



Roj: **SAP SE 3260/2013 - ECLI: ES:APSE:2013:3260**

Id Cendoj: **41091370062013100383**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **6**

Fecha: **10/10/2013**

Nº de Recurso: **6412/2013**

Nº de Resolución: **346/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ROSARIO MARCOS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla**

JUZGADO DE ORIGEN: **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 14 DE SEVILLA**

ROLLO DE APELACIÓN Nº 6412/2013

JUICIO ORDINARIO Nº 886/2012

FALLO: CONFIRMATORIO

**S E N T E N C I A Nº 346/2013**

**PRESIDENTE ILMO SR :**

D. MARCOS ANTONIO BLANCO LEIRA

**MAGISTRADO ILMOS SRS :**

Dª ROSARIO MARCOS MARTÍN

Dª FRANCISCA TORRECILLAS MARTÍNEZ

D. SEBASTIÁN MOYA SANABRIA

En la Ciudad de Sevilla, a diez de octubre de dos mil trece.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 12 de abril de 2013 recaída en los autos Juicio Ordinario número 886/2012 seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 14 DE SEVILLA promovidos por D. Mario y D. Teodulfo representados por el Procurador D. **MANUEL JESÚS CAMPO MORENO** y defendidos por la Letrada **DÑA. GUADALUPE SÁNCHEZ BAENA**, contra la entidad **CAIXABANK S.A** representada por el Procurador **D.MAURICIO GORDILLO ALCALÁ** y defendida por la Letrada **DÑA. MARÍA ISABEL MEJÍAS MUÑOZ**, pendientes en esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandada, siendo Ponente del recurso la Magistrada Iltra. Sra. Dña. **ROSARIO MARCOS MARTÍN** .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 14 DE SEVILLA** cuyo fallo es como sigue: "Que estimando la demanda promovida por el Procurador D. Manuel Jesús Campo Moreno, en nombre y representación de D. Mario D. Teodulfo , contra la entidad CAIXABANK, S.A., debo condenar y condeno a la demandada a satisfacer a los demandantes la suma de 127.519,75?, de la que 96.200? corresponden a principal y 31.319,75? a intereses devengados desde que el principal fue entregado a **Manilva Costa**, S.A. hasta la fecha de la demanda, devengándose el interés legal desde la fecha de la demanda hasta el completo pago del principal, y el previsto en el artículo 576LEC desde la fecha de la presente sentencia; ello, con imposición de las **costas** procesales a la parte demandada. "



**SEGUNDO.-** Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de la entidad **CAIXABANK S.A** que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose al recurso la sustanciación que la Ley previene para los de su clase, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución, tras la deliberación y votación de este recurso.

**TERCERO.-** Que en la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Son hechos relevantes admitidos por las partes esenciales para la resolución del recurso los siguientes:

1º Mediante documento privado suscrito en Octubre de 2.004 D. Mario y D. Teodulfo compraron a **Manilva Costa S.A.**, con la intermediación de Ocean View Properties, una vivienda en la Promoción denominada "Jardines de **Manilva**", Fase I, que la vendedora llevaba a cabo en **Manilva**, concretamente el ático NUM000 del Bloque NUM001 , por precio de 260.000 euros más 7% de IVA, a cuenta del cual anticiparon 96.200 euros,7.000 en efectivo el 27 de Octubre de 2.004 y 89.200 euros mediante cheque bancario el 8 de Diciembre de igual año.

2º En la estipulación 5ª del contrato se establecía que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 57/1968, la devolución, en los casos legalmente procedentes, de las cantidades entregadas a cuenta del precio se garantizaría mediante póliza o aval.

3º Se pactaba también en el contrato que la vivienda se entregaría a los compradores, "no después del mes de Diciembre de 2.007", pudiéndose adelantar dicha fecha y que la entrega se haría coincidir con el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, momento en el que las viviendas tendrían licencia de ocupación.

4º Los compradores nunca recibieron aval individual que garantizara la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del pago del precio, si bien se les facilitó fotocopia del aval prestado el 28 de Junio de 2.006 por Caja de Ahorros el Monte a **Manilva Costa S.L.** para garantizar la devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes de los inmuebles que integraban la promoción, aval nº NUM002 en el que se leía que El Monte avalaba solidariamente " *de manera irrevocable con renuncia expresa a los beneficios de división excusión y orden, a **MANILVA COSTA S.A.** con CIF A91094755 y domicilio en c/ del Conde 3, 41400-Écija (Sevilla) hasta el límite de EUROS DOS MILLONES QUINIENTOS MIL (2.500.000,00 euros) a fin de garantizar la devolución de las cantidades que **MANILVA COSTA S.A.** hubiere de percibir de los compradores como anticipo del precio de venta de los inmuebles de la Promoción denominada "JARDINES DE **MANILVA**", de 258 viviendas, situada en la Urbanización Jardines de **Manilva en Manilva** (Málaga), así como los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución y para dar cumplimiento a cuanto se dispone en la Ley 57/1968 de 27 de Julio, sobre entrega del dinero de los adquirentes de viviendas, antes de iniciarse su construcción o durante la misma, con las modificaciones introducidas por la Disposición Adicional 1ª de la Ley 38/99 de 5 de Noviembre .*

