

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

Rollo de apelación nº 000432/2019
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE ORIHUELA
Autos de Juicio Ordinario - 000112/2018

SENTENCIA Nº 553/2019

=====
Iltmos. Sres.:

Presidente: D. José Manuel Valero Díez

Magistrado:D. Marcos de Alba y Vega

Magistrado:D. Edmundo Tomás García Ruiz
=====

En ELCHE, a veinticinco de octubre de dos mil diecinueve

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario nº 112/18 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por D. XXX XXXXX XXXXXX, representado por el Procurador D. Manuel Martínez Rico y defendido por la Letrada D^a. Guadalupe Sánchez Baena, y como parte apelada, "Banco Bilbao Vizcaya, S.A.", representado por la Procuradora D^a. Francisca Caballero Caballero y defendido por el Letrado D. José Manuel Sánchez Marín.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 de noviembre de 2018, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela dictó, en el procedimiento mencionado, sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el/la Procuradora Sr/Sr^a MANUEL MARTÍNEZ RICO en nombre y representación de XXXXXX XXXXX XXXXX contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., debo condenar y condeno al demandado a entregar al actor la cantidad de diecinueve mil setecientos setenta euros (19.770 euros), más los intereses legales calculados sobre el principal indicado desde la fecha de sus respectivos anticipos.

No ha lugar a imponer las costas de este procedimiento a ninguna de las partes”.

Segundo.- Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de D. XXXX XXXXX XXXXX, siendo admitido a trámite en ambos efectos.

Tercero.- Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a “Banco Bilbao Vizcaya, S.A.”, emplazándole por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dejando transcurrir dicho plazo sin presentar escrito de oposición.

Cuarto.- Elevadas las actuaciones a este tribunal, se formó el rollo nº 432/2019, designándose ponente y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 24 de octubre de 2019.

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

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr Magistrado D. Edmundo Tomás García Ruiz, que expresa la convicción del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del recurso de apelación.

D. Daniel Robert Cuckson interpone recurso de apelación alegando, en primer lugar, vulneración del art. 1 de la Ley 57/1968 y de la jurisprudencia correspondiente, pues procede declarar la responsabilidad económica de “BBVA, S.A.” respecto de todas las cantidades anticipadas por el comprador para la compra de una vivienda, no sólo de las ingresadas en una cuenta del promotor en esta entidad, al ser garante solidario en virtud de una póliza de afianzamiento colectivo, habiendo emitido además numerosos avales individuales a favor de compradores de la misma promoción, siendo en todo caso obligación del promotor ingresar las cantidades recibidas en la cuenta especial vinculada a la promoción. Y, en segundo lugar, infracción del art. 394 L.E.C., al no haberse condenado a la parte demandada al pago de las costas procesales, pese a haber sido estimado íntegramente el suplico subsidiario.

Segundo.- Responsabilidad en la devolución de las cantidades anticipadas por compraventa de viviendas. Entidad avalista. Cantidades consignadas en contrato.

Como ya dijéramos en las sentencias de esta Sala nº 380/18, de 10 de septiembre, y 279/18, de 8 de junio, la cuestión relativa a la responsabilidad de la entidad bancaria avalista por las cantidades abonadas por el comprador a la promotora y no ingresadas en una cuenta de dicha entidad ha sido planteada y resuelta por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones.

Así, la STS. de 24 de enero de 2018 expone: *“Como declara la sentencia de esta sala 436/2016, de 29 de junio, referida a la misma promoción que el presente litigio, el rigor legal de la responsabilidad, frente a los compradores, de la entidad avalista en la que además el promotor tenga abierta la cuenta especial prevista en la Ley 57/1968 no significa que dicha entidad «deba quedar inmune frente a cualesquiera incumplimientos contractuales del promotor consentidos o propiciados por el comprador», de manera que la referencia de la d. adicional 1.ª b) de la Ley 38/1999 (Ley de Ordenación de la Edificación) a «las cantidades entregadas en efectivo» no puede interpretarse «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 ya 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». Además, debe ponderarse en cada caso la capacidad de control de la entidad bancaria avalista sobre los pagos a cuenta, de manera que esta no responderá de los que queden fuera de esa capacidad de control, como en el presente caso serían las entregadas en efectivo al promotor-vendedor o las ingresadas en Cajamar, a lo que se une la circunstancia de que algunos ingresos se hicieran por despachos de abogados o compañías de inversión”.

