

Rollo n° 000265/2014

Sección Séptima

SENTENCIA N° 250

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 doce de septiembre de dos mil catorce.

X

Vistos, ante la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario - 000600/2013, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 22 DE VALENCIA, entre partes; de una como demandantes - apelante/s
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, 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 demandada - apelado/s BTA INSURANCE JOINT STOCK COMPANY UAB BTA DRAUDIMAS, dirigido por el/la letrado/a D/D^a. y representado por el/la Procurador/a D/D^a SUSANA PEREZ NAVALON.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr./Sra. Magistrado/a D/D^a. **MARÍA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA.**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 22 DE VALENCIA, con fecha 2 de abril de 2014, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimo íntegramente la demanda presentada por el procurador d. Enrique Erans Balanza en nombre de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX contra Bta Insurance Joint Stocks Company sin hacer condena en costas".

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 8 de septiembre 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 JURÍDICOS:

PRIMERO. La representación procesal de don XXXXXXXX y XXXXXX formularon demanda de juicio ordinario contra BTA INSURANCE JOINT STOCK COMPANY (UAB BTA DRAUDIMAS), pidiendo la condena a los demandados a pagar a los actores la suma total de 77.040 € en la proporción que se indica, así como los intereses legales, en su condición de aseguradora de las cantidades que los actores anticiparon al adquirir sus respectivas viviendas en el complejo Trampolín Hills, dado que pese al tiempo transcurrido las viviendas no se han construido. De forma alternativa solicita que se condene a la demanda a hacer entrega a cada uno de los actores de la póliza individual que garantice la devolución de las cantidades que anticiparon a Solera el Trampolín SL, al amparo de la Ley 57/1986.-

La demandada se opuso a la pretensión actora invocando la falta de representación, la falta de legitimación pasiva y la prejudicialidad penal. Respecto del fondo del asunto alegó que desconocía a los actores; invocaba que las cantidades que decían haber pagado no se habían ingresado en la cuenta que se indicaba en la pretendida póliza de seguro; y que existía otra póliza de seguro, suscrita con otra aseguradora que era la que garantizaba las cantidades. En el punto cuarto de su escrito de contestación alegaba que la póliza no había sido suscrita por el promotor ni se ha liquidado prima alguna, tratándose de una simple proposición de seguro colectivo. Tampoco se había emitido ninguna póliza individual, lo que le privaba de toda validez a la póliza colectiva frente a los adquirentes.

La sentencia de instancia rechaza las excepciones y desestima la demanda resolución contra la que se alza la parte actora invocando diversos motivos que

pasamos a examinar. La parte demandada ha pedido la confirmación de la citada resolución.

SEGUNDO. En la resolución del presente recurso de apelación hemos de partir de las siguientes consideraciones:

I) Lo dispuesto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 4, conforme al cual <<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.>>

II) 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, Cendoj: STS 255/2009 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>>

III) Que este Tribunal de apelación es soberano para valorar la prueba practicada en la instancia y, por lo tanto, apreciarla, de forma divergente, a la efectuada por la Jueza de Primera Instancia. Ello es así, dado que la apelación se configura como "revisio prioris instantiae" o revisión de la primera instancia, que atribuye al tribunal de la segunda, el control de lo actuado en la primera, con plenitud de cognición, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio fácti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris) y, en este sentido, podemos citar las SSTs de 15 de junio y 15 de diciembre de 2010, 7 de enero y 14 de junio de 2011 entre las más recientes. En definitiva, como señala la STS de 21 de diciembre de 2.009: "el órgano judicial de apelación se encuentra, respecto de los puntos o cuestiones sometidas a su decisión por las partes, en la misma posición en que se había encontrado el de la primera instancia". Criterio reiterado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2011, Número de Recurso, 1272/2007, Ponente don Francisco Marín Castán y la de 14/06/2011 (rec. 699/2008).

TERCERO. Igualmente estimamos necesario traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como de las Audiencias Provinciales y, concretamente, de esta Audiencia, en la que se analizan las características de la

garantía que exige la Ley 57/1968 sobre entregas a cuenta para el pago del precio de las viviendas, cuya su vigencia ha sido reiterada por la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, en su Disposición Adicional Primera.

Igualmente se examinan la eficacia de las pólizas colectivas cuando no van acompañadas de las individuales así como de los ingresos a cuenta efectuados en cuentas distintas de las especiales.

Así, del Tribunal Supremo, destacamos:

La Sentencia del 13 de septiembre de 2013, en la que analizan las características del aval regulado en la Ley 57/68, Roj: STS 4496/2013, Nº de Recurso: 281/2013, Nº de Resolución: 540/2013, Fecha de Resolución: 13/09/2013, Ponente: FRANCISCO MARÍN CASTAN.-

<<NOVENO.- Regulación legal del seguro de caución y garantías legales de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas.

El seguro de caución aparece definido en el art. 68 LCS en los siguientes términos: "Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurado deberá serle reembolsado por el tomador del seguro". Esta norma debe ponerse en relación con otras de la propia LCS, en especial su art. 1 según el cual " [el contrato de seguro es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas"; y su art. 3, que en los incisos segundo y tercero de su párrafo primero dispone lo siguiente: "Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito".

En cuanto a las garantías legales de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas, la norma básica es la Ley 57/68, dictada, según su preámbulo, ante "la justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos". Estos ofrecimientos son los mencionados en el párrafo primero del propio preámbulo cuando constata que "es frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella". Por eso, como finalidad de esta ley

se declara la de "establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta no se lleve a cabo", de modo que "se estima necesario extender a toda clase de viviendas" las medidas de garantía que para las viviendas protegidas estableció el Decreto de 3 de enero de 1963 y se valora positivamente la jurisprudencia penal "al dar vida al denominado delito único, delito masa, ya que los actos que se realicen y afecten a la comunidad o convivencia social y al interés público son dignos de la mayor protección".

