



**AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE  
BARCELONA**

**SECCION Undécima  
ROLLO Nº 213/2011  
PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 912/2009  
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 44 BARCELONA**

**SENTENCIA Nú m. 199**

**Ilmos. Sres.**

**Francisco Herrando Millan  
María del Mar Alonso Martinez (Ponente)  
Antonio Gomez Canal**

En Barcelona, a veintiseis de abril de dos mil doce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 912/2009 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 44 Barcelona, a instancia de D<sup>a</sup>.

contra

y

, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 21 de octubre de 2010, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.



### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "**FALLO: DECIDO DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de DON Y DOÑA**

**CONTRA la entidad**

**y contra**

**ABSOLVIÉNDOLAS DE TODOS LOS PEDIMENTOS DE LA DEMANDA. SE IMPONEN LAS COSTAS PROCESALES A LA DEMANDANTE."**

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por D<sup>a</sup>. y D. y dado el oportuno traslado a las demás partes se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 28 de marzo de 2012.

**CUARTO.-** En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. Maria del Mar Alonso Martinez.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se alza contra la sentencia de instancia en recurso de apelación la actora, solicitando la estimación de la demanda, con imposición de las costas a la parte demandada.

Alega en su recurso, inicialmente, que por virtud de la póliza de afianzamiento individual por cantidades anticipadas, se novó la fecha de entrega de la vivienda, adelantándola a la que se preveía en el contrato de compraventa, entendiéndose que se estableció un plazo esencial de entrega, hallándose facultado a resolver el contrato, ante el incumplimiento del vendedor al respecto, reclamando las cantidades entregadas a cuenta, al no haber aceptado la renovación de la póliza ni por ende la prórroga en la entrega a octubre de 2011.

Sigue expresando que la resolución contractual se funda en el incumplimiento por



la promotora de su obligación de entregar el objeto de la compraventa en el plazo convenido , tanto si dicho plazo era el previsto en la póliza suscrita, 01/04/2009 como si era el previsto en el contrato , último trimestre de 2009, pues aun cuando , en éste último supuesto ,no había llegado el plazo de entrega al interponer la demanda, era manifiesta la imposibilidad de cumplir la promotora con su obligación contractual , hallándose entonces paralizada desde dos años atrás , en la fase inicial de cimentación , siendo un edificio de 6 plantas , más planta bajo cubierta , con un total de 121 viviendas, 163 plazas de aparcamiento , almacenes y locales en un solo edificio plurifamiliar, señalando que la obra se hallaba paralizada porque la licencia , otorgada el 9 de junio de 2006 , se hallaba suspendida al no haber cumplido , . , una serie de condiciones , entre ellas la de abonar dos millones de euros según el convenio urbanístico firmado con el Ayuntamiento , constando en la licencia que se condicionaba su efectividad al ingreso en la Tesorería Municipal, en el plazo máximo de 30 días, a contar desde la notificación del acuerdo de concesión de licencia, de los dos millones de euros , de modo que cuando se firmó el contrato de compraventa ya sabía que no había cumplido con tal condición , lo que ocultó a los apelantes.

Niega que la acción se hubiera ejercitado de forma extemporánea, pues la demanda se interpuso en junio de 2009 y la obra estaba paralizada , transcurrido el plazo de entrega ,1 de abril de 2009, siendo también notoria la imposibilidad de la vendedora de cumplir, incluso con el plazo contractual. Además considera inexistente la fuerza mayor , no habiendo acontecido ningún hecho imprevisible e inevitable y no siendo aplicable el principio rebus sic stantibus.

Expone que la resolución apelada incurre en error en la valoración de la prueba, alegando que fundamentaron su demanda en la Ley 57/1968 pues tenían previsto fijar en el inmueble adquirido su residencia habitual, debiéndose además presumir su condición de consumidores, siendo de aplicación , por ello , el art. 3 de dicha ley que permite al comprador, que ha anticipado cantidades, resolver el contrato de compraventa con devolución de las mismas más el interés legal del dinero ,desde el momento en que se habían entregado, oponiendo también que por dicha norma se podrá resolver el contrato por incumplimiento de los plazos, considerándose que los plazos constituyen una especie de términos esenciales .

