

Rollo nº 000255/2014

Sección Séptima

SENTENCIA Nº 214

SECCION SEPTIMA

Ilustrísimos/as Señores/as:

Presidente/a:

D^a MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA

Magistrados/as

D^a PILAR CERDAN VILLALBA

D^a MARIA IBAÑEZ SOLAZ

En la Ciudad de Valencia, a tres de julio de dos mil catorce.

Vistos, ante la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario - 000235/2013, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 12 DE VALENCIA, entre partes; de una como demandante - apelante/s XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, dirigido por el/la letrado/a D/D^a. y representado por el/la Procurador/a D/D^a ENRIQUE ERANS BALANZA, y de otra como demandado - apelado/s BANKIA SA, dirigido por el/la letrado/a D/D^a. RAFAEL GUIA LLOBET y representado por el/la Procurador/a D/D^a ONOFRE MARMANEU LAGUIA.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr./Sra. Magistrado/a D/D^a. PILAR CERDÁN VILLALBA.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 12 DE VALENCIA, con fecha 26 de marzo de 2014, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por ERANS BALANZA, ENRIQUE, Procurador Judicial y de XXXXXXXXXXXX, con absolución de BANKIA SA , y la expresa imposición de costas a la parte demandante.

SEGUNDO.-Contra dicha sentencia, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día 30 de junio de 2014 para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO.-En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por la sentencia de instancia se desestimó la demanda de juicio ordinario interpuesta por D^a XXXXXXXXXX en reclamación de la condena de la demandada BANKIA S.A ,al abono de 71.00 más sus intereses legales desde su pago a la promotora JOEL HOMES S.L hasta su efectivo cobro,como suma que dieron a cuenta a tal promotora del precio de la vivienda que de ella adquirieron ,o,alternativamente, a la entrega del aval solidario que garantice la devolución de esa suma según lo dispuesto en la Ley 57/1968 y la DA1^a de la LOE 38/1999, desestimación con que concluyó dicha sentencia por no haberse ingresado la misma en la cuenta especial designada en dicho aval como exige éste y el art. 1,2º de la primera Ley por falta de diligencia de dichos actores.

Contra la anterior sentencia de formula recurso de apelación por la actora en base a que incurre en una indebida valoración de las pruebas y a que vulnera las precedentes leyes referidas y el art.86 de LGDCU, 1257 del CC y 394 de la LEC por lo siguiente . 1) La cuenta que aparece designada como especial en el aval no lo era, ni aún de serlo ,se les facilitó al no expresarse en el contrato de compraventa ningún número concreto de aquélla por lo que fueron abonando las sumas dadas a cuenta del precio de éste en la de la misma sucursal que le dijo la promotora y en la que en ese contrato se dice se otorgaría tal aval , siendo además ese ingreso en dicha cuenta especial una obligación de la última y no del comprador a quien, como consumidor y por la abusividad y nulidad de estos pactos, no le es oponible, ni el incumplimiento de esta obligación por la misma ni el de la que también tiene de entregarle tal aval de modo individual frente al colectivo existente en cuya virtud se le han de devolver por la avalista y dada la falta de entrega de la vivienda objeto de su compra en plazo los 71.000 euros reclamados en el primer petitum de la demanda; 2) La entrega del aval individual que es petición alternativa de la demanda a la anterior de condena dineraria también es procedente porque la demandada así lo debió exigir a la promotora; 3)No cabe hacer expresa imposición de costas aún de confirmarse la desestimación de la demanda por las

dudas de hecho concurrentes en el caso .

Las demandada se opuso al recurso por los Fundamentos contrarios y por los propios de la sentencia.

SEGUNDO.- Esta Sala no acepta la Fundamentación Jurídica de la sentencia de instancia, con revisión y valoración de las pruebas y de las normas y doctrina aplicables en relación con los motivos del recurso por lo que iremos exponiendo seguidamente.

1) De las pruebas y de los hechos no controvertidos resulta :

-Que la actora suscribió en fecha 20-6-2006 contrato de compraventa con la indicada promotora de una vivienda en construcción sita en el término municipal de Cuevas de Almázora Residencial "Secuoya" a cuenta de cuyo precio se abonaron 71.000 euros ,siendo su plazo de entrega el de los 4 meses siguientes a esa firma sin que hubiera licencia de primera ocupación hasta el 5-4-2008, por lo que la primera ante su incumplimiento comunicó su resolución a la segunda reclamando tal suma.