Compuesta en su origen de solamente siete artículos (hoy seis por la derogación de su art. 6 en 1995), dos disposiciones finales y una disposición adicional, y declarada expresamente vigente en 1984 por la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de ese año (apdo. 2.h. de su disposición derogatoria), interesa destacar, como más relevantes para la decisión del recurso, sus artículos 1, 2, 3, 5 y 7 cuyo contenido es el siguiente:

"Artículo 1

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.

Artículo 2.

En los contratos de cesión de las viviendas a que se refiere el artículo primero de esta disposición en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas deberá hacerse constar expresamente:

a) Que el cedente se obliga a la devolución al cesionario de las

cantidades percibidas a cuenta más el seis por ciento de interés anual en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la Cédula de Habitabilidad.

b) Referencia al aval o contrato de seguro especificados en la condición primera del artículo anterior, con indicación de la denominación de la Entidad avalista o aseguradora.

c) Designación de la Entidad bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado.

En el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio.

Artículo 3.

Expresado el plazo de iniciación de las obras 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 periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

El 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.

Artículo 5.

Será requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el periodo de construcción, que se haga constar en las mismas que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley; haciendo mención expresa de la Entidad garante, así como de las Bancarias o Cajas de Ahorro en las que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas en cuenta especial. Dichos extremos se especificarán en el texto de la publicidad que se realice.

Artículo 7.

Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables".

En su disposición adicional se autorizaba al gobierno para que por

Decreto y en el plazo de seis meses se adaptaran los principios de la ley "que pudieren serles de aplicación a las comunidades y cooperativas de viviendas". Y en ejercicio de tal facultad se dictó el Decreto 3114/1968, de 12 de noviembre, compuesto también de solamente siete artículos y de los que interesa destacar, para la decisión del recurso, los artículos 1 , 2 , 3 y 4 cuyo contenido es el siguiente: [...]

Finalmente, la otra norma con rango de ley que se refiere a las garantías de las cantidades anticipadas es la disposición adicional primera de la LOE de 1999, cuyo contenido es el siguiente:

"La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/68, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:

a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.

b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/68 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley.

c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

d) Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del art. 6 de la citada Ley, se impondrán por las comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

DÉCIMO.- Valoración de la Sala: estimación de los motivos.

La regulación legal anteriormente expuesta, tanto del seguro de caución como de la garantía de las cantidades anticipadas para la adquisición de una vivienda, determina que los motivos primero al séptimo del recurso deban ser estimados por haber infringido la sentencia recurrida las normas citadas en los mismos.

*La razón básica o fundamental es que **el contrato de seguro de caución documentado en la póliza global** de 22 de noviembre de 2007 describía el tipo de riesgo como "SEGUROS DE CAUCIÓN EN GARANTÍA DEL BUEN FIN DE LOS ANTICIPOS DE LOS COOPERATIVISTAS DE LA PROMOCIÓN, 120 VRL+ 50 VPP ÁMBITO URBANÍSTICO VALDEBEBAS US 4.01" (significando "VRL" viviendas de renta libre y "VPP" viviendas de protección pública), y por buen fin de los anticipos tan solo cabe entender, tanto en lenguaje jurídico como en lenguaje vulgar, la compra de los terrenos, el comienzo de las obras, su*

terminación y la entrega de las viviendas a los cooperativistas, quienes conforme al mismo contrato eran los asegurados, es decir los titulares del derecho a la indemnización, según el art. 68 LCS, en caso de incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales por el tomador, es decir la cooperativa.

Hasta tal punto es así que, incluso aunque se prescindiera de la Ley 57/68 y el seguro litigioso se considerase voluntario y no obligatorio, también los asegurados tendrían derecho a ser indemnizados por haberseles garantizado en el contrato, de forma clara, el buen fin de sus anticipos, buen fin que se reiteró por Asefa, como tipo de riesgo, en el suplemento de aclaración de la póliza de 15 de diciembre de 2008 (doc. nº 72 de la demanda) que se emitió a causa de una modificación en el número de viviendas de renta libre y de protección pública de la promoción, que pasaron a ser 120 de protección pública y 50 de renta libre.

Por otra parte, el que los certificados individuales del seguro entregados a cada cooperativista dijeran no garantizar "el buen fin de la mencionada promoción de viviendas, ni la entrega de las mismas" es irrelevante, porque al ser unos documentos unilaterales, es decir elaborados por Asefa y carentes de otra parte como contratante, no podían alterar el contrato bilateral, documentado en la póliza, ni menos aún, evidentemente, limitar, en contra del principio recogido en el art. 3 LCS, los derechos de los asegurados. La limitación contenida en los certificados podrá ser un simple error o podrá ser una estratagema de la aseguradora en prevención de un futuro siniestro, pero resulta ineficaz contractualmente.

