

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 19

FERRAZ 41

Tfno.: 91 493 3815-16-86-87 Fax: 91 493 38 85

N.I.G. 28000 1 7011306 /2010

RECURSO DE APELACION 689 /2010

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 926 /2009

JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 6 de COLMENAR VIEJO

Apelante/s: SAN . CONSULTING S.L.

Procurador/es: M. DEL MAR RODRIGUEZ GIL

Apelado/s: ESTUDIO-5, DE GESTION Y PROYECTOS, S.A.

Procurador/es: FRANCISCO FERNANDEZ ROSA

SENTENCIA NÚM.143

Ponente: Ilmo. Sr. D. EPIFANIO LEGIDO LOPEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. NICOLAS DÍAZ MENDEZ

D. EPIFANIO LEGIDO LOPEZ

D. MIGUEL ANGEL LOMBARDÍA DEL POZO

En MADRID a, veinticinco de marzo de dos mil once .

La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario 926/2009, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Colmenar Viejo y seguidos sobre reclamación de cantidad , que han dado lugar en esta alzada al rollo de Sala 689/2010, en el que han sido partes, como apelante-demandada , la MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L, que estuvo representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Gil y defendida por letrado; y de otra, como apelada-demandante, ESTUDIO 5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS, S.A., a la que representó el procurador Sr. Fernández Rosa y que también estuvo defendida por letrado.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado PROCTORES DE MADRID D. Epifanio Legido López, que expresa el común parecer de este Tribunal.

Magistrado PRIMERO. SR. D.

RECEPCIÓN NOTIFICACIÓN

11 MAY 2011 12 MAY 2011

Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000

I.- ANTECEDENTES DE HECHO:

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se relacionen con esta resolución y

PRIMERO.- Con fecha 8 de junio de 2010 el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Colmenar Viejo, en los autos de

que dimana este rollo de Sala, dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimando la demanda interpuesta por la Sra. Pinto Ruiz, Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de ESTUDIOS 5 GESTION Y PROYECTOS, S.A. contra MERCANTIL SAN CONSULTING S.L., representado por el procurador Sr. D. Andrés Santos DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado a pagar a la actora la cantidad de 117.785 euros más intereses legales y costas.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L. , que formalizó adecuadamente (386 y siguientes) y del que, tras ser admitido a trámite, se dio traslado a la contraparte, que se opuso al mismo (413 y siguientes), remitiéndose luego los autos principales a este Tribunal en el que de inmediato se abrió el correspondiente rollo de Sala.

TERCERO.- Por Auto de 30 de noviembre de 2010 se recibieron los autos a prueba para, tras distintas incidencias, señalarse fecha para la celebración de vista en 21 de los corrientes, en cuyo acto procesal testificó Dª Yolanda , procediendo acto seguido los letrados de los litigantes a valorar la repetida prueba para mantener, en definitiva , los posicionamientos procesales que habían llevado al escrito de interposición del recurso y a la oposición al mismo.

CUARTO.- En esta alzada se han observado las prescripciones legales

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se opongán a los que a continuación se insertan y

PRIMERO.- ESTUDIO 5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS, S.A., a través de su representación procesal y partiendo de los contratos que originariamente le vincularon con la demandada fechados en 20 de marzo del año 2007 (28 y siguientes, 45 y siguientes y 61 y siguientes), formuló demanda frente a MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L. interesando del Juzgador de instancia fuese condenada la persona jurídica que ocupó el lado pasivo de la relación jurídica procesal a abonarle la cantidad de 117.785 euros más los intereses que legalmente correspondan y pago de costas, por entender la actora que la estipulación 4ª de los repetidos contratos contenía cláusula penal que le permitía retener hasta el 50% de las cantidades entregadas por la compradora, de incumplir esta última el repetido contrato, lo que había acaecido, siempre en tesis de la demandante, cuando postuló MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L. la resolución de los citados contratos (tres de compraventa de vivienda) en 11 de julio del año 2008, cuando acababa de finalizar, en principio, el segundo trimestre del año 2008, en que debían ser entregadas las viviendas ya citadas (107 y 117), a cuya resolución se opuso la hoy demandante en su escrito de 18 de julio del año 2008 (110), donde dejaba constancia que exigiría dicho cumplimiento en vía judicial con

