



Roj: **SAP A 2265/2012 - ECLI:ES:APA:2012:2265**

Id Cendoj: **03014370062012100356**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **6**

Fecha: **04/07/2012**

Nº de Recurso: **97/2012**

Nº de Resolución: **356/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENCARNACION CATURLA JUAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 2265/2012,**
STS 5263/2015

Rollo de apelación nº 97/12

Juzgado de Primera Instancia nº 5 Denia

Autos nº 2085/10

SENTENCIA Nº 356/12

Il'tmos. Srs.

Presidente: D. José María Rives Seva.

Magistrado: D^a. María Dolores López Garre.

Magistrado: D^a. Encarnación Caturla Juan.

En la Ciudad de Alicante, a cuatro de Julio de dos mil doce.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de Alicante, integrada por los Il'tmos. Srs. expresados al margen ha visto, en grado de apelación, Rollo de la Sala nº 97/12 los autos de Juicio Ordinario nº 2085/10 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº Cinco de Denia en virtud del recurso de apelación entablado por la parte demandada BANCO CAM S.A.U que ha intervenido en esta alzada en su condición de recurrente, representado/a por el/la Procurador/ra Don/ña Jorge Manzanaro Salines y defendido/a por el/la Letrado Don/ña Don José Luís Mojica Marhuenda, y siendo apelada la parte demandante D^a Adelaida representado/a por el/la Procurador/ra Don/ña m^a Teresa Blasco Garcés y defendido/a por el/la Letrado Don/ña Cristina Juan Vidal. Habiendo intervenido EL MINISTERIO FISCAL como parte apelada.

ANTECEDENTES DE HECHOS.

Primero. - Por el Juzgado de Primera Instancia nº Cinco de Denia y en los autos de Juicio Ordinario nº 2085/10 en fecha 9 de Noviembre de 2011 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO.- Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por DOÑA Adelaida representada por Procurador de los Tribunales Doña Maria José Soler y asistido de letrado Doña Cristina L. Juan Vidal contra la CAM representada por Procurador de los Tribunales Don Enrique Gregori y asistida de letrado Don José Luís Mojica Marhuenda y contra la mercantil NILEG&BERLINER BAU GMBH declarada en rebeldía ejercitando acción de protección de derecho fundamental, rescisoria y de condena dineraria, interviniendo el MINISTERIO FISCAL debo declarar y declaro que la obra proyectada no ha finalizado y tener por desistida a la actora del contrato de compraventa suscrito con la demandada en fecha 14/10/2.004 condenando a los codemandados de forma solidaria a restituir a la actora la suma de 38,400,55 euros más interés anual computado sobre la suma de 12.305 computados desde el 02/08/2,004, sobre la suma de 24,610 euros computados desde el



14-10-2,004 .y sobre la suma de 1,485,58 euros computados desde el 27/11/2 absolviendo a los demandados del resto de peticiones de la actora y debiendo abonar cada parte las costas devengadas a su instancia y las comunes por mitad".

Segundo. - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma por la representación de la parte demandada siendo tramitado conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con traslado del mismo a la parte demandante por término de diez días, remitiéndose las actuaciones seguidamente a esta lltma. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación nº 97/12.

Tercero .- En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día 3 de Julio de 2012.

VISTO, siendo Ponente la lltma. Sra. Dª Encarnación Caturla Juan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- Recurre la entidad demandada Banco CAM S.A.U. la sentencia de instancia, en cuanto se le condena solidariamente con la mercantil promotora de la obra Nileg & **Berliner Bau** GMBH (actualmente **Berliner Bau Project** La **Siesta** GMBH) a abonar a la actora las cantidades por ésta entregadas a la mercantil citada en concepto de precio (38.400'55 ?) mas los intereses en la forma que se recoge en la referida resolución, por la compra de una vivienda. Funda su recurso al igual que su contestación a la demanda, en su falta de legitimación pasiva al ser un tercero ajeno al contrato de compraventa en el que la actora funda su pretensión y en el hecho de no haber otorgado aval que garantizase la devolución del precio anticipado al no haberlo solicitado el promotor, así como en el hecho de que este no solicitó la apertura de una cuenta especial donde se abonase el precio de la compraventa de las viviendas, siendo la cuenta existente a nombre de la promotora, una cuenta ordinaria aperturada en julio de 2002, con anterioridad a la suscripción del contrato.