*A la razón básica o fundamental expuesta hasta ahora, suficiente por sí sola para casar la sentencia recurrida al desvirtuar sus argumentos de que el certificado individual "ya es mucho más preciso" (FJ 3º) y de que **"las pólizas individuales de los cooperativistas", en realidad inexistentes porque no eran pólizas sino certificados, no decían que el seguro fuera de los comprendidos en la Ley 57/68 (FJ 6º), se unen las siguientes:***

1ª) No es cierto, pese a que así lo considere la sentencia recurrida, que las condiciones de la póliza especiales para cooperativas digan "de forma muy clara" que el objeto del seguro "no es el de la Ley 57/68" (FJ 3º). Antes al contrario, la lectura de esas condiciones especiales, a las que se remiten las condiciones particulares mediante la fórmula "VER CONDICIONES ESPECIALES AL DORSO", revela por sí sola que no hacen alusión alguna a la Ley 57/68, ni para incluir el seguro en su ámbito ni tampoco para excluirlo, y, además, que la aseguradora era perfecta conocedora de los contratos mediante los cuales se fueron incorporando los demandantes a la cooperativa, pues la condición especial 4ª establece que "[la cantidad máxima garantizada a cada asegurado es la cifra consignada en los Certificados de Seguro de Caución, cifra que se obtiene a partir de la información contenida en los contratos de adhesión de los cooperativistas a la Cooperativa" . Esto último, a su vez, se corresponde con otra característica más de los seguros obligatorios de la Ley

57/68, pues la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas dispuso, en su art. 4, que en el condicionado general del contrato de seguro colectivo figurase como condición mínima, uniforme para todas las entidades aseguradoras, que: "a) Formasen parte del seguro los respectivos contratos de cesión de viviendas, la redacción de los cuales, así como la de cualquier modificación de sus términos, ha de haberse sometido al propio conocimiento de la Entidad aseguradora".

2ª) El razonamiento de la sentencia recurrida acerca de que el siniestro era "la realización por parte de los órganos rectores de la cooperativa de gastos desproporcionados para la compra de terrenos etc., y la indiligencia en la gestión y control de la cuenta por la aseguradora que la fiscaliza" es contrario a la estructura del seguro de caución resultante del art. 68 LCS, porque asegurarse frente a la "indiligencia" de la aseguradora equivale a que esta fuera aseguradora de sí misma y no de los cooperativistas frente a los incumplimientos de la cooperativa para con ellos.

3ª) Precisamente el dato de que la aseguradora, además de cobrar a cada asegurado la prima proporcional del seguro de caución, percibiera también una retribución por controlar y fiscalizar las cuentas especiales, como prestadora de un servicio aparte, demuestra por sí solo que el objeto del seguro no podía limitarse a esa labor fiscalizadora. Y buena prueba añadida de esto es que la aseguradora demandada eludió ese dato en su contestación a la demanda y luego ha tratado de justificarlo amparándose en "la práctica aseguradora" (p. 39 de su escrito de oposición a los recursos), llegando hasta el punto de, ante la dificultad de vencer lo que legal y contractualmente está claro, alegar una posible nulidad del contrato de seguro, al amparo del art. 4 LCS, "al no existir riesgo alguno en el momento de su suscripción" (p. 47 de su escrito de oposición a los recursos).

4ª) Los esfuerzos de la sentencia recurrida por encontrar en normas de rango inferior a la ley argumentos favorables a su tesis interpretativa del seguro litigioso como un seguro "de Tramo I" carecen de sentido cuando la norma especial de adecuación de la Ley 57/68 a las cooperativas, es decir el Decreto 3114/1968 parcialmente transcrito en el fundamento jurídico anterior, distinto del Decreto 2114/1968 de 24 de julio al que atiende la sentencia recurrida y que en realidad es la disposición por la que se aprobó el Reglamento de la Ley sobre viviendas de Protección Oficial, somete a la Ley 57/68 el anticipo de cantidades previo incluso a la adquisición del solar, es decir en esa "fase embrionaria" que tanto la aseguradora demandada como la sentencia recurrida consideran excluida de dicha ley.

5ª) Se trata, por tanto, no de un problema de jerarquía normativa, que no lo hay, ni tampoco de derogación de unas normas por otras posteriores de superior rango, sino de prevalencia de la ley especial sobre la general, de que la promoción de viviendas en régimen de cooperativa tiene sus propias

peculiaridades y entre estas se encuentra el de la unión de esfuerzos desde un principio para adquirir los terrenos y, por tanto, el anticipo inicial de sumas muy importantes de dinero, mucho más elevadas que las habitualmente entregadas cuando la promoción se ajusta a otro régimen distinto, que la ley también quiere garantizar. Es desde este punto de vista como debe interpretarse la disposición adicional primera de la mucho más reciente LOE de 1999 cuando extiende las garantías de la Ley 57/68 a la "promoción de toda clase de viviendas, incluso las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa", y no como propone la aseguradora demandada argumentado que al tratarse de una ley sobre edificación la garantía de los anticipos solo sería exigible una vez comenzada la construcción. En definitiva, el riesgo asegurado por el seguro de caución en los casos de promoción en régimen de cooperativa es el fracaso del proyecto, y a esta conclusión conducen tanto la ley como las condiciones particulares del seguro litigioso no desvirtuadas por las especiales; como los términos de los contratos de adhesión de los cooperativistas demandantes; como la publicidad que hizo Gesteco; como, en fin, los certificados de las entidades financieras en las que se abrieron las cuentas especiales. Frente a este conjunto de argumentos no puede prevalecer la "práctica aseguradora" constantemente invocada por Asefa en defensa de la distinción entre seguros "de Tramo I" y de "Tramo II" o de que sea compatible cobrar dos veces por lo mismo, porque ni esa "práctica aseguradora" se incorporó al contrato distinguiendo entre Tramo I y Tramo II ni ninguna "práctica aseguradora" puede dejar sin efecto normas imperativas que garantizan derechos irrenunciables.

6ª) En último extremo, cualquier duda interpretativa de las normas aplicables al caso tendría que resolverse aplicando la Constitución, y es insostenible que después de la Constitución, cuyo art. 47 reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y cuyo art. 51 impone a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, la protección de cooperativistas que se encuentran en la misma situación que los demandantes pueda ser inferior a la que habrían tenido en el año 1968, como si el detalle de las normas administrativas sobre cédulas urbanísticas y calificación provisional tenidas en cuenta por la sentencia impugnada fueran capaces de diluir una protección que, arrancando del año 1968, hoy solo puede entenderse reforzada y no disminuida.

