

**AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE
SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE**

Rollo de apelación nº 000034/2019
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE ORIHUELA
Autos de Juicio Ordinario - 001201/2017

SENTENCIA Nº 130/2019

=====
Iltmos. Sres.:

Presidente: D. José Manuel Valero Díez

Magistrado: D. Marcos de Alba y Vega

Magistrado: D. Fernando Fernández-Espinar López
=====

En ELCHE, a once de marzo de dos mil diecinueve

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Iltmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario 1201/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Orihuela, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte apelante D^a XXXX y D. XXXX, habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sr. Manuel Martínez Rico y dirigida por la Letrada Sra. Guadalupe Sánchez Baena, y como apelada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por el Procurador Sr. Antonio Díez Saura y dirigida por el Letrado Sr. Rafael Caso Criado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Orihuela en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 5 de Octubre de 2018 cuya parte

dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por el Procurador D. Manuel Martínez Rico, en nombre y representación de D. XXXX y Dña. XXXXX, contra la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, condenando a dicha entidad al pago de 69.915 euros, cantidad ya consignada y recogida en el auto de allanamiento parcial, con el correspondiente interés legal fijado en la ley 57/1968 y la disposición adicional primera de la ley 38/1999 desde la fecha de ingreso de las cantidades por la parte actora, sin imposición de costas a ninguna de las partes.*"

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte apelante D^a Susana y D. Pedro en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 34/2019, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la revocación de la sentencia de instancia y la apelada su confirmación. Para la deliberación y votación se fijó el día 7 de Marzo de 2019.

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

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Díez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso debe ser desestimado si partimos desde la perspectiva de que la entidad bancaria ostenta en este caso la condición de avalista de la entonces vigente ley 57/68, situación muy diferente a la de simple depositario de cantidades ingresadas para pago de la compraventa.

Nos recuerda la STS de 4 de julio de 2017 que: "*En su recurso de apelación, los actores denunciaron error en la valoración de la prueba al no haber considerado acreditado el pago de todas las cantidades reclamadas. En particular, se discute el pago inicial de 3.000 euros en concepto de reserva y el pago de 33.765,20 euros realizada en el momento de la firma del contrato.*

La revisión de la documentación obrante en autos lleva a concluir que ambas cantidades fueron pagadas como anticipo de la vivienda, de acuerdo con lo previsto en el contrato y que, en consecuencia, la entidad crediticia debe garantizar la falta de su restitución por el promotor.

Es relevante que, en el caso, todas las cantidades reclamadas se corresponden con el calendario de pagos contenido en el documento inicial de reserva y en el posterior de compraventa concertado entre los actores y el promotor.

de modo que no se trata de cantidades que las partes hubieran tratado de sustraer al conocimiento y control de la avalista.

Por otra parte, por lo que se refiere a la cantidad de 3000 euros a que hace referencia el «contrato de reserva» como cantidad que se entrega y se recibe en ese acto, está también reflejada como recibida en el contrato de compraventa. Como declaró la sentencia 439/2016, de 29 de junio, la entidad avalista pudo conocer la entrega a cuenta en concepto de reserva con haber requerido al promotor una copia de los contratos.

Por lo que se refiere a la cantidad de 33.765,20 euros, dice la sentencia del Juzgado que no sólo no costa que fuera ingresado en la referida cuenta especial pues sólo se indica que fue compensado «por la entidad 2024 (BBK) oficina 0708 (Urb La Chana)», sino que además fue emitido por Legal Factory S.A., persona jurídica de la que no consta relación alguna con el contrato de compraventa a que se refiere la demanda.

Frente a esta argumentación, debe entenderse que la cantidad de 33.765,20 euros fue abonada al promotor como anticipo por los compradores o, al menos por cuenta de ellos, que entregaron el dinero a un despacho de abogados para que entregaran un talón al promotor en el momento de la firma del contrato, tal y como queda reflejado en el mismo contrato.

En efecto, la estipulación segunda del contrato de compraventa dice expresamente que «se reciben en este acto mediante cheque bancario de SolBank seriado al n.º NUM012 ». En los autos consta copia del cheque, que fue otorgado a nombre de Bareo y que fue descontado en la misma cuenta de BBK afecta al aval (folios 67, 68 y 240). El que no figure el nombre de los compradores en el talón es explicado convincentemente por el hecho de ser Legal Factory la sociedad del despacho de abogados con el que trabajaban en España los compradores (se acredita en autos por la documental aportada que el propio contrato de compraventa es firmado por uno de los abogados de la sociedad en representación de los compradores, folio 33, y que la entidad ha realizado requerimientos de pago a nombre de compradores facilitando su cuenta).