Sigue alegando que el plazo de entrega fue esencial y que la sentencia incurrió en incongruencia extra petita ,al determinar que desistieron del contrato y deben acarrear las consecuencias previstas en el art. 1.454 del C.c. , pues tal cuestión no fue planteada en la demanda ni en las contestaciones .



Por último, interesa que no se les impongan las costas de la primera instancia, al estimar la apelación y para el supuesto de que no fuera así, dadas las dudas de hecho o de derecho apreciables en el supuesto de autos.

Por las demandadas se presentó oposición a los recursos de apelación, solicitando la confirmación de la sentencia, con imposición de las costas a la apelante.

**SEGUNDO.-** Obra en autos, a los folios 46 y ss. de las actuaciones, contrato de compraventa entre los apelantes y la codemandada , por el que los primeros compraron a la segunda vivienda, plaza de aparcamiento y trastero que se referencian, estableciéndose en el antecedente cuarto que el otorgamiento de la escritura pública de compraventa se llevaría a efecto en el último trimestre del año 2009 , sin perjuicio de que pudiesen entregarse antes , determinándose , además , que para el caso de que existiesen causas de fuerza mayor no imputables a la promotora y justificándose debidamente estas causas, la entrega de la vivienda podría prorrogarse tres meses más.

En la cláusula tercera letra c, relativa al precio , se fija éste en 209.720 euros , exponiéndose que 3.000 euros habían sido entregados con anterioridad a ese acto, 37.660, en el mismo , sirviendo el contrato como carta de pago y el resto, 169.060 euros, el día del otorgamiento de la escritura pública de compraventa , que se tendría que otorgar en el plazo de 30 días a contar desde la obtención del certificado final de obra, previo aviso de 30 días , ante el Notario que designe la parte vendedora. La cláusula cuarta prevé que todas las cantidades que la compradora hubiere entregado a la vendedora ,en concepto de pago del precio, quedarían avaladas por entidad bancaria o compañía aseguradora , entregándosele el aval en el plazo de 60 días a contar desde la firma del contrato o de la fecha posterior en que se entreguen cantidades a cuenta del precio del inmueble objeto de la compraventa.

Al folio 58 de las actuaciones constan las Condiciones Particulares de la póliza suscrita entre la promotora codemandada y la aseguradora también codemandada, pactando ambas que la fecha de la entrega de la vivienda , a partir de la cual se podrá reclamar al tomador ( ) la entrega de la vivienda o devolución de las cantidades anticipadas y, en caso de no producirse, la indemnización garantizada en la póliza, sería el 01/04/2009. El capital asegurado asciende a 44.777,24 euros, siendo la cantidad a entregar, como principal, la de 40.660 euros, que es la suma entregada por los apelantes y los intereses máximos asegurados 4.117,24 euros.



Sentado lo expuesto, la primera cuestión que debe resolverse es si el plazo de entrega determinado, a salvo del supuesto de prórroga en caso de fuerza mayor, es el fijado en el contrato de compraventa, último trimestre de 2009, lo que sitúa la fecha de entrega, a falta de otra individualización, en el 31 de diciembre de 2009 o si inicialmente como alega la apelante es el 01/04/2009, al haberse novado la fecha de entrega y tal cuestión debe resolverse, de conformidad con la resolución apelada, de forma que no puede considerarse que se hubiera producido dicha novación y modificado la fecha de entrega fijada en el contrato de compraventa, ya que no puede obviarse que la novación, según STS de 24 de febrero de 2010 no se presume, por lo que debe quedar plenamente acreditada (SS. 4 de marzo y 2 de junio de 2.005, 23 de junio de 2.006, 19 de noviembre de 2.007, 21 de febrero de 2.008) y que no cabría novar elemento del contrato de compraventa sin la conformidad de todos los otorgantes del mismo, no pudiéndose tampoco obviar que la naturaleza de ambos contratos es bien distinta, lo que hace imposible la novación alegada por quienes no son partes todos del contrato de compraventa y careciéndose del asentimiento de quien si lo fue y no lo es de la póliza que suscribieron los demandados.