7ª) Mediante todas las razones anteriores queda claro que esta Sala resuelve "únicamente conforme a Derecho", como pide la aseguradora demandada en la página 14 de su escrito de oposición. Esta petición se funda en que la aseguradora teme "una perversión no ya de nuestro sistema de justicia, sino de las mismas bases sobre las que se fundamenta nuestra convivencia, lo que conduciría a otorgar siempre una mayor razón a la mayoría -cualquier mayoría- frente a quienes sostienen una posición minoritaria", ya que, sigue diciendo Asefa, "nuestro sistema jurídico no quiso una justicia distributiva o

social, sino un sistema de distribución de responsabilidades basado en Derecho, pues sobre esos principios se asienta todo el edificio constitucional español. Es, en suma, en esta posición objetiva, equidistante y desapasionada donde se debe enmarcar la labor del Alto Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos"

Pues bien, precisamente es conforme a la Constitución y a la ley como esta Sala ha resuelto los motivos de casación examinados, dándose en este caso la circunstancia de que un elevado número de personas tiene la ley de su lado, especialmente una ley que, como la de 1968, se dictó por "la justificada alarma" que en la opinión pública había producido "la reiterada comisión de abusos" que constituían una "grave alteración de la convivencia social" ; es decir, atendiendo a un factor social cuya relevancia jurídica no puede desdeñarse porque la proclamación de España como "un Estado Social y democrático de Derecho" , en el artículo 1 de nuestra Constitución , no es una declaración puramente simbólica o retórica, sino la introducción a los valores que acto seguido se enuncian como "superiores de su ordenamiento jurídico" y, por consiguiente, de ineludible consideración en la interpretación de las normas.>>

Si bien de modo indirecto, es analizada la cuestión de la póliza colectiva por el **Tribunal Supremo en el Auto del 14 de enero de 2014**, la eficacia de las denominadas pólizas colectivas. Roj: ATS 292/2014, Nº de Recurso: 505/2013, Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN:

<<3.- A mayor abundamiento, el recurso de casación interpuesto incurre, además, en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional por cuanto la aplicación de la jurisprudencia invocada carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la razón decisoria o «ratio decidendi» de la sentencia recurrida (art. 483.2, 3º LEC).

Así, la parte recurrente sostiene en su escrito de recurso que la falta de suscripción del seguro de afianzamiento, por no haberse emitido las pólizas individuales, supondría un incumplimiento por parte de la promotora codemandada de sus obligaciones contractuales, pero que no podría conllevar, de ningún modo, la condena de la aseguradora recurrente. Elude, así, la parte recurrente que la resolución impugnada, tras examinar la prueba practicada y confirmando las determinaciones del juzgador de Primera instancia, concluye que tanto la promotora como la aseguradora, ahora recurrente, no procuraron realizar los correspondientes afianzamientos individualizados de las compraventas que se habían comprometido por la promotora, lo que supone una falta diligencia injustificable que no resulta repercutible a los adquirentes de las viviendas, pues concernía a los contratantes de la póliza colectiva inicial desplegar los trámites para la invocada cumplimentación.>>

La Audiencia Provincial, en la Sentencia del 19 de diciembre de 2012 (ROJ: SAP CR 1363/2012), Sentencia: 342/2012, Recurso: 362/2012, Ponente: ALFONSO MORENO CARDOS objeto de la presente resolución manifiesta: <<SEGUNDO .- La Sala ha de comenzar por sentar algunas de las evidencias

*concurrentes en la cuestión debatida, a propósito de la oposición deducida por la aquí apelante a indemnizar a los adquirentes de viviendas que entregaron sumas a cuenta y cuyo negocio jurídico se vio truncado por incumplimiento del promotor, consistentes en que la aseguradora dicha concertó póliza de afianzamiento para todo el edificio en cuestión y lo realizó con el promotor, conociendo perfectamente las exigencias de la Ley 57/68 de 27 Julio que invoca en este proceso, en concreto en lo relativo al capítulo de individualización del afianzamiento. La póliza colectiva referida fue suscrita entre los codemandados el 25 febrero 2008 y fue útil para que la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda (doc. 38 demanda) autorizara a la promotora a percibir cantidades a cuenta, precisamente para diligenciar también lo exigido por la misma Ley citada. Dicho contrato cubría el riesgo hasta la obtención de la Cedula de Calificación Definitiva, Cedula de Habitabilidad o Licencia de Primera Ocupación. **La apelante, desde luego, no ha probado que se produjera la cancelación de la póliza**, en todo caso, no antes de que operara el incumplimiento contractual en el marco de la cobertura. Al respecto, consta en las actuaciones que la mencionada Conserjería, el 16 Marzo 2011, acordó archivar las actuaciones por no haberse acreditado la terminación de las obras en el plazo concedido.*

*TERCERO.- Por lo que acabamos de señalar, es claro que **existía vigente la póliza de afianzamiento colectivo y que si tanto la promotora como la aseguradora no procuraron realizar los correspondientes afianzamiento individualizados de las compraventas que se habían comprometido con la promotora, no es efecto o consecuencia oponible a los adquirentes con los que no se trató siquiera complementar la póliza que se arguye por la Aseguradora.** Es más, ni consta que se les comunicara la concertación de la póliza colectiva de afianzamiento, por lo que de modo alguno puede repercutirles consecuencias como las pretendidas por la recurrente cuando concernía a los contratantes de la póliza colectiva inicial desplegar los trámites para hacer la invocada complementación. Tal falta de diligencia injustificable ha de comportar, consiguientemente, la confirmación de la sentencia, ya desde tal interpretación favorable a los compradores como desde la misma perspectiva de la protección de consumidores, en la medida que supondría una limitación de sus derechos, por incumplimiento del empresario/promotor, que se halla vedado al suponer una limitación de los consumidores merced a configuración de cláusula que, desde la perspectiva de estos a los que se pretende trasladar sus efectos, se ha de considera abusiva, conforme el art. 86.1 y 89.2 en relación al 82.4 b) del Texto Refundido Ley General Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 noviembre y, en definitiva, no resulta repercutible a los aquí contratantes de la adquisición de vivienda de autos.>>*

En la Sentencia del 07 de mayo de 2014(ROJ: STS 2391/2014),

Sentencia: 218/2014, Recurso: 828/2012, Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS, dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo y en la que se fija doctrina sobre algunas materias, nos dice: <<TERCERO.-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.

La Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/89 marca límites a los intereses.

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..."

En el mismo sentido se considera esencial la mencionada obligación en la sentencia de esta Sala de 10-12-2012, rec. 1044/2010 y en la de 5-2-2013, rec. 1410/2010.

A la vista de esta doctrina hemos de resaltar la importancia de garantizar las cantidades entregadas a cuenta, deber que se impone legalmente.

El 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 destaca en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de la garantía que estamos analizando.

Sentada la trascendencia del aval, a la luz de la Ley 57/1968, debemos determinar si se trata de un aval de naturaleza autónoma supeditado solo a los términos contenidos en el mismo, o, por el contrario, está subordinado a las circunstancias de la obligación de entrega que garantiza.

Examinado, por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que, al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución, como antes dijimos.

Por ese reforzamiento de la garantía establece el art. 1, regla primera de la Ley 57/1968:

Que el avalista responderá para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Cuando el precepto establece que "por cualquier causa" no llegue a buen fin, está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que el avalista no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al art. 1853 del C. Civil.

El art. 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma, por lo que una vez se acredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas.

No puede situarse el avalista bajo el amparo del art. 1853 del C. Civil, pues el art. 1 de la Ley 57/1968 condiciona la exigencia del importe del aval al "caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido", resultando indiferente para el legislador que el retraso haya sido más o menos breve.

Este pronunciamiento sobre la obligación de pago del avalista, se hace en base a que en el presente procedimiento solo se ha dirigido la acción contra la entidad de crédito. Tampoco se pidió, por tanto, la rescisión ni la resolución frente al promotor o vendedor.

CUARTO .-Estimado el motivo y asumiendo la instancia debemos estimar íntegramente la demanda en la que se reclamaba al avalista el importe de las cantidades entregadas a cuenta por importe de 20.876,03 euros, acreditado el pago de tales cantidades mediante documentación del anticipo, del contrato y del movimiento bancario. Más los intereses legales desde la fecha en que se requirió de pago al avalista (arts 1100 y 1108 C. Civil; y disposición adicional primera c) de la Ley de Ordenación de la Edificación que deroga parcialmente la ley 567/1968 al dejar sin efecto el interés del 6%).

No puede limitarse la condena al importe del aval, por importe de 15.337,51.-€, pues como dijimos en la sentencia de 3 de julio de 2013, sentencia núm. 476/2013, recurso 254/2011:

No procede respetar los límites cuantitativos de la póliza de seguro, pues la misma, al constar que se efectuaba al amparo de la Ley 57/68, que obliga a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores.

La referida limitación cuantitativa, por debajo de las cantidades entregadas, viola el artículo séptimo de la Ley 57/1968 cuando determina la irrenunciabilidad de los derechos de los cesionarios, pues la ley establece un contenido normativo y obligatorio para los avales o seguros, en su caso, que garantizan las cantidades entregadas a cuenta, cuya cobertura no podrá ser inferior a las sumas entregada por los compradores.>>

CUARTO. Igualmente, estas cuestiones han sido analizadas por esta Sala en diversas sentencias, entre ellas, la última, la dictada en el Rollo en la sentencia dictada en el Rollo n° 000255/2014.

Así, en la sentencia dictada el día 6 de noviembre de 2009, Roj: AAP V 909/2009, N° de Recurso: 542/2009, N° de Resolución: 230/2009, Ponente: MARÍA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA, dijimos: <<TERCERO.- Además, en la resolución del presente recurso hemos de partir de que nos hallamos ante un contrato cuyas cláusulas y condiciones se hallan expresamente reguladas en la Ley, no quedando al arbitrio de las partes limitar su contenido respecto de los asegurados, adquirentes de las viviendas, por ello la aseguradora, en el artículo 1 establece: <<ASEFA S.A. SEGUROS Y REASEGUROS, garantiza a los cesionarios de viviendas, locales y plazas de garaje, reseñados como asegurados en la Póliza, que anticipen cantidades a cuenta, en los términos de la Ley 57/68 o, en su caso, el Reglamento de la Ley de Viviendas de Protección Oficial, la devolución de dichas cantidades en los casos que se determinen en las estas Condiciones Generales.

Por su parte, la citada Ley 57/1968, de 27 de julio, en su Artículo 1 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, 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.>>

Artículo 7: 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, Civil, de 9 de Abril de 2003 (ROJ: STS 2494/2003) Recurso: 2631/1997 Ponente: ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL, en la que nos indica: <<El artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio lo que trata es de garantizar al comprador de vivienda futura la devolución de las cantidades que anticipó, tanto si la construcción no se hubiera iniciado, como cuando no llega a buen fin por cualquier causa, que es el supuesto de autos. La garantía cabe prestarla por medio de contrato de seguro o por medio de aval, que se establece como solidario, a cargo de entidad bancaria y para que resulte operativa es preciso que se den los supuestos fácticos que se dejan reseñados, en cuyo caso el comprador está facultado, por la opción que la ley le concede, para rescindir el contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por ciento de interés anual (Sentencia de 15-11-1999).>>

