

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5
ALICANTE**

Avenida AGUILERA,53
TELÉFONO:

N.I.G.: 03014-42-2-2016-0003832

Notificado: 01/02/2017 Letrado: Guadalupe Sánchez Baena

Procedimiento: JUICIO ORDINARIO Nº 000335/2016 MB

SENTENCIA Nº 6/2017

En Alicante, a 23 de enero de 2017.

Vistos por José M^a Aparicio Boluda, Magistrado Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia nº CINCO de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante este Juzgado bajo el número 335/16, a instancia de **D. XXX** representados por procurador/a y asistidos de Letrada contra **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA**, representada por procurador/a y asistida por Letrado y contra **SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA DE LA COMUNITAT VALENCIANA**, representada por procurador/a y asistida por Letrado, se procede a dictar la presente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la representación procesal de los actores, se presentó demanda de Juicio Ordinario en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendía aplicables, interesaba sentencia con el suplico que se hace constar en su demanda.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda, se emplazó a las partes demandadas, compareciendo los procuradores antes citados, oponiéndose a la demanda instada de contrario.

TERCERO.-A la audiencia previa, asistían las partes comparecidas en autos.

Celebrada la Audiencia Previa y tras intentar la conciliación sin éxito, se plantearon cuestiones procesales que fueron resueltas en el acto de la audiencia. A continuación, se fijaron los hechos controvertidos y admitidos y se intentó una nueva conciliación, también sin éxito.

Por la parte actora y demandada se propusieron los medios de prueba pertinentes, admitiéndose los que obran en el correspondiente soporte audiovisual, quedando

los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La parte actora, a través de la demanda rectora del presente procedimiento, solicita sean condenadas solidariamente las partes demandadas al pago de las cantidades entregadas a cuenta para la compra de sus viviendas que se iban a ejecutar en la promoción El Pinet, que la promotora San José Inversiones y proyectos urbanísticos SA proyectaba construir en La Marina, término municipal de Elche, promotora que fue declarada en concurso.

Así solicita que se abone a:

1º D. XXXXXXXX la suma de 53000 euros, 2º D. XXXXXX la suma de 138.850 euros, 3º DÑA XXXX la suma de 69.890,50 euros, 4º D. XXXXXXXX la cantidad de 43800 euros.

BBVA se opone a la demanda instada de contrario manifestando que no se aporta certificación individual de aval a la demanda; es la promotora la única obligada a la entrega de los avales; BBVA no es ni ha sido parte en la contratación entre compradora y vendedora; BBVA no tiene obligación de custodiar ni garantizar el dinero depositado por los compradores en la cuenta especial titularidad de San José Inversiones y proyectos urbanísticos SA; no ha quedado acreditado el pago en la cuenta que la promotora tenía abierta en BBVA de todas las cantidades que son reclamadas; se indica que el Sr. Geoffrey no puede reclamar la cantidad de 3000 euros pues no se acredita el ingreso en la cuenta de BBVA; Dña Jane no puede reclamar ninguna de las cantidades entregadas a cuenta pues fueron ingresadas en la CAM; extinción de la obligación por la novación al aceptar el convenio y por no autorizar BBVA la prórroga al pago acordada en el convenio.

La SGR se opone a la demanda instada de contrario argumentando que ninguno de los actores tiene aval; la SGR no fue depositaria de los anticipos realizados por los actores, no habiendo financiado la promoción del Pinet de La Marina, ni ha sido depositaria de cuenta especial alguna; la SGR no era la única entidad con la que la promotora había suscrito una línea de avales para garantizar, entre otras cosas, las entregas a cuenta de los compradores mediante el correspondiente aval individual; no debe responder de los intereses reclamados de contrario; en relación a la petición alternativa, debe ser desestimada dado que la única entidad obligada a entregar el aval individual a los compradores es la promotora.

SEGUNDO.-De la documental aportada se desprende lo siguiente:

1. D. GEOFFREY suscribió en fecha 3-3-2003 contrato de

compraventa sobre la vivienda nº 3, tipo violeta planta alta esquina, parcela M-1 sector MR 9 del PGMU de Elche del complejo residencial El Pinet, abonando el 24 de marzo de 2003, mediante cheque 2000 libras, equivalente a 300 euros; el 18 de junio de 2003 el actor abonó mediante transferencia bancaria la suma de 50000 euros en BBVA.

