

5262

b. g/2 ordóñez

SENTENCIA
JUICIO ORDINARIO NÚM. 709/08

En Estepona, a 25 de febrero de 2010.

La Ilma. Sra. Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de Estepona y su partido, D^a. Maria Virtudes Molina Palma, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario núm. 709/08 seguidos en este Juzgado en virtud de la demanda interpuesta por el Procurador Don Julio Cabellos Menéndez, en nombre y representación de D. PAUL [REDACTED], DOÑA PENNY [REDACTED], D. MARK [REDACTED], DOÑA LORRAINE [REDACTED], D CHRISTOPHER [REDACTED] y DOÑA SUSAN [REDACTED], asistido de Letrado Don Luis Fernando González Ordóñez, contra la mercantil MANILVA COSTA, S.A. representada por la Procuradora doña Rocío Barbadillo Gálvez y asistida de Letrada doña Inmaculada Santa Cruz Álvarez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Procuradora de la actora, en la representación expresada, se presentó demanda de Juicio Ordinario con fecha 16/06/08 contra dicha demandada admitiéndose a trámite la misma el día 06/10/08.

En la demanda se ejercita acción de resolución judicial del contrato de compraventa de vivienda suscrito entre las el actor y Manilva Costa, S.A., basada en el artículo 1.124 del Código Civil, en relación con el 1.506 del mismo Código, por incumplimientos graves de la demandada, que concreta en:

- a) Falta de entrega de la copia original del contrato firmado.
- b) Retraso en la entrega de la vivienda, que se estipuló se llevaría a cabo no después del mes de diciembre de 2.007.
- c) Inexistencia de club de ocio y social ofertado.
- d) Variación entre lo pactado en contrato y la construcción de la obra.

Por ello solicita además se condene a Manilva Costa, S.A. a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por cada uno de los actores, a saber:

A D. Paul [REDACTED] y Doña Penny [REDACTED] la suma de 96.200 euros.

A D. Mark [REDACTED] y Lorraine [REDACTED] la suma de 196.000 euros.

A D. Christoper [REDACTED] y Doña Susan [REDACTED] la suma de 85.100 euros.

más los intereses legales y los que continúen devengándose hasta el completo pago, más las costas procesales.

SEGUNDO.- Emplazada en legal forma la parte demandada Manilva Costa, S.A., se personó a través del Procurador referenciado, interponiendo en primer lugar declinatoria a favor de los Juzgados de igual rango de Sevilla capital, que fue desestimada, tras los oportunos trámites, por Auto de 30 de octubre de 2.009, y posteriormente contestando a la demanda, donde excepcionaba falta de legitimación pasiva para ser parte en éste pleito, por entender que ella nunca ha participado en el

negocio jurídico invocado y no ha perfeccionado ningún contrato de compraventa con los actores, que se resolverá junto con el fondo del asunto, así como excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto de la mercantil Ocean View Properties Ltd. por entender que a ésta se le entregaron las cantidades a cuenta, excepción que fue desestimada en la Audiencia Previa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 1.254, 1.261, 1.262, 1.271 y 1.278 del Código Civil, por entender que la relación jurídico procesal estaba bien constituida, pues Ocean View Properties Ltd, había sido un mero intermediario en dicho contrato, y basándose la acción ejercitada en la previa celebración de un contrato entre ambas partes, y ninguna otra, sin perjuicio del derecho de la demandada a repetir contra quien crea conveniente y en virtud de las relaciones contractuales que con otras personas (incluida Ocean View Properties Ltd) haya mantenido.

La contestación a la demanda concluía solicitando se desestime la demanda con condena en costas a la actora. En cuanto al fondo manifiesta que las cantidades no le han sido entregadas a ella.

TERCERO.- Se señaló la audiencia Previa para el día 11 de febrero de 2010.

