



Roj: **SAP A 746/2018 - ECLI: ES:APA:2018:746**

Id Cendoj: **03014370082018100168**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **27/03/2018**

Nº de Recurso: **659/2017**

Nº de Resolución: **149/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNION EUROPEA

ROLLO DE SALA Nº 659 (C-330) 17

PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 617/16

JUZGADO Instancia num. 9 Alicante

SENTENCIA Nº 149/18

Ilmos.

Presidente: D. Enrique García Chamón Cervera

Magistrado: D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Francisco José Soriano Guzmán

En la ciudad de Alicante, a veintisiete de marzo del año dos mil dieciocho

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario sobre reclamación de cantidad, seguido en instancia con el número 617/16 ante el Juzgado de Primera Instancia número nueve de los de Alicante y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado tanto por el demandante, D. XXXX , representado en este Tribunal por el Procurador D. David Giner Polo y dirigido por el Letrado D^a. **Guadalupe Sánchez** Baena; como por la entidad co-demandada Banco Mare Nostrum, representada en este Tribunal por el Procurador D^a. Jone Miren Mira Erauzquin y dirigida por el Letrado D. Pedro Ramón Campos; y como parte apelada la entidad co-demandada, Abanca Corporación Bancaria S.A. representada en este Tribunal por el Procurador D. José Luis Córdoba Almela y dirigida por el Letrado D. Luis Piñeiro Santos, que ha presentado escrito de oposición al recurso formulado por el demandante Sr XXXX , quien a su vez, ha presentado escrito de oposición al recurso formulado por la entidad Mare Nostrum.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera número nueve de los de Alicante, en los referidos autos tramitados con el núm. 617/16, se dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2017 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Debo estimar y estimo, la demanda presentada por D. XXXX , representado por el Procurador D. David Giner Polo, frente a Abanca Corporación Bancaria, S.A., (antes Caixa Galicia) representada por el Procurador D. Jose Luis Cordoba Almela y la entidad Banco Mare Nostrum, representado por el Procurador D. Jone Mira Erauzquin; y debo condenar y condeno, a la entidad Abanca Corporación Bancaria, S.A., a abonar al actor el importe de OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA EUROS, CON TREINTA EUROS, (83.770,30 euros); y debo condenar y condeno, a ambas codemandadas con carácter solidario a abonar a la parte actora, el*



importe de DIECISEIS MIL CINCUENTA EUROS (16.050 euros), todas las cantidades más el interés legal del dinero desde la fecha de la presente demanda de 18 de marzo de 2016, sin perjuicio del devengo de los intereses previstos en el at. 576 de la Lec; todo ello con expresa condena en costa a las codemandadas.. ".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por las partes arriba referenciadas; y tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a las demás partes, presentándose escritos de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron con fecha 21 de noviembre de 2017 los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 659/C-297/17 en el que, tras acordarse por Auto de este Tribunal de fecha 20 de noviembre de 2017, la unión de la documental aportada por la codemandada, Sociedad de Garantía Recíproca, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo el día 13 de marzo de 2018, en el 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 el Ilmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Solicita en su demanda D. XXXXX, adquirente por contrato de compraventa suscrito con la promotora Olga Urbana S.L. el día 5 de abril de 2007 de una vivienda en el edificio **Intempo** sito en Benidormy con causa en el incumplimiento de la promotora, el reintegro de las cantidades entregadas a cuenta por importe total de 99.820,30 euros y, en particular, de las satisfechas en las cuentas de la promotora, tanto de las abiertas en Caja Galicia, hoy Abanca, que había garantizado mediante aval o seguro de caución emitidos al efecto con el promotor, como de los importes que el Sr. XXXX había ingresado, mediante la compensación de cinco pagares entregados a la promotora entre octubre de 2008 y octubre de 2009 por importe total de 16.050 euros y que ésta había ingresado en su cuenta abierta en Banco Mare Nostrum, que ni tenía abierta cuenta especial, ni era financiadora de la promoción ni emitido aval o garantía alguna.

