

SENTENCIA N° 566/2013

ILMOS. SRES.

D. FERNANDO VALDÉS-SOLÍS CECCHINI

Dña. ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA

Dña. REYES CASTRESANA GARCÍA

En BILBAO (BIZKAIA), a catorce de octubre de dos mil trece.

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de BIZKAIA, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario LEC 2000 1205/2011, seguidos en el Jdo. 1ª Instancia nº 4 (Bilbao) a instancia de

apelantes - demandantes, representados por el Procurador Sr. JOSE MANUEL LOPEZ MARTINEZ y defendidos por la Letrada Sra. AMAYA BARRENECHEA JUDEZ, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. apelado - demandado, representado por el Procurador Sr. GERMAN APALATEGUI CARASA y defendido por la Letrada Sra. FERNANDA SAINZ-ROZAS HERNANDEZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 7 de febrero de 2013.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 7 de febrero de 2012 es del tenor literal siguiente:

"FALLO:

Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. José Manuel López Martínez en nombre y representación de

contra
BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., debo absolver y absuelvo a la citada demandada de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, con imposición a la parte actora de las costas procesales causadas en el presente juicio.

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

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de los demandantes se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el n° 291/13 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sra. Magistrado D. FERNANDO VALDÉS-SOLÍS CECCHINI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como bien señala la parte apelante los hechos, indiscutidos en autos, se pueden resumir de la siguiente manera: a) los demandantes suscribieron con el promotor inmobiliario, la compra de elementos (viviendas, garajes y trasteros) en una promoción inmobiliaria denominada apertura en el BBVA la cuenta especial establecida por la Ley 57/1968 para recepcionar en ella los anticipos a cuenta del precio desembolsados por los demandantes; c) BBVA expidió certificados de aval de parte de las cantidades ingresadas por los compradores hasta el

límite cuantitativo convenido con unos compradores no recibieron ningún tipo de documento en garantía de las sumas ingresadas y otros ingresaron sumas de dinero que no fueron garantizadas por por lo que el Banco, cuando la promoción se frustró, restituyó en cumplimiento del aval las sumas acreditadas y garantizadas documentalmente, de suerte que unos compradores no recibieron nada y otros perdieron el exceso ingresado en la cuenta especial al superar los ingresos la cuantía garantizada por el Banco.

La polémica se contrae a dos cuestiones: a) determinar si el BBVA debe responder de todas las sumas ingresadas en la expresada cuenta, aun cuando sea por encima del aval documentalmente prestado y garantizado por y b) si el Banco ha incumplido sus obligaciones en relación con la gestión de la cuenta.

Admite la parte recurrente que la sentencia apelada delimita perfectamente el objeto del procedimiento; al efecto habremos de determinar si BBVA debe restituir a los demandantes todas las cantidades ingresadas en la cuenta especial bien en cumplimiento de la garantía prestada a bien en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/1968.

SEGUNDO.- Alega el recurrente que la Sentencia yerra aplicando los límites cualitativos y cuantitativos de la fianza tal y como se regula en el Código civil a la obligación del BBVA cuando lo que hay que aplicar es la Ley 57/68, Ley imperativa que otorga a los demandantes el derecho a percibir todos los importes ingresados en la cuenta especial más sus intereses legales omisión hecha de los pactos cualitativos o cuantitativos a que hayan llegado BBVA y el Promotor.

TERCERO.- Como primer motivo del recurso alega la parte recurrente vulneración del art. 1827, párrafo 1, del CCivil en relación con la Ley 57/68.

Argumenta el recurrente que no estamos en presencia de un contrato de fianza ordinario sino de un contrato especial sometido a las previsiones de la Ley 57/68, tal y como resulta palmariamente de toda la documentación aportada por las partes; y que al tratarse de un aval especial mediante el que se garantizan las cantidades ingresadas en una cuenta también especial, el BBVA debe responder de todas las cantidades ingresadas en dicha cuenta por los compradores más sus intereses omisión hecha de sus relaciones contractuales con el promotor y de las contragarantías prestadas por éste.

Estima el recurrente que sus representados son terceros ajenos a los contratos suscritos entre BBVA y el promotor; que los derechos y obligaciones de las partes surgen ex lege, concretamente, de la Ley 57/68, derechos que como la misma ley establece son irrenunciables – imperatividad de la norma – y que viene a garantizar primero que todos los anticipos a cuenta sean reembolsados caso de frustrarse la operación y, segundo, que el Banco donde se apertura la cuenta se constituye en la obligación de tutelar el destino de las cantidades allí ingresadas para que las mismas sean aplicadas a la edificación, elemento finalista de la fianza.

Cita distintas sentencias de las Audiencias provinciales que le apoyan y en el rollo de Sala aporta la fundamental sentencia del TS de fecha 18 de julio de 2013 que,

aun cuando de lo que trata es de un contrato de seguro, analiza una cuestión en todo punto análoga a la debatida debiendo inspirarnos en sus principios para resolver el presente litigio. Principios que no son otros que la naturaleza imperativa de la Ley 57/68 y de la legislación posterior en que la misma ha venido siendo desarrollada y su interpretación conforme al principio de protección del consumidor.