Consta en el documento nº 5 in fine que la promotora señaló como número de cuenta la ES76 0182 2980 31 0201504641. Consta un abono de 2000 libras correspondientes a 3000 euros (documento nº 6), constando como forma de pago dicha cantidad según cláusula 3 A, así como documento nº 7 (transferencia a BBVA), 8 y 9.

2. D. ANDREW suscribió el 16-9-04 contrato de compraventa de la vivienda nº 12 tipo Rosita parcela M 17 sector MR 9 del PGMU, abonando 3000 euros mediante transferencia bancaria el 27-9-04 ingresada en cuenta de BBVA, 67.925 euros el día 2-11-04 en BBVA, el 31 de diciembre de 2004 la cantidad de 67925 ingresada en BBVA (documento nº 10 a 14).

Consta en el documento nº 10 in fine que la promotora señaló como número de cuenta la ES76 0182 2980 31 0201504641.

3. DÑA. JANE suscribió contrato de compraventa en fecha 25-6-03 sobre la vivienda nº 22, tipo violeta, parcela M 1 sector MR 9 del PGMU de Elche, abonando el 4 de julio de 2003 transferencia bancaria de 3000 euros ingresada en una cuenta de la CAM pero perteneciente a la promotora; el 5 de agosto de 2003 abonó 67000 euros ingresa en cuenta de la CAM titularidad de la promotora (documento nº 15 a 17).

Consta en el documento nº 15 in fine que la promotora señaló como número de cuenta la ES76 0182 2980 31 0201504641, y si bien las cantidades son entregadas en cuenta de la extinta CAM, lo es a una cuenta de la promotora.

4. D. LUIS Y DÑA. MARIA suscribieron contrato de compraventa en fecha 17-10-05 sobre la vivienda nº 49, tipo violeta, parcela M 6 sector MR 9 del PGMU de Elche. El 12 de noviembre de 2005, consta transferencia de 3000 euros a cuenta de BBVA, el 21-11-05 los actores abonaron 5000 euros en BBVA, el 19 de diciembre de 2005, abonaron mediante transferencia bancaria a BBVA la cantidad de 6600 euros, el 23 de enero de 2006 los actores abonaron mediante transferencia bancaria la suma de 14600 euros en BBVA, el 23 de marzo de 2006, abonaron 14600 euros en BBVA, (doc 18 a 26).

Consta en relación a BBVA certificado indicando la posición económica y recursos de la entidad promotora (doc. 26 bis), así como avales individuales para otros compradores del mismo residencial (doc. 34.1, 34.2, 34.3,

En relación a SGRCV, consta la emisión de avales individuales en relación a otros compradores del mismo residencial (documento 33.1, 33.2, 33.3)

TERCERO. Consta igualmente acreditado y no es un hecho controvertido que la

vendedora, fue declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad, concurso 278/08, tal como se deriva de los documentos nº 28. constando aperturada la fase de liquidación.

CUARTO.-En el caso de autos, SGR celebró en fecha 10-1-2003, documento nº 36, una póliza de afianzamiento con la promotora San José Inversiones y proyectos urbanísticos SA para garantizar "el reembolso de las cantidades que por cualquier concepto haya de satisfacer la SGR frente al acreedor beneficiario de sus avales por cuenta del socio partícipe así como el pago de los intereses comisiones o gastos a que venga obligado el socio partícipe como consecuencia de este contrato", por lo que con el contrato celebrado se pretendía cumplir con las obligaciones impuestas por el art. 15 de la LVCV y por la ley 57/68, constando avales efectuados a favor de otros compradores tal como es de ver con los documentos consistentes en avales con otros compradores y a los que ya hecho mención, en relación a la misma promoción.