-En el referido contrato(documento 1 de la demanda),en lo que afecta a la litis, se convino en su Exponendo 6º que la promotora en cumplimiento de la legislación vigente tendría suscrita una línea de avales o seguro de caución, en garantía de las sumadas dadas a cuenta por los compradores en su virtud y, en su Estipulación 3ª que las mismas sumas satisfechas con anterioridad a la escritura pública contarían con el correspondiente aval, a solicitud de la compradora, a otorgar por BANCAJA, sucursal Mayor 37, Vera, 04620, de Almería a elección del vendedor en caso de que mediara esa solicitud, aval que las garantizaría en caso de que dicha promotora no obtuviera el certificado final de obra y la cédula de habitabilidad y/o licencia de primera ocupación de conformidad con lo establecido en el Ley 57/1968, como aconteció.

-El citado aval (documento 9 de la demanda) suscrito entre la promotora y Bancaja el 14-2-2005 lo fue con un límite de 1,500.000 euros y en él se dicen que la referidas sumas que garantiza deberán ser ingresadas en el cuenta corriente especial abierta a la construcción con el nº 3100062970 en la oficina de Vera, en su condiciones financieras, se fija como nº de cuenta especial del mismo la 1071/9000000468 y en su Estipulación 1ª se convino que el promotor podía solicitar de Bancaja que por el mismo se individualizara con certificado para cada adquirente en el que en la cuenta especial ya citada se deberían ingresar las mismas sumas dadas a cuenta .

-El documento de este aval se aportó a instancias de la compradora -actora por las Diligencias Preliminares que instó,y su certificado individual no se expidió

-La actora ingresó las sumas dadas a cuenta no en la indicada cuenta calificada como especial si no en la de la misma sucursal y oficina a nombre de la promotora nº 2077 1071 5231 0004 2055 .

-Según el documento 10 de la demanda obtenido por la actora a raíz de las indicadas diligencias preliminares, la citada cuenta especial citada en el aval no

aparece actualmente calificada como tal en el sistema sin que la demandada atendiera al requerimiento admitido en la audiencia previa de aportar el contrato de su apertura.

2) Como normas y doctrina relacionadas con el caso y motivos de recurso citamos:

-En lo que se refiere a la apelación y su ámbito, el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 4, dice "La Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La Sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado".

El Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 4 de febrero de 2009, dictada en el recurso de Casación 794/2003, Pte Marín Castan, Francisco, nos dice: *"Esto es así porque, como en infinidad de ocasiones han declarado esta Sala y el Tribunal Constitucional, la apelación es un nuevo juicio, un recurso de conocimiento pleno o plena jurisdicción en el que tribunal competente para resolverlo puede conocer de todas las cuestiones litigiosas, tanto de hecho como de derecho, sin más límites que los representados por el principio tantum devolutum quantum appellatum (se conoce sólo de aquello de lo que se apela) y por la prohibición de la reforma peyorativa o perjudicial para el apelante"*.

-El art.217 de la LEC, en su apartado 2 regula la carga de la prueba e impone al actor la prueba de la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda o de la reconvención, y a los demandados en éstas la de los que impidan extingan o enerven la eficacia de los primeros

-En lo que afecta a la valoración de las pruebas, la jurisprudencia señala que el criterio valorativo de los tribunales de primer grado debe, por regla general, prevalecer, pero no es menos cierto que el expresado criterio, en principio prevalente, debe rectificarse en la segunda instancia cuando por parte del recurrente se ponga de manifiesto un evidente fallo en el razonamiento lógico o en el "iter" inductivo del órgano de la primera.

Es al igual doctrina jurisprudencial que la de que el proceso valorativo de las pruebas es incumbencia de Jueces y Tribunales sentenciadores y no de las partes litigantes, a las que queda vedada toda pretensión de sustituir el criterio objetivo del órgano enjuiciador por el suyo propio, dado que la prevalencia de la valoración realizada por éste obedece a la mayor objetividad que la de las partes, pues sus particulares y enfrentados intereses determina la subjetividad y parcialidad de sus planteamientos (S.T.S. 1 marzo de 1994, 20 julio de 1995).

En este sentido cabe añadir que conforme a la doctrina, si la resolución de primer grado es acertada, la que la confirma en apelación no tiene porque repetir sus argumentos y, en aras de la economía procesal, debe corregir sólo

que resulte necesario(STS de 16-10-92),toda vez que la fundamentación por remisión no deja de ser motivación, ni de satisfacer el principio de tutela judicial efectiva.