Declarado abierto el acto, al que comparecieron las partes, tras intentar avenir a las partes sin resultado, y analizadas y resueltas las excepciones formuladas como ya ha quedado expuesto, centrado que fue el objeto de debate, se recibió el procedimiento a prueba, proponiendo cada parte la que a su derecho convino, y admitiéndose la pertinente, que quedó reducida a documental, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 429,8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedaron los autos conclusos para sentencia.

CUARTO.- Que en la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De la acción ejercitada y artículos aplicables al tipo de contrato.

En primer lugar hemos de destacar los siguientes artículos del **Código Civil** relacionados con la acción ejercitada:

Artículo 1124

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de tercero adquirente, con arreglo a los arts. 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

Artículo 1256

La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Artículo 1445

Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”.

Estando como estamos en el presente caso ante un contrato cuyas cláusulas no han podido ser negociadas por el comprador, resulta igualmente de aplicación lo dispuesto en el artículo 10 bis de la **Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**, así como su Disposición Adicional primera, en la redacción dada a los mismos por REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Boletín Oficial del Estado núm. 287, de 30 de noviembre de 2.007, que incorpora la anterior legislación aplicable en ésta materia y la adapta a las directivas comunitarias. A tenor de su Disposición final segunda, el real decreto legislativo y el texto refundido que aprueba entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, por tanto el 31 de noviembre de 2007.

“Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

- 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.*
- 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.*
El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.
- 3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.*
- 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:*
 - a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
 - b) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
 - c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*
 - d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*
 - e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*
 - f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.*

Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.
Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

- 1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.*
- 2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha*

límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato.

5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aún cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.

7. Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme.

8. Las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.

9. Las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Artículo 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.

6. La imposición de renunciias a la entrega de documento acreditativo de la operación.

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.

Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.

2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.

3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.

4. La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.

Artículo 89. *Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.*

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

- 1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.*
- 2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.*

Como es ya reiterada jurisprudencia, entre otras la S AP Barcelona, sec. 16ª, S 15-10-2003, nº 669/2003, rec. 453/2003. Pte: Seguí Puntas, Jordi; S AP Santa Cruz, sec. 1ª, S 7-10-2002, nº 453/2002, rec. 222/2002, Pte. Blanco Fernández del Viso, Modesto; S del Tribunal de Justicia (CE) Pleno, S 27-6-2000, nº C-240/1998 C-241-1998 C-242/1998 C-243/1998 C-244/1998, que resuelve acerca de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, estableciendo que el juez nacional puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales

SEGUNDO.- De la relación entre Manilva Costa, S.A. y Ocean View Properties Ltd.

Consta en autos como documento número 1 aportado por la demandada Manilva Costa, S.A. el contrato firmado con Ocean View Properties Ltd., que se autodenomina Contrato de Gestión de venta en Exclusiva, donde se hace constar que Manilva Costa, S.A. se dedica a la promoción de vivienda y Ocean View Properties Ltd gestionar las ventas de las viviendas a que éste contrato se refiere, en el Sector UP-AI-U-r, conjunto inmobiliario "Jardines de Manilva", en concreto se obliga Ocean View Properties a la comercialización, gestión de venta e intermediación inmobiliaria en exclusiva de dichas viviendas, estipulándose (3) que el agente suscribirá los contratos de reserva con los potenciales compradores, pactándose (4) las cantidades que Ocean View Properties debe pedir por cada tipo de piso, estipulándose el pago de la comisión por Manilva Costa, S.A. a Ocean View Properties a cambio de la factura que le presente por la venta Ocean View Properties a Manilva Costa, S.A., estipulándose (5) una garantía que Ocean View Properties ha de entregar a Manilva Costa S.A. como fianza/depósito, de 7.731.821 euros, es decir, 32.215,92 euros por cada una de las viviendas, garantía que Manilva Costa, S.A., a través de su representante legal, ha admitido haber recibido, y que se pacta (6) se devolverá a Ocean View Properties a la firma del contrato de compraventa de cada vivienda, autorizando Manilva Costa, S.A. al agente (7) a publicitar la promoción y promocionar las ventas a través de cuantos medios y actividades tenga por conveniente, con la única excepción de lo relativo a materiales, dimensiones, calidades, instalaciones y otras condiciones de los inmuebles, que requerirán previa autorización de Manilva Costa, S.A., quien además se atribuye la propiedad intelectual de los materiales de promoción ó venta de las fincas por Ocean View Properties y los materiales de publicidad que ésta emplee, que deberán ser entregados al promotor a la terminación del contrato de agencia.

