por el tribunal de apelación en su auto de 21 de julio de 2006 no le vinculara por versar sobre medidas cautelares, en cambio su apreciación de cosa juzgada en la sentencia del presente litigio habría exigido algún tipo de razonamiento habida cuenta de que, también en este mismo litigio, por auto de 30 de abril de 2007, el propio tribunal había dejado sin efecto el sobreseimiento fundado en la litispendencia precisamente por faltar una total identidad entre los respectivos objetos de ambos litigios, señalando entonces con acierto que lo procedente habría sido suspender el segundo litigio por prejudicialidad civil y acordando, en fin, que el juez de primera instancia, con valoración de los efectos de la sentencia del primer litigio, resolviera *"todas las cuestiones planteadas tanto en la demanda principal como en la reconventional"*.

**CUARTO** .- También procede examinar conjuntamente los *dos motivos restantes del recurso extraordinario por infracción procesal*, de los que el quinto, amparado en los ordinales 2º y 1º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción de los arts. 248.3 LOPJ y 209 y 209 LEC por no haberse pronunciado la sentencia recurrida acerca del incumplimiento de la vendedora después de consignado el precio por la compradora ni acerca de la necesidad de requerimiento notarial, pactada en el contrato, para la resolución por incumplimiento del comprador, mientras que el sexto, amparado en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción de sus arts. 216 y 217 por la sentencia recurrida *"al declarar no probado el cumplimiento de las obligaciones contractuales de mi mandante y no declarar probada la mora de la demandada en el cumplimiento de las suyas"*.

Ambos motivos han de ser desestimados porque el fundamento de la sentencia recurrida en la cosa juzgada derivada del litigio anterior excluía la necesidad de pronunciarse sobre las cuestiones referidas en estos dos motivos. El que ese fundamento incurriera en las infracciones ya apreciadas no implica que también infringiera las normas procesales citadas en estos otros dos motivos.

**QUINTO** .- La estimación parcial del recurso extraordinario por infracción procesal determina, conforme a la regla 7ª de la D. Final 16ª de la LEC, que esta Sala deba resolver teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación, ya que cualquier duda sobre una posible reposición de actuaciones queda despejada por la circunstancia de que, pese a apreciar cosa juzgada, la sentencia recurrida declara explícitamente compartir en cualquier caso los argumentos de fondo de la sentencia de primera instancia.

**SEXTO** .- El recurso de casación se compone de un solo motivo, fundado en infracción de los arts. **1504** y 1124 CC porque, en esencia, la hoy recurrente habría procedido a la consignación de todas las sumas

adeudadas y de las exigibles a la entrega de llaves antes de que la vendedora procediera a resolver los contratos en la forma pactada en los mismos, es decir mediante *"la notificación notarial prevenida en el art. 1504 del Código Civil "* (cláusula séptima)

Para resolver sobre lo alegado en este motivo hay que partir tanto de la jurisprudencia de esta Sala que interpreta el art. 1504 CC en el sentido de permitir al comprador un pago liberatorio retrasado mientras no haya sido requerido de resolución por el vendedor judicial o notarialmente ( STS 4-7-05 que recopila la doctrina anterior), como de la sentencia de Pleno de 4 de julio de 2011 (rec. 2228/06 ) que fija doctrina excluyendo el burofax como medio de requerimiento encuadrable en el art. 1504 CC aunque, también, considerando la propia demanda, inicial o reconvenicional, como requerimiento judicial a los efectos del mismo artículo.

Pues bien, de los episodios reseñados en el fundamento jurídico segundo de la presente sentencia, especialmente en los apartados 4º, 5º y 6º), se desprende que la compradora hoy recurrente puso a disposición de la vendedora la parte del precio pendiente de pago antes de mediar ningún requerimiento judicial o notarial de resolución, siendo así que el art. 1504 CC permite al comprador pagar "aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial". A este respecto la carta aportada como documento nº 11 de la contestación, a la que la sentencia de primera instancia otorga especial importancia, manifiesta inequívocamente la voluntad de resolver, pero está antedatada porque su fecha de 9 de junio de 2005 no se corresponde con su envío el siguiente día 26; los escritos presentados en el litigio anterior por la vendedora no contienen un verdadero requerimiento de resolución, pues al presentado el 13 de septiembre de 2004 siguieron unas comunicaciones a la compradora interpretando la sentencia de primera instancia del litigio anterior en un determinado sentido y ofreciendo una solución más ventajosa para la compradora que la prevista en la cláusula séptima de los contratos; y en fin, no hubo verdadero requerimiento de resolución, encuadrable en el art. 1504 CC , hasta la presentación de la reconvenición en 15 de diciembre de 2005, cuando desde el 11 de mayo de 2005 la compradora había puesto a disposición de la vendedora las cantidades debidas en concepto de precio, de modo que, aun cuando el requerimiento notarial de 10 de junio sí se considerara idóneo con arreglo al art. 1504 CC , también resultaría ser posterior al pago rechazado por la vendedora.