Respecto a la prueba documental en lo que aquí afecta el art. 326 de la LEC regula la fuerza probatoria de los documentos privado y dice": *1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica".*

-Ya sobre el caso concreto y en relación, la STS 1843/2001,Sección:1,nº de Recurso:113/1996, N° de Resolución:212/2001, de 08/03/2001 Ponente:IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, señala "*FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO.- Por razones de lógica y simplificación procesal, y dado el núcleo esencial de ellos, se va a proceder al estudio conjunto de los dos motivos alegados por la parte recurrente en el actual recurso de casación. Ambos están residenciados en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ya que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se han infringido los artículos 7-1 y 2 y 68, ambos de la Ley de Contrato de Seguro y artículo 1-2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio - primer motivo- y los artículos 1-2 y 2-c de dicha Ley de 27 de julio de 1.968 -segundo motivo-Ambos motivos estudiados conjuntamente deben ser estimados con todas sus consecuencias. Efectivamente, la Ley 27 de julio de 1.968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, impone en su artículo primero, a las personas físicas o jurídicas que promuevan edificaciones que no sean de protección oficial, la obligación -que es irrenunciable a tenor de su artículo 7-, cuando se trata de obtener cantidades de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, de garantizar la devolución de los adelantos cobrados, debiendo suscribir el correspondiente contrato de seguro con aseguradora inscrita y oficialmente autorizada. De ello se infiere, que la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda -bien generalmente esencial para la vida-, que esta en fase de planificación o construcción. Por ello, para su aplicación, únicamente se exige como condición indispensable, que se hayan entregado sumas determinadas en concreto y que la construcción de la vivienda no se inició o no se concluyó, siendo accesorias y propias de dilucidar las otras cuestiones planteadas, entre*

el asegurador y el constructor. Pues bien, en el presente caso es una cuestión incontrovertida y así se debe declarar que la parte recurrente, como parte del precio de adquisición de una vivienda, entregó a la vendedora la suma de 7.314.000 pesetas -y así consta en la relación de acreedores de la suspensión de pagos sobre ésta-, y lo que no debe empecer para la recuperación de dichos adelantos, es que el ingreso de los mismos se haya realizado en la cuenta especificada en la póliza de seguros, o en cualquiera otra que se hubiera pactado entre el comprador o el vendedor. Pues no se puede olvidar que en el presente caso, como en general cuando se aplica la Ley de 27 de julio de 1.968, se han de contemplar dos negocios jurídicos, el originario -compraventa de la vivienda- y el derivado -formalización de un seguro de casación-, cuya concatenación tiene como única finalidad la defensa del comprador en el aspecto de ser reintegrado de sus anticipos del pago del precio para el caso de que la vivienda no se construya o no se pueda ocupar. Y dicha finalidad, se vuelve a repetir, no puede ser obviada por mor de una determinación de cuenta corriente que es una cuestión, en definitiva, a dirimir entre la aseguradora y la parte vendedora. Y se dice todo lo anterior aunque el comprador haya firmado la póliza de seguros, que sin duda lo ha hecho, como participante en un contrato de adhesión puro. Además esta tesis está también recogida en la sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 1.998...".

Por su parte, es criterio de este Tribunal fijado en la sentencia de 17-6-2011, Rollo 129/2011 como dice en sus Fundamentos el siguiente "...PRIMERO. La representación procesal de ... formuló demanda de juicio ordinario contra la UTE Estrella de les Corts y contra el Banco de Santander Central Hispano S.A. en solicitud de resolución del contrato de compraventa suscrito por las partes el 8 de febrero de 2007 y el reintegro de 189.060 €, intereses pactados y costas importe de las cantidades entregadas a cuenta. La representación de la UTE Estrella de les Corts se opuso a la pretensión actora alegando que se había generado un pequeño retraso que, en ningún caso, podía determinar la resolución del contrato, y debido a problemas con la constructora que se subsanaron a la mayor rapidez posible, obteniendo la cédula de habitabilidad el día 12 de agosto de 2009, que se notificó a la parte convocándole al otorgamiento de la escritura pública el día 10 de septiembre de 2009. La entidad Banco Santander se opuso a la pretensión actora alegando la falta de legitimación pasiva dado que no había prestado ninguna fianza o garantía solidaria a UTE Estrella de les Corts, de la que pueda resultar beneficiario el actor. Y también niega la existencia de un contrato de Aval emitido por el Banco Santander del que pueda ser beneficiario don Antonio Ferri. La sentencia de instancia desestima la demanda, resolución contra la que se alza la parte actora invocando diversos motivos que pasamos a examinar, las partes apeladas han solicitado la confirmación de dicha resolución...QUINTO: La segunda cuestión suscitada y sobre la que la parte sustenta su petición de resolución del contrato por incumplimiento es la relativa a la falta de entrega