reclamación de daños y perjuicios; todo ello en razón de que, siempre en tesis de ESTUDIO 5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS, S.A., los citados contratos se habían prorrogado por plazo de seis meses por circunstancias ajenas a la propia parte vendedora (régimen de lluvias, modificaciones del proyecto, cambio de calidades y huelga en los transportes), de lo que se había informado adecuadamente a la propia parte demandada que se opuso a la demanda defendiendo la resolución que había interesado en 11 de julio del año 2008, atribuyendo el incumplimiento, generador de aquella resolución, a la propia parte demandante que no había entregado las viviendas en el plazo pactado y resaltando, en todo caso, que había cumplido con las obligaciones recogidas en los contratos de 20 de marzo del año 2007, hasta el punto que al 11 de julio del año 2008 se habían abonado ya, a cuenta del precio, 252.059,90 euros; nunca se comunicaron retrasos y rechazaba la existencia de causas de fuerza mayor, pues las lluvias tuvieron lugar en el año 2006, y por tanto antes de la celebración de los contratos en marzo de 2007, y la huelga no tuvo significación alguna en la marcha de las obras, para impugnar el informe que la demandante había acompañado a su demanda confeccionado por URBINCOSA (85), empresa vinculada a ESTUDIO 5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS, S.A., solicitando, en definitiva, su absolución .

SEGUNDO.- El Juzgador de instancia estimó la demanda, reconociendo a la demandante la cantidad que había reclamado con intereses legales y costas, partiendo del dato esencial de que el retraso en que descansaba la resolución de los contratos por parte de la demandada era tan leve que no tenía consideración alguna en el campo resolutorio, con cita expresa de la jurisprudencia que entendía aplicable para dejar

constancia de que en 30 de junio del año 2008 se solicitó la licencia de primera ocupación con el resto de datos fácticos que luego se tomarán en consideración para valorar el iter contractual y obligacional de los litigantes; entendía también el Juzgador de instancia que la no entrega de las viviendas en el plazo pactado (dentro del segundo trimestre del año 2008), fuese imputable a la vendedora, circunstancia que no había probado la parte que esgrimió la resolución para desechar el carácter abusivo de la cláusula penal recogida en la estipulación 4ª de los citados contratos y dar virtualidad a la misma, resaltando (en este dato se da plena coincidencia entre el Tribunal y el propio Juzgador de instancia) la inaplicación del Real Decreto 515/1989, de 29 de abril por no ser MERCANTIL SAN

CONSULTING, S.L. consumidor ni tener esta cualidad, aún cuando otra cosa manifestase en su testifical Dª Yolanda , vinculada a la empresa demandada e incluso a su administrador único por razones de parentesco.

TERCERO.- Se alza contra la sentencia la representación procesal de MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L. denunciando : **A.-** indebida aplicación del artículo 1.124 en relación con los artículos 1.445 y 1.461 del Código Civil; **B.-** Inexistencia de causa de fuerza mayor que permitiera la prórroga del contrato, correspondiendo su prueba a la propia parte demandante y **C.-** Carácter abusivo de la cláusula penal, por encerrar un pacto que causa desequilibrio a la demandada como consumidora (ya dejamos constancia de la oposición de esta Sala a que la apelante tenga esta cualidad), entendiéndose que el pacto era nulo al contradecir los derechos irrenunciables de la Ley 57/1968; resaltaba también, como dato esencial en su recurso, que se formuló demanda de ejecución dineraria

de título no judicial frente al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA , que había prestado avales en favor de la constructora-promotora ESTUDIO 5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS, S.A. (274 y siguientes), que se admitió a trámite por el Juzgado de Primera Instancia nº 71 de Madrid, despachando ejecución frente al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. que hizo efectivo el importe de los avales como consta al folio 297 de los autos principales, por concurrir los requisitos recogidos en la Ley 57/1968, de 27 de julio, resaltando siempre que de no acogerse los motivos que se habían articulado con carácter previo a la problemática de la cláusula penal y de darse validez a esta debía la misma, en cuanto a su contenido económico, ser moderada teniendo en cuenta la facultad que a estos fines recoge el artículo 1.154 del Código Civil. Al recurso se opuso la contraparte que resaltó que el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 79 de Madrid no guardaba relación con este litigio, que la fecha de entrega era estimada, la inexistencia de la obligación de comunicar los retrasos por la promotora a los adquirentes, desde el propio contrato, y que habían concurrido causas de fuerza mayor, al tiempo que defendía la legitimidad de la cláusula penal en todo su contenido para dejar constancia, en todo caso, que la parte apelante-demandada no tenía la cualidad de consumidor, interesando, por último, se desestimase el recurso porque (venía también a resaltar) la prueba no es revisable en la apelación, afirmación esta última que en modo alguno comparte este Tribunal pues la apelación en sí, como recurso ordinario y devolutivo, permite conocer en plenitud de toda la problemática litigiosa cuando así lo quieran las partes y abran el conocimiento del asunto al órgano colegiado.