Ello determina que el plazo de entrega no sea otro que el fijado en el contrato de compraventa.

**TERCERO.-** Seguidamente, en cuanto a la aplicabilidad de la Ley 57/1968, que refiere la apelante, ha de expresarse que tal cuestión no resulta determinante de cara a la estimación o no del recurso, pues de un lado dicha ley, según su art. 2, se remite a los plazos convenidos en el contrato, de modo que habrá que estar a este para determinar la pertinencia de la reclamación de la actora, y en segundo lugar el art. 1.124 del C.c., que también opone la apelante en su demanda, resultará de aplicación al supuesto de autos, posibilitando en caso, de resultar procedente a tenor de lo pactado entre las partes, la estimación de la demanda.

Considerando lo expuesto debe también analizarse si la actora ejerció su acción de forma extemporánea, dado que la demanda se presentó el 16/06/2009 y la fecha de entrega del objeto de la venta era, como ya se ha expuesto, el 31/12/2009, lo que prima facie podría hacer suponer efectivamente un ejercicio extemporáneo. Ahora bien, consta en autos por certificación del Ayuntamiento de Lloret de Mar, que el 08/06/2006, la Junta de Gobierno Local aprobó la concesión de licencia de obras a

, más para la eficacia y ejecutividad de la citada licencia y previamente al inicio de las obras, la misma debía dar cumplimiento a una serie de condiciones



establecidas en el acuerdo de concesión de la licencia, entre las que consta en el borrador del acta , el ingreso en la Tesorería municipal, en el término máximo de 30 días a contar desde la fecha de notificación del acuerdo otorgando la licencia , la cantidad de 2 millones de euros, según el acuerdo del apartado cuarto del convenio urbanístico de 28 de octubre de 2005, resultando de la misma certificación ,que al día de su fecha 2 de marzo de 2009, . aun no había cumplido con todas las condiciones fijadas, estando las obras suspendidas .

Consta también acta de presencia de 26 de febrero de 2009, en la que el Notario actuante se constituyó en el solar y observó que las obras estaban paralizadas desde hacía tiempo , observándose en las fotografías que se adjuntan el estado de un obra en un estado tan incipiente como el propio de la cimentación .El perito Sr. . en informe de 7 de mayo de 2009 , expresa que no era posible el cumplimiento, por parte de la promotora ,del contrato firmado con los compradores, en cuanto al término de entrega de lo adquirido , estableciéndose por el Arquitecto Sr. ,en informe de 5 de febrero de 2011, que hasta esa fecha se había realizado un 36,55% del total de la obra , en el de 12 de abril de 2010 que se había hecho el 42,21% y en el de 30 de septiembre de 2010 , efectuado por el Sr. y el Sr. , que lo realizado era del 58,062% según certificaciones totales del presupuesto. Además debe significarse que en la oposición al recurso de apelación, se alega por la promotora que la situación del inmueble se encuentra al 76,72% de construcción.

En base a lo expuesto no puede concluirse que la acción se hubiere ejercitado de forma extemporánea ,dado que aun cuando la demanda se presentó antes de la fecha prevista para la entrega ,de lo actuado resulta que la entrega de los inmuebles devenía en imposible a tal fecha y aun en otra muy posterior, así como a la aplicable en caso de fuerza mayor y ello ya resultaba obvio al momento de presentar la demanda y que por tanto devenía en imposible el cumplimiento del término fijado, de forma que debe considerarse que la acción ejercitada no lo fue de forma anticipada , sino en base a la constancia de los hechos expuestos. Además debe significarse que el plazo de entrega ha de considerarse que fue concebido por las partes como un elemento esencial y ello ya que no sólo inicialmente se fija un término de entrega concreto , sino que además se especifica un plazo de gracia, para el supuesto de fuerza mayor, lo que denota la voluntad del comprador de que la entrega no se pospusiera en el tiempo ,debiéndose ceñir a los plazos pactados, lo que hace suponer con lógica que el plazo de entrega era un elemento esencial en el contrato y en el ánimo de las partes, pues en caso contrario no hubiera sido tan precisa la ampliación, (que además únicamente se determina para el supuesto de fuerza mayor y no por otras circunstancia que pudieran contribuir a una demora, que son



excluidas) habiendo bastado con que las partes hubieran dejado transcurrir el paso del tiempo, sabiendo que la vigencia del contrato no se sujetaba a plazo tasado .