del Aval y, en el presente supuesto, a su existencia. Ha quedado probado porque así lo admiten las dos partes demandadas que no se entregó el Aval a la compradora, con claro incumplimiento de ley, como ya destacamos en la sentencia dictada por esta sala y que hemos citado con anterioridad. Ahora bien, siendo cierto que no se entregó el aval, el demandante ha demostrado que las partes pactaron que las entregas de dinero se harían mediante ingresos en la cuenta del Banco Santander Central Hispano número 0049-1810-96-2710403561, cuya devolución estaba garantizada mediante póliza del citado banco (folio 21 y folio 28). La UTE demandada admite que el actor hizo entrega de todas las cantidades cuya devolución reclama. Al folio 154 consta la póliza de contra garantía para línea de avales promotores de viviendas libres, otorgada por Banco de Santander, en la que se hace constar que se ha obligado a <<prestar, a efectos de lo dispuesto en la Ley 57/68 de 27 de julio, por orden y cuenta del mismo avales ante terceros adquirentes de las viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, del inmueble sito en Valencia, Promoción de la Avenida de les Corts Valencianes, mediante una sola operación o mediante varias, sucesivas o simultáneas. Los avales que se presten deberán ser redactados en la forma establecida en el modelo que se adjunta a la presente póliza como ANEXO nº 1, con las comisiones y gastos repercutibles que se indican con carácter general en la presente póliza.>> En dicho contrato se plasma que se abre una CUENTA ESPECIAL DE AVALES en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la ley 57/68, con el número 0049-1810-96-2710403561, es decir, la misma que consta en el contrato. También consta en el documento unido al folio 202, que cuando el demandante requirió al Banco para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, éste contestó que <<iban a proceder a la devolución de las cantidades avaladas>>, si bien al comprobar que no habían expedido el aval, se negaron a ello. Esta falta de expedición del Aval por la entidad bancaria, carece de relevancia a los efectos de la presente reclamación puesto que, aunque no hayan expedido el aval, igualmente vienen obligados a devolver las cantidades entregadas ya que el Artículo 7 de la ley 57/68 dispone que: <<Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables>> En aplicación de dichos preceptos encontramos, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de Marzo del 2001 (ROJ: STS 1843/2001), en la que se establece. <<Pues no se puede olvidar que en el presente caso, como en general cuando se aplica la Ley de 27 de julio de 1.968, se han de contemplar dos negocios jurídicos, el originario -compraventa de la vivienda- y el derivado -formalización de un seguro de caución-, cuya concatenación tiene como única finalidad la defensa del comprador en el aspecto de ser reintegrado de sus anticipos del pago del precio para el caso de que la vivienda no se construya o no se pueda ocupar. Y dicha finalidad, se vuelve a repetir, no puede ser obviada por mor de una determinación de cuenta corriente que es una cuestión, en definitiva, a dirimir entre la aseguradora y la

parte vendedora. Y se dice todo lo anterior aunque el comprador haya firmado la póliza de seguros, que sin duda lo ha hecho, como participante en un contrato de adhesión puro. Además esta tesis está también recogida en la sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 1.998.>>La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Julio de 2004(ROJ: STS 5296/2004) Recurso: 2455/1998 Ponente: ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL, nos indica: <<El motivo no prospera, pues, a mayores razones, como sienta la sentencia de 30 de diciembre de 1998 en pleito similar contra la misma Compañía de Seguros, "en definitiva, la aseguradora recurrente trata de hacer recaer sobre los actores las consecuencias de la falta de armonía o desajuste con la Ley 57/68 del seguro concertado con la sociedad promotora de la construcción en tiempo muy posterior al contrato de venta y esta pretensión es inadmisibile, dado que aquellos se limitaron a cumplir con las obligaciones contractuales y no intervinieron en la concertación del seguro">>.Por todo lo expuesto, debemos concluir, primero, que el Aval, en el que la parte actora basa su reclamación, viene impuesto por Ley, que regula su contenido mínimo, y tiene carácter solidario (artículo 1). Segundo, que nos hallamos ante una garantía impuesta por la Ley e irrenunciable para los cesionarios (artículo 7), al que no le pueden afectar los pactos suscritos entre avalista y promotora. En tercer lugar, porque en el texto del aval, que expresamente suscribió con la UTE (f. 154) indicó que se sujetaba a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de Julio, por tanto, la demandada, cuando lo concedió sabía que no se trataba de un aval ordinario regulado por las normas del Código Civil, sino que se trataba del aval especial que exige la citada Ley y a la que expresamente se sometió, sin que ahora, ante la reclamación, pueda invocar que no entregó el AVAL concreto al demandante puesto que su expedición y entrega era obligatoria para la entidad Bancaria e irrenunciable para el adquirente. SEXTO: Por todo lo expuesto, debemos concluir, con la estimación del presente recurso y la revocación de la sentencia de instancia y, en su lugar, estimando la demanda, declaramos resuelto el contrato de compraventa que unía a las partes. Condenamos a las demandadas solidariamente, a devolver al actor las sumas entregadas que devengarán los intereses fijados en la ley 57/68, con la modificación introducida por la Ley de Ordenación de la Edificación. Condenamos a los demandados al pago de las costas de la primera instancia y no hacemos expresa condena al pago de las generadas en esta alzada como dispone el artículo 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...".

