

## CEDULA DE NOTIFICACION

### **AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN QUINTA ALICANTE**

**Procedimiento: RECURSO DE APELACION (LECN) nº 000035/2016- L -**

*Dimana del Juicio Ordinario nº 000943/2015*

*Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 4 DE ALICANTE*

**Apelante:** ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A.

Procurador: JOSE L. CORDOBA ALMELA

Letrado: MARTA MONTES JIMENEZ

Notificado: 17/05/2016

Letrado: Guadalupe Sánchez  
Baena

**Apelado:** XXXXXXXXXXXXXXXXX

Procurador: DAVID GINER POLO

Letrado: GUADALUPE SANCHEZ BAENA

### SENTENCIA NÚM. 219

Ilmos. Sres.:

Presidente: D. José Luis Úbeda Mulero

Magistrado: D<sup>a</sup>. Visitación Pérez Serra

Magistrado: D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Teresa Serra Abarca

En la ciudad de Alicante, a doce de mayo de dos mil dieciséis.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A., habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador D. José L. Córdoba Almela y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. Marta Montes Jiménez, y como apelada la parte demandante D. XXXXX, representada por el Procurador D. David Giner Polo con la dirección de la Letrada D<sup>a</sup>. Guadalupe Sánchez Baena.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante, en los referidos autos, tramitados con el núm. 943/2015, se dictó sentencia con fecha 15 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"ESTIMAR la demanda interpuesta por D/ña. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
contra ABANCA y;*

*DECLARAR la nulidad de las cláusulas del aval que limitan la cantidad avalada a 30.800 euros, y establecen como fecha máxima de validez del aval el 30 de julio de 2012; CONDENANDO a ABANCA al pago de 136.152,15 euros más los intereses que se devenguen desde la fecha de la demanda hasta la fecha de la sentencia estimatoria.  
Se imponen las costas a la parte demandada."*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada, habiéndose tramitado el mismo por escrito en el Juzgado de procedencia, en la forma introducida por la Ley 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente Rollo de apelación número **35/2016**, señalándose para votación y fallo el pasado día 11 de mayo de 2016, en que tuvo lugar.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente la Iltra. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. Visitación Pérez Serra.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Los actores, en su condición de compradores de una vivienda que no llegó a ser entregada en el plazo previsto en el contrato de compraventa, presentaron demanda contra la entidad bancaria avalista de la promoción, solicitando la condena de la misma al pago de 111.793 €, así como la nulidad de la cláusula que limitaba el alcance del aval.

La entidad demandada se allanó al pago de 30.800 € e intereses desde la interposición de la demanda, negándose al pago del resto de lo reclamado que excede del aval prestado en su día.

La sentencia apelada estimó íntegramente la demanda; tras exponer en el fundamento de derecho segundo la legislación aplicable, contenida en el art.15 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de Vivienda de la Comunidad Valenciana, la Ley 57/1968 y la Ley de Ordenación de la Edificación, reseña en el tercero la jurisprudencia recaída al respecto, entre las que incluye varias de esta Sección 5<sup>a</sup>, y en el cuarto aborda los argumentos sostenidos por la entidad demandada, que no acogió.

**SEGUNDO.-** Prescindiendo de las alegaciones previas y exposición de antecedentes, el primer motivo del recurso de apelación denuncia la infracción de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 57/68, la vulneración del principio de seguridad jurídica y el error en la valoración de las pruebas, todo ello referido a las consecuencias de la falta de aval por la totalidad de anticipos efectuados por el actor.

Es hecho no controvertido que el actor solo disponía de aval por la cantidad de 30.800 €, y así se recogía expresamente en la demanda y también en la sentencia, y discrepa del argumento que esta expone en el fundamento de derecho cuarto, según el cual la normativa aplicable afecta no solo a la promotora, como pretendía la demandada, sino también a la entidad que antecedió a la demandada, conclusión de la que discrepa la apelante y que no se comparte por la Sala que en múltiples sentencias dictadas en casos muy similares al presente mantiene la misma postura de la sentencia apelada, como reseña en el fundamento de derecho tercero.