CUARTO.- Dar respuesta a la problemática suscitada requiere, en primer lugar, contrastar, aún cuando sea en esencia, los hechos acreditados para luego examinarlos a la luz de la normativa aplicable y la jurisprudencia sobre el particular y sentar, en definitiva, la conclusión que el fallo encarna.

Las partes celebraron en 20 de marzo del año 2007 tres contratos de compraventa para la adquisición de las tres viviendas que se individualizan en los documentos que obran a los folios 28 y siguientes, 45 y siguientes y 61 y siguientes, debiendo resaltar, a nuestros fines, el contenido de la cláusula 4ª y la propia cláusula 5ª, que se expresan así: 4ª: Se pacta como condición resolutoria explícita, la concurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias: **A.-** la falta de pago a su vencimiento de cualquiera de las letras de cambio reseñadas en el apartado B de la estipulación primera de este documento o de la suma a que se refiere el apartado D) de dicha estipulación; **B.-** el incumplimiento, negativa u obstrucción del comprador-compradores, en relación con lo pactado en el apartado C de la estipulación primera y **C.-** la negativa del comprador-compradores, una vez terminada la obra, a al retirar las llaves de la vivienda, plaza de garaje y trastero o al otorgamiento de la escritura pública de compraventa en el plazo de 15 días desde que fuera requerido para ello por la vendedora; y añade la cláusula 4ª "en el supuesto de que se produjera cualquiera de las causas antes expresadas, se entenderá que él-los comprador-compradores desisten del presente contrato de compraventa y por consiguiente que queda resuelto de pleno derecho, facultándose a la vendedora para que haga suyas el 50% de las cantidades entregadas hasta ese momento, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, por pactarse así expresamente como

cláusula penal indisputable. Lo expuesto en este párrafo será de aplicación en el caso de desistimiento voluntario por parte de los compradores. En el supuesto de que la vendedora no cumpliera con sus obligaciones tendrá lugar la resolución del presente contrato de compraventa con devolución de las cantidades entregadas hasta ese momento por los compradores, más los intereses legales correspondientes, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, por pactarse así expresamente como cláusula penal indisputable. En todo caso, la resolución del contrato implicará de modo automático la recuperación por parte de la vendedora de la vivienda, garaje y trastero vendidos, libres de cargas y gravámenes posteriores.

Por su parte, la cláusula 5ª, también de sumo interés para resolver el conflicto que enfrenta a los litigantes, se expresa así: "se estima como fecha de entrega de la vivienda, trastero y plaza de aparcamiento objeto de este contrato, el segundo trimestre del año 200,8, si bien este plazo se prorrogará en seis meses, caso de concurrir circunstancias ajenas a la vendedora que impidan su cumplimiento. Asimismo, el plazo pactado se verá automáticamente prorrogado, en caso de fuerza mayor que destruya, paralice o impida la prosecución o terminación de la obra. Se pactan expresamente la huelga y los días de lluvia como causa de fuerza mayor, estándose en esta materia, como legislación supletoria, a lo dispuesto en el código Civil).

Como la compradora MERCANTIL SAN
CONSULTING, S.L. llegase la finalización del segundo

trimestre del año 2008 y no tuviese noticia sobre la entrega de las viviendas, no obstante haber abonado 252.059,90 euros, resolvió los tan citados contratos por retraso en la ejecución de la obra (folios 107 y siguientes y 117 y siguientes), al no haber recibido comunicación alguna sobre el retraso o sobre la solicitud de prórroga por parte de la misma vendedora, que en 18 de julio del año 2008 (110) se opuso a la repetida resolución y dejó constancia de que exigirá dicho cumplimiento (el de los citados contratos) por vía judicial con reclamación de daños y perjuicios.

