



Roj: STS 4086/2013
Id Cendoj: 28079110012013100445
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 620/2011
Nº de Resolución: 518/2013
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, dictada en recurso de apelación núm. 635/2010, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 2307/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valencia, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Ramón Biforcós Sancho en nombre y representación de Casa Amiga Promoresidencial S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Laura Casado De Las Heras en calidad de recurrente y la procuradora doña María del Pilar Vega Valdesueiro en nombre y representación de Torgespa S.L. en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Ramón Biforcós Sancho, en nombre y representación de la entidad mercantil Casa Amiga Promoresidencial, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, contra Torgespa S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que <<declare:

a).- El incumplimiento contractual de la mercantil TORGESPA, S.L. en relación al contrato de compraventa objeto del presente proceso.

b).- Condene a la contraparte, al pago de la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN EUROS Y SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (154.361,68 #), (I.V.A. incluido), establecida como parte del precio aplazado, a cuyo pago se comprometió la demandada, en virtud del contrato que nos ocupa, otorgando el plazo prudencial que, por el juzgado, se estime conveniente, a fin de que, el comprador, opte por la correspondiente subrogación hipotecaria o, alternativamente, por el pago del precio aplazado a mi mandante, entendiéndose que se opta por el pago directo, sin subrogación hipotecaria, para el caso de que, la demandada, no optase por ninguna de las dos posibilidades en el plazo otorgado por el juzgado.

c).- Se condene a la contraparte, al pago de los intereses de demora, calculados a partir de la fecha de interposición de la demanda, mediante la adición de cuatro puntos porcentuales al tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario, más los tributos aplicables.

d).- Condene a la contraparte, una vez verificado el cobro de las cantidades reseñadas en el apartado b) que antecede, al otorgamiento de escritura pública de compraventa de la vivienda objeto del presente procedimiento a su favor, realizando cuantos actos sean necesarios a tal fin, en el plazo prudencial que a tal efecto se estime por el juzgador, debiendo tener por emitida la declaración de voluntad transcurrido el citado plazo sin que ello se haya verificado, todo ello de conformidad con el artículo 708 de la LEC .

e).- Se impongan, en todos los casos, las costas a la contraparte.

2.- El procurador don José Luis Medina Gil, en nombre y representación de Torgespa S.L., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia <<por la que:

UNO.- Con íntegra estimación de la contestación a la demanda, y declaración de nulidad parcial de la condición general 5.1 del contrato litigioso (en cuanto al plazo de espera de 3 meses más) desestime la demanda en todas sus pretensiones, imponiendo a la demandante las costas procesales causadas.

DOS.- Subsidiariamente, para el caso de que se estime que mi principal debe proceder a otorgar escritura de compraventa del objeto litigioso, se reduzca el precio de la compraventa en un cuarenta por ciento, cantidad que no devengará intereses si se otorga dentro del período de cumplimiento voluntario de la sentencia.

TRES.- En ese caso se declare la nulidad de la condición general 6.3 del contrato litigioso, relativa a los intereses moratorios fijados por incumplimiento del comprador>>.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valencia, dictó sentencia con fecha 27 de abril de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

Que estimando la demanda formulada por CASA AMIGA PROMORESIDENCIAL S.L. representada por el Procurador de los Tribunales D. RAMÓN BIFORCO SANCHO debo condenar y condeno a la mercantil TORGESPA S.L., representados por el Procurador de los Tribunales D. JOSÉ LUIS MEDINA GIL a cumplir con las obligaciones contractuales asumidas en el contrato privado de compraventa, por tanto al otorgamiento de la escritura pública de compraventa y pago del resto del precio pactado, y no satisfecho, es decir la cantidad de 154.361,68 €, debiendo la parte vendedora señalar con antelación suficiente fecha de otorgamiento de escritura pública no antes de un mes para que la contraparte pueda optar por la subrogación hipotecaria; dicha cantidad devengará intereses legales de conformidad con lo resuelto en fundamento de derecho cuarto; y todo ello con imposición de las costas procesales a la parte demandada.

