

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Decimocuarta

Tfno.:

N.I.G.:

Recurso de Apelación

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 53 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario

APELANTE: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.
PROCURADOR D.

APELADA: Dña.

PROCURADOR D.

SENTENCIA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

Dña.

D.

Dña.

En Madrid, a veinte de octubre de dos mil veintitrés.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D.

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº de Madrid, en los que aparece como parte apelante BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. representado por el/la Procurador D. y defendido por la Letrada Dña., y como parte apelada Dña., representado por el Procurador D. y defendido por la Letrada Dña.; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 18/07/2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº de Madrid se dictó Sentencia de fecha 18/07/2022, cuyo fallo es del tenor siguiente:

“Que **estimando** la demanda presentada por el Procurador D. en nombre y representación de **Dña.** debo condenar y condeno al **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA** al pago a la actora de la cantidad de 29.200 euros en concepto de aportaciones realizadas a la promotora, 12.693,38 euros de intereses legales de dicha suma desde los anticipos hasta el requerimiento extrajudicial enviado al Banco el 5 de octubre de 2020 más el interés legal de los anticipos desde la demanda hasta su pago. Las costas procesales serán abonadas por la parte demandada.”

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. al que se opuso la parte apelada, Dña. y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 17 de octubre de 2023.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Doña presentó demanda de juicio ordinario frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. en reclamación de 41.893,38 € más intereses, con fundamento en la Ley 57/68 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas en base a los siguientes hechos.

La actora suscribió en fecha de 6 de mayo de 2008 un contrato con la mercantil Equipamientos Urbanísticos Españoles S.L., para la adquisición de una vivienda que se iba a construir en Campo Real, vivienda unifamiliar de dos plantas que tendría una superficie construida de 97,92 m2 por el precio de 229.000 euros, fijándose la fecha de entrega en el primer trimestre de 2010.

De acuerdo con lo pactado en el contrato, la actora abonó la cantidad de 17.700 euros a la firma del contrato de compraventa mediante talón bancario, tal como se reconoce en el propio contrato de compraventa, y 11.500 euros mediante la entrega de 23 recibos de 500 euros cada uno. En acreditación de estos pagos se acompaña el extracto de movimientos de la cuenta de la actora y, dado que no se aportan justificantes de todos los recibos, el reconocimiento del crédito a la actora en el concurso de acreedores. La promotora fue declarada en concurso de acreedores en noviembre de 2010, sin estar acabada la promoción

inmobiliaria, iniciándose en febrero de 2013 la fase de liquidación debido a su irreversible insolvencia, aprobándose el plan de liquidación en abril de dicho año.

En el contrato suscrito con la promotora, como antes dijimos, se establecía como fecha de entrega del inmueble objeto de compraventa la del primer trimestre de 2010. Sin embargo, transcurrida la fecha de entrega la promoción continuaba sin estar finalizada, tal como se acredita y consta en el acta notarial levantada al efecto.

La parte actora envió a la Promotora un burofax resolviendo el contrato y solicitando la devolución de los anticipos, por lo que la demandante, al no habersele entregado la vivienda ni devuelto las cantidades pagadas en su día en unión de los intereses legales, está legitimada para dirigirse contra los garantes solidarios para exigir las cantidades entregadas y que no le han sido devueltas.

En garantía de las entregas de los compradores, y de conformidad con lo establecido en la Ley 57/1968 y en el contrato que nos ocupa, por parte de la promotora se suscribió con Caixa D'Estalvis de Catalunya (hoy BBVA), en favor de los compradores, una "póliza de garantía" con la que se aseguraban las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de las viviendas promovidas y con cargo a la cual se expidió un aval individualizado a favor de la demandante (doc. 9). La responsabilidad de la entidad demandada deriva del citado aval y de la póliza de garantía bancaria suscrita con CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA en el que la misma se comprometía a garantizar las cantidades anticipadas por los compradores a cuenta de las viviendas del complejo.