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Julio de 2004 (ROJ: STS 5296/2004) Recurso: 2455/1998 Ponente: ALFONSO VILLAGÓMEZ 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">>

La Sentencia de la AP de Madrid, Civil, sección 11, del 27 de Diciembre de 2007 (ROJ: AAP M 16001/2007) Recurso: 542/2007 Ponente: JOSE ZARZUELO DESCALZO, en la que se establece: <<Cumplidos por tanto los presupuestos para la ejecutividad del aval, constituido en fecha distinta y posterior a la del contrato de compraventa, no puede atenderse a requisitos formales no contemplados en la Ley y establecidos entre avalada y avalista sin intervención de las beneficiarias, pues supone de hecho una renuncia por parte de éstas a los derechos que, sin duda como consumidoras de un bien de primera necesidad, les reconoce la Ley 57/68, cuando lo cierto es que el artículo 7º de la misma ley establece que "los derechos que la presente ley otorga los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciabiles", especialmente en lo referido al establecimiento de un plazo de validez del aval -hasta el 31 de agosto de 2.006- cuando la Ley es clara en que el efecto de la expedición de la cédula de habitabilidad es la cancelación del aval y por tanto en clara contravención de lo dispuesto en esa Ley de carácter tuitivo e irrenunciable, no pudiendo verse perjudicadas las consumidoras por un pacto entre avalista y promotora estableciendo un plazo de validez del aval restringido y superando los límites del plazo de entrega convenido en el contrato, vinculándolo a unos requerimientos no contemplados en la norma y excediendo las fechas pactadas, todo lo cual lleva a considerar que se vulnera la normativa contenida en la Ley 26/1.984, de 19 de julio, LGDCU, y lleva a reputar ex officio tales estipulaciones como nulas y que han de tenerse por no puestas, visto lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil , considerando el aval cuya ejecución se pretende plenamente válido, puesto que la limitación temporal de validez resulta ineficaz como óbice para la realización de un aval constituido conforme a lo dispuesto en la Ley, dentro de la finalidad de garantía de devolución de las cantidades adelantadas a cuenta caso de rescisión del contrato, y sin perjuicio>>

CUARTO: Aplicando los anteriores preceptos y la jurisprudencia que los interpreta al supuesto que enjuiciamos, comprobamos que el ejecutante y la entidad Zamir Siglo XXI suscribieron un contrato de compraventa de una vivienda en construcción, la número 10, en una urbanización que se describe.

En dicho contrato Zamir se obligó a entregar la vivienda, una vez se hallase terminada su construcción, fijándose como fecha de terminación la de abril de 2007. Igualmente se pactó la posibilidad de retraso en la entrega hasta un máximo de seis meses.

Consta acreditado que el día 6 de febrero de 2008, el hoy ejecutante manifestó a Zamir su opción por resolver el contrato y reclamar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, puesto que no se le había entregado la vivienda. Dicha notificación se hizo por medio de un Burofax que consta

entregado a Zamir en la misma fecha. Dicha opción es notificada a la entidad aseguradora el día 17 de abril de 2008.

El Ayuntamiento de Gilet, según la copia que obra unida a las actuaciones al folio 34, concedió la licencia de primera ocupación de las viviendas, entre las que se encontraba la del ejecutante, el día 14 de febrero de 2008.

Por tanto, de este relato de hechos se desprende que Zamir no entregó la vivienda dentro del plazo pactado abril de 2007, ni en el posterior, 6 meses, que se pactó como circunstancias excepcional, requisitos que no consta se hayan dado.

Sobre dicha base, el demandante, cuando formula su demandada, aporta una copia de la póliza del contrato de seguro en el que consta como asegurado, así como una copia de la licencia de primera ocupación, frente a lo cual, la parte apelante invoca que los documentos carecen de los requisitos necesarios para constituir título ejecutivo, pues la póliza es un documento privado y no consta el documento fehaciente sobre la no entrega de la vivienda. También alude a la falta de legitimación activa y pasiva.

Ambos motivos deben rechazarse porque el demandante ha aportado la copia de la póliza que, según la Ley 57/68, constituye el documento válido que garantiza la devolución, documento que no ha de revestir ninguna formalidad especial, y sobre el que no ha recaído ninguna denuncia de falsedad, en el que consta como asegurado respecto de la vivienda número 10, tipo B, póliza expedida por la ejecutada.>>

Criterio que reiteramos en la sentencia dictada el día 18 de febrero de 2011, Roj: SAP V 591/2011, N° de Recurso: 844/2010, N° de Resolución: 98/2011, Ponente: MARÍA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA.- << *En primer lugar, porque se trata de una póliza de afianzamiento cuyo contenido mínimo viene determinado por la Ley 57/1968 de 27 de julio y su vigencia ha sido reiterada por la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, en su Disposición Adicional Primera, relativa a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción, y por el artículo 15 de la Ley 8/2004 de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana.*

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, 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.>>

Artículo 7: 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 .>> [...]

Atendiendo a lo expuesto, podemos afirmar:

En primer lugar, que el Aval cuya ejecución se pretende 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, tanto en la póliza individual como en la colectiva, en el reverso, artículo 1º expresamente se indica que <<El presente contrato de seguro se rige, por lo aquí pactado, por la Ley 57/68 del 27 de Julio y demás normas aplicables>>, por tanto, la demandada apelante, cuando lo concedió conocía que no se trataba de un aval ordinario regulado por las normas del Código Civil, ni de un contrato de aval sujeto a la Ley de Contrato de Seguro, sino que se trataba del aval especial que exige la citada Ley y a la que expresamente se sometió el avalista, sin que ahora, ante la reclamación, pueda invocar que el aval prestado era de los ordinarios regulados en el Código Civil o que estaba sujeto a las condiciones generales de la Ley de Contrato de Seguro.