En parecido sentido Audiencia Provincial de Teruel, Sección:1, N° de Recurso:247/2009, N° de Resolución:2/2010, en su sentencia de 12/01/2010,Ponente:FERMIN FRANCISCO HERNANDEZ GIRONELLA dice: *FUNDAMENTOS DE DERECHO...V.- Sentadas las anteriores premisas, la cuestión litigiosa se circunscribe a si la entidad demandada debe responder de la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta, esto es setenta y dos mil*

euros, teniendo en cuenta, que de dicha cantidad, tan solo treinta y seis mil euros fueron ingresados en la mercantil Ibercaja, y que el aval fue entregado al demandante "como adquirente de una de las viviendas. La sentencia recurrida, apoyándose en la literalidad de esta última expresión, entendió que el aval tan solo alcanzaba la suma de treinta y seis mil euros; sin embargo, este planteamiento no puede ser asumido por la Sala. En primer lugar hay que tener en cuenta que la concertación de un aval bancario o un contrato de seguro para garantizar las cantidades entregadas a cuenta por los futuros compradores de viviendas, con carácter previo al inicio de la construcción o durante el desarrollo de la misma, deviene obligatoria, en virtud de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 57/1968 , como una garantía establecida en beneficio del consumidor. Por lo tanto si, documentalmente ha sido acreditado que el comprador efectuó a cuenta de la compraventa de dos viviendas la entrega de un total de setenta y dos mil euros, la garantía de devolución de las cantidades entregadas a cuenta con sus intereses, otorgada por la demandada, con carácter general, a los futuros adquirentes de viviendas, debe comprender la totalidad de las mismas, sin que se exonere de dicha obligación el hecho de que parte de ellas no fueran objeto de ingreso en la entidad avalista, pues en definitiva, esta cuestión pertenece al ámbito de las relaciones entre la promotora avalada y la mercantil avalista, sin que por ello pueda oponerse al demandante, que cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato de compraventa, entrego al promotor las cantidades a cuenta designadas en el contrato. Por otra parte el hecho de que en el texto del aval refleje en su último párrafo que se entrega al demandante "como adquirente de una de las viviendas", probablemente porque se trate de un texto normalizado que se entrega a los adquirentes de cada una de las vivienda, que no prevé la contingencia de que un mismo adquirente lo sea de dos o mas, no tiene relevancia suficiente para estimar que dicho documento alcanza solamente a las cantidades entregadas a cuenta de una sola de las viviendas, cuando la generalidad con la que esta redactado el cuerpo de dicho escrito permite inferir racionalmente la intención de garantizar la totalidad de la cantidades entregadas; lo que en definitiva conduce a la estimación del recurso y con el a la estimación total de las pretensiones de la demanda.

En igual tendencia citamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección:10,Nº de Recurso:644/2012, Nº de Resolución:78/2013 de Fecha 20/02/2013,Ponente:MARIA JOSEFA RUIZ MARIN que en sus Fundamentos de Derecho dice:"...No ha sido desvirtuado en las actuaciones ni objeto de prueba en contrario sobre la realidad del pago que aquí se alega sin prueba alguna de ello, más que simples deducciones o manifestaciones carentes de prueba objetiva, como de igual modo no sea acreditado que las viviendas estuvieran finalizadas y a disposición de ser ocupadas por sus ocupantes, por qué la simple certificación de obras no implica tal circunstancia o disponibilidad, frente a una inexistente acreditación de una licencia de