En la estipulación 11 se recoge expresamente que el Promotor "otorgará las escrituras públicas de compraventa de los inmuebles" "...con las construcciones y edificaciones debidamente registradas a efectos de que el comprador pueda inscribir su escritura pública en el Registro de la Propiedad", eximiendo (13) al Agente de

“cualquier responsabilidad derivada de falta de licencia urbanística o de construcción, y en general de cualquier otra responsabilidad para con compradores o terceros que no sea imputable al Agente” así como (14) “de toda responsabilidad, sea ésta de la naturaleza que fuere, surgida como consecuencia de incumplimiento de las obligaciones de cualquier documento firmado entre el comprador y el Promotor”.

Los inmuebles sólo puede ofertarlos Ocean View Properties y/o la persona que ésta autorice, según el modelo de contrato privado de compraventa que se recoge en el Anexo 7.

Como forma de gestionar la firma del contrato, se proponen dos modos alternativos (17) entre los que Ocean View Properties Ltd puede optar: 1) retirar de la oficina de Manilva Costa, S.A. los dos ejemplares de contrato rellenos y firmados por Manilva Costa, S.A., hacer que el comprador los firme, entregar uno al comprador y retornar a la promotora el otro. Y 2) Rellenar dos ejemplares de contrato, recabar la firma en ambos del comprador y hacerlos llegar a la promotora para que los firme, devolviendo uno al comprador.

En el documento número dos de la contestación a la demandada de Manilva Costa, S.A., se concreta, entre ambas partes que la duración del contrato de Agencia abarca desde el uno de septiembre de 2.005 hasta el otorgamiento de Licencia de Primera Ocupación, por lo que, no habiéndose acreditado su resolución, aún está en vigor, siendo en dicho período en el que se firmó el contrato con la actora. En ésta modificación del contrato de agencia únicamente se modifica la garantía prestada por Ocean View Properties (que en ambos contratos consta como S.L.), así como se recoge, como criterio general (como no puede ser de otro modo) el otorgamiento de Escritura Pública una vez se obtenga la Licencia de Primera Ocupación, conviniendo que Ocean View Properties se quedará con las viviendas que no hayan sido vendidas a la fecha de obtención de tal licencia.

Por **contrato de agencia** ha de entenderse, de acuerdo con los términos del artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de Agencia, que lo define, aquel contrato por el que una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones, siendo esa nota de independencia y autonomía la que diferencia al representante de comercio y al agente comercial en palabras de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de enero de 1995.

Ello, además de reforzar la desestimación que se hizo en la Audiencia Previa de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al quedar patente que del riesgo y ventura de las operaciones efectuadas por Ocean View Properties responde únicamente la promotora Manilva Costa, S.A., en lo que se refiere a la promoción y venta de las viviendas que nos ocupan, entre las que se halla la del demandante, estando autorizada Ocean View Properties para recibir el dinero de los compradores. Por tanto debemos desestimar la alegación de falta de legitimación pasiva de Manilva Costa, S.A., así como la alegación de que no se ha comprometido con el actor al no haber firmado el contrato, en virtud de la estipulación 17 del mismo, en que se otorga validez al procedimiento seguido (primero firma el comprador, pero podía haber firmado primero Manilva Costa, S.A.) desprendiéndose de la misma que Manilva Costa, S.A. avala con su consentimiento (prestado a través del contrato de Agencia) el ofrecimiento contractual que efectúe Ocean View Properties, debiendo asumir las operaciones de comercio (prestación de consentimiento y recepción de cantidades) efectuadas por su