Y en de fecha 7 de mayo de 2010, se rectificó la sentencia, en su fundamento de derecho segundo, mediante auto cuya parte dispositiva señala:

SE RECTIFICA la sentencia de 27 de abril del 2010 en el sentido expuesto en el fundamento de derecho único por tanto donde se dice 2005, debe decir 2009, y se eliminan las menciones relativas a reconviniente o codemandada o de documento nº 11.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 19 de enero de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

Que con estimación total del recurso de apelación, interpuesto por la representación de TORGESPA S.L., contra la sentencia de fecha 27 de abril del 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia , debemos revocarla y la revocamos y, en su lugar dictar otra por la que se desestima la demanda con absolución de la demandada de sus pedimentos e imposición de costas a su actora. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

TERCERO .- 1.- Por CASA AMIGA PROMORESIDENCIAL S.L. se interpuso recurso de casación, basado en lo siguientes motivos:

1. Infracción del art. 1124 del Código Civil , entendiendo que la sentencia recurrida se opone a la doctrina establecida en sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2008 y 12 de marzo de 2009 .

2. Infracción, por aplicación indebida, de los arts. 1, apartado 2 y 8 de la Ley 26/1984 de 19 de julio de 1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en tanto en cuanto, considera a la entidad mercantil demandada, consumidora final, de los elementos inmuebles adquiridos.

Se inadmitieron dos de los motivos esgrimidos.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de diciembre de 2011 se acordó admitir los motivos primero y tercero del recurso de casación interpuesto, inadmitiendo los motivos segundo y cuarto del mismo, y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los motivos primero y tercero del recurso de casación y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Mª. Pilar Vega Valdesueiro, en nombre y representación de Torgespa S.L. presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día diez de julio del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En la sentencia recurrida constan como hechos probados lo siguientes:

1) *El contrato que une a las partes, CASA AMIGA PROMORESIDENCIAL S.L. y TORGESPA S.L., es de 1-8-06, lo fue para la compra de una vivienda, garaje y trastero en la promoción "Porto Di Sorrento" de MONCOFA, por un precio de 205.815,57 euros, sobre plano y recayendo sobre una promoción era de 155 viviendas, 171 garajes y 64 trasteros, y en él figura que su objeto sólo fue los citados inmuebles, si bien refiere que se adjunta con él plano del Puerto Deportivo aprobado por el Ayuntamiento, lo que se hizo junto a un plano de la urbanización que dibuja éste y parte del campo de Golf.*

2) *Este Puerto Deportivo, junto con poder bañarse en una de las mejores playas del Mediterráneo y el disfrute de un campo de Golf cerca de las casas, se publicitaron en la misma promoción como la posibilidad de vivir junto a ellos y con las correspondientes fotografías que reflejan esta situación.*

3) *El plazo previsto para la finalización de las obras era el de enero del 2009, y su certificado final parcial, fue de 7-5-09 (c.4), estando a la fecha de hoy acabadas sólo en dos zaguanes 101 de las 155 viviendas proyectadas en él en tres, del que el tercero sólo se ha realizado su estructura, siendo que toda esta obra estaba amparada por la misma licencia de construcción.*

4) *En la actualidad, dicha playa en las condiciones fotográficas que se ofertó no existe, ni tampoco se han construido el puerto ni el campo de Golf siendo la última actuación en relación con ello el Decreto 515/08 del Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Moncofa, en el sentido de su aprobación provisional sin que se pueda indicar el plazo de inicio de las obras, constando también que dicho Ayuntamiento ha obtenido los terrenos al efecto de la implantación del puerto.*

5) *El plazo de entrega de los inmuebles, salvo caso fortuito o fuerza mayor, era el de los 90 días siguientes a esa conclusión de las obras con lo cual hay que referirlo al 30 de abril (c.4).*

6) *Tras pedirse la Licencia de Primera Ocupación el 30-4-09 y darse el 19-6-09, en fecha 23-6-09 la actora requirió para el otorgamiento de la escritura de compraventa para el día 6-7-09 sin que la demandada compareciera dada la resolución contractual que le había comunicado antes. Esta comunicación resolutoria fue el 11-2-09 por esa no finalización de las obras en plazo, en solicitud también de la devolución de las sumas dadas a cuenta, lo que reiteró la demandada el 7-5-09 contestando la actora a tales burofaxes en el sentido de oponerse a ello por la proximidad del otorgamiento de la escritura que hizo en la indicada fecha de 23 de junio siguiente y por no poder resolver hasta el 30 de abril, sin que a este acto compareciera dicha demandada insistiendo por otro burofax de 25-8-09 en esa resolución.*