Todo ello viene reforzado, además, por el hecho de que la sentencia que estimó la demanda de resolución del contrato de compraventa interpuesta en su día por los actores condenó a la promotora a restituir la suma total reclamada ahora en este otro proceso a BBK como garante (aunque, como ha quedado dicho, en realidad, no hubiera sido necesaria tal condena para ejercitar la reclamación contra la entidad crediticia garante).

Lo relevante es que todas las estas cantidades discutidas figuran en el contrato y se han realizado conforme al calendario previsto en el mismo, por lo que, de acuerdo con todo lo argumentado hasta ahora, la entidad emisora del aval está obligada a restituirlas a los demandantes.”.

Y en la citada STS de 29 de junio de 2016, que: *“Como recuerda la sentencia 436/2016, de 29 de junio, el cuerpo de doctrina interpretativo de la Ley 57/1968 «no admite, por regla general, que recaigan sobre el comprador las consecuencias del incumplimiento por el promotor de sus propias obligaciones, como tampoco las derivadas de los incumplimientos imputables a las entidades bancarias en que el promotor tenga abiertas cuentas en las que los compradores ingresen cantidades anticipadas».*

Según esta sentencia, el carácter tuitivo de la dicha Ley ha sido remarcado por una jurisprudencia en la misma línea protectora del comprador, según la cual:

Si existe garantía, los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial sino en otra diferente del promotor pero en la misma entidad bancaria (sentencias de Pleno 779/2014, de 13 de enero de 2015, y 780/2014, de 30 de abril de 2015)...

...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.

QUINTO.- *De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta al presente recurso se desprende que, ya de entrada, debe descartarse la responsabilidad de la avalista demandada por la cantidad de 33.300 euros, pues aunque en la instancia se haya dado por probada su entrega al promotor-vendedor, lo cierto es que no se corresponde con el contrato de compraventa, que ninguna mención ni precisión contiene acerca de ese anticipo, y tampoco se explica en la demanda esa falta de correspondencia con el calendario de pagos previsto en el contrato, en el que después de los 74.700 euros indiscutidos tan solo se mencionaba un pago de 88.000 euros «a la entrega de llaves» y otro, al final, de 22.200 euros «en el momento de otorgar las correspondientes escrituras de compraventa». Es más, la demanda ni siquiera proporciona una mínima coherencia cronológica, porque el pago en efectivo de 33.300 euros se dice efectuado el 1 de junio de 2005 pero se menciona después del de 74.700 euros, hecho el 10 de junio. En definitiva, se sustrajo esa cantidad de 33.300 euros a cualquier posibilidad de*

conocimiento y control por la entidad bancaria demandada, porque a su absoluta falta de mención en el contrato se unió su falta de ingreso en la cuenta especial indicada en el contrato e, incluso, su documentación mediante un «Recibí» que tiene en blanco el recuadro reservado al sello y firma del receptor.

Por lo que se refiere a los 3.000 euros entregados en concepto de reserva, sí debe responder la entidad avalista conforme al art. 1.1.^a 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 solo haber requerido del promotor-vendedor una copia del contrato de compraventa antes de constituirse en avalista únicamente por la cantidad de 74.700 euros transferida por el comprador a la cuenta especial designada en el contrato.”.

El ATS de 10 de octubre de 2018 “como recuerda, entre otras, la sentencia 675/2017, de 16 de noviembre, lo que excluye la jurisprudencia es la responsabilidad tanto de la entidad bancaria receptora de cantidades anticipadas como de la entidad avalista cuando los pagos del comprador al vendedor se hagan al margen del contrato y sin posibilidad alguna de control por parte de la entidad bancaria o de la entidad avalista, pero no de aquellas cantidades anticipadas que sí tuvo la posibilidad de conocer (sentencias 420/2016, de 24 de junio, y 436/2016, de 29 de junio).”.

También la SAP valencia de 10 de mayo de 2018 “Pues bien en este caso se dan las circunstancias que llevaron entonces a la estimación de la pretensión de la demandante: los pagos para la compra de la vivienda cuya devolución se insta resultan acreditados ; además, aun no siendo necesario para dirigir la reclamación contra la avalista , se ha obtenido un pronunciamiento judicial previo según el cual la cantidad ahora reclamada se entregó a la promotora como pago parcial del precio de la compraventa; por último los pagos -en este caso 3.000 euros correspondientes a la señal del contrato y otros 85.676,25 euros como primer pago - obedecían puntualmente a lo pactado en contrato. Como refiere la STS 420/2017 lo relevante es que todas las cantidades figuran en el contrato y se han realizado conforme al calendario previsto en el mismo, por lo que, la entidad avalista está obligada a restituirlas a los demandantes. Así se dice que "no se trata de cantidades que las partes hubieran tratado de sustraer al conocimiento y control de la avalista." Y en concreto sobre la cantidad dada como señal añade: "Como declaró la sentencia 439/2016, de 29 de junio, la entidad avalista pudo conocer la entrega a cuenta en concepto de reserva con haber requerido al promotor una copia de los contratos." Procede pues la estimación de la demanda en cuanto al principal reclamado en atención a la finalidad de la obligación de aseguramiento de cantidades entregadas a cuenta...”.

