



Roj: **SAP A 30/2014 - ECLI:ES:APA:2014:30**

Id Cendoj: **03014370082014100012**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **29/01/2014**

Nº de Recurso: **17/2014**

Nº de Resolución: **19/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 30/2014,**  
**STS 1782/2016**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

**ROLLO DE SALA Nº 17 (9) 14**

**PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 2100/11**

**JUZGADO Instancia num. 2 Alicante**

**SENTENCIA Nº 19/14**

Ilmos.

Presidente: D. Enrique García Chamón Cervera

Magistrado: D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Francisco José Soriano Guzmán

En la ciudad de Alicante, a veintinueve de enero del año dos mil catorce

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario, dimanantes de Procedimiento Monitorio nº 1371/11, sobre reclamación de cantidad, seguido en instancia con el número 2100/11 ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Alicante y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada, el Banco Popular Español S.A., representado en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup>. Silvia Pastor Berenguer y dirigida por el Letrado D. Angel Camblor Jordán; y como parte apelada los demandantes D. Moises y D. Pelayo , representados en este Tribunal por el Procurador D. José M. Manjón Sánchez y dirigidos por el Letrado D. Santiago Soler Bernabeu, que ha presentado escrito de oposición.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera número dos de los de Alicante, en los referidos autos tramitados con el núm. 2100/11, se dictó sentencia con fecha 12 de julio de 2013 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Que estimando la demanda deducida por el Procurador Sr. Manjón Sánchez en nombre y representación de Moises y Pelayo frente a la entidad Banco Popular Español S.A., condeno a la entidad demandada a abonar a la parte demandante el importe de treinta y dos mil cien euros (32.100 ?), más los intereses legales correspondientes desde la interposición de la demanda de proceso monitorio y con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento* " .



**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por las partes arriba referenciadas; y tras tenerlos por interpuestos se dio traslado a las demás partes, presentándose los correspondientes escritos de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal con fecha 16 de enero de 2014 donde fue formado el Rollo número 17/9/14, acordándose señalar para la deliberación, votación y fallo el día 29 de enero de 2014, en el 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 el Ilmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia estima la demanda y condena con base a la Ley 57/68 a la entidad bancaria Banco Popular Español, a reintegrar a los actores las cantidades dadas a cuenta -32.100 euros- por la adquisición de dos viviendas a la mercantil Azahar Grupo Empresarial S.L.

A tal decisión formula recurso de apelación el Banco Popular negando la existencia de obligación alguna por no haber otorgado el aval fundamento de la pretensión deducida.

Aduce en su recurso la entidad crediticia error al valorar tanto la póliza suscrita en su día entre el Banco y la mercantil Azahar como la postura adoptada por la entidad en relación a la reclamación de que se trata, negando haber ocultado información alguna ya que ante la petición de los actores, o de expedir el aval individual en garantía de las cantidades entregadas a cuenta o su abono directo, la entidad bancaria contestó que no existía aval alguno a favor de los actores, sin faltar en ello a la verdad y al contenido de la información que podía suministrar a los actores porque la póliza suscrita en su día con el Grupo Azahar no implica un afianzamiento a favor de ninguno de los compradores, correspondiendo la expedición del aval individual a la petición que hiciera en su caso el promotor (garantizado) conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del exponiendo de la citada Póliza. En el caso el grupo Azahar no ha solicitado al banco en momento alguno la prestación de aval para garantizar a ningún comprador de viviendas, siendo sólo los actores quienes, a cinco años desde la póliza, han solicitado la expedición de un aval respecto del que sólo podía pedir la promotora, haciéndolo además respecto de una obra "en fase de terminación". La póliza, concluye la parte apelante, no es un seguro ni un aval o garantía alguna a favor de un tercero sino una contragarantía a favor del Banco, razones por las que solicita la revocación de la Sentencia de instancia y la consiguiente desestimación de la demanda.

**SEGUNDO.-** La característica principal del aval en garantía a las cantidades dadas en la construcción regulado por la Ley 57/68 consiste en su carácter trilateral, esto es, exige la presencia de una entidad de crédito garante, una promotora- vendedora y compradores de viviendas.

La relación de aval en garantía de las cantidades dadas a cuenta tienen en consecuencia una doble relación contractual. De un lado la del promotor con la entidad avalista. De otro, la relación contractual del promotor con el comprador. Pues bien, es en esta relación donde se encuentra la fuente obligacional para con el comprador de la garantía de las cantidades dadas a cuenta del precio, pues es el promotor quien asume la obligación de garantía y de entrega del aval correspondiente.

Es por ello que en el caso no cabe sino desestimar la pretensión deducida por los actores pues el documento de que se trata, la póliza de garantía de 16 de septiembre de 2004 contiene, no un aval a favor de los mismos sino el contrato entre el Banco y el Promotor en virtud del cual el Banco Popular asume la obligación a que se refiere la Ley 57/68 y que impone al promotor, esto es, la de emitir los avales que la promotora, por razón de las ventas que efectuara, le solicitara, estableciendo las condiciones o garantías que frente al riesgo que asumiría por tal expedición de garantías el Banco, debía prestar la promotora (Exponendo B) de la póliza).