7) *En el mismo contrato se había pactado que el comprador (c.5) podía pedir su resolución si la vivienda no se pusiera a su disposición dentro de los 3 meses siguientes al vencimiento del plazo previsto a tal efecto en la condición anterior, en la que según lo dicho acababa en 30-4-09.*

8) *Por el contrario, (c.6) la misma facultad resolutoria a la de cumplimiento, lo era para la promotora, con un requerimiento notarial desde el momento en que el comprador no pagara a su vencimiento los plazos del precio o demás conceptos que refiere o cuando, convocada no compareciera a la firma de la escritura, a partir de cuyo momento recupera la primera disposición del objeto vendido y hace suyas el 605 (sic) de las sumas concedidas con cláusula penal.*

9) *Según pericial aportada por la demandada, las molestias por la terminación de la tercera fase de la promoción cuando se acometa, y la no realización del puerto ni del campo de golf, supone un infravalor del precio de la compraventa del 26,77%.*

SEGUNDO .- *Motivo primero. Infracción del art. 1124 del Código Civil , entendiendo que la sentencia recurrida se opone a la doctrina establecida en sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2008 y 12 de marzo de 2009 .*

Se desestima el motivo .

Alega el recurrente que de acuerdo con las sentencias citadas en el motivo de casación, sólo cabe la resolución el contrato por incumplimientos definitivos y que lo sean de una obligación esencial; no pudiendo esgrimirse la resolución por el incumplimiento de una obligación accesorio.

En la sentencia recurrida se declara que en el contrato se aportó plano del puerto deportivo junto otro de la urbanización en el que aparece parte del campo de golf, *lo que es obvio sería determinante para cualquier comprador, en este caso para la demandada, para convenir su compra por un precio atendiendo a ello*.

Continúa la sentencia reflejando que las obras del entorno *no están iniciados al demandar ni se sabe si acabarán ni cuándo sin que le exima de ello su no competencia en la materia pues, como profesional del ramo, debía de ser perfectamente conocedora de los trámites previos y de la problemática que pudiera presentarse, datos que tuvo que tener en cuenta a la hora de ofrecer su publicidad asumiendo ese riesgo...*

Examinadas las sentencias de esta Sala que se invocan en el motivo de casación, debemos declarar que no se infringe la doctrina de las mismas, pues en el caso de autos, consta que no existe fecha de probable cumplimiento en cuanto a la conclusión de la urbanización, ni del Puerto deportivo, ni del campo de golf. Es decir, no se trata de un supuesto en el que se pueda prever un término más o menos cercano o razonable de las obras del Puerto, sino que al tiempo de interponerse la demanda no estaban iniciadas, ni se tienen noticias de ello.

Ciertamente el Puerto y el Campo de Golf los promovía el Ayuntamiento, pero no hay referencia a la Corporación Municipal, como impulsora, en el contrato ni en la publicidad, de forma que se inducía a confusión al contratante.

En el propio contrato se acompañó "plano del Puerto Deportivo aprobado por el Ayuntamiento de Moncofa", sin referencia a que también lo promoviese.

Al comprador se le entregó también folleto publicitario en el que junto a fotomontajes de un puerto deportivo virtual, observable desde las terrazas de los apartamentos se decía "disfruta la vida con todos los sentidos junto al puerto deportivo", "disfruta de un campo de golf cerca de tu casa".

Todos estos compromisos contraídos en el contrato y a través de la oferta publicitaria, fueron incumplidos y dicha trasgresión debe calificarse de sustancial pues afectaba a circunstancias esenciales y definidoras del objeto contractual. Sobre los efectos del incumplimiento de una obligación esencial en orden a la resolución del contrato cabe citar la STS 1-10-2012, rec. 24 de 2010.

Al comprador se le ofrecía un entorno paradisíaco que no tiene correspondencia con la realidad, reflejado no solo en la publicidad sino también en el contrato (plano del puerto y golf).

Como se declara en la sentencia recurrida, dicha oferta sería determinante para cualquier comprador, tanto para la compra como para el precio a pagar.

La vendedora redactó el contrato y diseñó la publicidad de forma que podría entenderse que el entorno tendría una fecha de terminación que se correspondería con el final de la urbanización, pero en el presente caso, no estamos ante un mero retraso sino ante una paralización del atractivo entorno ofrecido.