ocupación en fecha que hubiere determinado esta realidad y disponibilidad para el uso, que aplicando lo que la propia resolución manifiesta respecto de un adquirente y del mismo inmueble si se reconoce el incumplimiento y la falta de entrega en fecha. La única cuestión discutida aquí por las partes es la realidad en cuanto a si la citada cuenta constituye y puede determinar el carácter contractual que las partes contrataron respecto de la póliza que se encuentra unida en las actuaciones documento N° 4 obrante en el folio 141 y ss. de éstas, igualmente constituye objeto y motivo de discusión si la emisión o no de un certificado de aval individual es lo que constituye la garantía y la aceptación de obligaciones como avalista en virtud de lo que no puede dudar de la existencia de la citada relación asumida anteriormente expresada en fecha 16 de enero de 2007. El artículo 1 de la citada Ley 57/1968 dispone: "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. " Artículo 3: "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 dada la regulación legal citada, no podemos entender que nos hallamos ante una mera obligación administrativa y como tal, sancionable en dicho ámbito, sino ante una obligación impuesta por ley, a la que el consumidor no puede renunciar, y cuyo incumplimiento es causa de resolución del contrato, puesto que en caso contrario, se priva al comprador-consumidor de la posibilidad de recuperar las cantidades entregadas a cuenta del precio. Sin embargo, toda la normativa que hemos reseñado más arriba tiene por finalidad la protección del consumidor mediante el adecuado aseguramiento de las cantidades que entrega a cuenta antes de recibir la vivienda construida o por construir, eludiendo el riesgo del incumplimiento del vendedor y de la insolvencia fortuita o no de éste, lo cual ha

sido frecuente en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Y es por ello un conjunto de reglas de derecho necesario de especial relevancia para la garantía del adquirente de viviendas con obligación a término por parte del comprador, cuya entrega no se produce en el momento de la firma de la compraventa, a pesar de que sí se adelanta una parte del precio. 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." Se ha de precisar que la póliza se otorga el día 16 de enero de 2007 denominado Contrato de Cobertura de Línea de Avaluos en los términos exactos del (doc. N° 4). Se trata por tanto de una póliza que tiene pleno encaje en el régimen jurídico fijado por la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, de conformidad con lo indicado en el artículo 1 de dicha norma. El artículo 7 de la mencionada ley establece que los derechos que otorga la presente ley a los cesionarios tienen el carácter de inalienables. Admitir la existencia de un límite en la cuenta garantizada además de supeditar la eficacia del aval a la existencia de certificaciones de documentos individualizados de aval, supone limitar los derechos de los cesionarios de las viviendas, que están expresamente recogidos en la ley 57/68 se permitiría de esta forma reducir las garantías que otorga al consumidor la ley, por un pacto entre el promotor de la vivienda y la entidad bancaria o aseguradora, que no ha sido suscrito por el cesionario de la viviendas y que permitiría al promotor dotar de apariencia de legalidad la venta de la promoción, cuando en realidad se está dejando de asegurar al comprador la devolución de las cantidades. El comprador de la vivienda no tiene porque conocer los términos del aseguramiento concertados entre el promotor y el Banco de Andalucía SA., ni tampoco está vinculado por los mismos, pues se encuentra protegido por la garantía que le otorga la Ley 57/68. Así la SAP, Civil sección 8 del 20 de mayo del 2010 señala: "Es por esto que el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 19 de julio de 2004 , señaló que la pretensión del avalista (en su caso, era una aseguradora) de trasladar o hacer recaer sobre los actores las consecuencias de la falta de armonía o desajuste con la Ley 57/68 del seguro concertado con la sociedad promotora de la construcción en tiempo muy posterior al contrato de venta y esta pretensión es inadmisibles, dado que aquellos se limitaron a cumplir con las obligaciones contractuales y no intervinieron en la concertación del seguro"La eneral vendría dada por el hecho de que la vulneración de la norma imperativa tiene como consecuencia derivada de lo dispuesto en el artículo 6 párrafo 3º del Código Civil , es decir, que nos encontremos con estipulaciones contrarias a la ley y por ello nulas, que han de tenerse por no puestas; la particular, derivaría de la aplicación de la Ley 26/1.984, de 19 de julio, LGDCU, de protección de los derechos de los consumidores y a su través, del concepto de abusividad". La entidad Bancaria hoy demandada niega la existencia de una cuenta especial en su entidad. Esta circunstancia nada obsta a la validez del aval, y en el caso de que no existiera dicha cuenta que no se ha

