

# CEDULA DE NOTIFICACION

## **AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN QUINTA ALICANTE**

NIG: 03014-42-2-2016-0014640

**Procedimiento: RECURSO DE APELACION (LECN) nº 000277/2018- L -**

*Dimana del Juicio Ordinario nº 001119/2016*

*Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 11 DE ALICANTE*

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

Procurador: JOSE LUIS CORDOBA ALMELA

Letrado: LUIS PIÑEIRO SANTOS

**Apelado:** DON XXXX

Procurador: DAVID GINER POLO

Letrado: GUADALUPE SANCHEZ BAENA

### SENTENCIA NÚM. 86

Iltmos. Sres.:

Presidente: D. José Luis Úbeda Mulero

Magistrada: D<sup>a</sup>. María Teresa Serra Abarca

Magistrada: D<sup>a</sup>. Susana Martínez González

En la ciudad de Alicante, a veinte de febrero de dos mil diecinueve.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Iltmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A., habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador D. José Luis Córdoba Almela y dirigida por el Letrado D. Luis Piñeiro Santos, y como apelada la parte demandante Don XXXX, representada por el Procurador D. David Giner Polo con la dirección del Letrado D. Guadalupe Sánchez Baena.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Alicante, en los referidos autos, tramitados con el núm. 1119/2016, se dictó sentencia con fecha 5 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"Que ESTIMANDO como ESTIMO íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. DAVID GINER POLO en nombre y representación*

procesal de la Parte demandante: *Don XXXX*, contra la Parte demandada: *ABANCA CORPORACION BANCARIA, S.A.*, debo:

A).- *Condenar y condeno a la demandada: ABANCA CORPORACION BANCARIA, S.A. a que le haga pago a la demandante: Don XXXX de la sumareclamada de 107.000,00 euros.*

B).- *Condenar y condeno a la demandada: ABANCA CORPORACION BANCARIA, S.A. a que le haga pago a la demandante: Don XXXX de los intereses legales del dinero vigente, desde la fecha de los respectivos pagos que integrandicha suma, y hasta el momento en que se haga efectiva la íntegra devolución a laactora, de las sumas entregadas a cuenta.*

C).- *Condenar y condeno a la demandada: ABANCA CORPORACION BANCARIA, S.A. al pago de todas las costas procesales causadas en este procedimiento."*

**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 **277/2018**, señalándose para votación y fallo el pasado día 19 de febrero de 2019, 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 Iltrma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. María Teresa Serra Abarca.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La demanda que inicia este proceso tiene por objeto una pretensión de condena a ABANCA de pagar al actor la suma de 107.000 euros, incrementada con el interés legal devengado desde el pago de las respectivas cantidades al promotor hasta su completo cobro, fundada en que el actor, mediante contrato privado de compraventa celebrado con la promotora OLGA URBANA, S.A. el día 28 de diciembre de 2007 adquirió dos viviendas en construcción del edificio in tempo sito en Benidorm, entregándose a la firma de los contratos el importe de 26.750 euros por cada vivienda mediante sendos pagarés de la CAM a favor de Olga Urbana que fueron ingresados en la Caja de Ahorros de Galicia (hoy Abanca) y el resto mediante cargos en la cuenta de la CAM que tenía abierta la actora que fueron ingresados en la misma cuenta de la promotora abierta en la Caja de Galicia, en concepto de anticipo del precio total de las viviendas que no fueron entregadas en la fecha convenida.

La Sentencia recurrida estimó la demanda y frente a la misma se ha alzado la demandada que denuncia errónea aplicación de la Ley 57/68 y de la jurisprudencia que la interpreta porque las viviendas se adquieren con finalidad inversora, caducidad y prescripción de la acción e infracción de lo dispuesto en el artículo 1257 del C.C.

**SEGUNDO.-** En relación con aplicación de la Ley 57/68 y de la jurisprudencia aunque se admitiera que el actor no iba a destinar las viviendas adquiridas a residencia propia, permanente o temporal, no excusa a la avalista de responder de la cantidad entregada a cuenta conforme a lo dispuesto en el penúltimo párrafo de la estipulación

segunda de los contratos privados de compraventa que dispone: "Las cantidades entregadas a cuenta del precio de venta hasta la entrega de llaves, estarán garantizadas con aval emitido por entidad bancaria."

En un supuesto idéntico al presente se ha pronunciado la Sección Octava en sentencia de 26 de enero de 2018 que argumenta "La jurisprudencia declara que aún no siendo aplicable el régimen legal previsto en la Ley 57/1968 por no reunir el actor la condición subjetiva de destinar la vivienda adquirida a residencia o domicilio, es posible aplicar ese marco normativo si las partes se someten expresamente al mismo. Así, la STS de 9 de septiembre de 2015 declara:

"Alega el recurrente que la ley 57/1968 no es aplicable a la compradora, en cuanto sociedad mercantil, lo que excluye la condición de consumidor final.

Esta Sala debe declarar que, ciertamente, la ley 57/1968 prevé el destino de las viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente, bien de temporada (art. 1).

Sin perjuicio de ello nada obsta a que las partes, aún no siendo consumidor la compradora, adopten un sistema tuitivo superior al normal en el ejercicio de la libertad contractual (art. 1255 del C. Civil).

En suma, no se trata de considerar consumidor final a la compradora, sino de que pactaron entre las partes un sistema de protección de los intereses del comprador, superior al habitual o estándar, pero dentro del marco que legalmente podían acordar en el ejercicio de la libertad contractual.

[...]

Debemos hacer notar que en el aval, libremente suscrito, el Banco recurrente, se sujetó a las prescripciones de la ley 57/1968."

