

Roj: **SJPI 189/2011 - ECLI:ES:JPI:2011:189**Id Cendoj: **03063420052011100001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Dénia**Sección: **5**Fecha: **09/11/2011**Nº de Recurso: **2085/2010**Nº de Resolución: **198/2011**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA LUISA FAYOS BONELL**Tipo de Resolución: **Sentencia****JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE DENIA.**

DÉNIA

**Procedimiento: Asunto Civil 002085/2010****S E N T E N C I A Nº 000198/2011****MAGISTRADA-JUEZ : D/Dª MARISA FAYOS BONELL****Lugar : DÉNIA****Fecha : nueve de noviembre de dos mil once****PARTE DEMANDANTE : Leticia****Procurador : SOLER ROJEL, M. JOSE****PARTE DEMANDADA NILEG & BERLINER BAU GMBH (ACTUALMENTE BERLINER BAU PROJECT LA SIESTA GMBH ) y BANCO CAM, S.A.U.****Procurador : GREGORI FERRANDO, ENRIQUE**

Vistos en juicio oral y público por SSª Dña MARISA FAYOS BONELL, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Denia y su partido las presentes actuaciones de JUICIO ORDINARIO 2085/2010 , seguidas a instancia de DOÑA Leticia representada por Procurador de los Tribunales Doña Maria Jose 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 Jose Luis 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 en la representación que ostenta.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO :** Por la representación de DOÑA Leticia se interpuso demanda, en la que se solicitaba se dictara sentencia por la que se declarara: 1º) Haberse violado el derecho fundamental a la dignidad de la persona, en su condición de consumidora de vivienda en construcción, pues los demandados no garantizaron la devolución de las cantidades por ella entregadas de forma anticipada a la construcción del inmueble adquirido en proyecto ,para el supuesto de que la obra no llegara a su fin.

Que la obra proyectada no ha finalizado.

Tener por desistida a la actora del contrato de compraventa suscrito con la demandada .

Condenar a los codemandados de forma solidaria a restituir a la actora la suma de 38,400,55 euros más interés anual computado desde el 02/08/2004 más las costas procesales.



Alegaba como fundamento de sus pretensiones que en fecha 25/06/2,004 la actora suscribió un contrato de opción de compra respecto de la vivienda NUM000 NUM001 , del edificio NUM002 y de la plaza de aparcamiento NUM003 . La actora debía abonar la suma de 11,500 euros más el 7% de IVA , que era el 10% del precio final de compra, esto es 115,000 euros más 7% de IVA. El pacto tercero del contrato establecía que si la compraventa no llegaba a realizarse por causa imputable al CONCEDENTE éste debería restituir al OPTANTE el precio recibido en concepto de pago de la opción. Asimismo se como garantía el OPTANTE hacía entrega de un aval bancario por el precio de opción el cual quedaría sin efecto con el otorgamiento de la escritura pública y la consolidación de la posición de nuevo propietario mediante la inscripción registral. En fecha 15/07/2,004 se contesta por la promotora que han solicitado el aval el cual enviaran con la factura sobre el importe a pagar. En fecha 02/08/2,004 la actora ingresa el importe de la factura NUM004 que asciende a 12,305 euros en la cuenta designada por la promotora en la CAM de Denia, 2090.0022.68.0084042836 IBAN: ES 79 2090.0022.6800.8404.2836. Swift: CAAMES2A. El 14-10-2,004 la actora suscribe contrato de compraventa respecto del inmueble optado , pactandose pago aplazado y por ello satisface la factura 69/04 por importe de 24,610 euros , esto es el 20% del precio total del compra. Se fijo un plazo de 24 meses para finalización de la obra , pactándose que transcurrido el plazo sin entregar la vivienda, el comprador podría desistir del contrato y solicitar la restitución más el 6% de interés y si las obras finalizaban fuera de plazo podría rescindir el contrato. En el año 2,006 finalizado el plazo el promotor propone mejoras en el baño y cocina que fueron aceptadas por el actor , pagando el 27/11/2,006 la suma de 1,485,58 euros. En marzo de 2,007 la promotora informa que las obras las continua otra contratista y que la anterior ha bloqueado la obra, informando el 9/7/2,007 que han llegado a un acuerdo extrajudicial sobre la posesión y la obra continua , informando en septiembre de 2,007 las obras se reiniciarían en una semana . en noviembre se recibe carta informando que las obras terminarían en febrero y marzo de 2,008 estando la obra paralizada . La demandada ha incumplido el plazo de entrega y puede por ello la actora en virtud de contrato y de la Ley 57/68 solicitar la restitución mas el 6% de interés anual por la cantidad anticipada.