*Este aval se presta por todo el tiempo convenido para la realización de la construcción y entrega de las viviendas, o hasta que se efectúe el reembolso garantizado, que deberá acreditarse fehacientemente a la Entidad avalista, y solo será exigible, hasta el máximo reseñado, por las cantidades que los adquirentes ingresen en concepto de cantidad a cuenta de la compraventa en la cuenta especial restringida nº 515.13.200448.9 que la avalada aperturó en la Oficina 515-Écija-Aguabajo en el Monte..."*

5º El ático no fue entregado en el plazo pactado y, encontrándose **Manilva Costa** en situación de concurso, en el incidente concursal 333/12 del Juzgado Mercantil nº 1 de Sevilla recayó sentencia el 24 de Abril de 2.012 por la que estimando la demanda interpuesta por los Sres. Mario y Teodulfo se declaró resuelto el contrato de compraventa y se reconoció a su favor un crédito ordinario frente a la concursada por importe de 96.200 euros por las cantidades entregadas a cuenta del pago del precio.

Pues bien, sobre la base de tales hechos los compradores entablaron demanda contra Banca Cívica S.A., hoy Caixabank, como sucesora de El Monte solicitando se declare la nulidad de las cláusula del aval que limitan el importe máximo garantizado y condicionan la efectividad al ingreso en una cuenta bancaria determinada y condene a tal entidad a pagar a los actores la cantidad de 127.519,75 euros de los que 96.200 euros corresponden a las cantidades entregadas a cuenta y el resto a intereses legales devengados desde las diferentes entregas hasta la interposición de la demanda más los que se devengarán desde la demanda hasta la sentencia y subsidiariamente que se condenara a la demandada a hacer entrega a los actores del aval solidario que garantice la devolución de la cantidad de 96.200 euros, con sujeción a la Ley 57/1968 de 27 de Julio y la Disposición Adicional primera de la Ley 18/1999 de 5 de Noviembre , en todo caso con condena en **costas**.



A dicha demanda se opuso Caixabank invocando fundamentalmente el art. 1827 del Cc , argumentando que el límite de garantía reflejado en el aval, se había superado mediante cantidades abonadas a otros compradores.

La sentencia de primera instancia estima la demanda en su integridad invocando distintas sentencias de otras Audiencias Provinciales que consideran nulas las cláusulas contenidas en los avales otorgados conforme a la Ley 57/1968 que limitan el importe de la garantía, habida cuenta que del art. 2 de dicha norma resulta que el aval concertado entre el promotor y el avalista no tiene más límite que el que deriva de la garantía legalmente impuesta, que es la de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta con los intereses correspondientes, siendo irrenunciables los derechos reconocidos por la misma a los adquirentes conforme prevé el art. 7, argumentando que no puede olvidarse que el aval se otorgó cuando ya se habían suscrito contratos de compraventa de viviendas integradas en la promoción, de forma que la demandada pudo conocer los detalles de ésta , sus condiciones jurídicas y fácticas y, en concreto las cantidades entregadas.

Contra dicha sentencia se alza Caixabank que en primer lugar, plantea la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia en tanto en cuanto se solicita la declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación, invocando la normativa tuitiva de consumidores y usuarios, lo cual, a su juicio determinaría la competencia de los Juzgados Mercantiles, conforme a lo establecido en el art. 86 ter.2.d de la L.O.P.J y, en segundo lugar insiste en que el límite del aval no puede ser rebasado, pues sostener lo contrario supondría alterar el objeto del contrato sobre el cual se prestó el consentimiento, invocando nuevamente el art. 1827 del C.c . y añadiendo que si en las normas internacionales que regulan el aval a primera demanda, que es la forma más rigurosa de aval se exige que la suma garantizada sea determinada o determinable, cosa que implica el establecimiento de un límite, es evidente que en los avales o fianzas causales que son de menor rango, el límite ha de existir igualmente.