Y la STS. de 23 de noviembre de 2017 señala: “Más recientemente, la sentencia 502/2017, de 14 de septiembre, dictada en un caso en que, a diferencia del presente, la entidad de crédito sí abrió la cuenta especial legalmente exigida, garantizada además mediante póliza colectiva de afianzamiento, ha matizado 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. 1-2.^a de la Ley 57/1968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que les impone dicha ley», razón por la que descarta la responsabilidad de la entidad de crédito recurrente porque al cumplimiento «de todo lo que le era exigible según la doctrina jurisprudencial» se unía la constancia de que los pagos no se habían realizado ni en la cuenta especial ni en ninguna otra de la promotora en la misma”.

Con posterioridad a dicha resolución, el Alto Tribunal se ha pronunciado en otras ocasiones.

Así, la sentencia de 28 de febrero de 2018 distingue “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). Si no existe dicha garantía (como ha sido el caso), ello no impide que 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 respondan 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”.

Esto es, dicha resolución enlaza la responsabilidad de la entidad que concede la garantía con el ingreso de las cantidades en una cuenta del promotor, especial o

no, pero en todo caso en la misma entidad bancaria. Y por ello concluye: “La proyección de esta doctrina sobre el presente caso determina que sea acertada la absolución de la entidad de crédito desde el momento en que los hechos probados corroboran su sostenida alegación (tanto al contestar a la demanda como al fundamentar su recurso de apelación) sobre su falta de conocimiento de los pagos hechos por los compradores al promotor, al no constar documentalmente que se ingresaran en la cuenta corriente que el promotor tenía abierta en <La Caixa>”.

Y la sentencia de 21 de marzo de 2018 también contiene doctrina aplicable a este caso al exponer: “A lo anterior se une que los fundamentos de la sentencia recurrida sobre la actuación de las partes al margen de los estrictos términos del contrato, incluyendo importantes diferencias en las cuantías de los anticipos y en las formas de pago, se corresponde con la jurisprudencia de esta sala que excluye de la protección de la Ley 57/1968 a los compradores que, por acuerdos particulares con la promotora-vendedora a conveniencia de ambas partes, se aparten de las estipulaciones del contrato de compraventa acerca de los anticipos y no los ingresen en la cuenta identificada en el contrato como especial ni en ninguna otra del promotor en la entidad bancaria de que se trate (sentencias 33/2018, de 24 de enero, 502/2017, de 14 de septiembre, 675/2016, de 16 de noviembre, 436/2016, de 29 de junio, y 420/2016, de 24 de junio)”.

Finalmente concluye: “En definitiva, no se puede pretender que un banco, por el solo hecho de haber concertado con el promotor una póliza colectiva de aval para una determinada promoción inmobiliaria, responda de todas las obligaciones del promotor frente a un comprador derivadas, como el del presente caso, de sus relaciones puramente bilaterales, de un contrato de compraventa al que el banco fue siempre ajeno y de anticipos que ni siquiera se ajustaron a los términos del contrato e incluso nunca llegaron a ingresarse en ninguna cuenta del promotor en el propio banco, el cual, por todas estas razones, careció siempre de cualquier posibilidad de control sobre los anticipos”.

Si bien aplicando esta doctrina al presente supuesto, la decisión adoptada en la instancia, declarando la responsabilidad de “Banco Bilbao Vizcaya, S.A.” únicamente por las cantidades ingresadas en una cuenta de esta entidad (19.770 €), sería ajustada a Derecho, pues sólo sobre estas sumas de dinero podía tener capacidad de control para conocer, desplegando la diligencia que le era exigible, que fueron abonadas por dichos compradores en concepto de cantidades anticipadas

para la compra de una vivienda en la promoción respecto de la cual se habían emitido las pólizas colectivas de afianzamiento con la promotora “Herrada del Tollo” (documentos nº 11 y 12 de la demanda), e incluso diversos avales individuales (documento nº 9).