En 30 de junio del año 2008 presentó en el Ayuntamiento de Las Rozas, Madrid, D. Manuel [redacted], representante de ESTUDIO 5 GESTION Y PROYECTOS, S.A., solicitud de licencia de primera ocupación (240) que iba tan huérfana de documentación que el Ayuntamiento precitado, en 10 de julio del año 2008 le requirió para que presentase la documentación que se detalla en el documento unido al folio 241 de los autos principales; licencia que se concede el 15 de octubre del año 2008, si bien en 28 de julio del año 2008 se comunicó, con carácter general, a los adquirentes de viviendas El Residencial Pinar de las Rozas, la posibilidad de visitarlas para requerir vendedora-compradora en 16 de octubre del año 2008 (128 y siguientes) para otorgar escritura pública en 22 de octubre del mismo año, a cuyo acto incompareció MERCANTIL SAN [redacted] CONSULTING, S.L., que notificó vía notarial la resolución que había interesado el 11 de julio del año 2008 a través del documento obrante a los folios 117 y siguientes, donde ya se resalta que a partir de la resolución queda relevada de abonar cantidades con cargo al precio.

En 12 de diciembre del año 2008 (162) se reclamó por la defensa de MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L. a ESTUDIO 5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS, S.A. el abono de las cantidades pagadas hasta ese momento, esto es 252.059,90 euros, a lo que se negó expresamente ESTUDIO 5 (164), por lo que la hoy apelante-demandada promovió, como ya dijimos, ejecución de título no judicial por medio de específica demanda fechada en 30 de diciembre del año 2008, que se admitió a trámite, con despacho de ejecución de 9 de febrero del año 2009 para BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA abonar la cantidad que se le reclamaba como consecuencia de la ejecución de los avales, que habían visto la luz, precisamente, en la aplicación de la Ley 57/1968, según consta al folio 296 de los autos principales.

Acompañó la hoy demandante a su demanda informe de URBINCO, S.A. (85 y siguientes) donde resaltaba las causas del retraso, que se situaban en el régimen de lluvias, modificaciones de proyecto, cambio de calidades y huelga en el transporte, de cuyas cuestiones nos ocuparemos posteriormente, debiendo resaltar que el Sr. Sanz, vinculado a URBINCO, ratificó, en prueba testifical, el repetido informe, reconociendo que ESTUDIO 5 era accionista de URBINCOSA y el propio Sr. , representante legal-gerente de la empresa constructora al tiempo que arquitecto técnico. Por su parte el Sr. García , asistente a la dirección facultativa de la obra, resaltó las inclemencias meteorológicas, la modificación de calidades y la problemática de los movimientos de tierra, así como, la huelga del transporte.

QUINTO.- La primera de las cuestiones que se suscita es la relativa a si, tal como se planteó el litigio en la fase alegatoria, es posible adentrarse en el cumplimiento de la cláusula penal que se recoge en la estipulación 4ª de los contratos fechados el 20 de marzo del año 2007, pues es lo cierto que frente a la resolución de la demandada activada en escrito de 11 de julio del año 2008 y el rechazo de la repetida resolución de la demandante-apelada, esta última en su demanda no suscitó problemática alguna sobre los presupuestos necesarios para dar entrada a la citada cláusula penal, que permitía, en principio, retener hasta el 50% de las cantidades pagadas por los compradores de incumplir estos últimos los contratos de marzo del año 2007. Y decimos esto porque un examen detallado de la demanda no contiene, en modo alguno, la petición de un pronunciamiento declarativo sobre la exigencia de cumplimiento de aquellos contratos o la aceptación, en su caso, de la resolución que extrajudicialmente promovió MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L., pues si ciertamente se lee con atención la estipulación 4ª la condición resolutoria explícita se producirá por alguna de las causas que recoge la propia cláusula, y que son el impago de cantidades pactadas y la negativa a retirar las llaves de la vivienda, plaza de garaje y trastero o al otorgamiento de la escritura pública recogiendo literalmente la cláusula en cuestión que en los supuestos que preceden se entenderá que los compradores desisten del presente contrato de compraventa y por consiguiente que queda resuelto de pleno derecho; pero es que, en nuestro caso concreto, no se pide la declaración del desistimiento unilateral de la demandada, como tampoco se incide en la resolución ya para aceptarla o rechazarla, y menos aún se pide el cumplimiento de los referidos contratos, lo que parece