La Sentencia de instancia, tras una amplia exposición de doctrina jurisprudencial y de valoración la prueba practicada, afirma que las entidades bancarias, ambas en este caso, eran concedoras de la actividad de Olga Urbana, concluyendo en base a este argumento que Mare Nostrum debe responder solidariamente con la entidad avalista Abanca, de las cantidades ingresadas en la oficina 0469 por importe de 16.050 euros, declarándose por supuesto la responsabilidad por el total entregado a cuenta de Abanca, en tanto avalista. Y se acuerda en cuanto a los intereses que se adeudan no desde el día en que se efectuaron los pagos sino desde la fecha de la demanda.

En desacuerdo con tales conclusiones, formulan recurso de apelación tanto el comprador, D. XXXX, como Banco Mare Nostrum.

D. XXXX critica en su recurso de apelación el *dies a quo* establecido en la Sentencia para fijar el momento del devengo de intereses de las cantidades entregadas a cuenta, exigiendo su modificación en el sentido solicitado en su día en la demanda, es decir, que se establezca el devengo desde el momento de las entregas.

Por su parte Banco Mare Nostrum rechaza la condena a reintegrar -solidariamente con Abanca- el importe de 16.050 euros ingresado en la cuenta de la promotora en la oficina 0469 de su entidad porque, no siendo avalista, financiador de la promoción ni habiéndose aperturado cuenta especial, en el caso las cantidades que se reclaman por el comprador se ingresaron por él sino por la propia promotora.

SEGUNDO.- Recurso formulado por Banco Mare Nostrum.

Como hemos indicado, la base argumental del recurso que formula Banco Mare Nostrum es esencialmente fáctica, sustentada en el hecho de que los ingresos hechos en su entidad y que le son reclamados por el demandante, no los hizo éste sino la promotora que presentó para el cobro unos efectos endosados a su favor, en modo tal que si la Ley 57/68 responsabiliza a la entidad perceptora de los ingresos, lo hace cuando se trata de ingresos hechos por los compradores, tal y como por otro lado concreta la STS de 16 de enero y de 21 de diciembre, ambas de 2015, siendo así que la cantidad reflejada en el efecto endosado es del endosatario, en este caso, de la promotora, siendo imposible que la entidad conociera en tales circunstancias el origen del pagaré, tanto más cuando no se dejó constancia en los efectos ni en su ingreso el concepto, ni puede considerarse que los pagos de compradores fueran el único concepto por el que una promotora ingrese cantidades en cuenta.

Por todo ello, concluye el apelante, no cabe exigir responsabilidad ninguna a la entidad recurrente.

Pues bien, y en relación a estos argumentos hemos de traer a colación la siguiente doctrina jurisprudencial.



Dice la STS 436/2016, de 29 de junio : " Ahora bien, que la responsabilidad de la entidad avalista en la que, además, el promotor tenga la cuenta especial indicada en el contrato de compraventa, como es el caso de la demandada en el presente litigio, sea especialmente rigurosa frente a los compradores no significa que deba quedar inerte frente a cualesquiera incumplimientos contractuales del promotor consentidos o propiciados por el comprador. Desde este punto de vista, la mención de la d. adicional 1.ª b) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), en su redacción aplicable al caso por razones temporales, a «las cantidades entregadas en efectivo» no puede interpretarse, como propone el recurrente, en el sentido de que la garantía se extienda a cualesquiera pagos en efectivo del comprador al promotor a cuenta del precio total, sino, como explicó la citada sentencia de Pleno 467/2014, de 25 de noviembre, a la necesidad de llenar el vacío legal existente hasta entonces en relación con las cantidades anticipadas mediante efectos bancarios, pues la Ley 57/1968 solamente se refería a las entregas de dinero. En definitiva, por «cantidades entregadas en efectivo» (d. adicional 1.ª b) de la LOE) o por «entregas de dinero» (art. 1 de la Ley 57/1968) habrán de entenderse, por regla general, las percibidas por el promotor «a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros» [arts.1-2.ª y 2. c) de la Ley 57/1968], ya sea por ingreso directo del comprador en la entidad de que se trate, ya por transferencia, pues ambas modalidades deben considerarse comprendidas en el concepto «entrega de dinero o en efectivo», lo que no excluye que en cada caso sea preciso ponderar la capacidad de control de la entidad avalista o aseguradora pues, como bien indicó en este litigio la sentencia de primera instancia, en el caso de los seguros colectivos la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968 dispone que los contratos de compraventa han de haberse sometido al previo conocimiento de la entidad aseguradora " .