Para responder a las argumentaciones que extensamente y con profusión de jurisprudencia que transcribe, basta remitirse a la doctrina sentada en la S.T.S. 21 de diciembre de 2015 que resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 4 de julio de 2012 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación nº 97/2012; dicha sentencia estimó el recurso de apelación formulado por la entidad bancaria, absolviéndola de todas las pretensiones formuladas en su contra. En lo que ahora interesa razona, en síntesis, que la actora fundó su pretensión frente a la apelante en el art. 1.2 de la Ley 57/1968 y que tanto la referida ley especial como la jurisprudencia que la interpretan vienen considerando que la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas antes de la construcción o durante ella, más el interés legal, corresponde al promotor, habiendo quedado acreditado que en este caso ni se otorgó aval a la promotora con ese fin ni se abrió cuenta especial o separada para el ingreso de las cantidades que la compradora fuera abonando, pues la CAM se limitó a otorgar un préstamo con garantía hipotecaria a la promotora para la financiación de las obras y un aval para garantizar el coste de las obras de urbanización, no la devolución de las cantidades anticipadas, no existiendo obligación legal que impusiera a la entidad de crédito el deber de exigir a la promotora la apertura de una cuenta especial por ser una obligación de la promotora, que bien podía haber preferido suscribir las garantías (aval o seguro) con otra entidad.

Aborda, por tanto, el Tribunal Supremo un supuesto equiparable al que nos ocupa, y centra la cuestión jurídica a resolver en los siguientes términos: "si la entidad de crédito en la que el comprador ingresa las cantidades anticipadas debe responder frente a él aunque el promotor no haya abierto en la misma una cuenta especial ni presentado aval o seguro", y lo hace aplicando la reciente y abundante jurisprudencia relativa a la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/1968), con la puntualización de que, en realidad, la norma que principalmente debe ser interpretada es la contenida en la condición 2ª del art. 1 de dicha ley. Según la norma de que se trata, los promotores deben percibir las cantidades anticipadas «a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en la 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» (es decir, un seguro o un aval bancario).

Se trata, en definitiva, de determinar el alcance de la expresión «bajo su responsabilidad» cuando, como en este caso, las cantidades anticipadas no se hayan percibido en una cuenta especial sino en la única que el promotor tenía en la entidad de crédito codemandada.

La jurisprudencia de esta Sala sobre la Ley 57/1968, conformada sobre todo a raíz de las situaciones creadas por la crisis económica y financiera (promotores en concurso y compradores que habían anticipado cantidades pero no iban a recibir las viviendas), está presidida por el rigor con el que dicha ley, anterior a la Constitución, protegía a los compradores de viviendas para uso residencial, rigor que la Constitución no vino sino a reforzar en sus arts. 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada) y 51 (defensa de los consumidores y usuarios) -STS, de Pleno, de 20 de enero de 2015 (recurso nº 196/2013).

Más en particular, por lo que se refiere a la cuenta especial en la que han de

«depositarse» las cantidades anticipadas, la sentencia de 16 de enero de 2015, también de Pleno (recurso nº 2336/2013), distingue, a efectos de la responsabilidad a que se refiere el art. 1 de la Ley 57/1968, entre la entidad que concede al promotor el préstamo a la construcción con garantía hipotecaria y aquella otra en que se ingresan las cantidades anticipadas, que es la que debe responder frente al comprador; la sentencia de 13 de enero de 2015, asimismo de Pleno (recurso nº 2300/2012), declara que «el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que se impone al vendedor»; y la sentencia de 30 de abril de 2015, igualmente de Pleno y sobre un recurso contra sentencia precisamente de la Audiencia Provincial de Burgos (recurso nº 520/2013), es decir de la misma cuyo criterio se invoca en el presente recurso, resuelve que la Caja de Ahorros avalista debía responder frente a los cooperativistas de viviendas no solo de los pagos anticipados ingresados en la cuenta especial, como se decía en el aval, sino también de los ingresados en una cuenta diferente del promotor en la misma entidad.