**TERCERO.-** Dada la estimación de la esencialidad del plazo , debe seguidamente analizarse si la suspensión de la obras puede ser considerada supuesto de fuerza mayor.

El art. 1.105 del C.c. dispone que , fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de aquellos en que así se declare en la obligación , nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que , previstos, fueran inevitables. El T.S. determina como requisitos de la fuerza mayor que el hecho sea imprevisible o que, previsto , sea inevitable, insuperable o irresistible y además que haga imposible el cumplimiento de la obligación (SS 15/05/83 y 18/11/80).

Y a la vista de lo actuado debe referirse que no puede considerarse que hubiera acontecido causa de fuerza mayor , conforme a lo establecido en el contrato de compraventa , que alude a la existencia de causas de fuerza mayor no imputables a la promotora y debidamente justificadas como circunstancias que podrían dar lugar a una prórroga en la fecha de la entrega de tres meses más, pues no puede calificarse como tal la causa por la que venía suspendida la obra, cuando fue la propia promotora quien no había cumplido con las condiciones de eficacia y ejecutividad de la licencia de obras ,no habiendo entre otros extremos, ingresado los 2 millones de euros fijados según el convenio urbanístico y el compromiso formalizado, lo que además ya conocía cuando firmó el contrato de compraventa, sin que hiciera ninguna mención a dicha circunstancia, no constituye por tanto un hecho imprevisible , sino antes bien lo contrario, siendo la suspensión la causa de la tardanza, lo que determina que no exista la fuerza mayor a la que se alude en el contrato de compraventa.

Por todo lo expuesto , estimando la esencialidad del plazo de entrega , que este no ha sido respetado , con un tardanza en la entrega significativa y no existiendo tampoco fuerza mayor que hubiera impedido la entrega, que en todo caso hubiera excedido en mucho del término fijado para el supuesto de que aconteciera ,debe considerarse que nos hallamos ante un claro incumplimiento de la codemandada

., que determina la pertinencia de estimar la demanda, quedando resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes y debiéndose devolver a la apelante las sumas entregadas , lo que determina también la condena de la aseguradora codemandada , en virtud de los términos interesados, por mor de la póliza suscrita y por ende la revocación de la sentencia de instancia , no procediendo por tanto ninguna otra valoración sobre el resto de alegaciones de la apelante.



Es doctrina del T. Supremo, reiterada en numerosas resoluciones, la de que para que la acción resolutoria implícita establecida en el párrafo primero del artículo 1124 del Código Civil pueda prosperar, es preciso que quien la alegue acredite en el proceso correspondiente, entre otros, los siguientes requisitos:

- 1º. La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron.
- 2º. La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad .
- 3º. Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían , estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia .
- 4º. Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, siendo la conducta de éste, la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso .

En el supuesto de autos, fue la codemandada como se ha expuesto, la que incumplió con sus obligaciones operando lo previsto en el mentado precepto.

**CUARTO** .- La estimación de la apelación determina la pertinencia de imponer las costas de la primera instancia a las demandadas, no procediendo expresa imposición de las de ésta alzada, conforme a lo previsto en el art. 394 en relación con el art. 398 de la L.E.C. .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación:

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. \_\_\_\_\_ y D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Barcelona de fecha 21 de octubre de 2010, debemos revocar y revocamos la misma ,declarando resuelto el contrato de compraventa de 19 de octubre de 2006, concertado entre los apelantes y \_\_\_\_\_ , condenando a ésta abonar a los compradores la suma de 40.660 euros, más los intereses



legales devengados desde la citada fecha y solidariamente a

a satisfacerles tal suma, más en concepto de intereses , una vez liquidados, como máximo la cantidad de 4.117,24 euros , siendo de cargo también de dicha aseguradora los intereses determinados en el art. 20 de la L.C.S. , imponiendo las costas de la primera instancia a las demandadas y sin expresa imposición de las originadas en ésta alzada.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.