Asimismo, debe condenarse a la entidad demandada al pago de intereses, a computar desde la fecha en que las cantidades fueron abonadas por el comprador, que ascienden, hasta la fecha de esta demanda, a un total de 12.693,38 €, indicando que para aquellos pagos que solo se acreditan a través del informe del Administrador Concursal se atenderá a la fecha del mismo y no a la real del pago sobre la que no existe documentación.

SEGUNDO. El Juzgado de Instancia estimó en su integridad la demanda, pasando a transcribir los aspectos que estimamos más relevantes de la sentencia que ha sido apelada.

"Teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial expuesta, deben analizarse los hechos para determinar si encajan en el supuesto de hecho que contempla la norma. El primer hecho controvertido es si la vivienda llegó o no a terminarse. A pesar de que la parte demandada alegó que se había concedido la licencia de primera ocupación en el primer trimestre de 2010, se ha acreditado mediante acta notarial que la vivienda no estaba terminada. No sólo deben estar concluidas las obras de la vivienda sino también la promoción integrada puesto que la parte actora adquirió una vivienda dentro de una urbanización, con piscina, viales y jardines. En las fotografías, se aprecia en el mes de junio de 2010, cuando acudió el notario a las obras, la urbanización no estaba concluida. No es asumible que se entregue una vivienda en un entorno como el que figura en el acta notarial. En cuanto al interior de la casa, no se pudo comprobar con el notario su estado al no poder entrar pero la parte actora explicó que estaba también sin acabar y que aunque había acudido a la firma de la compraventa a la que fue citada el 23 marzo 2010, la promotora no acudió a la Notaría. Por consiguiente, se considera acreditado que la entrega no se produjo y que existió un incumplimiento previo por parte de la promotora en la finalización de las

obras que facultan a la parte actora para la resolución contractual. Por esa razón no puede hablarse de la existencia de mutuo disenso sino de un verdadero incumplimiento contractual por parte de la vendedora. El administrador concursal ha justificado mediante oficio que no existía ningún crédito a favor de la sociedad promotora por incumplimiento de la actora y que no se había abonado cantidad alguna a favor de la señora teniendo ésta reconocido un crédito por importe de 202.000 €, valor de compra consecuencia de la faltade entrega por parte de la sociedad.

En cuanto al aval, la parte demandada alega que no procede el pago de las cantidades entregadas puesto que la promoción tenía cédula de habitabilidad y se ofreció la vivienda a la parte actora. Sin embargo, la existencia de la cédula de habitabilidad no elimina la obligación de cumplir con la obligación asumida por la entidad bancaria que era la de garantizar la devolución de las cantidades entregadas en los términos previstos en la ley 57/68 de 27 julio cuyo tenor literal se refiere, no a que se haya o no obtenido la licencia de habitabilidad, sino que la construcción no se haya iniciado o no llegué a buen fin en el plazo convenido, que es lo que ocurre en este caso, como ya se ha expresado y se desprende de la circunstancia de que pocos meses después de la constatación de que la urbanización no estaba terminada, fue declarada en concurso de acreedores.

De acuerdo con la jurisprudencia que interpreta la ley 57/68, a la que expresamente se refiere el aval otorgado, no exige que las cantidades hayan sido ingresadas en la cuenta del banco avalista. Si el banco no exigió la apertura de la cuenta especial ni lo hizo el promotor, ello no debe pesar sobre el comprador que ha hecho la entrega de los anticipos, según el contrato, en la confianza de que la venta iba a celebrarse y de que, en caso de no hacerse, se la entidad avalista iba a reintegrarle lo abonado. Por consiguiente, ninguna de las razones esgrimidas por la parte demandada puede ser estimada, no se aplica el límite del aval puesto que debe responderse por todos los anticipos, según la ley, no existe mutuo disenso ni carencia sobrevenida de objeto por cuanto la actora no ha cobrado ninguna cantidad en el concurso de la empresa debiendo concluirse que debe restituir las cantidades”.