Que se ha reclamado a la CAM la devolución de las cantidades pagadas a cuenta en virtud del artículo 1 de la Ley 57/68 precisamente por no haber exigido aval o póliza de seguro al promotor para garantizar la devolución de dichas cantidades anticipadas

**SEGUNDO** : Dándose traslado de la demanda la demandada CAM comparece en forma y se opone a la demanda alegando FALTA DE LEGITIMACION PASIVA al ser tercero en el contrato de compraventa ya que no ha expedido aval alguno, ni la promotora se lo ha solicitado. Se opone que la ley 57/68 solo impone obligaciones el promotor de la construcción y que los pagos no han sido avalados por la CAM por lo que la actora carece de título. Además no hay cuenta especial, solo hay una cuenta corriente con la que ya operaba la promotora para su actividad habitual y fue aperturada en fecha 25/07/2.002 mucho antes de la suscripción del contrato.

La mercantil NILEG&**BERLINER BAU** GMBH no comparece y es declarada en rebeldía .

Por el MINISTERIO FISCAL se contestó a la demanda oponiendo que no había infracción de derecho fundamental alguno.

**TERCERO**: Contestada la demanda se cita a las partes a la Audiencia Previa . Llegado el día comparecen todos y no habiendo conformidad sobre los hechos, se propone como prueba la documental, testifical y de interrogatorio señalándose día para el Juicio en el que comparecidas las partes se practicó la prueba propuesta y admitida y dándose el tramite de alegaciones finales quedaron los autos sobre mesa judicial con el resultado que obra en el acta fijada en soporte audiovisual.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO**: La actora solicita en primer lugar se declare haberse violado el derecho fundamental a la dignidad de la persona, en su condición de consumidora de vivienda en construcción, pues los demandados no garantizaron la devolución de las cantidades por ella entregadas de forma anticipada a la construcción del inmueble adquirido en proyecto ,para el supuesto de que la obra no llegara a su fin.

La actora ejercita la acción de protección de derecho fundamental en concreto se dice a la dignidad de la persona. El artículo 249.1.2º de la LEC remite al ámbito del Juicio Ordinario " *Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y propia imagen y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación . En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente*" La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero ha derogado los arts. 11 , 12 , 13 , 14 y 15 de la Ley 62/1978 (Disposición Derogatoria Única 2.3º), y ha incluido en el ámbito del juicio ordinario los procesos en que se pretenda la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental, salvo el derecho de rectificación, atribuyendo a su tramitación, de conformidad con la exigencia constitucional del art. 53.2 de la Constitución carácter preferente.



La Constitución Española reconoce la dignidad de la persona en un precepto destacado del texto, y define su importante estatuto como fundamento de los derechos de la persona y el orden político y social: " *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*". El art. 10 CE tiene valor de principio fundamental e informa todo el texto constitucional., y la dignidad de la persona constituye el centro del precepto, y en ella se fundamentan los demás derechos, siendo doctrina del Tribunal Constitucional fijada en Sentencia 53/1985 que : *La dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre (...) constituyendo, en consecuencia, un "mínimum" invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona "*.