Por otro lado BBVA con la entidad promotora firmó póliza de cobertura para límite de garantías bancarias nº 04-39049 de 22-10-2004, la nº01-218396, nº 588240-00, documento nº 35, dándose aquí por reproducida la cláusula 18ª del documento nº 35. La póliza indica que el garantizado podrá solicitar al Banco la prestación de preavales, avales y garantías en general a su favor, ante personas físicas o jurídicas u organismos públicos o privados, dentro del límite máximo establecido en el presente contrato y que el límite máximo para las garantías señalado en el Exponen tendrá carácter rotativo por lo que el garantizado podrá solicitar al banco la prestación de nuevas garantías bancarias en la medida en que venzan y sean satisfechas otras deudas garantizadas o se anulen las correspondientes garantías, de forma que el importe total de las garantías no supere el límite máximo señalado, indicando la citada póliza que "LA FINALIDAD DE ESTA LINEA DE AVALES ES EL AFIANZAMIENTO DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA PERCIBIDAS DE LA PROMOCION M-1, M-13, M-16, M-18 Y OTRAS" (Cláusula 18ª, pactada expresamente como cláusula adicional).

Debemos analizar a continuación, si tiene relevancia o no en el presente procedimiento que no se haya emitido el correspondiente certificado individual de aval.

Inicialmente recalquemos que no nos encontramos ante un aval o afianzamiento común sometido al art. 1822 y siguientes del Código Civil , sino ante un aval de naturaleza especial regulado por la Ley 57/1968 de fecha de 27 julio, que establece las garantías para los compradores de viviendas a plazo. En la Exposición de Motivos de esta Ley se hace constar que «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, obliga a 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 ésta no se lleve a efecto».

Con el objeto de alcanzar dicha finalidad, su art. 1 establece unas obligaciones para 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. Se trata con ello de evitar los fraudes o los meros incumplimientos civiles que puedan producirse en tales supuestos, a cuyo efecto impone una doble exigencia, así:

- 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.

- 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.

Más tarde, siguiendo la misma finalidad tutiva del consumidor comprador de la vivienda, la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de Ordenación de la Edificación en su Disposición Adicional Primera reitera la aplicabilidad de tales garantías para la compra de viviendas con leves modificaciones.

Por otra parte el art. 2 de la citada ley 57/1968 dispone que «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».

Todos estos derechos y garantías establecidos a favor del comprador se declaran en el art. 7 de la Ley comentada como de carácter irrenunciable.

La naturaleza tuitiva de dicha ley para los consumidores ha sido destacada en numerosas sentencias por nuestro Tribunal Supremo, que en la STS de 8 de marzo de 2001 expone como «la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda --bien generalmente esencial para la vida--, que esta en fase de planificación o construcción ... Pues no se puede olvidar que en el presente caso, como en general cuando se aplica la Ley de 27 de julio de 1968, 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.»

En consecuencia a lo antedicho la interpretación de los términos del aval otorgado por la entidad de crédito en el marco regulador de la comentada Ley 57/1968 no puede realizarse sobre la base de criterios formalistas, estrictos o rígidamente literales, sino partiendo de criterios de plena y completa protección del comprador.

Recordemos que el hecho de que exista una persona obligada a responder en defecto del deudor facilita la eventual concertación de operaciones de contenido económico, en donde frente a una presumible falta de solvencia o de actitud, el acreedor le exige la intervención garante de un tercero del que consta, precisamente, tanto la solvencia como su seriedad en torno a ese cumplimiento, de tal forma que atrayéndolo en la obligación así trabada, puede arriesgarse en asumir la posición compradora, por cuanto que, en caso de impago y observados los requisitos legales exigidos de la normativa tradicional del Código Civil --arts. 1830 a 1846--, está seguro que los avatares de las empresas promotoras desaparecen al responder del cumplimiento esa tercera entidad, sería y solvente y con una actitud personal proclive a la satisfacción de su crédito. Por ello puede decirse que, tras la constitución de la fianza, existe la garantía perseguida por el acreedor y, sobre todo, se facilitan las posibilidades de concertar obligaciones de contenido económico.