Esta doctrina engarza perfectamente con la afirmación del mismo Tribunal -STS 174/2016, de 17 de marzo - cuando dice que " la «responsabilidad» que el art. 1-2ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito(...)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» ". Y termina: " 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 . " .

Y particularmente interesante es la STS 636/2017, de 23 de noviembre , cuando afirma que " la responsabilidad de las entidades de crédito que admitan el ingreso de cantidades anticipadas por los compradores no es una responsabilidad a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino, como establece el art. 1-2ª de la Ley 57/19968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que les impone dicha ley " .

Pues bien, trayendo a colación esta doctrina al caso que nos ocupa, la conclusión que alcanzamos es que debe descartarse la responsabilidad de la entidad demandada pues, aunque estén probados los pagos mediante endoso de cinco pagarés hechos por el comprador al promotor y el ingreso de estos en su cuenta del Banco Mare Nostrum, que ni es especial ni la entidad es avalista ni desde luego financiadora de la promoción, lo cierto es que no hay razón ninguna para poder exigir a la entidad que presumiera que se trataba de endosos hechos a la promotora para pago de la adquisición de un inmueble en una promoción cuando ni consta que se ingresaran otros pagos por este concepto y por tanto, que la entidad pudiera tener datos de los que deducir aquél hecho, ni desde luego consta que conociera de la relación comercial entre endosante y endosatario.

En definitiva, se sustrajo esa cantidad de 16.050 euros a cualquier posibilidad de conocimiento y control por la entidad bancaria demandada, porque a la absoluta falta de relación del banco con los pagos hechos por el comprador de la promoción se unió el que tales pagos se hicieron, no de forma directa por los compradores sino mediante el ingreso hecho por parte de la promotora, en tanto endosataria, de unos efectos con los que el comprador hacía unos abonos a cuenta del precio por la adquisición de su vivienda en el edificio **Intempo** sin que constase en el efecto mención alguna ni desde luego se hiciera luego por la promotora que no consta que utilizara esa cuenta para este tipo de ingresos -pagos de compradores- al tenerlos residenciados, según consta en el contrato de compraventa en la actual Abanca, avalista de la operación inmobiliaria, ni por tanto ser posible que la entidad conociera el contrato y que los pagos respondían además al calendario fijado en el contrato -cláusula segunda, letra d)-.

Procede en consecuencia estimar el recurso de apelación y desestimar la acción deducida frente a la recurrente.

CUARTO.- Recurso deducido por D. XXXXX .



Denuncia en su recurso el demandante, infracción legal de la Ley 57/68 al ordenar el reintegro de los intereses por los anticipos, no desde la fecha de cada pago sino desde la fecha de la primera reclamación extrajudicial lo que constituye, dice el apelante, un agravio patrimonial ante la imposibilidad de obtener la vivienda para la que anticipó las cantidades, justificando su alegato en la jurisprudencia que cita y a partir de la cual se justifica dicho devengo en atención a la lógica de la garantía concebida en la Ley 57/68 y en el principio de la indemnidad del cesionario.

Y tiene sin duda razón el apelante.