TERCERO. Pasaremos a exponer los motivos de impugnación contenidos en el recurso de apelación presentado por BBVA, que serán analizados posteriormente de modo individualizado.

a.- Impugnación del fundamento de derecho tercero de la sentencia. Errónea valoración de la prueba en cuanto a que no se ha acreditado por la parte actora el pago de las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda y que ahora se reclaman.

No se ha acreditado por la actora ninguno de los ingresos que dicen que fueron efectuados al no haberse aportado el justificante de abono de cantidad alguna. Ni el pago en mano a la firma del contrato ni los recibos girados en función de lo pactado en el contrato.

b.- Impugnación del fundamento de derecho cuarto de la sentencia. Errónea valoración de la prueba con incorrecta aplicación de los artículos 3 y 4 de la Ley 57/68 y de la jurisprudencia que los interpreta. No existe incumplimiento por parte de la promotora. La vivienda fue terminada en el plazo pactado en el contrato de compraventa, así como dentro del plazo reflejado en el aval que se pretende ejecutar.

Se había otorgado cedula de habitabilidad con anterioridad al 31 de marzo de 2010, hecho reconocido por la propia parte actora, incluso se interesó por la Promotora la firma de la escritura de venta fijándose fecha para otorgar la escritura en la notaria, que no se llevó a buen fin al intentar la hoy demandante una rebaja del precio.

c.- Nos encontramos ante un supuesto de mutuo disenso de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo.

Hemos conocido, porque lo ha manifestado expresamente doña en el escrito de fecha 23 de abril de 2018 remitido a BBVA (ver folio 143), que se formaliza la resolución del contrato de compraventa entre la actora y la Promotora en el año 2011. En concreto se indica que “en fecha de 2011 y puesto que la empresa da a quiebra, firmo la resolución del contrato a cambio de documentos de pago preferentes por parte de EQUIPAMIENTOS URBANISTICOS ESPAÑOLES”. Nos encontramos ante un caso clarode “mutuo disenso.”

Por tanto, no se ha resuelto el contrato por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, ni por frustración del proyecto urbanizador sino que se aprecia una

renuncia anticipada a la vivienda por parte del comprador, que es aceptada por la empresa vendedora.

d.- Impugnación del fundamento de derecho quinto en lo relativo a la imposición de intereses a mi mandante desde la fecha de las entregas de las cantidades reclamadas y la inaplicación a este supuesto de la doctrina del retraso desleal. Errónea valoración de la prueba.

En ningún caso la Ley/68 recoge que sean las entidades financieras las que deban abonar intereses y menos que dichos intereses se devenguen desde el momento del ingreso de las cantidades. Los intereses son indemnizatorios, no remuneratorios, por lo que solo deberían devengarse desde el momento de interposición de la demanda, debiendo entenderse en otro caso que facilita un enriquecimiento injusto a favor de la demandante.

e.- Indebida condena al pago de costas procesales de la primera instancia.

La existencia de sentencias contradictorias en supuestos donde los hechos y fundamentos de derecho esgrimidos son idénticos a los del proceso actual, evidencia las serias dudas de derecho que concurren en este caso.

Por otro lado, La falta de motivación rigurosa y exhaustiva en la resolución recurrida y la omisión de pronunciamientos sobre pretensiones debidamente deducidas y sustanciadas en el proceso confirma la existencia de las dudas de hecho o de derecho que deben conducir a que se exima a la entidad apelante del pago de las costas procesales.