La actora solicita se declare la vulneración del derecho fundamental a la dignidad de la persona, en su condición de consumidora de vivienda en construcción, esto es liga este principio al derecho de consumidor de vivienda en construcción. El artículo 53.2 de la Constitución establece que " *Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30"* , por lo que la tutela ante los tribunales ordinarios de los derechos y libertades fundamentales queda circunscrita a la Sección Primera del Capítulo Segundo., si bien el derecho a vivienda digna y adecuada y la protección del derecho a la vivienda de los ciudadanos en su condición de consumidores , y por ende como aquí se pide , en el ámbito de la adquisición de vivienda en construcción se encuentra comprendido en el Capítulo III dentro de los Principios Rectores de la Política Social y Económica , en concreto en el artículo 51 que establece " *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos...."* Y en el artículo 47 que establece " *Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación...."*.

A la vista de lo anterior, no puede estimarse la pretensión declarativa de la actora solicitando se declare "haberse violado el derecho fundamental a la dignidad de la persona, en su condición de consumidora de vivienda en construcción...", pues como hemos visto el derecho que se dice violado no es tal sino Principio Rector ubicado en el Capítulo III de la Constitución , no pudiendo por ello estimar la pretensión declarativa de violación de derecho fundamental al no tratarse de un derecho fundamental de la Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución no siendo necesario entrar en mayor estudio de la pretensión.

**SEGUNDO:** La actora ejercita en segundo lugar la acción derivada de la Ley 57/1968, en concreto solicita se declare que : Que la obra proyectada no ha finalizado o no ha llegado a buen fin y tener por desistida a la actora del contrato de compraventa suscrito con la demandada .

La actora ejercita la acción derivada del artículo 3.1 de la Ley 57/1968 que establece " *Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda"*.

En el presente caso la actora opta por la "rescisión" y solicita la devolución de lo entregado y el pago del interés.

Antes de seguir adelante hemos de matizar que la acción que nace al amparo de la Ley 57/1968 no es la rescisoria del artículo 1.291 del Cc pues la misma es ante todo subsidiaria, sino una acción derivada del incumplimiento de la prestación debida , acción que tiene su fundamento en el artículo 1.124 del CC ., y que en el presente caso se fundamenta en el incumplimiento de la obligación de entrega en plazo como establece el artículo 3 de la Ley anteriormente citada.

En todo caso, es de aplicación al presente los requisitos para el ejercicio de la acción del artículo 1.124 del CC los cuales son según reiterada doctrina del Tribunal Supremo:

- 1º) La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron.
- 2º) La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad.
- 3º) Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los tribunales de instancia.



4º) Que semejante resultado, se haya producido como consecuencia de una conducta de éste que, de modo indubitado, absoluto, definitivo e insuperable lo origine, actividad que entre otros medios probatorios pueda acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante.

5º) Que quien ejercita esta acción, no haya incumplido las obligaciones que le conciernen, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro pues, la conducta de éste es lo que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso.

En el presente caso resulta obvio la concurrencia de los dos primeros requisitos puesto que las partes están ligadas por un contrato de compraventa de vivienda futura por el que la demandada se compromete a la entrega del objeto no construida en un plazo, fijándose en la cláusula sexta del contrato de fecha 14/10/2.004 que " el vendedor está obligado a terminar la vivienda/la casa dentro de un plazo de 24 meses a partir de la firma del contrato de compraventa, siempre y cuando el comprador cumpla dentro de plazo previsto con todas las obligaciones asumidas con el presente contrato ". ( documento 13 de la demanda) . Por su parte la actora como compradora debía abonar el pago del precio, de forma aplazada de forma que en el contrato se pactó el precio de venta en la cuantía de 115.000 euros más IV. Dicho pago se establecía debía llevarse a efecto en varias cuotas : " 30% del precio , esto es 34.500 euros en este momento con la firma del presente contrato. Esta cantidad incluye en su caso, el 10% satisfecho previamente como precio de opción". " el 65% del precio, esto es 74.750 euros se liquida con la terminación física de la vivienda 7 debidamente acreditada mediante entrega de copia del certificado de Final de Obras expedido al efecto por el arquitecto director del proyecto. Simultáneamente con este pago se cancelará la hipoteca constituida sobre las fincas objeto de contrato" y "5% del precio , esto es 5.750 euros se pagará con la entrega de llaves y documentación administrativa , entre otras cédula de habitabilidad y boletines de instalacion , así como libro de mantenimiento y otros".