Agente, como además se ha probado que hizo cuando con posterioridad, no se ha hecho constar a los compradores, ni se ha exigido judicialmente la nulidad del contrato, sino todo lo contrario, la propia Manilva Costa, S.A., a través de su personal, hace entrega de fotocopia del contrato firmado por ambas partes, sin expresar en ningún momento que dicho contrato adolezca de ningún vicio (véase doc. aportada mediante escrito de 20/11/09), en definitiva, se puso en contacto con los compradores para instar la firma de escritura, requiriendo a éstos, entre los que se encuentran los actores, para que entregasen las cantidades pendientes (no las ya entregadas a Ocean View Properties) a la firma de escritura, esto es, instando al cumplimiento del contrato (folio 9 de su contestación).

Además existe constancia de la posterior ratificación expresa y tácita de los contratos por la demandada, entre otros: el documento nº 17 de la demanda, firmado por Vera Mates en abril de 2.008, confirmando los contratos de compraventa, las cantidades entregadas a cuenta y dando, en definitiva, plena validez a lo realizado por Ocean View Properties; doc. aportado en la Audiencia Previa consistente en e-mail de 23/12/08 donde por la demandada se desglosan las cantidades entregadas, en relación con el apartamento 11, Bajo F se menciona el resto a pagar y se insta a la firma de Escritura.

En cuanto al modelo de contrato utilizado, no basta con alegar que el contrato no se ajusta al modelo pactado entre promotora y Agente, debe probarlo por imperativo del artículo 217 de la LEC, lo que no ha llevado a cabo.

De todo lo anterior se colige que **el contrato de compraventa de vivienda firmado por el actor es plenamente válido**, habiéndose prestado el consentimiento a través de Agente y posteriormente en nombre propio por Manilva Costa, S.A., por lo que, acreditadas que han sido además las entregas de dinero a través de la documental aportada por la actora, no cabe sino concluir la plena eficacia obligacional del contrato respecto a Manilva Costa, S.A.

Todo ello, claro está, debe entenderse sin perjuicio del derecho que a Manilva Costa, S.A. le asista a reclamar a Ocean View Properties lo que a su derecho convenga en virtud del contrato de agencia que únicamente a ambas partes vincula, pues no consta, pese a las alusiones a una supuesta estafa, que exista querella penal al respecto. Aquí añadiremos, aunque sólo sea por contestar algunas de las alegaciones efectuadas a éste respecto que sé se desprende que Manilva Costa S.A. ha recibido con antelación las cantidades que los compradores han entregado a Ocean View Properties, en todo ó en parte, y ello con independencia de que Manilva Costa, S.A. las califique de fianzas, cantidades a cuenta o de cualquier otro modo.

SEGUNDO.- Acreditado el cumplimiento de los actores de la parte del contrato que le obligaba, puesto que además Manilva Costa no ha negado que esas cantidades hayan sido entregadas, aunque sea a Ocean View Properties, la cuestión jurídica que hay que analizar a continuación es si procede ó no la **resolución del contrato por los incumplimientos alegados** por la actora, que serán analizados por el orden alegado:

- a) Falta de entrega de la copia original del contrato firmado. Esto ha quedado de manifiesto pues lo entregado en el procedimiento no es el original.

Además no ha sido negado de contrario en ninguno de los escritos de contestación.

- b) Retraso en la entrega de la vivienda, que se estipuló se llevaría a cabo después del mes de diciembre de 2.007. Así se estipuló en la cláusula 4ª del contrato. Mantiene Manilva Costa, S.A. que el plazo de entrega era el de 33 meses desde el 15 de octubre de 2.005, es decir, julio de 2.008, pero se da la circunstancia de que la vivienda objeto de litis aún no tiene otorgada

Licencia de Primera Ocupación (entre otros motivos por no haber prestado el aval de 1.000.000 euros que le solicitaba el Ayuntamiento), existiendo únicamente el certificado final de obra con fecha 9 de septiembre de 2.008.