Como segundo motivo, porque el contrato de aval fue suscrito en el año 2006, según advierte la parte codemandada, invocando que en el citado documento, bajo el epígrafe TIPO y Nº de EXPEDIENTE, consta el número 47/2006 que se corresponde con el primitivo expediente que, por razones internas, se sustituyó por otro número de expediente, de donde podemos deducir que el contrato de aval se suscribió en el año 2006, antes de producirse el siniestro, argumento que dejamos en segundo plano porque, en manos de la codemandada estaba aportar los recibos de pago de la póliza abonados con anterioridad y, en todo caso, se trata de cuestiones a las que el actor resulta inmune.>>

En fechas recientes, la sentencia dictada el día 3 de julio de 2014, en el Rollo de Apelación 255/2014, Ponente: PILAR CERDÁN VILLALBA, se analizan igualmente estas cuestiones en los siguientes términos: <<3) Valorando la resultancia expuesta en el primer apartado del presente bajo el anterior prisma doctrinal y, como se ha adelantado al iniciarlo, 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 DA 1º 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 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 merece 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".>>

QUINTO.Partiendo de la jurisprudencia citada, nos adentramos en los motivos concretos de revocación que alega la parte actora. Como motivo primero, invoca la parte que la sentencia yerra al no estimar acreditado el pago de las cantidades anticipadas y exigir que la misma se haga en la cuenta especial y, destaca, que hicieron los pagos en un primer momento, en el año 2007 y la póliza de seguro y la cuenta en Cajamar no se autorizó hasta junio de 2008, por tanto, el promotor sería el obligado a realizar los ingresos o traspasos a la nueva cuenta especial.-

Este motivo debe acogerse, puesto que como afirma la parte recurrente, ha quedado plenamente acreditado, que los demandantes entregaron las cantidades cuya devolución reclaman, como se desprende de los documentos que se aportan y admite la administración concursal de Solera El Trampolín SL (f- 46 y 59). Estas cantidades se entregaron en el año 2007.

Así consta el pago de 38.520.- € mediante un cheque bancario librado por la Caixa a favor de Solera El Trampolín, con fecha 25 de mayo de 2007 (f. 45) realizada por los señoresXXXXXX.-

E igualmente constan las dos transferencias bancarias fechadas el 7 y el 30 de marzo de 2007 (f. 55) realizadas por los señores XXXXX.

En tales fechas la promotora tenía suscrita una póliza de afianzamiento con la mercantil SWISS, aseguradora que no se hallaba autorizada para operar en España (doc. 9). En la póliza se había fijado una cuenta bancaria especial para el ingreso de las cantidades entregadas a cuenta.

Partiendo de esta circunstancia, la afirmación de que las cantidades entregadas a cuenta no se depositaron en la cuenta especial designada, es irrelevante frente a los actores dado que ellos hicieron entrega de las citadas cantidades en el año 2007, al amparo de una póliza de seguro distinta, suscrita con SWISS, que quedó sin efecto.

La suscripción de la póliza de seguro con la demandada, tuvo lugar en julio de 2008; por tanto, correspondía a la promotora, que ya tenía en su poder el dinero, realizar el correspondiente traslado de fondos de una cuenta a otra;

Además, la cuenta especial abierta en Cajamar, tenía el tratamiento que establece la Ley 57/68 y la Compañía-Entidad Aseguradora UAB BTA DRAUDIMAS, a fecha de 28 de junio de 2008, estaba autorizada para solicitar extractos de cuenta y aclaración de los apuntes y movimientos que se producían en la misma, según el certificado emitido por Cajamar y unido al folio 101 y la carta incorporada al folio 102.

Como segundo motivo alegan que la existencia de un procedimiento concursal no impide a los actores formular la presente reclamación, puesto que se instó la resolución antes de declararse el concurso, por lo que al no estimarlo así la sentencia de instancia incurre en un error.

Igualmente hemos de acoger estos motivos puesto que, como destaca la parte actora, al folio 80 consta la carta de los actores reclamando la póliza individual de afianzamiento y al folio 83 el anexo al contrato suscrito por don Rafael Aguilera Serna, el día 23 de marzo de 2007, aceptando la resolución del contrato de compraventa y obligándose a devolver las cantidades percibidas, todo ello antes de la declaración de Concurso de Acreedores de la mercantil, que tuvo lugar el día por Auto de 13 de octubre de 2009.- Además, en ningún caso se produciría un doble cobro de las cantidades anticipadas porque, percibidas por los actores las cantidades que en su día entregaron para la compra de la vivienda, deberán comunicarlo a la administración concursal.

En tercer lugar, invoca la parte que la póliza suscrita por el promotor con la demandada es válida y la falta de entrega del aval o póliza individual a los compradores no puede redundar en su perjuicio.

Igualmente hemos de acoger este motivo del recurso.

En primer lugar, porque ya en la documentación por la que la promotora dio publicidad a la construcción de las viviendas se hacía constar la existencia de una garantía bancaria, y es conocido que la publicidad forma parte del contrato.

Además, en los contratos de compraventa igualmente se hizo constar la

existencia de una póliza de afianzamiento suscrita con la mercantil SWISS Financial Corporation LTD a la que ya hemos aludido, así como a una cuenta especial abierta en la entidad CAM, y se entregó a los hoy actores una póliza individual como consta a los folios 60 y ss.-

Ciertamente que la misma quedó sin efecto dado que la mercantil SWISS Financial Corporation LTD no se hallaba autorizada para desarrollar sus actividades en España, pero la presencia de todos los documentos citados pone de manifiesto que desde el primer momento los actores contaban con toda la documentación necesaria, generándose en ellos una situación de confianza.