También, la STS de 1 de junio de 2016 declara:

"4.ª) Lo antedicho no queda desvirtuado por la circunstancia de que esta sala, por ejemplo en la sentencia 486/2015, de 9 de septiembre, admita que el comprador no consumidor y el vendedor puedan pactar en el contrato de compraventa la obligación del vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas y la sujeción de la garantía a lo establecido en la Ley 57/1968, porque en tal caso, como revela la motivación íntegra de dicha sentencia, la sujeción del aval al régimen de la Ley 57/1968 provendrá de lo pactado entre las partes, no de la propia ley ni de su interpretación jurisprudencial.

5.ª) Finalmente, debe subrayarse, primero, que en el contrato aquí litigioso se pactó que la promotora garantizaría las cantidades anticipadas por el comprador «mediante póliza de afianzamiento», dejando constancia de que por entonces aún se estaba tramitando, pero no se hizo ninguna remisión a la Ley 57/1968; y segundo, que la promotora vendedora, como se declara probado, efectivamente contrató la póliza colectiva de seguro de afianzamiento correspondiente a la promoción de que se trata, lo que, según la sentencia 322/2015, de 23 de septiembre, de Pleno, permitiría entender asegurada para el comprador la devolución de las cantidades anticipadas incluso a falta de póliza individual. Por tanto, aun cuando el presente recurso de casación por interés casacional no se haya fundado en infracción del art. 1124 CC sino únicamente en la procedencia de aplicar la Ley 57/1968 al comprador no consumidor, tampoco podría afirmarse un incumplimiento de la promotora, por omisión de la garantía expresamente pactada, que justificara la resolución del contrato de compraventa a instancia del comprador."

Como en nuestro caso consta que en el contrato privado de compraventa se pactó

expresamente que las cantidades anticipadas estarían garantizadas mediante aval emitido por entidad bancaria y, efectivamente, así fue, según consta en los documentos números 18, 19 y 20 de la demanda, la entidad ABANCA será responsable como tal avalista con independencia de que el actor fuese o no inversor, argumentos que nos lleva a desestimar el cuarto motivo de apelación.

La responsabilidad de ABANCA subsiste aunque no haya emitido un certificado individual de aval a petición de la promotora en favor del actor conforme mantiene la STS de 23 de septiembre de 2015 y aunque la avalista haya agotado el límite cuantitativo del aval conforme declara la STS de 3 de julio de 2013.

Respecto a la resolución de los contratos de compraventa de las viviendas objeto de autos, como argumenta el juzgador de instancia, es obvio que quedaron resueltos y extinguidos ex lege, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley Concursal desde que fe la promotora declarada en concurso y aprobado por auto de fecha 4.12.2015 el plan de liquidación.

**TERCERO.-** No cabe apreciar la caducidad del aval por el transcurso del plazo de dos años desde el incumplimiento por parte de la promotora alegada en el recurso, porque la norma que lo prevé (Disposición adicional primera Dos-2-c de la Ley de Ordenación de la Edificación) entró en vigor para los contratos de compraventa celebrados a partir del día 1 de enero de 2016, circunstancia que no concurre en nuestro caso. Criterio que es conforme a la reciente sentencia del TS de 12 de diciembre de 2018 "De acuerdo con el principio de seguridad jurídica, el recurso debe resolverse conforme a la reciente doctrina de sala que recoge la interpretación de la legislación vigente en el momento de la celebración del contrato y, no cabe como plantea la recurrente interpretar las cuestiones que son objeto del presente recurso por las modificaciones introducidas por el legislador tras la Ley 20/2015 de 14 de julio, teniendo en cuenta además que dicha norma ya estaba en vigor cuando la sala ha reiterado su doctrina, entre otras, en las sentencias 272/2016, de 22 de abril, 626/2016, de 24 de octubre, 739/2016, de 21 de diciembre, y 420/2017, de 4 de julio, en relación con las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968".

Tampoco concurre la prescripción, pues como argumenta la sentencia de instancia en el fundamento de derecho tercero el plazo de prescripción para las acciones personales es de 15 años (hoy 5 años), según lo dispuesto en el art 1964 del Código Civil): En el mismo sentido la Sentencia de la A.P de Murcia de 30 de abril de 2018 "En tal sentido basta citar la STS 636/2017, de 23 de noviembre de 2017 en la que se señala que "Pues bien, la prescripción alegada no debe ser apreciada, porque la responsabilidad del banco no se funda en el artículo 1902 CC, al que se refiere el art. 1968-2 ° del mismo Código, sino en una norma especial de la Ley 57/1968, su art. 1-2ª. Se trata de una responsabilidad u obligación nacida de la ley en sentido estricto (arts. 1089 y 1090 CC ) que, a falta de regulación específica de la prescripción en la propia Ley 57/1968 y como ya resolvió la sentencia de esta sala 781/2014, de 16 de enero, queda sujeta al régimen general del art. 1964 CC para las acciones personales (plazo de quince años, según su redacción al tiempo de interponerse la demanda)".

**CUARTO.-** En consecuencia con lo expuesto, procede la desestimación del recurso y confirmación por sus propios fundamentos de la sentencia de instancia, con el pronunciamiento sobre costas que se deriva de la aplicación de los artículos 398.1 y 394

de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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 interpuesto por ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA contra la sentencia de fecha 5 de marzo de 2018, recaída en el juicio de Ordinario número 1119/16, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Alicante, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, con expresa condena en las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido con arreglo a la Ley 1/2009, de 3 de noviembre y Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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 artículos 477.2.3º y 469 y Disposición Final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que podrán formalizarse por escrito 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 0190/0000/06/0277/18**, 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 0190/0000/04/0277/18**, **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,