Efectivamente la sentencia de instancia frente a las dos acciones ejercitadas por la parte demandante compradora en su demanda, procedió a estimar la acción por la que solicitaba se la tuviese por desistida del contrato de compraventa por no haber finalizado la obra proyectada o no haber llegado a buen fin, ejercitada al amparo del art. 3.1 de la Ley 57/1968 , e interesando la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, con condena solidaria tanto a la mercantil vendedora como a la entidad bancaria Banco CAM, donde realizó los ingresos del citado precio anticipado. Funda la sentencia de instancia la citada estimación en:

1º el hecho de haber quedado acreditado el incumplimiento del contrato de compraventa imputable al vendedor, y

2º respecto de la condena solidaria a la CAM, por no haber exigido esta entidad a la mercantil vendedora promotora, aval o póliza de seguro al promotor para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas, al amparo de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 57/1968 , al entender que la promotora solo tenían una cuenta corriente en la CAM donde se hacían los ingresos a cuenta de la vivienda, que fue la CAM la que financió la promoción mediante préstamo con garantía hipotecaria al promotor por importe de 10.575.381 ? y haber avalado las obras de urbanización frente al Ayuntamiento de Denia por importe de 1.147.517 ?; puesto que siendo sabedora la CAM de que la promotora solo tenía una cuenta y que los ingresos por los pagos de los compradores debían realizarse en una cuenta especial, debió indicar tal hecho al promotor y exigirle la presentación de aval o seguro que garantizase la devolución de tales ingresos. Entiende la juzgadora de instancia que la entidad bancaria sabía que las transferencias en la única cuenta abierta a favor de la promotora debían serlo para el pago de viviendas y que si se concedió un préstamo para la financiación de la obra, lo suyo es que los pagos se hicieran a través de la misma entidad; por lo que al entender de la juzgadora la CAM debió velar por el cumplimiento de la legalidad vigente que no era mas que asegurarse de que las entregas se realizasen a través de una cuenta especial y exigir así mismo una garantía para devolución de dichas cantidades.

Segundo.- En la demanda rectora del presente procedimiento y concretamente en el Fundamento de Derecho VI c) la parte actora fundaba la solicitud de condena solidaria a la CAM al amparo del apartado 2º del art. 1 de l Ley 57/1968 , al haber esta incumplido la obligación legal de exigir a la promotora las garantías del aval o seguro, cuando esta aperturó " *la cuenta especial Número: 2090.0022.68.0084042836 IBAN: ES 79 2090 0022 6800 8404 2836 Swift: CAAMES2A* ", en la que la actora ingreso la parte del precio anticipado.

La cuenta especial separada, conforme a la citada ley es aquella que tiene por objeto distinguir perfectamente aquellas cantidades que se ingresan en concepto de precio de compraventa, de aquellos otros ingresos o fondos del promotor, de tal forma que tales ingresos solo puedan ser destinados a sufragar la construcción de las viviendas.



El art. 1 citado dispone que " *Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:*

Primera.- Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Segunda.- Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior ."

Dentro del mismo fin de protección del consumidor, la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de Ordenación de la Edificación viene a establecer en su Exposición de Motivos, que el objetivo prioritario de esta normativa era regular el proceso de la edificación actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías a los usuarios en base a una definición de los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios.

Por ello, en la Disposición Adicional 1ª en relación a las garantías que deben adoptarse respecto a los adquirentes por las cantidades a cuenta del precio durante la construcción se recoge que : "*La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:*

- La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.

- La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley.

- La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

- Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo 1º del artículo 6 de la citada Ley, se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las CC.AA."

Por su parte, el artículo 2 de la citada ley dispone que "*En los contratos de cesión de las viviendas a que se refiere el artículo primero de esta disposición en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas deberá hacerse constar expresamente:*

a) Que el cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta más el seis por ciento de interés anual en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la Cédula de Habitabilidad.

b) Referencia al aval o contrato de seguro especificados en la condición primera del artículo anterior, con indicación de la denominación de la Entidad avalista o aseguradora.

c) Designación de la Entidad bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado.

En el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio".

Igualmente el artículo 15 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat , de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, relativo a los pagos anticipados del precio de la vivienda, recoge que "*La percepción por promotores o gestores de cantidades anticipadas a cuenta del precio, en las compraventas de viviendas efectuadas antes de iniciar la construcción o durante la misma, se garantizarán mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato, en los términos establecidos por la Ley 57/1968, de 27 de julio, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación, que será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluidas*



las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. La garantía constituida se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, y su cobro se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley. Las administraciones públicas y sus empresas y entidades Autónomas no tendrán la obligación de constituir la garantía prevista en el presente artículo.