Asimismo se exige que quien acude a la acción resolutoria haya cumplido su prestación supuesto que concurre en el presente supuesto al haber efectuado el actor todos los pagos a los que se había obligado. Así de la prueba obrante en autos, documentos 6 , 11 y 12 de la demanda , resulta acreditado que la actora en fecha 02/08/2,004 ingresó el importe de la factura NUM004 que asciende a 12,305 euros en la cuenta designada por la promotora en la CAM de Denia, 2090.0022.68.0084042836 IBAN: ES 79 2090.0022.6800.8404.2836. Swift: CAAMES2A. Así también se acredita que el 14-10-2,004 la actora suscribe contrato de compraventa respecto del inmueble optado , pactándose pago aplazado y por ello satisface la factura 69/04 por importe de 24,610 euros , esto es el 20% del precio total del compra. ( que debía sumarse a lo anteriormente ya entregado). ( documentos 13,14 y 15 de la demanda). Asimismo en el año 2,006 el promotor propone mejoras en el baño y cocina que fueron aceptadas por el actor , pagando el 27/11/2,006 la suma de 1,485,58 euros. ( documentos 16 a 20 de la demanda). En total ha pagado la suma de 38.400,55 euros .

La actora insta la resolución del contrato y pide la devolución de lo anticipadamente pagado, planteándose por ello la cuestión de si la demandada ha cumplido correctamente su prestación de entrega en plazo.

Para resolver esta cuestión hemos de tener en cuenta el clausulado del contrato, cláusula sexta del contrato de fecha 14/10/2.004 que establece " el vendedor está obligado a terminar la vivienda/la casa dentro de un plazo de 24 meses a partir de la firma del contrato de compraventa, siempre y cuando el comprador cumpla dentro de plazo previsto con todas las obligaciones asumidas con el presente contrato" , por lo que en principio la fecha de entrega sería el 14/10/2.006. Sin embargo , como hemos visto el promotor ofrece un presupuesto para mejoras en el baño y cocina en fecha 13/09/2.006 , las cuales fueron aceptadas por el actor , en fecha pagando el 27/11/2,006 la suma de 1,485,58 euros. ( documentos 16 a 20 de la demanda), por lo que antes de finalización del plazo de entrega se admitió una ampliación de la obra. En este sentido el contrato ya preveía una ampliación de plazo en la misma cláusula 6º del contrato " En el supuesto de que el vendedor vea impedido el cumplimiento del plazo antes mencionado, para la finalización , el vendedor podrá solicitar una prórroga o ampliación de plazo por un período único de 4 meses. Cumplido el tiempo de ampliación , el comprador podrá desistir del contrato y solicitar la restitución de los pagos anticipados efectuados más intereses del 6% anual."

En el presente caso, si entendemos que la parte al aceptar las modificaciones del baño concedió una prórroga , la misma según el contrato tan solo puede ser de 4 meses según la citada cláusula 6ª, por lo que debemos entender que el plazo de entrega de la vivienda finalizaría en fecha 14/02/2.007. Si bien de la prueba obrante en autos , resulta acreditado que a dicha fecha las obras no habían finalizado, así en fecha 26/09/2.007 la promotora demandada envió un escrito ( documento 27 de la demanda) en el que indicaba "Nos complacemos en comunicarle con la presente que las obras se iniciarán en esta semana". , todo ello debido a que las mismas estaban paralizadas por problemas con el contratista, según se fue informando ( documentos 21 a 26 de la demanda) derivados del impago de sus servicios extremo que se acredita a la vista del embargo de fecha 31/3/2.008 anotado en el Registro de la Propiedad a instancia de EXAGOM SL por importe de 802.593 euros, según resulta del documento 43 de la demanda .