En consecuencia, le bastaba a la entidad avalista demandada con reclamar el contrato de compraventa para controlar perfectamente dicho pago de 3.000 euros, que, además, en la contestación a la demanda reconoció que se le entregó directamente al promotor a la firma del contrato de compraventa.

SEGUNDO.- Se imponen a la entidad demandada las costas causadas en la instancia por estimación íntegra de la demanda. Sin especial pronunciamiento en cuanto a las de la apelación.

Nos dice el AAP de Valencia de 4 de junio de 2009 “Recurrida en apelación la citada resolución por el demandado, ciñendo su recurso al pronunciamiento de costas que se le imponen, la Sala ha de estimar el recurso y revocar tal pronunciamiento, y ello porque, siguiendo el criterio mantenido por este Tribunal en supuestos similares (Ss. 23 de enero de 2.007 y de 17 de marzo de 2.008 , entre otras), se ha de significar: que el pronunciamiento sobre costas corresponde hacerlo con referencia a la totalidad de las pretensiones, conforme dispone el artículo 394-1º de la misma Ley, y así corresponde entenderlo igualmente en el caso del artículo 395 para el allanamiento, lo cual nos lleva a dos conclusiones: primera, que es cuando se dicta la sentencia el momento oportuno para evaluar en su conjunto si se han estimado o no de manera íntegra o parcial las pretensiones de las partes de modo que hay que remitirse a la sentencia para pronunciarse sobre las costas del procedimiento; y segunda, que consecuentemente con lo expuesto, resulta inaplicable el artículo 395 de la LEC para el caso de allanamiento parcial , pues solo lo es para el total, dando lugar inmediatamente, tras éste, a la sentencia condenatoria que contempla el artículo 21-1º de la Ley procesal , cuyo número segundo, referente al allanamiento parcial , ninguna consideración hace sobre las costas . Con esto se evita el riesgo de tener que desgranar las costas "contra legem": de un lado, las atinentes al allanamiento parcial , cuando no aparecen contemplados ni en el art. 21.2, ni en el art. 395 de la L.E.C ., que se refiere al allanamiento total; y de otro lado, las correspondientes al importe no allanado, lo cual está en contra de las previsiones que contempla el art. 394 de la misma Ley . Por tanto, en cuanto a las costas habrá que estar a lo que se resuelva en sentencia definitiva.”.

AAP de Madrid de 7 de diciembre de 2011 “El recurso de apelación interpuesto por la aseguradora demandada debe de ser objeto de acogida pues no solo el artículo 21.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al regular el allanamiento parcial se refiere únicamente al dictado de auto acogiendo las pretensiones que hubiesen sido objeto del allanamiento, sin hacer mención alguna a la imposición de las costas , sino que,

además, lógicamente dicho pronunciamiento deba de efectuarse en la sentencia que finalmente recaiga resolviendo la cuestión planteada, momento en el que se conocerá si la pretensión ejercitada se estima o no en su integridad, pudiendo, de acogerse la tesis de la parte apelada, el acontecer que se impusiesen las costas con el allanamiento parcial y posteriormente en la sentencia no se impusiesen las mismas al estimarse la pretensión en forma parcial.”.

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

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Pedro y de doña Susana, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Orihuela, de fecha 5 de octubre de 2018, que revocamos parcialmente estimando con ello íntegramente la demanda y elevando a 72.915 euros, la cantidad objeto de condena, con los intereses legales desde cada una de las entregas, sustituidos por los procesales desde la fecha de la sentencia de instancia y hasta su completo pago. Se imponen a la demandada las costas causadas en la instancia. Sin especial pronunciamiento en costas en esta alzada.

Con devolución del depósito constituido.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley 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 otro al rollo de apelación.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que contra la misma, cabe recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resueltos, según los casos, por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana o por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” de este Tribunal nº 3575 indicando el “concepto 04” para el recurso extraordinario por infracción procesal y el “concepto 06” para el recurso de casación.

2º Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Ponente, estando la Sala reunida en audiencia pública. Doy fe.