evidente, en relación con este último extremo, si se tiene en cuenta que las viviendas pueden haber sido ya transmitidas a tercero, una vez que peticionó la resolución extrajudicial la representación de MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L. En consecuencia si no se interesa pronunciamiento sobre el incumplimiento de la demandada (ya a situar en el desistimiento unilateral o en la resolución) difícil será poner en marcha la consecuencia económica de la cláusula penal que plasma la tan citada estipulación 4ª, por más que se acudiese a un estudio integrador del escrito rector del proceso, que no afecta a la resolución de la demandada (es precisamente según la actora quien incumple) ni tampoco se pide el cumplimiento pero sí la aplicación de una cláusula penal que es consecuencia ineludible de aquellas premisas. Lo hasta aquí dicho nos llevaría, en principio, a no poder acoger la pretensión ejercitada, pues es indudable que aún entrando a conocer del fondo del asunto siempre nos encontraríamos con una posición encontrada en los litigantes en torno a la resolución, que no habría sido dilucidada judicialmente pues así se expresa, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo 17 de febrero del año 1996, ante posturas encontradas respecto de la resolución de un contrato, necesario será interesar la intervención judicial para que los Tribunales se pronuncien al respecto, cuando se acredite la existencia de los requisitos para poder decretar la invalidez del contrato en cuestión; consideraciones estas que se hacen en torno a la propia cláusula penal que es, genuinamente, una obligación accesoria, generalmente pecuniaria a cargo del deudor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, como ya digese la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir, entre otras muchas, de la sentencia de 20 de junio del

1981. Obsérvese que la resolución judicial tiene que ajustarse al principio de congruencia (218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero dentro ya del fondo del asunto no podrá darse cumplimiento a una obligación accesoria sin conocer el resultado último de la obligación principal, su cumplimiento o incumplimiento cumplimiento defectuoso. Y es que en el supuesto que se somete a la consideración de este Tribunal las partes discuten sobre si la resolución se ajusta o no a derecho, pero ninguna de ellas, ni el actor en el suplico de su demanda, ni el demandado vía reconvencción o incluso en la oposición a la demanda, peticionan del órgano jurisdiccional un pronunciamiento declarativo expreso sobre la resolución que activó, según hemos dicho, la representación procesal de MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L. en escrito de 11 de julio del año 2008 (107) que luego comunicó notarialmente a la actora en documento obrante al folio 117 de los autos principales.

SEXTO.- Aún cuando la labor de este Tribunal podría finalizar con lo expuesto en el fundamento jurídico que precede, desestimando la aplicación de la cláusula penal por no haber acreditado el fin último o la situación creada respecto de la obligación principal asumida por las partes, al no ser aplicable el artículo 1.124 del Código Civil, pues respecto de la resolución no existiría aún pronunciamiento judicial, es lo cierto que en aras de una mejor tutela efectiva esta Sala va a examinar la repetida resolución entendiendo que, en nuestro caso concreto, se darían los requisitos que permiten acudir al artículo 1.124 del Código Civil por haberse dado un verdadero y propio incumplimiento por parte de ESTUDIO 5 GESTION Y PROYECTOS , S.A., pues la fecha de entrega de las viviendas habría de ser considerada como un término esencial, de una parte, y

de otra tampoco sería posible a la demandante acudir a la prórroga del contrato o a la ampliación automática del plazo por razón de fuerza mayor, al no haber comunicado estos específicos extremos a la compradora (véase que estos extremos están huérfanos de prueba en los autos), pues aun cuando es lo cierto que el artículo 3º de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas, se permite la concesión de prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, sería de todo punto necesario especificar el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de vivienda, lo que propiamente no ocurre en el supuesto que se somete a la consideración de este Tribunal, hasta el punto que finalizado el plazo de entrega de la vivienda sin cumplir su obligación la demandante-vendedora, la compradora, a través del oportuno proceso de ejecución de título no judicial, sometió a la consideración de los Tribunales la viabilidad de la ejecución de los avales, respecto de los cuales se despacha ejecución por medio de auto de 9 de febrero del año 2009, que es cumplido, el repetido requerimiento de pago, por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., que a su vez descuenta la cifra pagada a ESTUDIO 5 DE GESTION Y PROYECTOS, S.A., lo que permite luego a la actora reclamar el 50% de las cantidades entregadas a cuenta. En consecuencia la estipulación 5ª del contrato obligaba a la parte a entregar la vivienda dentro del segundo trimestre del año 2008, lo que ciertamente no ocurre pues la licencia de primera ocupación ve la luz el 15 de octubre del propio año sin que sea posible, obviamente, y desde la interpretación que ha de hacerse de la repetida cláusula 5ª, activar, sin más, la ampliación del plazo cuando la finalización de las obras no llegaron a su término por no haber planteado