Es evidente, por tanto, que la póliza no contiene un aval a favor de los actores ni de ninguno otro de los compradores de viviendas sino el contrato en virtud del cual la entidad contraía frente a la promotora la obligación de expedirlos en determinadas condiciones, la primera económica, fijándose un límite o topi cuantitativo (600.000 euros), y una segunda formal, exigiendo la petición del garantizado, es decir, de la promotora, para su expedición, asumiendo obligaciones concretas la promotora para garantizar el riesgo contraído por la entidad crediticia.

Por tanto, como sin duda alguna se desprende de la Ley 57/68, el obligado a entregar el aval al comprador no es otro que la promotora.

**TERCERO.-** En efecto, la promotora, cumpliendo las condiciones pactadas con el Banco debía solicitar " ...en cada caso al Banco por escrito la emisión del aval y será esta solicitud, junto con el resto de la documentación referida en la presente póliza, la prueba de la existencia del aval a los efectos de una eventual reclamación".



Como señala la Póliza, "...en base a la citada líneas de avales, el Banco, a solicitud del garantizado (la promotora) emitirá avales...hasta el límite máximo establecido y disponible en cada momento en función de los avales en vigor ..." regulándose seguidamente la individualización de los mismos -necesaria por razón de la propia limitación cuantitativa del contrato entre el Banco y la Promotora- al señalarse que "...los avales que se expidan con referencia a la presente operación serán individualizados a favor de cada uno de los adquirentes de las viviendas de acuerdo con el modelo de aval tipo...expresándose en cada uno de ellos la cantidad que en los supuestos y condiciones que se especifican se garantiza al comprador en relación a una determinada vivienda ..." todo ello en congruencia no sólo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 57/68, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas donde se establece que "... 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 por cuenta del precio..." sino también en los contratos privados de venta donde en su estipulación quinta se hacía constar que la vendedora garantizaba con aval bancario las cantidades entregadas a cuenta "... entregando a la parte compradora, en este acto, acreditación documental de tal extremo ...," haciéndose constar en el Anexo al contrato, apartado "Garantías de las cantidades anticipadas" que se hacía entrega a la parte compradora "...de la documentación exigida..." , refiriendo el apartado indicado que lo era de la "... copia del documento o documentos en que se formalizan las garantías de las cantidades entregadas a cuenta, según la Ley 57/68..." , sin que así fuera -véase doc nº 4 solicitud monitoria-, siendo el hecho cierto que no se aporta no ya la póliza sino, y ello era lo relevante, el aval correspondiente, de modo tal que si la vendedora incumplió con su obligación, lo asumiera o no la compradora que aceptó dejar constancia de recibir un documento que en realidad no recibía y que sólo viene a reclamar dos años después a pesar de que tales documentos eran la garantía formal de un aval bancario, sólo a dicha parte podía exigirle el cumplimiento del contrato y no al Banco que en virtud de la Póliza lo que asumía era la obligación de avalar a los compradores en los términos que se le solicitasen por la promotora.

En conclusión, no tienen los demandantes aval en base al cual reclamar frente a la entidad, probablemente por incumplimiento del promotor que quedaba vinculado por razón de la prestación del aval, no sólo a una carga financiera de mantenimiento de la prestación sino sometido a condiciones de responsabilidad frente a la entidad avalista. Y siendo así, no cabe sino estimar el recurso de apelación, desestimándose la demanda en su integridad.

**CUARTO.-** En cuanto a las costas procesales de esta alzada, y dado que el recurso de la demandada ha sido estimado, no cabe imponerlas a la parte apelante - art 398 y 394 LEC -, procediendo modificar el criterio de la instancia en el sentido de hacer expresa imposición de las costas procesales a la entidad demandante - art 394-1 LEC - dado que la estimación del recurso de apelación supone una desestimación de la demanda.

**QUINTO.-** Habiéndose estimado el recurso de apelación de la Comunidad demandada, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito efectuado para recurrir - Disposición Adicional Décimoquinta nº 8 LOPJ -.

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

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación entablado por la parte demandada, el Banco Popular Español S.A., representado en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup>. Silvia Pastor Berenguer, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Alicante de fecha 12 de julio de 2013, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud, desestimando la demanda deducida por los actores, debemos absolver y absolvemos a la mercantil demandada de las pretensiones deducidas frente a la misma, imponiendo expresamente las costas de la instancia a la parte demandante; y sin imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.

Se acuerda la devolución a la parte apelante de la totalidad del depósito efectuado para recurrir.

Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 468 y siguientes, y 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, recursos que deberán presentarse dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en la entidad Banesto, indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.



Notifíquese esta Sentencia en forma legal 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 otra al Rollo de apelación.

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

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