En suma, lo sucedido es revelador de un empecinamiento de las partes en litigar, porque la parte compradora hoy recurrente no tendría que haber promovido el litigio anterior sin estar completamente al corriente en el cumplimiento de su obligación de pago del precio, y la parte vendedora hoy recurrida, dado el retraso objetivo en la terminación de las obras, previsto en el contrato para diciembre de 2000 pero no producida hasta 2002, con un retraso añadido en la obtención de licencia de primera ocupación hasta agosto de 2004, bien podía haber aceptado el ofrecimiento de la compradora, que hasta entonces había pagado la nada desdeñable cantidad de 309.973,70 euros, o bien, de considerar procedente la resolución, haber formulado, sin reservas ni ambigüedades, el correspondiente requerimiento en la forma pactada.

Procede en consecuencia que se consume el contrato mediante la entrega de las casas y el otorgamiento de escritura pública, sin indemnización alguna a favor de ninguna de las dos partes porque solamente a ellas mismas serían imputables los daños y perjuicios que dicen haber sufrido, lo cual comporta una estimación parcial de la demanda inicial, sin necesidad de declarar nulo el requerimiento de resolución, y una desestimación total de la reconvenición que, por sí misma, comporta la ineficacia de lo alegado por la reconviniente como requerimientos resolutorios.

**SÉPTIMO** .- Conforme a los arts. 394.1 y 398.2 LEC no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la demanda, procede imponer a la parte demandada-reconviniente las costas de su reconvenición, no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia, ya que el recurso de apelación de la parte demandante-reconvenida tenía que haber sido parcialmente estimado, y tampoco procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de los recursos por infracción procesal y de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR EN PARTE EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y LAS ALEGACIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN** interpuestos por la compañía mercantil demandante-reconvenida PROMOCIONES NARANJO GARDENS S.L. contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2009 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación nº 455/09 .

2º.- Dejar sin efecto la sentencia recurrida.

3º.- En su lugar, estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por aquella misma parte contra la sentencia de primera instancia dictada el 22 de septiembre de 2008 en las actuaciones de juicio ordinario nº 1058/05 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella .

4º.- Revocar dicha sentencia de primera instancia y en su lugar:

A) ESTIMAR EN PARTE LA DEMANDA INICIAL interpuesta por la referida parte recurrente contra la compañía mercantil CASAS JARDINES DE LAS LOMAS S.L.

B) Condenar a esta demandada al cumplimiento de los contratos de compraventa de 26 de agosto de 1999 sobre los chalés adosados números 14, 18, 23, 24 y 25 del conjunto urbanístico "Casas Jardines de Las Lomas" , en Marbella, identificados como fincas registrales números 48981, 48985, 48990, 48991 y 48992 de la sección 3ª del Registro de la Propiedad nº 3 de Marbella, mediante su completa entrega y puesta a disposición de la compradora simultáneas al otorgamiento de escritura pública con entrega a la vendedora de las cantidades ofrecidas en su día y consignadas por la compradora y subrogación de esta en el préstamo hipotecario en los términos y por las cantidades pactadas en los respectivos contratos de compraventa.

C) Desestimar la demanda inicial en sus peticiones sobre indemnización de daños y perjuicios y, por superflua, declaración de inexistencia o nulidad del requerimiento de resolución.

D) Desestimar totalmente la reconvencción formulada por la compañía mercantil CASAS JARDINES DE LAS LOMAS S.L. contra la demandante inicial.

E) No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la demanda inicial e imponer a CASAS JARDINES DE LAS LOMAS S.L. las costas de su reconvencción.

5º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia ni de los recursos por infracción procesal y de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Roman Garcia Varela.-FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Marin Castan**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.