

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE ORIHUELA
ORIHUELA

Plaza SANTA LUCIA,S/N
TELÉFONO: 966904106

N.I.G.: 03099-42-1-2018-0006937

Procedimiento: Asunto Civil 001210/2018

SENTENCIA N° 28/2020

En Orihuela a 10 de febrero de 2020.

En nombre de S.M. el Rey; vistos por SS. D°. Jorge Basterra Pérez de los Cobos (Juez del Juzgado de Primera Instancia número cinco de la ciudad de Orihuela) los presentes autos de juicio ordinario número 1210/18 promovidos a instancia de D°XXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXX representado por el Procurador D. Manuel Martínez Rico y asistencia letrada de D^a. Guadalupe Sánchez Baena, contra Banco Sabadell S.A. representado por el Procurador D. Jorge Manzanaro Salines y asistencia letrada de D. Manuel Pomaras Alfosea; sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la representación procesal del actor se presentó escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, formulando demanda de

juicio ordinario contra Banco Sabadell S.A. emplazando a esta para que contestare en el plazo de 20 días lo que hizo, en el sentido de oponerse y, alego lo que a su derecho convino.

SEGUNDO. - Seguidamente se citó a las partes al acto de la audiencia previa, compareciendo las partes, proponiendo la prueba que se estimó pertinente con resultado que obra en acta y soporte video gráfico.

TERCERO. - En el acto del juicio comparecieron todas las partes y, en el que tras la práctica de la prueba quedaron los autos conclusos para sentencia.

En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora acción frente a Banco Sabadell S.A. a la vista de la compra que los actores llevaron a cabo y por la que aquellos depositaron la cantidad que ahora se reclama en la referida entidad bancaria; fundamentando dicha

pretensión en los incumplimientos graves en los que incurre la promotora, Herreda del Tollo, que no ha hecho entrega de la vivienda objeto del contrato suscrito y la inexistencia de aval aseguraticio de las cantidades entregadas a cuenta durante la construcción.

SEGUNDO. - Considera la entidad bancaria que no es aplicable la ley 57/67 ya que la vivienda en cuestión no fue adquirida para uso temporal ni permanente.

Alega la demandada que los actores ya vivían en Orihuela Costa y San Miguel de Salinas, que adquirieron otra vivienda en Jumilla por mitades iguales y que finalmente no la llegaron a adquirir. Cuestión desmentida por la actora que adjunta documento cinco donde se hace constar que no es titular de ningún inmueble en España y ratifica que su intención era para uso vacacional y posteriormente permanente.

Sobre esta base se hace indispensable centrar la atención en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 26 de noviembre de 2018, considera que la condición de no consumidor, en cuanto hecho obstativo de la demanda, debe recaer sobre la parte demandada.

La sección cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, en sentencia de 26 de septiembre de 2018, apunta que siendo el comprador una persona física la carga de la prueba de la no condición de consumidor corresponde a quien la invoca y el simple hecho de ser titular de otra u otras viviendas o incluso la intención de arrendar alguna de ellas no bastan para atribuirle la condición de inversor profesional. En similar sentencia se pronuncia la sentencia de la sección octava de 20 de febrero de 2018 la carga de la prueba (art. 217 LEC) de que la compra tuvo finalidad especuladora corresponde a la parte demandada, dada, de un lado, la extraordinaria dificultad que, normalmente, supondrá para el comprador acreditar que el destino de la compra de la vivienda es establecer en ella su domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial.

La sentencia de la sección quinta de la Audiencia Provincial de Alicante de 10 de abril de 2019 expone que "se debe partir de que es doctrina jurisprudencial asentada - sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016, n.º 360/2016 - la que sostiene que la aplicación de la Ley 57/68 debe tener como base o punto de partida su finalidad protectora o tuitiva de los compradores de viviendas en construcción para un fin residencial, lo que supone

que su aplicación debe efectuarse desde la perspectiva del derecho del consumidor. Y tal afirmación es relevante porque sitúa la adquisición de una vivienda residencial, lo que incluye las de temporada, en el marco de la normalidad o, lo que es lo mismo, en la regla o presunción de que la adquisición de una vivienda destinada a la habitabilidad es adquirida con el fin que le es propio por aquél que la adquiere, salvo que se acredite lo contrario, lo que nos deriva, desde el punto de vista de la carga de la prueba, al caso del párrafo 3º del artículo 217 antes mencionado conforme al cual corresponde al demandado probar los hechos que impidan o enerven la eficacia jurídica de los promovidos como base de la pretensión frente a él deducida, siendo por tanto prueba a cargo de la entidad demandada la de acreditar que la adquisición por el demandante de una única vivienda en la promoción de que se trata tenía finalidad especulativa o empresarial o profesional y no habitacional, lo que desde luego no ha tenido lugar porque no consta que los adquirentes tengan relación alguna con este tipo de operaciones inmobiliarias, especulativas o de mercado ni se ha probado dato o indicio alguno desde el que presumir tales circunstancias modificativas de la finalidad ordinaria de la compra de una vivienda residencial que es, por tanto, lo que no podemos sino concluir,

desestimando la impugnación formulada sobre la aplicación de la ley en base al interpretado como error en la valoración de la prueba."