Sin embargo, la misma ha sido matizada por el Alto Tribunal, extendiendo la responsabilidad económica de las entidades avalistas a la devolución de las cantidades cuyo pago queda reflejado en el contrato de compraventa, más los intereses correspondientes.

En este caso, la estipulación tercera del contrato de 9 de agosto de 2005 (documento nº 1 de la demanda), relativa a la forma de pago, expresa: “A. La parte vendedora manifiesta haber recibido de la parte compradora a fecha de hoy la cantidad de 22.766’49 € como entrega a cuenta del precio total de la compraventa”.

En este sentido, tiene declarado el Tribunal Supremo en la sentencia 436/2016, de 29 de junio: *“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”.*

Igualmente, la sentencia de esta Sala nº 48/19, de 4 de febrero, desestima el recurso de “Banco Bilbao Vizcaya” dado que *“dicha entidad 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”.*

Y a continuación recuerda la STS nº 420/2017, de 4 de julio, que expone *“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.

(...)

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”.

Por su parte, el ATS de 10 de octubre de 2018 indica: “Como recuerda, entre otras, la sentencia 675/2016, 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)”.

En atención a esta doctrina, declara esta Sala en la citada sentencia nº 48/2019:

“La cuestión es, si en este caso, la parte demandada pudo controlar el pago efectuado por el comprador, así como el concepto en que se hacía.

Y debemos concluir que del propio contrato de compraventa de fecha 27 de marzo de 2006, en cuya estipulación segunda relativa a los pagos figura expresamente la cantidad de 39.375 euros, establecida en concepto de señal, depósito o primera entrega a la firma del contrato, en relación con la inclusión de dicho crédito en el concurso de acreedores de la promotora y de la sentencia número 32/2010, de fecha 18 de junio, dictada por el juzgado de lo mercantil número

3 de Elche, por la que se reconoce dicho crédito y se condena a la promotora a la devolución de los citados 39.375 euros (que coincide exactamente con la cantidad que figura en el contrato y que aquí se reclama), se desprende que la citada cantidad ahora reclamada fue efectivamente abonada por el comprador a la promotora conforme al contrato. Comprador designado nominativamente en dicha contratación, sin perjuicio de que actuase representado para ese acto por PLUS ADVISOR, S.L. No se trata, por tanto, de cantidad alguna que haya pretendido sustraerse al control de la entidad avalista.

En consecuencia, le bastaba a la entidad avalista demandada con reclamar el contrato de compraventa para controlar perfectamente dicho pago".

Estos argumentos se reproducen en la sentencia de esta Sala nº 130/19, de 11 de marzo.

Por todo ello, procede la estimación del recurso interpuesto, revocando la sentencia impugnada y condenando a la entidad bancaria demandada a pagar al demandante la cantidad de 22.766'49 € en concepto de principal, más el interés legal en los términos establecidos en la resolución de primera instancia.

Tercero.- Costas procesales de primera instancia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los juicios declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Por tanto, al haber sido estimada la demanda, procede la imposición de costas procesales a la parte demandada.

Cuarto.- Costas procesales de la alzada.

De conformidad con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante al haber sido estimado su recurso.

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

PARTE DISPOSITIVA

Estimando el recurso de apelación interpuesto por D. XXX XXX XXXX, representado por el Procurador D. Manuel Martínez Rico, contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2018, recaída en los autos de juicio ordinario nº 112/18 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela, debemos **revocar y revocamos** dicha resolución, acordando en su lugar la estimación de la demanda interpuesta contra “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.”, representado por la Procuradora D^a. Francisca Caballero Caballero, condenando a esta entidad a pagar al demandante la cantidad de veintidós mil setecientos sesenta y seis euros con cuarenta y nueve céntimos (22.766'49 €), más los intereses legales desde la fecha de los respectivos anticipos, con imposición a la parte demandada de las costas de primera instancia, sin imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada y devolución del depósito constituido para recurrir.

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 lltmo Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fé.