No solo este Tribunal sigue ese criterio -entre otras, en la Sentencia que cita el apelante- sino que además es el criterio del Tribunal Supremo.

Las sentencias del Supremo a las que nos referimos son las de 21 de Diciembre del 2015 , 09 de Marzo del 2016 y 17 de Marzo de 2016 . En la primera se confirma la Sentencia de Primera Instancia que materia de intereses establecía la condena al " *interés anual de dicho importe desde el 2/08/2004, fecha del primer ingreso en la cuenta especial a cuenta de la edificación, (...)* ". La de 9 de Marzo de 2016 condena al Banco a pagar a los compradores la cantidad pagada sobre plano más los intereses legales vigentes desde que se hizo el ingreso en la entidad demandada. Y en tercer lugar la Sentencia del Supremo de 17/03/2016 revoca la Sentencia de Primera Instancia y condena al banco a pagar el principal más los intereses legales vigentes desde que se hicieron los ingresos en la entidad demandada hasta su efectivo pago.

No olvidemos que la póliza de garantía reconoce expresamente que cubre los intereses legales de estas cantidades y si bien ni el art. 3 de la Ley 57/1968 , ni la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación , mencionan de forma expresa el *dies a quo* del devengo de los intereses legales, dado que los efectos de la resolución contractual se producen *ex tunc* obligando a la recíproca restitución de prestaciones para lograr que la parte perjudicada restituya su situación patrimonial al tiempo de la celebración del contrato, parece razonable entender que el reintegro debe acompasarse con los intereses legales producidos desde la entrega, lo que no constituye sino una forma de compensación de la pérdida de disponibilidad durante el tiempo en que los anticipos han estado a disposición del promotor incumplidor y causante de la crisis contractual.

Procede en consecuencia, tal y como hemos avanzado, estimar el recurso de apelación, fijando como momento de devengo de los intereses legales la fecha de ingreso de cada una de las cantidades cuya suma constituye el montante total reclamado.

QUINTO.- En cuanto a las costas de esta alzada, no procede hacer expresa imposición de las costas a ninguno de los apelantes al haberse estimado cada uno de los recursos formulados y ser de aplicación lo dispuesto en el art. 398.2 LEC .

No obstante, resulta procedente modificar el criterio de imposición de costas en la instancia dado que al estimarse el recurso de apelación formulado por Mare Nostrum, la acción deducida en la demanda y base de su pretensión cuantitativa decae, siendo procedente en consecuencia, hacer expresa imposición de las costas de la instancia respecto de dicha entidad al demandante - art 394-1 LEC -.

SEXTO.- Habiéndose estimado el recurso de apelación tanto del demandante, Sr. XXXX , como del Banco Mare Nostrum, no cabe sino declarar la procedencia de reintegro del depósito para recurrir - Disposición Adicional Décimoquinta nº 8 LOPJ -.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación entablado tanto por el demandante, D. XXXX , representado en este Tribunal por el Procurador D. David Giner Polo, como por la entidad co-demandada, Banco Mare Nostrum, representada en este Tribunal por el Procurador D^a. Jone Miren Mira Erauzquin, recursos ambos deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número nueve de Alicante de fecha 3 de mayo de 2017 , debemos revocar en parte dicha resolución y en su virtud, debemos desestimar y desestimamos la pretensión deducida frente a la entidad Banco Mare Nostrum, fijándose el devengo de los intereses del importe objeto de la condena impuesta a Abanca Corporación Bancaria desde la fecha del ingreso o ingresos hechos por el demandante de las cantidades que conforman dicha cantidad, confirmando el resto de pronunciamientos resolución; y sin expresa imposición de costas a los apelantes.

Se acuerda la devolución del depósito efectuado por ambos apelantes para recurrir.



Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 468 y siguientes, y 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, recursos que deberán presentarse dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en la entidad Banco de Santander, indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

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

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-