adecuadamente su actividad constructiva la promotora de las viviendas, habida cuenta que las lluvias, como se reconoce en los autos, son anteriores a la firma de los contratos en 20 de marzo del año 2007, las modificaciones del proyecto debieron de preverse por la promotora antes de la iniciación de las obras y sin que los cambios de calidades o las huelga tengan significación sustancial para proceder a la prórroga de los repetidos contratos, al tiempo que su insignificancia impiden calificarlos como sucesos de fuerza mayor en la forma que recoge el artículo 1.105 del Código Civil. Luego la resolución postulada por MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L. era viable, y en este sentido el Juzgador de instancia infringió el artículo 1.124 del Código Civil, cuando entendió lo contrario, de forma que hemos de atender, al primero de los motivos del recurso y revocar la sentencia dictada en la instancia, debiendo resaltar, de otra parte, la trascendencia que tiene a nuestros efectos el proceso de ejecución llevado a cabo en que el propio Banco hace frente a los avales sin suscitar cuestión alguna relativa al cumplimiento de la parte avalada, lo que sería posible, tal como viene a recoger la última jurisprudencia, aún cuando estuviésemos en presencia de avales a primera solicitud o demanda.

SEPTIMO.- Esta Sala no desconoce, obviamente, la doctrina del Tribunal Supremo respecto del retraso relevante en la entrega de la cosa conectar a con la propia resolución, que se plasma, entre otras muchas, en sentencias de 5 de diciembre del año 2002, 28 de septiembre del año 2006 y 12 de marzo del año 2009, como también pueden traerse aquí a colación sentencias como las de 28 de septiembre del año 2006, 17 de octubre de 2007 y 7 de noviembre del año 2008 cuando

vienen a especificar que el retraso solo tendrá importancia cuando frustre el fin del negocio jurídico; pero en nuestro caso concreto la vendedora incumplió la obligación de entregar la vivienda en el plazo pactado, pretendiendo acogerse a una prórroga por circunstancias ajenas a su voluntad en cuanto a la finalización de las viviendas a incardinar en situación de fuerza mayor, que nunca comunicó a la demandada-compradora de las viviendas, como tampoco justificó, ya en el proceso, aquellas circunstancias relevantes que hubiesen impedido finalizar la construcción de las viviendas en el plazo pactado, debiendo resaltar, a nuestros fines, que la doctrina general del Tribunal Supremo, en materia de resolución de los contratos viene a situarse, en cierta forma, al margen de la normativa especial que se contiene en la Ley 57/1968, pues en este caso concreto la prórroga ha de tener unas características específicas, como se infiere del artículo 3 de la Ley tantas veces citada 57/1968, que configura los derechos plasmados en la misma como irrenunciables (véase el artículo 7 de la tan citada Ley), a lo que ha de sumarse, en nuestro caso concreto, el hecho de que la solicitud de licencia de primera ocupación activaba el 30 de julio de 2008 se operó prácticamente en vacío, pues no se acompañaban los documentos que de modo necesario son exigibles a aquellos fines .

En consecuencia a nuestros efectos el plazo de entrega se configuró como término esencial, en la forma que recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de febrero del año 2010, teniendo en carácter de perentoriedad, y debiendo situarse la entrega en el momento en que se opera la licencia de primera ocupación, que no antes, como han resaltado las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 1

de mayo de 2010 y de Alicante de 14 de julio del propio año. Es pues el plazo esencial y la falta de conexión del vendedor con el comprador para solicitar la prórroga del contrato, al tiempo que se da una la falta de concurrencia de supuestos de fuerza mayor, lo que lleva a este Tribunal a entender que la resolución instada extrajudicialmente por MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L. era pertinente, no siendo de aplicación en nuestro caso, la legislación protectora de consumidores y usuarios, y en concreto la Ley 57/1968, luego derogada por el texto refundido posterior, de manera que también debería de excluirse, a nuestros fines, el Real Decreto 519/1989 de 21 de abril. Finalmente resaltemos, con la Audiencia Provincial de Murcia de 14 de septiembre del año 2010, que la prórroga que se quiere interesar, tendrá que ser comunicada a los compradores y conocer el criterio de éstos, pues ciertamente aquella cláusula tiene que ser vista desde el contenido de los artículos 1.255 y 1.091 del Código Civil.