Al recurso se oponen los actores que mantienen la competencia del Juzgado de Primera instancia y reproduce los argumentos contenidos en su escrito de demanda, que son los que acoge la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El primer motivo de recurso no puede ser estimado. La parte no planteó en su momento declinatoria, aceptando la competencia del Juzgado de Primera Instancia para el conocimiento del asunto y la Sala no estima que exista la falta de competencia objetiva puesta de manifiesto por la misma en la vista ya en fase de conclusiones.

En efecto, en la demanda, en su fundamentación jurídica, no se menciona la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Sí se invoca por el contrario la Ley General para la Protección de Consumidores y Usuarios y se solicita la declaración de nulidad de ciertas cláusulas del aval, por infringir dicha ley, además de la Ley 57/1968 , pero es evidente que no toda cláusula predispuesta por un empresario que pueda perjudicar a un consumidor por abusiva es necesariamente condición general de la contratación como al parecer se mantiene. Así el art. 1 de la Ley 7/1998 establece: "*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos* ". En nuestro caso las cláusulas cuya nulidad se pretende adolecen de la nota de uniformidad necesaria para ser incardinadas en el concepto definido por la Ley que acabamos de transcribir, pues están insitas en un aval bancario que garantiza la devolución de las cantidades entregadas a cuenta en una promoción concreta y determinada y no existe el más mínimo rastro en las actuaciones que permita pensar que se redactaron para incorporarlas a una multiplicidad de contratos, con lo cual los argumentos contenidos en la primera alegación del recurso caen por su propio peso.

**TERCERO.-** Igual suerte adversa ha de correr el segundo motivo invocado, pues ya de entrada hemos de decir que la Sala comparte los argumentos contenidos en la sentencia, que parte del que puede considerarse criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales.

Es verdad que el art. 1.827 del Cc . que regula genéricamente el contrato de fianza establece que ésta no puede extenderse más allá de lo contenido en ella, pero también lo es que como se deduce del propio texto del aval, nos encontramos ante una modalidad específica regulada en la Ley 57/68 de 27 de Julio, ligeramente modificada por la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Ordenación de la Edificación y que surge para proteger a los consumidores compradores de viviendas en construcción que anticipan cantidades a cuenta del pago del precio cuando el proceso edificatorio no ha concluido y a veces ni se ha iniciado, frente al riesgo de pérdida de tales cantidades si dicho proceso no llega a buen fin ,norma de carácter imperativo, cuya contravención mediante pactos contractuales determinaría su nulidad conforme al art. 6.3 del Cc .

Pues bien el artículo 1 de dicha Ley establece : "*Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los*



cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

**Primera .- Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual** , mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido .

**Segunda.- Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior."**

Y su artículo 3 nos dice :

*Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta , incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.*

**En contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.**

*Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente. "*

Resulta evidente que el límite legal de este tipo de avales viene determinado exactamente por el importe de las cantidades entregadas a cuenta y cualquier reducción respecto del mismo ha de reputarse nula, habida cuenta que los derechos de los compradores reconocidos por la Ley son irrenunciables ex artículo 7 de la misma, no siendo desde luego oponible al adquirente-consumidor cualquier limitación cuantitativa pactada entre la promotora y la aseguradora o la entidad bancaria, entidad ésta que , como acertadamente indica la sentencia recurrida, concede el aval cuando ya se han firmado contratos de compraventa dentro de la promoción y puede conocer perfectamente las características de los contratos y las cantidades que se ha previsto entregar a cuenta.

Así las cosas, el recurso ha de ser íntegramente desestimado, a lo que no obstan las alegaciones efectuadas sobre las normas internacionales que regulan las fianzas a primera demanda, primero porque no nos encontramos ante un aval a primer requerimiento, y segundo porque precisamente dichas normas permiten que la cantidad a pagar al beneficiario sea determinada o determinable y en el caso de este tipo de avales sobre cantidades entregadas a cuenta dicha suma es perfectamente determinable.

**CUARTO.- Las costas** derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como se prevé en el núm. 1 del artículo 398 en relación al 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

## FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad CAIXABANK, S.A. contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Sevilla , en el juicio ordinario núm. 886/12 del que este rollo dimana.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las **costas** derivadas de su recurso.

Dada la desestimación del recurso, la parte recurrente pierde el depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .



Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal, en el término de veinte días contados a partir del siguiente al de su notificación, y al que deberá acompañar resguardo de ingreso, por la suma de 50 ? por cada uno de los recursos en la Cuenta de Depósito y Consignaciones de esta Sección nº 4050 0000 06 6412 13.

Y a su tiempo devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución y oficio remisorio a sus efectos.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Iltrms. Sres. Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido publicada en el día de su fecha. Doy fé.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