CUARTO. Coincidiendo con el criterio de la juzgadora de instancia creemos que se ha acreditado perfectamente que la actora hizo efectivo el pago de las cantidades que viene a reclamar en este procedimiento, pues en el contrato la entidad promotora y vendedora de las viviendas reconoce que había recibido un talón bancaria para el pago de la primera cantidad que es objeto de reclamación, 17.700 euros, y, si repasamos el extracto de movimientos de la cuenta corriente abierta por la actora en CAIXA BANK, veremos que quedada constancia de que mensualmente, durante los años 2008, 2009 y 2010, se fueron abonando la suma de 500

euros; es cierto que no constan abonados todos los recibos pues no se aporta el extracto completo de todos los meses, pero tal circunstancia queda solventada por lo que, a continuación, se expondrá.

Si hubiera alguna duda sobre esta materia, creemos que quedará solventada finalmente con la declaración del Administrador Concursal don (ver folio 260); debemos recordar que la sociedad limitada unipersonal Equipamientos Urbanísticos Españoles solicita la declaración de concurso el día 10 de junio de 2010 siendo declarada en concurso el día 2 de noviembre de 2010, en la que nos manifiesta que no consta crédito alguno a favor de la entidad concursada por incumplimiento de doña y que tenía reconocido una deuda de 202.000 euros, de la que no se había abonada nada cuando concluyó el concurso. En definitiva, de tal declaración debemos deducir que la actora fue pagando todas las cantidades que le correspondían abonar de acuerdo con lo pactado en el contrato.

QUINTO. Otro de los puntos a examen en este recurso si se puede considerar o no que el actor había incumplido las obligaciones asumidas en el contrato de compraventa en cuanto a la fecha de finalización y entrega de la vivienda.

La tesis de la entidad demandada en la que defiende que las obras se culminaron dentro del plazo estipulado en el contrato, es decir primer trimestre del año 2010, se sustenta en el hecho de que se hubiera otorgado la licencia de primera ocupación el día 27 de julio de 2009 (folio 263), hecho reconocido por la propia demandante, y que incluso se fijase fecha para el otorgamiento de la escritura pública (ver folio 229).

Ahora bien, no debemos desconocer que nunca se llegó a firmar el contrato de compraventa de la vivienda, ni por consiguiente se procedió a su entrega, ya que, según expone la actora en su escrito de fecha 23 de abril de 2018 (folio 143); no acudió la promotora a la firma de la escritura al parecer porque, como no se encontraba finalizada su construcción, la hoy demandante pretendía una rebaja en el precio que no era aceptada.

No obstante, tras analizar el acta notarial acompañada a la demanda debemos considerar que no se habían cumplido los términos del contrato y que no puede ponerse objeción alguna a la actuación de la demandante, ya que no se encontraba finalizada la urbanización del terreno donde se ubicaba la vivienda comprada por la actora en el tiempo pactado, hecho que es suficiente para admitir que la promotora no cumplió con su compromiso y que pueda entrar en juego la Ley 57/68, pues como expuso la juzgadora de instancia la actora adquirió una vivienda dentro de una urbanización, con piscina, viales y jardines y nada de ello se había finalizado.

SEXTO. Tampoco podemos considerar relevantes a efectos del éxito de la demanda, los intentos de doña durante el año 2011 para solventar la situación y poder recobrar el dinero invertido en una promoción frustrada que se reflejan en el documento de fecha 23 de abril de 2018 al que hemos aludido en varias ocasiones (folio 143) y a los que la entidad apelante le concede los efectos de un mutuo disenso.

No conocemos los términos del acuerdo, no nos consta la intervención del Administrador Concursal que hubiera sido necesaria y resulta evidente que no se cumplieron los compromisos por parte de la sociedad EQUIPAMIENTOS URBANISTICOS ESPAÑOLES. En definitiva, no podemos aceptar que hubiese un mutuo disenso, que se resolviese la compraventa y que la actora hubiere renunciado a la protección que le concede la Ley 57/68 de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

SEPTIMO. Tras la lectura del artículo 1 de la Ley 57/68 no podemos compartir las alegaciones de la parte apelante sobre la responsabilidad de las avalistas sobre los intereses, pues expresamente en el apartado primero del mismo se indica que se debe “garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el interés legal mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora o por aval solidario”. En definitiva, expresamente se establece que los intereses también deben ser garantizados.