En fecha 15/11/2.007 la promotora envía escrito indicando que " El nuevo contratista nos ha informado sobre las fechas de terminacion de las parcelas NUM005 . NUM006 y NUM007 ", señalando que " se terminará .....la parcela NUM005 en marzo de 2.008".

A fecha actual las obras no han finalizado, tal y como resulta de la documental obrante en autos y al tener por confeso al demandado NILEG & BERLINER BAU GMBH siendo que a fecha 26/10/2.011 todavía no se han terminado las obras de urbanización habiendo instado el Ayuntamiento de Denia la ejecución del aval para ejecutar a costa del promotor las citadas obras de ejecución como resulta del oficio cumplimentado por el Ayuntamiento de Denia .

Por ultimo podría plantearse la cuestión de si hubo incumplimiento no imputable y por ello no exigible debido a las cuestiones suscitadas con la antigua constructora EXAGOM SL, sin embargo tampoco concurre en el presente caso dicha posibilidad debido a que la promotora informa a la actora que en marzo de 2.008 finalizarán los trabajos una vez ya solucionado el problema con EXAGOM SL, por lo que , ni siquiera aún cuando pudieramos entender que las partes aceptaran una novacion modificativa del plazo y por ello una prorroga hasta marzo de 2.008 , deberíamos llegar a la misma conclusión pues a fecha actual no han finalizado las obras, y la clausula 6ª del contrato es rotunda al establecer "Cumplido el tiempo de ampliación , el comprador podrá desistir del contrato y solicitar la restitución de los pagos anticipados efectuados más intereses del 6% anual."

Por todo lo anterior, hemos de concluir que concurre incumplimiento del plazo imputable al vendedor y , procede aplicar la clausula sexta del contrato y acordar la resolucion contractual o con la expresión del contrato el desistimiento del contrato.

**SEGUNDO:** Solicita la actora se condene solidariamente a la CAM al pago de las indicadas cantidades y todo ello en virtud del articulo 1 de la Ley 57/68 precisamente por no haber exigido aval o póliza de seguro al promotor para garantizar la devolucion de dichas cantidades anticipadas.

La CAM opone FALTA DE LEGITIMACION PASIVA alegando que es tercero en el contrato de compraventa ya que no ha expedido aval alguno, ni la promotora se lo ha solicitado. Se opone que la ley 57/68 solo impone obligaciones al promotor de la construcción y que los pagos no han sido avalados por la CAM por lo que la actora carece de título. Además no hay cuenta especial, solo hay una cuenta corriente con la que ya operaba la promotora para su actividad habitual y fue aperturada en fecha 25/07/2.002 mucho antes de la suscripción del contrato.

La actora ejercita la acción derivada del articulo 1.2 de la Ley 57/68 que impone al promotor la obligación de garantizar la devolución de las cantidades percibidas a cuenta mediante un seguro o aval solidario y percibir las cantidades mediante una cuenta especial que garantice precisamente que los fondos en ella ingresados se destinarán tan solo a la obra contratada haciendo responsable a la entidad bancaria de la no exigencia de garantia al aperturar dicha cuenta especial.

La demandada no niega la inexistencia de aval , ni la no apertura de cuenta especial, extremo que además se acredita a la vista del documento 41 de la demanda que es el informe emitido por el Banco de España en el que la CAM alega que no se le pidió la apertura de cuenta corriente especial ni aval alguno.

De la prueba obrante en autos,( documento 43 de la demanda) resulta acreditado que la CAM en fecha 15-05-2.005 concedió a la codemandada un préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda objeto de litigio. Así en la inscripción 2ª HIPOTECA consta " URBANA: Descrita en la inscripción 1ª , en construcción...." , y se indica asimismo que la mercantil demandada es dueña de dicha finca y sus directores generales que la representan " constituyen hipoteca sobre esta finca y ochenta un nueve más en garantía de un préstamo concedido por la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO ... por un capital global de 10.575.381 euros. La duracion será de 240 meses a contar desde el día doce de mayo de 2.008, con 240 cuotas mensuales de 438 .46 euros mensuales " Así resulta de escritura otorgada en Denia en fecha 12/05/2.005, inscrita en fecha 8/8/2.005.