No puede ahora alegar que ha cumplido puesto que en la cláusula 4ª del contrato se obliga a entregar el inmueble cuando las viviendas tengan Licencia de Primera Ocupación.

Suele en éste tipo de disputas jurídicas alegarse (por la parte obligada a entregar la vivienda en plazo, exigencia que viene establecida en el artículo 5.5 del Real Decreto 515/1989) que la vivienda se acabó mucho antes de tener en su poder la Licencia de Primera Ocupación, generalmente se alega como fecha de terminación la del Certificado de Fin de Obra, como ocurre en el presente caso.

A éste respecto cabe decir que, en primer lugar, el certificado Final de Obra no se contempla expresamente en el contrato como fecha que haya de entenderse de entrega de la vivienda, pues no lo es, ni puede serlo si no es contraviniendo la legislación vigente, y aún así sería nula pues los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

El artículo 178 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana dispone que:

“Estarán sujetos a previa licencia, a los efectos de ésta Ley, los actos de... la primera utilización de los edificios...”

3. El procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará a lo prevenido en la Legislación de Régimen Local. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo...”

Añadiendo el artículo 179 que

“1. La competencia para otorgar las licencias corresponderá al Ayuntamiento, salvo en los casos previstos por la presente Ley”.

De lo anterior queda claro que la Licencia de Primera Ocupación es un requisito necesario para poder habitar una vivienda, por lo que la misma, a partir de tal fecha y no antes, se encuentra adecuada al proyecto y al fin a que se la destina, que es ser habitada sin riesgo alguno, lo que no puede certificar el arquitecto. Por tanto mientras no se cuente con la referida licencia de Primera Ocupación el particular que compra una vivienda no puede ser compelido a ocuparla ni a hacerse cargo de la misma, ni a firmar escritura de compraventa, como ya es reiterada jurisprudencia, de la que cabe resaltar la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 de abril de 2.005.

Más claramente las Sentencias del TS de 30/11/84, 30/09/87 y 11/12/95, así como la de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de octubre de 2.009, donde expresamente se dice en su Fundamento de Derecho 5º que *“Como ya dijera el TS en su ya antigua STS 30 noviembre 1984, una cosa es la conclusión de la obra, que se acredita mediante la correspondiente certificación facultativa y otra muy distinta, es el libramiento de la cédula de habitabilidad, la cual certifica de la habilidad y de la seguridad de la vivienda para su ocupación y permite obtener los suministros de agua y energía eléctrica...”*

Por otro lado, y como ya hemos señalado, el artículo 89,2 de la LGDCU, 2. Se considera abusiva la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables, por lo que no puede acogerse la demora de la Administración en tramitar la solicitud de otorgamiento de Licencia de Primera Ocupación como excusa propia para el retraso, ya que éste retraso es, en cualquier caso, previsible, o al menos no es extraño a la esfera

negocial dentro de la construcción, ello sin perjuicio del derecho de la demandada a repetir contra el Ayuntamiento que demoró en la concesión de la Licencia de Primera Ocupación, si a su derecho conviene, puesto que en ningún caso el Ayuntamiento contrató con la hoy actora.

Por tanto estamos ante un retraso constitutivo de incumplimiento contractual provocado única y exclusivamente por la parte vendedora, que determina ya por sí mismo la obligación reparadora que ha causado el daño en la compradora consistente en la frustración en su economía, además de en su interés, material ó moral. Lo contrario, tal y como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Secc. 5ª, de 28 de junio de 2.007, *"equivaldría a sostener que el contrato operó en el vacío y sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes"*, que no tendrían ninguna repercusión, pues lo que pretende la demandada es sujetar al comprador a una espera indefinida, así se contradiría la fuerza vinculante de los negocios obligacionales y sus correspondientes consecuencias que establecen los artículos 1.258 y concordantes del Código Civil *"por no ser de justicia efectiva que estas situaciones creadas por la decisión unilateral de una de las partes queden impunes y libres de toda compensación y reintegro económico, al conformar in re ipsa el propio perjuicio"*. Concluir lo contrario sería permitir y proteger la mala fe contractual y amparar estados de evidenciado enriquecimiento positivo por la parte más fuerte que impone su criterio en su beneficio, en este caso el plazo máximo de entrega, en la contratación.