En definitiva, y desde lo expuesto, se acoge el primero de los motivos del recurso que denuncia infracción del artículo 1.124 del Código Civil para acoger también el segundo de los motivos cuando resalta la inexistencia de causa de fuerza mayor que permitiesen la prórroga del contrato, cuya prueba, y este dato es importante, corresponde a quien alega la propia fuerza mayor o la existencia de circunstancias ajenas a la voluntad de la promotora, porque son, en definitiva, hechos constitutivos de la prórroga o de la misma fuerza mayor, no pudiendo trasladarse la prueba de estos extremos a quien ha de sufrir, en principio, la prórroga del contrato, que difícilmente podría conocer por qué la constructora-promotora no finalizó

las obras o el alcance de los supuestos de la propia fuerza mayor.

NOVENO.- Lo hasta aquí expuesto nos releva de examinar el motivo tercero del recurso donde se viene a denunciar el carácter abusivo de la cláusula penal contenida en la estipulación cuarta del contrato cuando permitía retener a la vendedora hasta el 50% del precio pagado y respecto de la que venía, en única instancia, a solicitar la propia parte apelante la moderación de la pena, para el supuesto de que no se estimasen los motivos del recurso que preceden a este último, desde el contenido del artículo 1.154 del Código Civil; no se olvide que la cláusula penal tiene en nuestro ordenamiento jurídico distintas significaciones, como son, su función liquidatoria, sustitutiva de la indemnización (1.152); en misión liberatoria (1.153.1 o multa penitencial) y función verdaderamente penal o pena acumulativa (1.153.2 del mismo código); es cierto que en nuestro caso se contempla la resolución del contrato por incumplimiento en la cláusula 4ª, pero también recoge la propia retención del 50% para cuando se dé el desistimiento voluntario, lo que no es nuestro caso, por lo que la cláusula penal no podría ser llevada, en principio, al artículo 1.153 del Código Civil, visto que la demandada resuelve el contrato por incumplimiento de la vendedora. Decir que la retención del 50% de la cantidad abonada como precio traspasa los límites de cualquier moderación y los criterios de razonabilidad pues nos podíamos encontrar con una resolución al final del contrato e incluso la misma resolución que postula la demandada, de haber operado la cláusula penal, con retención verdaderamente inusitada de cantidades por parte de la vendedora, que quiebra cualquier criterio de reciprocidad y que en definitiva está poniendo de manifiesto aun cuando el

adquiriente de las viviendas no sea consumidora, una prepotencia en la contratación que daña o puede dañar la libertad contractual a que se refiere el artículo 1.255 del Código Civil.

DÉCIMO.- La estimación del recurso comporta la desestimación de la demanda promovida por ESTUDIO 5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS, S.A., por lo que las costas de la primera instancia tienen que imponerse a la actora ex artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que las de la apelación se impongan a ninguna de las partes desde el contenido del artículo 398 de la propia Ley .

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general aplicación

III.- FALLAMOS:

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L., que estuvo representada por la Procuradora D^a Ana María del Mar Rodríguez Gil, al que se opuso ESTUDIO 5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS, S.A., representada por el Procurador D. Francisco Fernández Rosa, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 6 de Colmenar Viejo (juicio ordinario 926/2009), en 8 de julio del año 2010, debemos revocar, como desde la argumentación expuesta revocamos, la repetida resolución para, desestimando la demanda en su día interpuesta por ESTUDIO 5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS, S.A. absolver, como absolvemos de la misma, a MERCANTIL SAN CONSULTING, S.L., imponiéndose las costas de primera instancia a la promotora del litigio y sin que se hace

imposición expresa de las de la alzada a ninguna de las partes, al acogerse, como ya vimos, el recurso devolutivo interpuesto por MERCANTIL SAN CONSULTING S.L.

Al notificarse esta sentencia a las partes dése cumplimiento al art. 248.4 LOPJ.

Así por nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala de que dimana ,lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. Magistrados de este Tribunal.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.