Vemos que la hipoteca que grava la vivienda objeto de litigio es parte de una garantia que fue constituida sobre la totalidad de las viviendas a construir, asimismo se indica en la inscripción de la hipoteca que se trata de una vivienda "en construcción". Por todo ello, la CAM otorgó un prestamo para la construcción de las 90 viviendas , entre ellas la de la actora. Asimismo constituyó aval para la urbanización de la parcela sobre la que se iba a construir como resulta del oficio remitido por el Ayuntamiento de Denia.

A la vista de lo anterior no puede estimarse la alegación de que la CAM es un simple tercero. La CAM había concedido el prestamo para construcción, y avaló asimismo el importe de las obras de urbanización siendo que a tal efecto en el documento 13 de la demanda las partes pactaron en el punto 4º que los pagos se harían



" mediante transferencia bancaria a la cuenta especial CLIENTES del vendedor , que ha sido oportunamente señalada al COMPRADOR". A tal efecto en los documentos 12 y 15 se indica que son pagos a cuenta.

Sentado lo anterior, la CAM no solo tenía pleno conocimiento de la actividad llevada a cabo por la promotora sino que había financiado no solo la construcción de las 90 viviendas sino también la urbanización como resulta del documento 43 de la demanda y del oficio del Ayuntamiento de Denia. Por todo ello, es de plena aplicación el artículo 1.2 de la Ley 57/68 como solicita la actora que impone la obligación del banco de exigir un aval al abrir una cuenta especial y en caso de no hacerlo responde de dicho incumplimiento. En este sentido establece el citado artículo 1 " *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".*

Sentado lo anterior, y acreditado que la promotora solo tenía una cuenta corriente en la CAM en la que se hacían los ingresos a cuenta de la vivienda ( documento 12,13 y 15 de la demanda y documentos 1 , 2 de la contestación), habiendo financiado la CAM dicha promoción mediante el préstamo con garantía hipotecaria por importe de 10.575.381 euros y habiendo avalado asimismo las obras de urbanización por importe de 1.147.517 euros , debe concluirse que la CAM incumplió la obligación de exigir la garantía, esto es, el aval o la contratación de un seguro que garantizara la devolución de los ingresos a cuenta . En cuanto a la alegación que hace la CAM de que no procede exigir dicha garantía porque la promotora nunca solicitó la apertura de una cuenta corriente especial, no procede pues la misma era sabedora de la actividad de la promotora como ya hemos indicado más arriba, y el director de la CAM Don Cristobal explicó " el aval era para el Ayuntamiento para infraestructuras urbanísticas" y " se que había 94 viviendas y había operaciones", y " sí la CAM financió la promoción y la promotora vino a la CAM para pedir el aval porque el Ayuntamiento le pedía el aval". Luego si la CAM avaló las obras de urbanización y la promoción, hemos de concluir que la entidad crediticia era sabedora del deber de ingreso de los pagos de los compradores en una cuenta especial, extremo que debió indicar al promotor, y en todo caso , exigirle la presentación de aval o seguro que garantizase la devolución de dichos ingresos, no pudiendo ahora alegar que era un tercero y que solo se le pidió que avalara las obras de urbanización . En todo caso, la CAM era perfectamente conocedora de la promoción y asumió la financiación de dicho proyecto siendo de aplicación al presente lo dispuesto en la ley 57/1968 no pudiendo eludir la aplicación del artículo 1.2 por el simple hecho de no habersele pedido la apertura de una cuenta especial.