Frente a este argumento el apelado sostiene la doctrina general de la fianza: el BBVA concertó un contrato de aval con [redacted] a que tenía unos límites cuantitativos; quien estaba obligado a entregar los avales a los compradores era [redacted] como promotor, no el BBVA como avalista, y en el modo y medida en que el BBVA, contra entrega de los correspondientes documentos de aval, abono toda la suma garantizada quedó exento de cualquier otra obligación ulterior, siendo únicamente de cuenta y responsabilidad de [redacted] incumplimiento contractual.

CUARTO.- Señala la Ley 57/68 lo siguiente:

“Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial ... y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma deberán cumplir las siguientes condiciones:

Primero Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6% del interés anual mediante contrato de seguro ... o por aval solidario prestado por entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros ... para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Segundo: percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad Bancaria o Caja de Ahorros en las que habrá de depositarse en cuenta especial con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de la 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”

La cuestión debatida es la responsabilidad que adquiere en el supuesto el BBVA frente a los compradores derivadas de haber abierto la cuenta especial e ingresado en la misma los pagos a cuenta de los distintos adquirentes. Y en tal sentido compartimos la tesis de la parte recurrente.

El Banco demandado ha incumplido la norma por la cual debe exigir al promotor el establecimiento de garantías previas al desembolso de cantidad alguna de las ingresadas en esta cuenta; y caso de que el promotor, como aquí sucedió, no preste las garantías suficientes para responder en su caso y día de su incumplimiento, el BBVA debió impedir que el promotor retirara cantidad alguna de la cuenta procediendo a su bloqueo.

Lo que hizo el banco fue, primero, permitir al promotor retirar dinero de la

cuenta especial sin que por el mismo se prestaran las garantías que cubrían su relación interna y, segundo, cobrar comisiones contra esta cuenta cuando si está destinada a devolver sumas ingresadas e intereses legales no cabe pensar que deba soportar comisión alguna del banco.

Como señala el recurrente los compradores tienen una relación con el BBVA de una parte y la tiene de otra, debiendo escindirse las mismas y ser valoradas separadamente. Que no preste al BBVA las garantías o contravales suficientes para que se extiendan las certificaciones de seguro es cuestión que afecta al banco y a , pero que es ajena a los demandantes. Si el BBVA no fue diligente bien exigiendo contravales suficientes bien impidiendo que dispusiera de fondos de la cuenta es una cuestión que al demandado incumbe, de la que debe responder ante los demandantes y que le otorga un derecho de repetición frente a por las cantidades que tenga que abonar. El incumplimiento de la Ley por el BBVA reside aquí, en haber permitido la disposición por parte de a de estas cantidades sin que hubiera garantizado las mismas, tal y como la Ley señala. Y en tal sentido la demanda debe ser estimada.

QUINTO.- El demandado diferencia entre los demandantes a efectos de establecer su responsabilidad y en función de cuatro parámetros: demandantes que ingresaron dinero y recibieron parcialmente un aval; demandantes que no obtuvieron aval alguno a su favor, demandantes que adquirieron viviendas que no pertenecían a los bloques que eran objeto de negociación y un demandante que adelantó dinero a cuenta de una reserva, no de una compra.

Todas estas diferencias las consideramos superfluas; el Banco, en una cuenta especial, permitió que se hicieran los ingresos de manera indiscriminada por los demandantes y permitió a retirarlo sin obstáculo alguno pese a no constituir garantía de devolución de dichas cantidades. Con ello lo que el demandado hizo fue crear una apariencia jurídica de garantía de una serie de operaciones frente a quienes son terceros en relación con sus relaciones con lo hizo sin control alguno cuando disponía de medios para poder hacerlo. Esta conducta indiligente del Banco avoca a que extendamos la condena a la restitución de todas las cantidades que se ingresaron en la cuenta, según se postula en la demanda.

SEXTO.- Estimada la demanda procede imponer al demandado las costas de primera instancia, sin dictar particular pronunciamiento en las de la presente alzada.

SÉPTIMO.- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por las personas que se dirán contra Sentencia dictada por el Ilmo Sr. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 4 de los de Bilbao en autos de procedimiento ordinario nº 1205/2011 de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma; con estimación de la demanda interpuesta frente a BBVA por dichos demandantes, debemos condenar y condenamos al BBVA a que abone a los demandantes las siguientes cantidades:

Dichas sumas se incrementarán en el interés legal establecido por la Ley 57/1968 desde la reclamación extrajudicial.

Imponiendo al demandado las costas de primera instancia y sin dictar particular pronunciamiento en las de la presente apelación.

Devuélvase a los apelantes el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4704 0000 00 0291 13 . Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 24 de OCTUBRE de 2013, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.