Por otro lado debemos destacar que si bien las entidades aseguradoras o financieras que aseguran o avalan la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente a cuenta el precio en el marco normativo que venimos comentando no son parte en los contratos de compraventa suscritos entre promotores y compradores, en absoluto son ajenas ni a su contenido ni al cumplimiento de las obligaciones que de los mismos dimanar a los efectos que aquí nos interesan. Y ello no solo en virtud de lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la citada Ley 57/1968 que antes hemos transcrito, sino también de lo contemplado

en la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968 dictada en desarrollo de aquella, cuyo art. 4 dispone que en el condicionado general del contrato de seguro colectivo figurarán como condiciones mínimas, uniformes para todas las Entidades aseguradoras, las siguientes:

a) Forman parte del seguro los respectivos contratos de cesión de viviendas, la redacción de los cuáles, así como la de cualquier modificación en sus términos, ha de haberse sometido al previo conocimiento de la Entidad aseguradora.

b) La Entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos a disposición del contratante que guarden relación con las obligaciones contraídas por el frente a los asegurados y, particularmente, con el movimiento de la cuenta especial abierta al efecto.

En este sentido el Auto de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid o el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª de 30-03-2011 que señala que «La protección del comprador se complementaba con la proclamación ... de que los derechos conferidos por la ley eran irrenunciables,) con el otorgamiento de carácter ejecutivo a la póliza de seguro o al aval acompañados de un documento fehaciente acreditativo del incumplimiento del promotor y, por último, con la afirmación de que la garantía de tercero sólo se cancelaría una vez expedida la correspondiente cédula de habitabilidad y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente. Esto último revela que las excepciones estrictamente personales derivadas de la relación de cobertura establecida entre el promotor inmobiliario y el avalista o asegurador de caución no son oponibles al asegurado o beneficiario del aval. Buena prueba de ello es que la Orden del Ministerio de Hacienda de 29 de noviembre de 1968, dictada en cumplimiento de las facultades de complemento de la Ley 57/68 concedidas al Ejecutivo por su disposición final 2ª, precisara que en los seguros de afianzamiento de cantidades entregadas a cuenta el asegurador no podía oponer al asegurado --el adquirente de la vivienda, distinto del promotor tomador del seguro-- la falta de pago de la prima ...».

Lo cierto es que, dado el contenido de los contratos suscritos y póliza aportada (especialmente, cláusula 18º) BBVA conocía que los anticipos ingresados por los actores en cuentas abiertas en sus sucursales se trataban de ingresos a cuenta de compradores de una promoción inmobiliaria e hicieron dejación absoluta de sus obligaciones que como entidad financiera le impone la Ley 57/68 incurriendo su conducta en una mala praxis bancaria. No podemos olvidar que la obligación de depositar las cantidades adelantadas en una cuenta abierta a tal fin en una entidad bancaria favorece económicamente a dicha entidad puesto que no sólo percibe la prima del aval, sino que además se beneficia financiando la promoción. No podemos obviar, en este sentido, el art. 6.4 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, según el cual «a efectos de lo dispuesto en el apartado 1, tienen la consideración de buenas prácticas aquellas que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable,

diligente y respetuosa con la clientela de los negocios financieros».

Es más, conforme al artículo 1257 del Código Civil «si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de tercero, este podrá exigir su cumplimiento siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido revocada aquella». En este mismo sentido cabe traer a colación la SAP de Alicante de 8-2-2012 que indica que el hecho de que la promotora no entregara en su día un documento individualizado de aval a la compradora que hoy demanda no le impide tener derecho a la garantía establecida en la citada ley 57/68, como tampoco impide el éxito de la acción el hecho de que no exista vínculo contractual entre la actora y la demandada. En este sentido, dada la profusa cita (y aportación) de Jurisprudencia en esta litis, para evitar repeticiones innecesarias citaremos la SAP de Alicante ya mencionada nº 430/13 de 19-12-13 sección Sexta, en su fundamento de Derecho primero, procedimiento seguido entre las mismas partes, con cita de la SAP de Alicante sección 5ª de 8-10-2013, añadiendo tan sólo que la citada Sentencia de la Sección 6ª considera que no es aplicable la doctrina contenida en la STS de 5-2-2013 pues en el caso que se examina en ella los compradores ante el retraso en la terminación de la obra en el plazo pactado, requirieron para la entrega del aval sin resultado resolviendo el contrato ante tal dilación de acuerdo con las previsiones contractuales y legales que obligan al vendedor a la entrega del aval al momento de otorgamiento del contrato y sin necesidad de intimación previa. En el nuestro la resolución se produce por incumplimiento del deber de entrega de las viviendas y constitución de la empresa promotora en situación concursal, estando ya formalizados los avales (también fundamento de Derecho segundo in fine de la Sentencia de la AP de Alicante sección 5ª de 8-10-2013 que cita a su vez la STS de 13-9-13 nº 540/13).