acreditado así; sería un incumplimiento más de la entidad promotora, que en modo alguno exonera de la obligación legal que le impone a la entidad avalista la ley 57/68, y si no se mostró conforme con esta única cuenta operativa nada ha acreditado en contrario ni una acción en contrario de lo que realmente estaba sucediendo respecto de este contrato y de la cuenta designada y por tanto habrá de asumir por ello las responsabilidades de no actuación contraria a los actos que devienen propio como la propia resolución de instancia manifiesta y concluye, no pudiéndose ahora hacer manifestaciones sobre lo que manifiesta la entidad promotora y en relación a la actividades y actos hacia y manifiesta ahora contrarios a derecho cuando no sé momento de efectuarlo sino durante la vigencia del contrato y el desenvolvimiento de éste Por todo ello no cabe sino estimar la demanda frente a la entidad demandada Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria SA., procediendo en base a todo lo anteriormente expuesto, y habiéndose desestimado la errónea valoración de prueba y la alegación de la incongruencia en base a lo anteriormente expuesto y con reiteración de ello procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la resolución por estar ajustada a derecho...".

Disintiendo del criterio anterior referimos la STS 499/2013, recursos nº 1410/2010, de 05/02/2013, Ponente FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS que en uno de sus Fundamentos refiere "CUARTO .- Motivo primero. Infracción por inaplicación del art. 3 en relación con los arts. 1 , 2 y 7 de la ley 57/1968, de 27 de julio .Se estima el motivo .Se alega que pese a ser requerida la vendedora no entregó el aval que garantizase las cantidades entregadas a cuenta, siendo ello una obligación esencial. El artículo primero de la Ley 57/1968 establece la necesidad de que la promotora garantice la devolución de las cantidades entregadas antes y durante la construcción, respondiendo también de la terminación en el plazo convenido. El artículo segundo insiste en esta obligación, debiendo hacer entrega el cedente al otorgamiento del contrato, del documento que acredite la garantía. El artículo tercero permite al cesionario la rescisión con devolución de las cantidades entregadas a cuenta cuando ha expirado el plazo para la terminación de la obra. En igual sentido la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/89.Sobre el particular ha declarado la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2011, rec. 588 de 2008 : Como principio general, procede sentar que la omisión del aval o garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el artículo 1 de la Ley 57/1968, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial, sin embargo en el supuesto del debate, se alcanzan otras conclusiones. En el mismo sentido se considera esencial la mencionada obligación, la sentencia de esta Sala de 10-12-2012, rec. 1044 de 2010 .A la vista de esta doctrina hemos de resaltar la importancia de garantizar las cantidades entregadas a cuenta, deber que se impone legalmente, y que

contractualmente quedó plasmado en la estipulación séptima del contrato, en la que la sociedad vendedora se obligaba a la entrega del aval. Dicho aval pretende asegurar a los compradores frente a los incumplimientos de los vendedores, en cuanto a la entrega de la obra en plazo, exigiendo a la promotora la inversión de las cantidades entregadas en la obra concertada (preámbulo de la Ley 57/1968), previsión legal cuya necesidad se refuerza en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de la garantía que estamos analizando. En el presente caso, los compradores ante el retraso en la terminación de la obra en el plazo pactado, requirieron para la entrega del aval, sin resultado, resolviendo el contrato ante la dilación en la entrega, de acuerdo con las previsiones contractuales y legales que obligan al vendedor a la entrega del aval al momento de otorgamiento del contrato y sin necesidad de intimación previa. En autos consta que antes de la terminación de la obra, se había requerido para la entrega de aval, se había requerido de resolución contractual y se había interpuesto la demanda. Por lo expuesto, ante el incumplimiento de una obligación esencial del contrato (entrega de aval o seguro), de forma reiterada y grave procede acceder a la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el art. 1124 del C. Civil. Tiene declarado la Sala que, para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento se han esgrimido por autorizada doctrina varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por "producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin". (STS, Civil sección 1 del 10 de Noviembre del 2011. Recurso: 271/2009). No procede condena al Banco de Santander, pues la obligación que le impone la Ley 57/1968 es la de que las cantidades entregadas a cuenta se ingresen en una cuenta especial (artículo primero, segunda), pero la norma no le impone la obligación de velar por la entrega de los avales por parte de la vendedora. De la póliza firmada entre el banco y la promotora tampoco se deduce que la entidad bancaria tuviese obligación de entregar el aval directamente al comprador, pues siempre lo emitiría a petición del promotor...".

3) Valorando la resultancia expuesta en el primer apartado del presente bajo el anterior prisma doctrinal y, como se ha adelantado al inciarlo, el recurso al disentir de la valoración de las pruebas que hace el juez de instancia incurriendo en la vulneración de las normas que en él se citan, se ha de acoger en su primer motivo, por ello, sin necesidad de entrar en los siguientes, con la correlativa estimación íntegra de la demanda en su primer pedimento.