En las presentes actuaciones, y a la vista de la prueba referida supra, no existe elemento de prueba que lleve a considerar que la vivienda fuera adquirida con una finalidad meramente especulativa, máxime cuando queda acreditado que las demandantes no tienen relación con el sector inmobiliario, por lo que debe considerarse que la ley 57/1968 si es aplicable a las presentes actuaciones.

QUINTO. - Se opone también por entender que no existe infracción de vigilancia, y no se prueba que el pago lo haga el actor así como tampoco que refiera a la cuenta de la vivienda en cuestión. Manifiesta que los pagos llevados a efecto se realizaron de manera indirecta a través de la promotora, sin hacer constar ni el concepto ni el número de vivienda, lo cual imposibilitaba el control por parte de la entidad bancaria.

Pues bien, de la documental obrante en autos resulta acreditado que entre los demandantes y la promotora se suscribió el día 12.07.06 un contrato para la compra de vivienda, concretamente vivienda

tipo Azucena Dwelling house nº. 527 parcela R4 del complejo residencial Santa Ana del Monte, habiendo abonado el actor como cantidad anticipada 52.800 euros que fueron ingresadas en la caja de ahorros del mediterráneo los días 25.07.06 y 2.10.06 (veas documentos 3.1 y 3.2). Que la demandada nunca entregó a los demandantes aval correspondiente a las cantidades anticipadas por los compradores demandantes a pesar de los requerimientos que se le han formulado. Que la vivienda adquirida no ha sido hasta la fecha entregada. Se trata este periodo de una demora excesiva en el cumplimiento de los mismos, que sin duda han hecho perder el interés de los compradores en la prestación originariamente pactada, lo que da lugar a la interposición de la presente acción. Por consiguiente, procede examinar la reclamación de cantidad, dirigida contra la entidad bancaria que se opone fundamentalmente por los motivos que pasamos a analizar.

La estrategia procesal aquí planteada ha consistido en señalar que se desconocía los movimientos de las cuentas en las que se llevaban a cabo los ingresos, ignorando que estos fuesen entregas anticipadas a cuenta por la vivienda objeto de autos. Sin embargo, todas y cada una de estas alegaciones se desmontan a la vista de la prueba documental existente en autos. Debemos señalar que de

la documental aportada en autos, se pone de manifiesto que la demandada era sabedora, o debiere serlo. 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.

Lo cierto es que la entidad bancaria conocía que los anticipos ingresados por los actores y se trataban de ingresos a cuenta de compradores de una promoción inmobiliaria sobre la que había firmado una póliza de garantía, para cubrir supuestos como el aquí demandado, 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, que no debe soportar el consumidor. 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".

La entidad bancaria y, con una mínima diligencia que le es exigible, podía comprobar sin mayor dificultad que la titularidad de la cuenta que adelantaba dicho importe, se trataba de un particular, lo que la entidad bancaria debiere deducir o, cuanto menos, levantar la sospecha que dichos importes lo fueren para la adquisición de la vivienda que vinculaba a la promoción de la que él era beneficiario. Por todo ello las alegaciones que refiere la entidad Bancaria deben ser desestimadas.

Por todo ello, la demanda debe de ser estimada.

SEXTO. - Respecto al retraso desleal e intereses.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 19 septiembre 2013 estableció *la doctrina del retraso desleal que considera contrario a la buena fe (artículo 7 Código Civil) un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo. Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia,*

nunca presumible.

En la presente litis, no concurren los preceptos que deben ser exigibles para la apreciación del retraso desleal, máxime, cuando se instó un procedimiento concursal contra la promotora instándose la liquidación en el año 2014. Sobre esta base, no sería razonable interpretar que exista una actuación permisiva o, clara e inequívoca intención de renuncia por parte de la actora, cuando el plazo para reclamar es de quince años.

En lo que respecta los intereses, se alega que no debe de computarse el dies a quo desde la fecha de la entrega.

A este respecto, tal como tiene reiteradamente establecida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como nuestra audiencia Provincial, el pago de estos debe fijarse a la fecha en que se produjo cada una de las entregas a cuenta de la promotora.

SEPTIMO. - En materia de costas a tenor del artículo 394 LEC, siendo estimada la demanda se imponen las costas a la parte demandada.

F A L L O

Que estimo íntegramente la demanda interpuesta a

instancia de D^o XXXXXXXXX y XXXXXXXX contra Banco Sabadell S.A.

1.- Debo condenar y condeno a Sabadell S.A. a la devolución a los demandantes de las cantidades entregadas a cuenta que ascienden en su totalidad a 52.800 euros más los intereses en los términos del cuerpo de esta sentencia. Todo ello con expresa imposición en costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Así por esta mi sentencia lo ordeno, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Excelentísimo que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en ORIHUELA , a once de febrero de dos mil veinte .