Tampoco debe existir discusión sobre la fecha de inicio del cómputo de los intereses pues es una materia sobre la que el Tribunal Supremo tiene una doctrina sólida y consolidada (ver sentencias de 3 de mayo de 2023, , de 16 de enero, , de 22 de diciembre, , de 28 de noviembre, y, estas dos últimas, de 24 de octubre), según la cual los intereses a que se refieren la Ley 57/1968 (art. 3) y la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación en su redacción aplicable al caso se devengan desde la fecha de cada anticipo, dado que se trata de intereses remuneratorios y no moratorios.

No es objeto de discusión que dentro de estándar exigido social y éticamente a los titulares de los derechos se encuentra la obligación de ejercitar los mismos con cierta prontitud sin permitir que tal inactividad perjudique a la parte contraria ni le dé pie a pensar que se ha renunciado al mismo, indicando a tal efecto la sentencia del T. S. de 4 de julio de 1997 *“que infringe el principio de buena fe el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo -retraso desleal- vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que lejos de carecer de transcendencia..., determinan el que el ejercicio del derecho se torne inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico* (sentencias de 29 de enero de 1965, 21 de mayo de 1982, 6 de junio de 1992 y 2 de febrero de 1996). Ahora bien no creemos que este principio, que establece límites al ejercicio de los derechos, puedan ser aplicado en este caso, pues no hay ningún acto de la demandante que permita hacer pensar que no se iba a ejercitar cualquier tipo de acción, es más todos los documentos que se encuentran en el procedimiento nos muestran que siempre quiso recuperar las cantidades entregadas para la compra frustrada de la vivienda en la localidad de Campo Real.

En definitiva, la cantidad a cuyo pago se condena a la parte demandada devengará intereses legales desde la fecha de la entrega del dinero, aumentándose los mismos desde la fecha de la resolución de instancia del modo establecido en el artículo 576 de la LEC.

OCTAVO. Las costas procesales de esta segunda instancia deben correr a cargo de la parte apelante al haberse desestimado el recurso de apelación y no apreciar la concurrencia

de circunstancias especiales fácticas o jurídicas que aconsejen abandonar el criterio objetivo del vencimiento (artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

No podemos cambiar de opinión sobre esta materia, pues, la doctrina jurisprudencial aplicable en función de los hechos que hemos estimado probados es sólida, uniforme y constante.

Obviamente si consideramos que no quedó acreditado la entrega de dinero o que se había finalizado la promoción inmobiliaria, encontraríamos resoluciones en sentido contrario, pero en este caso no apreciamos que, más allá de las que son propias en todos los litigios, existan especiales dudas sobre tales hechos que nos permitan desviarnos del principio objetivo del vencimiento.

La posible existencia de incongruencia y falta de motivación no pueden analizarse dentro de las costas sino en un apartado independiente donde se explique de forma adecuada y específica los aspectos en los que se han cometido tales irregularidades al elaborar la sentencia, y siempre, tras agotar, a través de aclaración y complemento de las sentencias (artículos 215 y 215 de la LEC) como exige el Tribunal Supremo, las vías que concede el ordenamiento jurídico para subsanar tales irregularidades en la primera instancia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., que viene representada ante esta Audiencia Provincial por el procurador don, contra la sentencia dictada el día 18 de julio de 2022 por el Juzgado de Primera Instancia nº de Madrid en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas devengadas en esta segunda instancia.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra esta sentencia cabe interponer ante este tribunal recurso de casación en los casos previstos en el art. 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción vigente dada en el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal de la Calle, número de Madrid**, con el número **IBAN**, que es la cuenta general o “buzón” del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación

concreta:« » excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia dictada en apelación firmado electrónicamente por