En efecto, además de no constar que la cuenta que aparece designada como especial en el aval lo era, en cuanto que no consta ni su calificación como tal ni su contrato de apertura por BANCAJA, ni el no ingreso en ella de las

sumas dadas a cuenta de la compraventa por la actora ni la falta de expedición del mismo en su certificado individual, son imputables a la no diligencia de ésta o le son oponibles como consumidora, ni eluden la aplicación de la Ley 57/1968 ni de la DA1º de la LOE en lo que a los efectos de esta garantía se refiere.

Además, esa cuenta que figura en el aval suscrito entre las entidad promotora y la avalista, no consta que se le facilitara a la actora al no expresarse en el contrato de compraventa ningún número, por lo que es lógico y nada más se le puede exigir a ésta, si las las sumas dadas a cuenta del precio de ese contrato, no las ingresó en tal cuenta especial si no en otra de su misma sucursal a nombre de la primera, que es la que en realidad, según dicha Ley 57/1968 carácter imperativo, y a su vez la que sí tiene esa obligación de ingreso con esa ubicación como se pactó en aquel.

Por otro lado, el incumplimiento de esta obligación de entrega de un aval individual para cada adquirente frente al colectivo existente mercede el mismo tratamiento que la anterior de que no es oponible al comprador-consumidor y, a mayor abundamiento, en cuanto que en éste se convino que sería la promotora la que podía solicitarlo, su inexistencia por esa falta de petición no le priva de eficacia, por lo que la demandada en su virtud ha de devolver dada la falta de entrega de la vivienda objeto de la compraventa en plazo la suma en aquel garantizada como anticipo de su precio de 71.000 euros reclamados en el primer petitum de la demanda más los intereses en ella reclamados no controvertidos por aquélla, todo ello en cumplimiento del art. 3 de la Ley 57/68 que señala: "*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*".

TERCERO.- Por los anteriores pronunciamientos, de estimación íntegra de recurso y de la demanda, no se hace expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias, de las de la primera por las dudas de derecho concurrentes derivadas de la citada jurisprudencia contradictoria que sobre estos supuestos hemos transcrito y, de las de la segunda por esa estimación de tal recurso, de conformidad con los arts. 394 y 398 de la LEC .

En su virtud, vistos los preceptos de legal y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que con estimación total del recurso de apelación formulado por la representación de D^a XXXXXXXX SEGURIDAD AVANZADA BIOMÉTRICA, contra la sentencia de fecha 26 de marzo del 2014 dictada por el juzgado de 1^o instancia n^o 14 de VALENCIA, debemos revocarla y la revocamos, y en su lugar dictar otra, por la que se estima íntegramente la demanda y se condena a BANKIA S.A al pago de 71.000 euros mas sus intereses legales desde su pago al promotor hasta su efectivo cobro. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias.

Contra la presente resolución no cabe Recurso de Casación atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casacional, en el plazo de 20 días, si en la resolución concurren los requisitos establecidos en el artículo 477-2-3^o, en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011, y en talcasorecurso extraordinario por infracción procesal

Y a su tiempo con testimonio literal de la presente resolución, devuélvanse las actuaciones al juzgado de procedencia, para constancia de lo resuelto y subsiguientes efectos, llevándose otra certificación de la misma al rollo de su razón.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Doy fé: la anterior resolución, ha sido leída y publicada por el Iltmo/a. Sr/a, Magistrado/a Ponente, estando celebrando audiencia pública, la Sección Séptima de la Iltma. Audiencia Provincial en el día de la fecha. Valencia, a tres de julio de dos mil catorce.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el infrascrito Secretario, para hacer constar que, seguidamente, se notifique la anterior resolución mediante envío de copia por el sistema de LEXNET a los Procuradores Sres. **ENRIQUE ERANS BALANZA** y **ONOFRE MARMANEU LAGUIA**, haciendo saber a las partes, que contra la presente resolución no

cabe recurso alguno atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casacional en el plazo de VEINTE DIAS si en la resolución concurren los requisitos establecidos en los artículos 477-2-3º y 477-3 en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre de 2011, y en tal caso, recurso extraordinario por infracción procesal y la necesidad de constitución de depósito para poder recurrir, debiendo ingresar la suma de 50 Euros , en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 4506 abierta a nombre de éste Tribunal en el Banco de Santander, acreditando documentalmente dicho depósito.Doy fé.