Pues bien, la aplicación de la línea inspiradora de esta doctrina jurisprudencial al presente recurso determina que proceda su estimación, porque la «responsabilidad» que el art. 1-2ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de «exigir». En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, como razonan las sentencias de Audiencias Provinciales citadas en el motivo, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia. Por esta razón, aunque sea cierto, como considera la sentencia impugnada, que la promotora podía haber concertado seguro o aval con otra entidad, en cambio no es acertado entender que, constando incluso en el propio documento de ingreso el destino o razón de las cantidades anticipadas («reserva de vivienda y 20% vivienda»), de esto no se derivara «obligación legal alguna» para la entidad de crédito codemandada. Muy al contrario, precisamente porque esta supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en la responsabilidad específica que establece el art. 1-2ª de la Ley 57/1968.

Concluye el Tribunal Supremo en esa sentencia de 21 de diciembre de 2015 fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: «En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».

Otra sentencia de esta Sección 5ª, nº 281, 1 de octubre de 2014 confirma la sentencia apelada porque se fundamenta en el criterio de esta Audiencia Provincial contenido, entre otras, en sentencias de 31 de marzo y 20 de mayo de 2010, de la Sección

8ª, y 3 de octubre de 2012, de la Sección 6ª, que en supuestos de ejecución de aval suscrito respecto a las cantidades entregadas cuenta tras la resolución del contrato de compraventa, declaran la ineficacia de las condiciones que limitan la efectividad de la garantía porque fueron introducidas por convenio entre promotor y avalista y sin intervención de las beneficiarias, no considerando válida la renuncia involuntaria de las beneficiarias a los derechos que les corresponden como consumidores de manera que el aval concertado entre promotor y avalista no puede tener más límite que el que deriva de la garantía legalmente impuesta, que es la de devolución de las cantidades cuenta más un seis por ciento más, si que sean oponibles al comprador los límites pactados entre el promotor y el avalista en relación a la cuantía y el tiempo de validez del aval.

Debe destacarse que, como la propia parte apelante reseña en su recurso, el aval que en su día prestó al comprador indica expresamente que se efectúa "en los términos previstos en la Ley 57/1968" y es precisamente esa Ley la que consideraba irrenunciables los derechos que otorgaba al comprador y en concreto, el afianzamiento de todas las cantidades entregadas a cuenta de la compra de la vivienda, por lo que no puede luego la entidad que emitió el aval en esos términos pretender que no se aplique dicha normativa y las que posteriormente la refrendan, sin que tampoco sea óbice la forma de pago, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional 1ª de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Procede, pues, la desestimación del primer motivo del recurso de apelación y del segundo en el que se aborda la inexistencia de una cuenta especial.

**TERCERO.-** En el tercer motivo del recurso de apelación se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 1827 del Código Civil, y al respecto, esta Sala ha resuelto frente a este tipo de argumentaciones que debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 7 de mayo de 2014 (nº 218) al decir que si bien la constitución del aval es una obligación esencial y autónoma supeditada solo a los términos contenidos en el propio aval, cuando se demande exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del art. 1.853 del Código Civil, debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega, por cualquier causa.