c) Inexistencia de club de ocio y social ofertado.

Junto con la vivienda se ofertó en contrato (plano de situación) y fue objeto de publicidad de la Promoción Inmobiliaria, instalaciones tales como restaurantes de alta calidad, tiendas y club de salud y ocio, pistas de tenis, baño turco y sauna, gimnasio totalmente equipado y amplia piscina interior acompañada de jacuzzis de hidromasaje, bar con servicio guardería y zona infantil al aire libre.

De la documental aportada por la actora ha quedado perfectamente acreditada la publicidad de éstas instalaciones como elemento fundamental en el consentimiento para la compra, pues al situarse el complejo en un lugar retirado y aislado en mitad del campo, resulta lógico pensar que existe una clara necesidad de contar con todos estos servicios ofertados. Que el mencionado club de ocio no se ha comenzado aún ni siquiera a construir, por motivo de que el Ayuntamiento de Manilva no le ha dado la concesión administrativa que esperaban recibir es conocido por éste Tribunal por sentencias dictadas sobre acciones idénticas de compradores en ésta misma urbanización, así en los procedimientos Ordinarios número 968/08 y 781/08. Desconocemos sobre la base de qué presupuestos esperaban recibir tal concesión, pues el Ayuntamiento no tiene por qué otorgar concesión administrativa sobre sus terrenos, por lo que se ha ofertado una cosa que no estaba en la capacidad de disponer de la vendedora, pues únicamente era una hipótesis de futuro, que se vendió como equipamiento común de las viviendas. Además éste particular ha quedado acreditado con la documental aportada en el acto de Audiencia Previa (e-mail de 23/12/08 en el que Manilva Costa S.A. se dirige al cliente).

d) Variación entre lo pactado en contrato y la construcción de la obra.

Con la documental aportada en el acto de Audiencia Previa (e-mail de 23/12/08 en el que Manilva Costa S.A. se dirige al cliente) ha quedado acreditado que existe una variación en el emplazamiento de la piscina y zonas ajardinadas comunitarias efectuada así como se ha modificado la ejecución de la obra de las distintas viviendas objeto de compraventa, construyendo un baño y un aseo en lugar de dos baños como se había pactado, efectuando una disminución de metros cuadrados en las terrazas y cambiando la nomenclatura de la finca registral, lo que puede dar lugar a doble venta. Todo ello sin consentimiento de los compradores. Este hecho no ha sido negado de contrario en el

escrito de contestación, si bien tampoco fue expresamente alegado en el escrito de demanda.

TERCERO.- Dicho todo lo anterior, hemos de concluir con el dictado de una sentencia estimatoria de la demanda, a tenor de los artículos citados, concluyendo que la interpretación contractual que efectúa la demandada y por la que pretende que no está obligada a entregar la vivienda en un plazo determinado llevaría consigo dejar la obligación principal al arbitrio de uno de los contratantes, resultando abusiva una cláusula en éste sentido, pues no puede sujetarse al acreedor a una espera indefinida, como en última instancia parece pretender la demandada. La vendedora no ha cumplido el requisito que exige el exacto cumplimiento de aquello que le incumbía, cuando se ha demorado tanto tiempo en la entrega de la vivienda, que pretende entregar en distinto estado del pactado, contraviniendo el contrato. Para librarse de su obligación la promotora debía haber probado, en cuanto al alegado retraso, la concurrencia de circunstancia de fuerza mayor, que debe entenderse, como fija la STS de 14 de abril de 2.000, como la existencia de un obstáculo que, siendo extraño a la esfera negocial del obligado o deudor, sea totalmente irresistible o inevitable, sin que pueda entenderse por tal la paralización de las obras acaecida a consecuencia del incumplimiento de la promotora de la normativa, al no ajustar su construcción al proyecto sobre el que se otorgó la Licencia de Primera Ocupación.