En los contratos de compraventa se hará constar la obligación de devolver las cantidades entregadas a cuenta más los intereses legales hasta el momento efectivo de su devolución, para los supuestos de incumplimiento del plazo de inicio o terminación de las obras de construcción o para el caso de no haberse obtenido la licencia de ocupación o, si procede, la cédula de habitabilidad o de calificación definitiva, en el supuesto de que el comprador opta por la resolución contractual, sin perjuicio de los demás pactos lícitos que tengan convenidos....".

Por tanto, tanto la propia ley, como el Tribunal Supremo, consideran que la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas antes de la construcción o durante ella, más el interés legal, que corresponde al promotor mediante aval o seguro, es una garantía para los compradores de viviendas en construcción con el fin de evitar los abusos y fraudes cometidos en este sector.

En el presente caso, ha quedado acreditado que no se otorgó a favor de la promotora aval en la entidad CAM, ni se abrió cuenta especial o separada en dicha entidad para el ingreso de los precios de venta, por cuanto que la cuenta de la citada entidad es una cuenta básica o común que se abrió con anterioridad a la presentación del proyecto, a la concesión de la licencia de obras y a la suscripción tanto del contrato de opción de compra como del contrato de compraventa con la actora e incluso con anterioridad a la compra de los terrenos donde se ubicarían posteriormente las viviendas.

Igualmente quedó acreditado que fue la CAM la que concedió a la promotora un préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de las obras y, que a requerimiento de la misma promotora, otorgó aval exigido por el Ayuntamiento de Denia para garantizar el 125% del coste de las obras de urbanización necesarias para la construcción del proyecto. Sin embargo estas dos circunstancias no son suficientes para entender constituido un deber de afianzamiento o aseguramiento por la entidad demandada CAM. Y si bien pudo tener conocimiento del concepto por el que la demandante efectuó los ingresos de cantidades en la cuenta que la promotora tenía en la CAM, al constar en el propio documento (reserva de vivienda y 20% vivienda), ello no le obligaba a exigir a la promotora la apertura de una cuenta especial, puesto que no existe obligación legal alguna que imponga a la entidad crediticia exigir a la promotora la apertura de una cuenta especial destinada a recibir los ingresos por pago anticipado del precio, puesto que la promotora bien pudiera haber otorgado aval o haber concertado el seguro a través de otra entidad. Por otra parte no consta que las cantidades ingresadas fuesen exclusivamente procedentes de la venta de las viviendas de la promoción; ni por último cabe transformar la responsabilidad por la vía del art. 1902 del CC o del art. 1104 del CC, en la medida en que la actora como hemos visto fundó su pretensión exclusivamente en el art. 1. 2º de la ley 57/1968 al alegar haber realizado los ingresos en cuenta especial, cuenta que ha resultado inexistente. Cuestión distinta es que se hubiese formalizado aval o seguro con la entidad crediticia demandada y éste hubiese sido insuficiente o defectuoso pues en tal caso si se habría constituido una relación de afianzamiento o aseguramiento con la promotora; o se hubiese abierto cuenta especial para recepcionar los pagos y no se hubiese exigido por la entidad crediticia la formalización de aval o seguro. No constando así en el caso que nos ocupa, entendemos que el recurso planteado por la CAM debe ser estimado, absolviendo a la apelante de las pretensiones deducidas de contrario. Sin embargo no procede hacer expresa imposición de las costas de la instancia, por cuanto que el hecho de que la promotora remitiese a la compradora a hacer los ingresos en una cuenta de la CAM y que dicha entidad financiase la construcción, pudo inducir a ésta a error en cuanto a la existencia de la cuenta especial prevista en el art. 1.2 de la Ley 57/1968, habiéndose precisado del presente procedimiento para dilucidar dicha cuestión.

Tercero.- Con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.2 de la LEC no procede hacer expresa condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes, al ser la presente resolución estimatoria del recurso.

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.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco CAM SAU, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Denia, de fecha 9 de noviembre de 2011, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha resolución únicamente en el extremo relativo a la condena de Banco CAM SAU, y con desestimación de la demanda planteada por la representación procesal



de D. Adelaida frente a Banco CAM SAU, procede absolver al citado demandado de los pedimentos deducidos de contrario, sin hacer expresa imposición de costas procesales en ambas instancias.

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.

Contra la presente resolución, cabe, en su caso, recurso en los supuestos y términos previstos en los Capítulos IV y V del Título IV del Libro II y Disposición Final 16ª de la LEC 1/2000 .

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009, para interponer contra la presente resolución recurso extraordinario por infracción procesal (concepto 04) y/o de casación (concepto 06), artículos 471 y 481 de la LEC , deberá consignarse en la "Cuenta de Depósitos y consignaciones" de este Tribunal nº 0264, al tiempo de su preparación, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

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 fe.