A mayor abundamiento , de todos es sabido que cuando se acude a una entidad financiera la misma se encarga de exigir al cliente todo aquello que le vaya a exonerar de responsabilidad frente a terceros o que le proteja en el tráfico jurídico ( seguro de vida en garantía hipotecaria, y seguro de la vivienda por ejemplo), y en todo caso, es una obligación que debe asumir la entidad bancaria pues sabía que las transferencias en la única cuenta abierta a favor de la promotora debían serlo para el pago de las viviendas. A ello es de añadir que si concedió un préstamo para financiación de la obra , lo suyo es que los pagos se hicieran a través de la misma entidad, pues nadie presta 10 millones de euros si no garantiza dicha devolución y en este caso, los ingresos de la promotora serían por las entregas a cuenta de los compradores. Piensese que hoy en día los bancos exigen la domiciliación de la nómina para conceder el préstamo hipotecario, por lo que en el presente caso, lo suyo es que concedido el préstamo los pagos se efectuaran a través de la entidad prestamista debiendo por ello la misma velar por el cumplimiento de la legalidad vigente que no era más que asegurarse de que las entregas se efectuaran a través de una cuenta especial y exigir asimismo una garantía para devolución de dichas cantidades.

Por todo lo anterior procede estimar la pretensión de la actora y condenar a la demandada a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta pues el incumplimiento de dicha obligación conlleva la inexistencia de un seguro o aval que permita la devolución de las cantidades recibidas a cuenta debiendo responder por ello el banco como mínimo por vía del artículo 1902 y en su caso del artículo 1104 del CC .



**TERCERO:** Respecto al quantum indemnizatorio, tal y como solicita la actora y tal y como se ha pactado en el contrato procede acordar la devolución de las cantidades anticipadas, esto es la suma de de 38.400,55 euros suma pagada por la actora tal y como resulta de los documentos 13 a 20 de la demanda.

**CUARTO:** En cuanto a la petición de intereses del 6% anual , el artículo 1.124 del CC prevé que tanto en caso de optar por el cumplimiento como por la resolución, se hará " con el resarcimiento de daños y abono de intereses".

En el presente caso, la actora solicita intereses desde el primer ingreso , la aplicación del artículo 1.124 del CC implica la restitución de las prestaciones y los efectos resolutorios se producen "ex tunc", y ello lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vinculo obligacional, sin perjuicio de los terceros adquirentes cuyo derecho debe ser respetado. Asi se ha indicado en doctrina reiterada del Tribunal Supremo como es sentencia de 21 de noviembre de 1.963 , 16 de octubre de 1.967 y 28 de noviembre de 1.985 , 24 de febrero de 1.988 , y otras muchas más.

A mayor abundamiento, la actora ejercita la opción del artículo 3 de la Ley 58/1968 " *Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*". Si bien dicha indemnización debe entenderse modificada por la Disposición Adicional 1.c de la Ley 38/1999 que establece " *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 de 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: .... c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.*"

A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que la parte en todo caso ejercita la acción derivada del artículo 3.1 de la Ley 57/1968 no puede por ello acordarse otros intereses que los establecidos en dicha normativa pues el artículo 1255 del CC establece como limite al principio de autonomía de la voluntad que los pactos no sean contrarios a las leyes, y en este caso la citada Disposición Adicional modifica expresamente dicho precepto y por ello el tipo de interés.

En consecuencia procede estimar la petición de pago de intereses legal devengados desde la recepción esto es :

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 .

Sobre la suma de 1,485,58 euros computados desde el 27/11/2, según resulta de la documental obrante en autos.

**QUINTO:** En cuanto a las costas procesales de conformidad con el art 394 de la Lec cada parte abonará las devengadas a su instancia y las comunes por mitad.

Por todo ello,

## FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por DOÑA Leticia representada por Procurador de los Tribunales Doña Maria Jose 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 Jose Luis 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 interes 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.

**MODO DE IMPUGNACIÓN :** mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALICANTE ( artículo 455 LECn ).



El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación , además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna ( artículo 458 LECn ). y debiéndose consignar el depósito establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por reforma de la L.O. 1/2009 de 3 Noviembre, en la cuenta de Banesto nº 4859/0000/04/2085/10.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN** .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez 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 DÉNIA , a diez de noviembre de dos mil once .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