En este sentido resulta esclarecedora la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2.006, "a sensu contrario", del que extractaremos lo siguiente:

"Como dice la sentencia de 9 de marzo de 2.005: La doctrina jurisprudencial de ésta Sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, (...) bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, y no satisfacen el precio que se había acordado para la transmisión dominical. Esta doctrina se presenta acomodada a los tiempos actuales para las situaciones de incumplimiento contractuales, ya que frente al vendedor que cumple el comprador incumplidor desequilibra la relación contractual al incurrir en impago voluntario".

En igual sentido se expresan las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 4/10/83, 24/01 y 4/03 de 1.986 (década en que se produce éste cambio de criterio jurisprudencial) y 5 de junio de 1.989, STS 18/10/93 y 22/06/95; como la jurisprudencia menor: Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 28/12/1993 ó Audiencia Provincial de Baleares de 16/01/03, en el sentido que para la resolución del contrato no se requiere ya una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato y las legítimas aspiraciones para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento.

Ésta jurisprudencia es igualmente compartida por la doctrina. Entre otros, Díez-Picazo mantiene que resulta injusto flexibilizar el imperativo del artículo 1.091 del Código Civil, mientras que se impone al comprador la amenaza de resolución por impago del precio anticipado.

Por todo lo anterior, debe ser estimada íntegramente la demanda, condenando a Manilva Costa, S.A. al abono de las cantidades entregadas por cada uno de los actores, cuya entrega a su agente no ha sido negada y sí reconocida por hechos posteriores.

A D. Paul [REDACTED] y Doña Penny [REDACTED] la suma de 96.200 euros.

A D. Mark [REDACTED] y Lorraine [REDACTED] la suma de 196.000 euros.

A D. Christopher [REDACTED] y Doña Susan [REDACTED] la suma de 85.100 euros.

CUARTO.- En las obligaciones recíprocas, la **mora** surge cuando el otro contratante ha cumplido con su obligación, sin que sea necesario que medie requerimiento, dándose lugar a la indemnización por el gasto de alquiler que hubieran tenido que los demandantes, (S AP Balcares, scc. 3ª, S 31-5-2005, nº 256/2005, rec. 245/2005. Pte: Rigo Roselló, Rosa) si bien el retraso en la entrega genera por sí mismo un daño mínimo que en cualquier caso ha de ser indemnizado.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de octubre de 2.004, rec. Núm. 210/04 resolvía así mismo, en un supuesto idéntico al presente, la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios, con independencia de que exista ó no cláusula penal expresa al respecto:

“Pero ello no quiere decir que faltando la cláusula penal el deudor no pueda reclamar, como lo hace en éste caso, al amparo de la norma genérica contenida en el artículo 1.101 del C.C. que específicamente habla de “morosidad” como justificativa de la indemnización de daños y perjuicios; lo que ocurre es que tales daños y perjuicios deben ser probados y derivados del incumplimiento, aunque cabe establecerlos por presunciones si el enlace es lógico (SS de 22-7-95 y 13-07-89) siendo también doctrina legal que la obligación indemnizatoria surge no sólo del incumplimiento de cláusulas contractuales básicas, sino de cualquier contravención a lo pactado (S 17-7-89).