Como dice la sentencia de Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de octubre de 2013, si bien es verdad que el art. 1.827 del Código Civil que regula genéricamente el contrato de fianza establece que ésta no puede extenderse más allá de lo contenido en ella, también lo es que, como se deduce del propio texto del aval, nos encontramos ante una modalidad específica regulada en la Ley 57/68 de 27 de julio, ligeramente modificada por la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Ordenación de la Edificación y que surge para proteger a los consumidores compradores de viviendas en construcción que anticipan cantidades a cuenta del pago del precio cuando el proceso edificatorio no ha concluido y a veces ni se ha iniciado, frente al riesgo de pérdida de tales cantidades si dicho proceso no llega a buen fin, norma de carácter imperativo, cuya contravención mediante pactos contractuales determinaría su nulidad conforme al art. 6.3 del referido Código Civil. De lo expuesto, resulta evidente que el límite legal de este tipo de avales viene determinado exactamente por el importe de las cantidades entregadas a cuenta y cualquier reducción respecto del mismo ha de reputarse nula, habida cuenta que

los derechos de los compradores reconocidos por la Ley son irrenunciables ex artículo 7 de la misma, no siendo desde luego oponible al adquirente-consumidor cualquier limitación cuantitativa pactada entre la promotora y la aseguradora o la entidad bancaria, entidad ésta que, como acertadamente indica la sentencia recurrida, concede el aval cuando ya se han firmado contratos de compraventa dentro de la promoción y puede conocer perfectamente las características de los contratos y las cantidades que se ha previsto entregar a cuenta.

Debe tenerse en cuenta, por último, el criterio contenido en la sentencia de la Sección 8ª de esta Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 6 de febrero de 2014, de que la condena de la entidad bancaria demandada se fundamenta en el incumplimiento de un deber legal, que conlleva una responsabilidad legal, consistente en no haber exigido a la promotora que tuviera garantizada la devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta, mediante contrato de seguro o aval.

**CUARTO.-** De manera subsidiaria, se denuncia en el cuarto motivo la infracción de los arts. 1100 y 1101 del Código Civil, discrepando de la condena de la apelante al pago de intereses y del dies a quo que aplica la sentencia.

Los argumentos que expone la parte apelante no permiten tampoco el acogimiento de este motivo del recurso; así, la alegación de desconocimiento respecto de la situación de la empresa vendedora de las viviendas es incompatible, como pone de manifiesto la apelada, con la intervención de la entidad apelante en el concurso de acreedores en el que aquella está inmersa, y por esa misma razón se aprecia tampoco un retraso desleal en el ejercicio de sus derechos por la parte actora, debiendo por último indicarse que la sentencia aplica la Ley 57/68, y demás disposiciones ya citadas, procediendo, en consecuencia, la plena confirmación de la sentencia apelada.

**QUINTO.-** Las costas del recurso se imponen a la parte apelante, aplicando lo que dispone el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no apreciarse la concurrencia de los presupuestos necesarios para excluir la aplicación del principio de vencimiento objetivo que rige en esta materia.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

## **FALLO**

Que desestimando el recurso de apelación promovido contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante de fecha 15 de octubre de 2016 en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución conforme a lo establecido en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 208.4 y 212.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo, acompañado de certificación literal de la presente a los oportunos efectos,

uniéndose otra al Rollo de apelación. Contra ella cabe interponer recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo con arreglo a lo dispuesto respectivamente en los arts. 477.2.3º y 469 y Disposición Final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que podrán formalizarse ante esta Sección de la Audiencia en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Firmado y rubricado por los Ilmos. Sres. Magistrados citados.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la suscribe, hallándose celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas que, **para recurrir en Casación previamente deberán constituir DEPÓSITO por importe de 50 euros** que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Quinta abierta en Banco Santander nº **Expediente 0190/0000/06/0035/16**, y **para recurrir por infracción procesal previamente deberán constituir DEPÓSITO por importe de 50 euros** que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Quinta abierta en Banco Santander nº **Expediente 0190/0000/04/0035/16**, indicando en ambos casos, en el campo "Concepto" del documento Resguardo de Ingreso que es un "Recurso" y la fecha de la resolución recurrida con el formato **DD/MM/AAAA**, sin cuya acreditación no será admitido (LO 1/2009, de 3 de noviembre). No será necesario constituir dichos depósitos cuando el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,