En segundo lugar, porque consideramos que el documento cuya copia obra unida al folio 69 y al folio 91, no puede calificarse de estudio previo o proposición de seguro, como pretende la parte demandada; el estudio previo o proposición se hizo cuando se rellenó el cuestionario que se ha unido a los folios 93 y 94; por el contrario, el documento que la propia aseguradora denomina Póliza Colectiva, es el documento en el que se plasman las condiciones del contrato que ya vinculan a las partes.

En la ley de contrato de seguro, los documentos previos, reciben el nombre de solicitud o de proposición. Así el artículo 6 de la Ley de Contrato de Seguro dispone que: *La solicitud de seguro no vinculará al solicitante. La proposición de seguro por el asegurador vinculará al proponente durante un plazo de quince días.*

Por acuerdo de las partes, los efectos del seguro podrán retrotraerse al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición.>>

Y el artículo 8, denomina al contrato suscrito entre las partes como Póliza, como así consta en el documento controvertido, fijando su contenido: *<<La póliza del contrato deberá redactarse, a elección del tomador del seguro, en cualquiera de las lenguas españolas oficiales en el lugar donde aquélla se formalice. Si el tomador lo solicita, deberá redactarse en otra lengua distinta, de conformidad con la Directiva 92/96, del Consejo de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 1992. Contendrá, como mínimo, las indicaciones siguientes:*

1. Nombre y apellidos o denominación social de las partes contratantes y su domicilio, así como la designación del asegurado y beneficiario, en su caso.

2. El concepto en el cual se asegura.

3. Naturaleza del riesgo cubierto.

4. Designación de los objetos asegurados y de su situación.

5. Suma asegurada o alcance de la cobertura.

6. Importe de la prima, recargos e impuestos.

7. Vencimiento de las primas, lugar y forma de pago.

8. Duración del contrato, con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos.

9. Si interviene un mediador en el contrato, el nombre y tipo de mediador.

En caso de póliza flotante, se especificará, además, la forma en que debe hacerse la declaración del abono.

Si el contenido de la póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar a la Entidad aseguradora en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para que subsane la divergencia existente. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se estará a lo dispuesto en la póliza. Lo establecido en este párrafo se insertará en toda póliza del contrato de seguro.>>

Así pues, en el presente caso, la demandada sí que suscribió una póliza colectiva de seguro y, pese a sus afirmaciones, no se ha probado en autos que en un momento posterior el contrato quedase resuelto ni que devolviese el depósito pagado por la promotora, pese a que así lo afirme don Carlos González Vilar en la vista oral.

Ciertamente que se ha aportado una carta remitida por la aseguradora a la promotora, fechada el día 15 de septiembre de 2008 (f. 92) por la que se le reclaman unos documentos, pero ello no determina que se rechazara la suscripción de la póliza, porque como sostiene el propio artículo 6 citado, por acuerdo de las partes, los efectos del seguro pueden retrotraerse al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición, por tanto, puede recabarse la documentación, pudo aportarla la promotora y concertarse la póliza con efectos desde el 28 de julio de 2008. Correspondiendo a la aseguradora demostrar que todo ello no fue así.

Por último, si bien es cierto que en el cuestionario se indica que se refiere a 150 viviendas de las 309, no constan identificadas en ningún documento a qué viviendas se refería, extremo que nunca podrá oponerse a los actores, quienes no han sido parte en la redacción de la citada póliza.

Igualmente consideramos que dicha póliza colectiva goza de plena eficacia frente a los adquirentes, pese a que en ella se indica que carece de validez frente a los compradores en tanto no se emitan las Pólizas Individuales, dado que se trata de un mero pacto entre la aseguradora y la promotora que no puede afectar a los adquirentes de la vivienda, por lo que no pueden verse perjudicados por tal limitación conforme hemos visto, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que es la propia aseguradora y la promotora quienes han de gestionar y emitir los certificados o pólizas individuales y el incumplimiento de tal obligación no puede perjudicar a los adquirentes que han demostrado haber efectuado las entregas anticipadas.

SEXTO: Por todo lo expuesto, revocando la sentencia de instancia, debemos concluir con la estimación del presente recurso y la revocación de la sentencia de instancia y, en su lugar, estimando la demanda, condenamos a la demandada a que pague a los actores la suma reclamada que se incrementará con los intereses que determina el la Ley de Ordenación de la Edificación desde la fecha de las entrega de las cantidades hasta su completa restitución.

Se condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia y

no se hace condena al pago de las causadas en esta alzada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de don XXXXXX contra la Sentencia de fecha 2 de abril de 2014 dictada en los autos número 600/2013 por el Juzgado XXXX de Primera Instancia número 22 de Valencia, resolución que revocamos, y en su lugar, estimando la demanda en todas sus partes condenamos a la entidad aseguradora BTA INSURANCE JOINT STOCK COMPANY (UAB BTA DRAUDIMAS) a que abone las siguientes cantidades:

- a) A don XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX la cantidad de 38.520.- €
- b) A don XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX la cantidad de 38.520.- €
- c) Ambas cantidades devengarán los intereses legales correspondientes desde el día siguiente de la entrega a la mercantil Solera El Trampolín SL hasta el completo pago a las actoras.
- d) Se condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia.
- e) No se hace expresa condena al pago de las costas causadas en esta alzada.

Y, a su tiempo, devuélvase los autos al Juzgado de procedencia para su ejecución y debido cumplimiento.

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 477-2-3º, en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011, y en tal caso recurso extraordinario por infracción procesal.

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

PUBLICACIÓN.- Doy fe: Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando celebrando audiencia pública la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial, en el mismo día de su fecha. Valencia a doce de septiembre 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 SUSANA PEREZ NAVALON** , 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.