(...) La primera de tales cuestiones consiste en que los actores (así se ha probado suficientemente) fueron entregando sucesivas cantidades con arreglo al calendario pactado y con la vista puesta en la fecha pactada para la entrega, cantidades de las que dispuso la constructora beneficiándose, por tanto, de las mismas, en detrimento de la economía de quien las entregó, por lo que al producirse la demora en la entrega, es claro que ha de pagar intereses por esas cantidades que el produjeron beneficios en detrimento de los compradores que no pudieron disponer de tales bienes. En ésta línea argumentativa se han pronunciado ya diversas resoluciones de ésta misma Audiencia Provincial.”

Por tanto, en virtud de todo lo expuesto, procede declarar la resolución del contrato celebrado, resolución que ha de entenderse efectuada el día de hoy. No obstante los **intereses** legales (un interés anual igual al interés legal del dinero) han de devengarse desde la fecha de la demanda, incrementados en dos puntos desde la presente sentencia y hasta su completo pago a tenor de lo previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- Procede condenar en costas conforme al art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a las demandadas de modo solidario, por lo arriba expuesto.

Vistos los preceptos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva y de falta de litisconsorcio pasivo necesario que introduce la demandada, debo estimar y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Don Julio Cabellos Menéndez, en nombre y representación de D. PAUL [REDACTED], DOÑA [REDACTED]

PENNY CAROLINE CONLON, D. MARK EDEN HOWELLS, DOÑA LORRAINE MARGARETE HOWELLS, D CHRISTOPHER MICHAEL WHITFIELD y DOÑA SUSAN JANET WHITFIELD, asistido de Letrado Don Luis Fernando González Ordóñez, contra la mercantil MANILVA COSTA, S.A. representada por la Procuradora doña Rocío Barbadillo Gálvez y asistida de Letrada doña Inmaculada Santa Cruz Álvarez, y en consecuencia **DECLARO RESUELTOS LOS CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA** suscritos por la demandada con los actores (con D. Paul [REDACTED] y Doña [REDACTED] Conlon respecto a la vivienda sita en bloque 2,ático E; con D. Mark [REDACTED] y Lorraine [REDACTED] respecto a la vivienda sita en bloque 9, Áticos E y F; y con D. Christopher [REDACTED] y Doña Susan [REDACTED] respecto a la vivienda sita en bloque 4, Bajo C) aportados a los autos como documentos número 1 a 4, por incumplimiento de la vendedora y CONDENO a la demandada a que abone a los actores las siguientes cantidades:

A D. Paul [REDACTED] y Doña [REDACTED] la suma de NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS EUROS (96.200 euros).

A D. Mark [REDACTED] y Lorraine [REDACTED] la suma de CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL EUROS (196.000 euros).

A D. Christopher [REDACTED] y Doña Susan [REDACTED] la suma de OCHENTA Y CINCO MIL CIEN EUROS (85.100 euros).

más los intereses concretados Fundamento de Derecho Cuarto de esta Sentencia, que se da por reproducido, y más el abono de las costas del presente procedimiento.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de CINCO DÍAS HÁBILES desde su notificación, ante éste Juzgado y para ante la Ilma. Audiencia Provincial (artículo 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), manifestando su voluntad de apelar y los concretos pronunciamientos que se impugnan. Para poder interponer dicho recurso se requiere (además de la asistencia de Abogado y Procurador) la PREVIA CONSTITUCIÓN DE UN DEPÓSITO por importe de 50 euros en la cuenta de éste Juzgado número 2912 0000 04 0709 08, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un Recurso seguido del código 02 (por el tipo concreto de recurso), sin cuyo depósito previo no se admitirá ningún recurso. En caso de omisión o error en la constitución del depósito, se otorgará a la parte el plazo de dos días para subsanarlo con aportación, en su caso, de documentación acreditativa. En caso contrario se dictará auto que ponga fin al trámite del recurso, declarándose la firmeza de la resolución impugnada. Todo ello de conformidad con lo establecido en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de la L.O. 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

DILIGENCIA.- En el día de hoy se documenta la anterior sentencia, la cual es, la cual es pública, doy fe. En Estepona, en el día de su dictado.