En relación con las argumentaciones dadas por SGR la sentencia antes citada de 19-12-13 de la Audiencia Provincial de Alicante indica que **“es evidente que existía vigente la póliza de afianzamiento entre la mercantil vendedora Herrada del Tollo SL y la apelante SGR para garantizar “el reembolso de las cantidades que por principal e intereses haya de satisfacer la SGR a los adquirentes/optantes de las viviendas, plazas de garaje, trasteros o bajos comerciales, por cuenta del socio partícipe como consecuencia de los avales solidarios prestados por la misma por incumplimiento del presente contrato...” y que si tanto la promotora como la aseguradora no procuraron realizar los correspondientes afianzamientos individualizados de las compraventas que se habían comprometido con la promotora, no es efecto o consecuencia oponible a los adquirentes. 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 considerar abusiva, conforme el art. 86.1 y 89.2 en relación al art. 82.4 b) del TRLGSyU aprobado por RDLeg 1/2007 de 16 de noviembre y, en definitiva, no resulta repercutible a los aquí contratantes de la adquisición de la vivienda de autos".

Por otra parte, cabe traer también aquí a colación la sentencia nº 26/2014 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 6 de febrero de 2014.

Asimismo, debemos destacar los apartados 10, 11 de la Sentencia del TS de fecha 23-9-15 indicando el apartado 11 que **"por ello podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art. 3 de la ley 57/68 y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva".** Y en este sentido, tal fundamentación jurídica del Tribunal Supremo es aplicable a SGRCV y a BBVA, dado el contenido de las pólizas suscritas.

Por lo que se refiere al exceso del límite, 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 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 7.º de la misma ley establece que "los derechos que la presente ley otorga los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables", 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....";

Por lo expuesto el Aval viene impuesto por Ley, que lo regula, y tiene carácter solidario (artículo 1). Por otra parte, 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. Además la cláusula de caducidad del aval, al amparo de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente al tiempo de su suscripción, Ley 26/1984, ha de estimarse nula ex officio y, por tanto, por no puesta. En cuarto lugar, en atención al tenor del aval, la entidad bancaria, cuando lo concedió, conocía que no se trataba de un aval ordinario regulado por las normas del Código Civil sino del aval especial que exige la citada Ley 57/68. Tampoco se puede obviar que en el presente caso la parte actora tiene el carácter de consumidora por lo que le es aplicable también la doctrina jurisprudencial sobre interpretación de los contratos. Tal doctrina sobre la interpretación de los contratos lo es en el sentido, según los arts.1281 y ss del CC, de dar prioridad a su literalidad y, según sus arts.1258 y 1288, en caso de no claridad de ésta y de existencia de cláusulas dudosas, en el de que esta oscuridad no puede favorecer a quien la ocasiona, lo que se refuerza, dado el carácter de consumidora de la actora, y por la previsión clara y concreta de los plazos de entrega y finalización de las viviendas una vez acabadas, que contemplan en los arts.14 de la Ley 8/2004 y 5, del RD 515/89, dictado en ejecución de la LGDCU 26/84, sobre la protección a los consumidores en las compraventas y arrendamientos. En este sentido, de un lado, dicha accionante, goza de la protección del art.1 número 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 y de sus arts. 8-1, 10.1 y 2 de dicha Ley, especialmente en el ámbito de la compraventa de bienes inmuebles (Sentencias de 21 de julio de 1993), puestos en relación con el tenor de los artículos 1258 y 1097 del Código Civil y con los principios de buena fé y equilibrio de las prestaciones.