El estancamiento de las obras del Puerto y resto del entorno, correspondían al Ayuntamiento, pero nada de ello fue advertido al comprador, asumiendo la vendedora la realidad próxima de dichas obras sin cautela alguna, sin advertir de que como dice la recurrida era un mero futurible, pero se limitó a ofertar en venta lo que no era más que una expectativa incierta de futuro.

En este sentido la STS de 30-5-2011, rec. 883 de 2008, declara que *la publicidad de la promoción con intención de atraer a los compradores no se limitó a la urbanización de los terrenos sobre los que se construyeron los edificios, sino que incorporó un contenido informativo y ofreció una visión distinta del conjunto urbanístico que comprendía dicho ámbito... concurrendo una publicidad prenegocial ciertamente engañosa...* La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de un comprador medio es cada vez mayor, como también es mayor la posibilidad de crear una falsa expectativa que le prive de la posibilidad de ponderar la conveniencia de adquirir una vivienda en unas determinadas condiciones. Lo cierto es que la empresa vendedora no entregó a los adquirentes todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contratos de compraventa, y ello les causó un perjuicio evidente cuyas consecuencias jurídicas "son ajenas a las expectativas económicas que el incumplidor pretendía obtener con la actuación civilmente ilícita", como dice la sentencia.

La sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2011, rec. 1838/2007, fijó que:

El folleto litigioso no responde, o al menos únicamente, a una mera función de promoción, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes, y que, si cabe entender que no es oferta en sentido

"estricto" (en cuanto que no recoge todos los elementos esenciales SS. 26 de marzo de 1.993 y 28 de enero de 2.000 , entre otras), resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art 1.258 CC), dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento.

Y, precisamente, la referencia que consta en el folleto a la topografía del terreno y pendiente del mismo es una razón tanto de más para excluir el conocimiento por parte de los compradores de que la realidad no se iba a corresponder con lo ofertado, por lo que carece de consistencia alguna la alegación del motivo relativa a que "era imposible de antemano garantizar una visibilidad total a los compradores". Lo relevante no está en si era o no posible, sino en que la oferta comprendía la visibilidad, y la explicación topográfica era razonable.

La STS de 28-2-2013, rec. 1507/2010 , pronunció que para llegar a las conclusiones precedentes no era ineludible acudir a la normativa de protección de consumidores, sino que en base a los arts. 1255 , 1258 , 1285 y 1469 del C. Civil , era preciso que hubiera correspondencia entre lo ofertado y lo entregado, y lo prometido no solo era lo recogido en el contrato, sino también en los folletos publicitarios, que se integraban en el contenido contractual.

En igual sentido la STS de 1-10-2012, rec. 24/2010 .

TERCERO .- Motivo segundo. Infracción, por aplicación indebida, de los arts. 1, apartado 2 y 8 de la Ley 26/1984 de 19 de julio de 1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en tanto en cuanto, considera a la entidad mercantil demandada, consumidora final, de los elementos inmuebles adquiridos .

Se desestima el motivo .

Alega la recurrente que la compradora en cuanto persona jurídica que integra la compra en su proceso productivo, no puede tener el amparo de la normativa de protección del consumidor.

La argumentación de la sentencia recurrida sobre el concepto de consumidor, sin ser demasiado afortunada, no constituye la base central de la resolución, sino un mero "obiter dicta", dado que el núcleo decisional estriba en el incumplimiento del contrato al no entregar el objeto del mismo, en la forma pactada, trasgresión que no tiene fecha aproximada de cumplimiento y que constituye una violación esencial de lo pactado y dicha obligación insatisfecha se puede predicar tanto de una persona física como de una jurídica (art. 1124 del C. Civil), sin necesidad de acudir a la tutela de la normativa de consumo.

Es doctrina reiterada de la Sala que no cabe impugnar en casación lo que son meros "obiter dicta" (STS 28-2-2013. Rec. 769 de 2010) (STS 5-2-2013. Rec. 1414 de 2010).

CUARTO .- Desestimado el recurso se imponen al apelante las costas de la casación (arts. 394 y 398 LEC).

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por CASA AMIGA PROMORESIDENCIAL S.L. representada por la Procuradora D.^a Laura Casado de las Heras contra sentencia de 19 de enero de 2011 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

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

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