Por último como otras normas a aplicar cabe citar, los arts. 5.5 y 10 del RD 515/1989 sobre la Protección de los Consumidores que, en cuanto a la información a suministrar en la Compraventa y Arrendamientos de viviendas, señalan en caso de que éstas o sus zonas comunes o elementos accesorios no estén terminados, que se hará constar con toda claridad la fecha de entrega, y

que los documentos sobre estos contratos se deberán redactar con claridad y sencillez sin remisión o otros no facilitados antes o con ellos, y el art 14.1.c) de la Ley 8/2004 de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, que, en relación con la previsión de los plazos de finalización y entrega de las mismas, dice que en los contratos de compraventa se hará constar la obligación de devolver las cantidades entregadas más intereses legales hasta el momento efectivo de devolución, para los supuestos de incumplimiento del plazo de inicio o terminación de las obras en construcción, entre otros.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (s. 10ª) de 2 de julio de 2013 (D. ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS) afirma *“no puede acogerse la alegación del límite cuantitativo previsto en el documento de aval, frente a la que deben primar las previsiones de la Ley especial, que desplaza a la disciplina general de los afianzamientos comunes - entendiendo por tales los que no se rigen por la Ley 57/1968- acerca de que la responsabilidad de la entidades aseguradoras o establecimientos financieros o bancos que afiancen o avalen las cantidades entregadas en el proceso de adquisición de viviendas, se extiende inexorable e inescusablemente, en atención a la finalidad y el espíritu de la norma, al total importe entregado por el adquirente del inmueble, esto es, «... la garantía constituida se extenderá a las cantidades entregadas», habida cuenta que de acuerdo con lo previsto en el art. 7 de la Ley 57/1968 «los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán carácter de irrenunciables». En consecuencia, tal como correctamente ha razonado la juzgadora de primer grado el aval especial otorgado por la entidad demandada apelante garantiza y comprende la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, tanto en efectivo metálico, cuanto a través de la atención de los efectos librados por la vendedora, con independencia de lo convenido entre esta última y la entidad bancaria ahora recurrente.*

Este criterio, al que se atiene la resolución de primer grado, ha sido defendido, además de por la SAP de Palencia, de 2 de abril de 2012, parcialmente transcrita en la sentencia recurrida, por las SSAP de Alicante, Secc. 8.ª, núms. 159/2010, de 31 de marzo [RA núm. 44/2010; ROJ: SAP A 1429/2010] y 242/2010, de 20 de mayo [RA núm. 93/2010; ROJ: SAP A 1483/2010], 12/2011, de 13 de enero [RA núm. 563/2010; ROJ: SAP A 118/2011], o Secc. 6.ª, 447/2012, de 3 de octubre [RA núm. 117/2012; ROJ: SAP A 3325/2012]”.

Se indica en la contestación de BBVA que el Sr. Geoffrey no puede reclamar la cantidad de 3000 euros y que la Sra. Jane no puede reclamar ninguna cantidad al haber sido ingresadas en entidad distinta.

En este sentido debemos traer a colación la STS de 29 de junio de 2016, sentencia n.º 436/16. Fijémosnos en el último párrafo del fundamento de Derecho quinto. En el mismo, el TS indica que por lo que se refiere a los 3000 euros entregados en concepto de reserva sí debe responder la entidad avalista conforme al art. 1.1º de la ley 57/1968 y la Jurisprudencia de esta sala, ya

reseñada, que extiende el aval a todas las cantidades anticipadas, pues la entidad avalista sí tuvo la posibilidad de conocer esta entrega a cuenta con sólo haber requerido del promotor-vendedor una copia del contrato de compraventa antes de constituirse en avalista. Y en este caso, la entrega de los 3000 euros venía establecida en la cláusula 3ª A. En relación a las cantidades entregadas por la Sr. Colbeck, las entidades codemandadas, en virtud de la póliza suscrita pudieron haber requerido de la promotora la documentación necesaria en relación al contrato firmado y depósito de las cantidades entregadas a cuenta, así como entidad de depósito. **Asimismo cabe citar la reciente STS de 21 de diciembre de 2016, ponente Sr. Sancho Gargallo:** *“Las circunstancias que varían en el presente caso respecto del citado precedente, que dio lugar a la citada jurisprudencia, son: cuando se contrató la adquisición de la vivienda, el 13 de febrero de 2007, no existía todavía la póliza colectiva, por lo que no se les entregó en ese momento ninguna copia de dicha póliza colectiva; la póliza colectiva se emitió un mes después, el 15 de marzo de 2007; y tres meses más tarde, el 12 de junio de 2007, los compradores requirieron del promotor la emisión del aval individualizado.*

*Estas circunstancias no deben impedir que podamos aplicar aquella doctrina jurisprudencial al presente caso, pues, bajo el principio tuitivo que conduce la interpretación y aplicación de la ley 57/68, **la entidad bancaria que concertó la línea de avales debía conocer, o estaba en condiciones de hacerlo, los contratos de compraventa privada que ya se habían concertado, en garantía de cuyos pagos anticipados realizados por sus compradores se concertó la línea de avales, para emitir los correspondientes avales individualizados. Esto es, la entidad bancaria asumía una corresponsabilidad con el promotor de garantizar la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, en caso de incumplimiento de la obligación del promotor. En virtud de la cual no se admite que, en perjuicio del comprador al que no se le llegó a entregar el aval individualizado por parte del promotor, que no lo requirió al banco, este pueda escudarse en la ausencia del aval individualizado para eximirse de responsabilidad y que los compradores queden privados de la protección prevista en la ley 57/68***

De ahí que también en el presente caso debamos entender que la obligación del promotor de devolver las cantidades entregadas a cuenta por los dos compradores demandantes, de la vivienda en la promoción respecto de la que se había concertado la póliza colectiva de avales con Caja Madrid, en caso de resolución por incumplimiento, estaba cubierta por la póliza colectiva, aunque no hubieran sido extendidos los avales individuales.

La sentencia recurrida es contradictoria con esta interpretación jurisprudencial, razón por la cual procede estimar el motivo, casar la sentencia recurrida y confirmar la de primera instancia”..

Por lo que se refiere a **la pretendida novación** como consecuencia de la adhesión

al convenio deberá estarse al documento nº 28, dado que se ha abierto la fase de liquidación, con cita en este caso de la **STS de 23-7-15, apartados 6 y 7.**

SEXTO.-En materia de **intereses**,se devengarán los intereses legales del dinero previstos en la Ley 57/68 y art. 15 de la ley 8/2004, de 20 de octubre. En el mismo sentido fundamento de de Derecho cuarto de la SAP de Alicante de 19-12-13, sección 6ª). Asimismo, **Fundamento de Derecho cuarto de la STS de 17 de marzo de 2016 recurso 2695/13.**

SEPTIMO.- En materia de costas, al tratarse de una estimación total se impondrán las costas a la parte demandada ex art. 394.1 de la LEC.

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

FALLO

QUE ESTIMANDO la demanda interpuesta por la representación procesal de GEOFFREY, D. ANDREW, DÑA. JANE, D. LUIS Y DÑA. MARIA contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA y SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA DE LA COMUNITAT VALENCIANA debo condenar y condeno a las referidas demandadas a que abonen solidariamente a:

1º D. GEOFFREY la suma de 53.000 euros,

2º D. ANDREW la suma de 138.850 euros,

3º DÑA JANE la suma de 69.890,50 euros,

**4º D. LUIS Y DÑA. MARIA
la cantidad de 43.800 euros**

intereses conforme al fundamento de Derecho sexto. En materia de costas se estará al fundamento de Derecho séptimo.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante que, en su caso, deberá ser interpuesto ante este mismo juzgado en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación. Deberá constituirse el depósito establecido en la LOPJ.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN-.Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Juez que la dictó, hallándose celebrando Audiencia pública. Doy fe.

Conforme y siéndole aplicable la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en esta resolución son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.