

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCION N.2 DE HELLIN

N.I.G.: 02037 41 1 2011 0000474

Procedimiento: JUICIO ORDINARIO 182 /2011

En Hellín, a 8 de junio de 2012.

Vistos por mí, Consuelo Romero Sieira, Jueza Sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de los de Hellín, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO SOBRE RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD número 182/2011, promovidos a instancia de K.J.R. y otros, representados por el Procurador D^a. C. G. C. y defendidos por el Letrado D. JAIME DE CASTRO GARCÍA, contra CLEYTON GES S.L., representado por la Procuradora D^a. L. M. P. y asistido por el Letrado D. JUAN MUÑOZ TRANCHO; y CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO, representado por la Procuradora D^a. M. J. G. R. y asistido por el Letrado D. PABLO TORAN UMBERT.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de los actores se presentó escrito, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, formulando demanda de juicio ordinario contra CLEYTON GES S.L. y CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO. Admitida a trámite la demanda, se citó a las partes al acto de la audiencia previa, que tuvo lugar en fecha 12.01.12, con resultado que obra en acta y soporte videográfico.

SEGUNDO.- Con fecha 21 y 22 de mayo de 2012 tuvo lugar el preceptivo acto de juicio con la comparecencia de todas las partes, y en el que tras la práctica de la prueba de interrogatorio de partes y testifical propuestas y admitidas, con el resultado que obra en autos, quedaron los mismos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora dos acciones: acción de resolución de contrato dirigida contra la promotora CLEYTON GES S.L. y acción de reclamación de cantidad contra CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO y CLEYTON GES S.L. La primera de las

acciones se formula con la finalidad de que se declare judicialmente la resolución de los cincuenta y cinco contratos suscritos entre los actores y la codemandada CLEYTON GES S.L. para la compra de cincuenta y cinco inmuebles sitios en la promoción "Finca Parcs" de Las Higuericas, fundamentando dicha pretensión en los incumplimientos graves en los que incurre la promotora demandada, en concreto, el largo retraso en la entrega de los inmuebles objeto de los contratos suscritos, la falta de obtención de la licencia de primera ocupación en plazo y la inexistencia de aval asegurativo de las cantidades entregadas a cuenta durante la construcción.

La segunda acción, de reclamación de cantidad, se dirige asimismo contra la entidad codemandada CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO, fundando dicha pretensión en el art. 1 segunda) de la Ley 57/1968, al entender que dicha entidad ha percibido las cantidades a cuenta entregadas por los compradores demandantes debiendo asegurarse que se les entregan las garantías prevenidas en el art. 1 primera) de la Ley 57/1968.

Por la promotora codemandada se opone a la pretensión deducida de contrario alegando que parte de las edificaciones vendidas se encuentran ya terminadas faltando por recibir Cédula de Primera Ocupación. Alega asimismo que según la cláusula 5ª del contrato de compraventa suscrito en ningún caso será imputable a la parte vendedora la demora en los plazos de terminación y entrega si fueran debidos a retrasos en los trámites administrativos así como retrasos en la concesión de las correspondientes licencias, manifestando que como consecuencia de procedimiento contencioso-administrativo surgido tras la aprobación del Proyecto de Urbanización llevado a cabo por la promotora aquí demandada, aprobación efectuada por el Pleno de la Corporación Municipal de Hellín de 15.03.2006, se detuvieron las obras, al paralizarse los efectos de la Licencia Urbanística nº 251/06 otorgada. Considera además que existe un problema urbanístico añadido, cual es la existencia de una conducción aérea eléctrica que supone causa impeditiva de la conclusión urbanística, considerando dicha parte que su traslado corresponde en exclusiva a la empresa propietaria de la línea de conducción. Por último, entiende que la no emisión de los avales correspondientes a las entregas efectuadas a cuenta por los compradores es de entera responsabilidad de la entidad financiera codemandada.

Por la entidad CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO (en adelante CAM) se opone a la pretensión formulada de contrario alegando falta de legitimación pasiva. Considera que ninguna relación jurídica le vincula con los demandantes dado que la simple suscripción de cuentas corrientes ordinarias, en las que los actores ingresaron los pagos a cuenta, no implica el otorgamiento de una garantía personal a su titular y la CAM no ha prestado aval a los demandantes porque la codemandada Cleyton Ges SL no ha formulado la oportuna petición individualizada de cada uno de los avales por los importes percibidos de los demandantes, conforme lo establecido en la cláusula primera del contrato de garantía de operaciones de aval suscrito entre la promotora y la CAM.

SEGUNDO.- De la prueba practicada en el acto del juicio, resulta acreditado que entre los demandantes y la promotora demandada se suscribieron cincuenta y cinco contratos para la compra de cincuenta y cinco inmuebles sitios en la promoción "Finca Parcs" de Las Higuericas. Los contratos se suscribieron entre el 14 de abril de 2005 y el 12 de marzo de 2007. El precio de la compraventa de todas las viviendas objeto de los contratos asciende a la cantidad de 15.292.021 euros. Para el pago del precio de los inmuebles adquiridos se estableció en los contratos suscritos un calendario de pagos habiendo entregado los demandantes la cantidad de 1.494.710 euros. Que todos los ingresos llevados a cabo por los demandantes se efectuaron en cuentas corrientes de la CAM, principalmente en la cuenta corriente nº *****54, si bien se aprecia en la documental aportada la existencia de algún ingreso en las cuentas corrientes nº *****51 y *****92. De estas cuentas tan sólo tiene naturaleza de cuenta especial promoción, y no ordinaria, la terminada en los dígitos 92, abierta en fecha 15.11.2005. Que la CAM nunca entregó a los demandantes aval correspondiente a las cantidades anticipadas por los compradores demandantes a pesar de los requerimientos que se le han formulado. Que las viviendas adquiridas no han obtenido hasta la fecha licencia de primera ocupación, principalmente por el no traslado de una línea de alta tensión que atraviesa la promoción, encontrándose parte de las mismas acabadas.

TERCERO.- En primer lugar, debe examinarse la acción de resolución de contrato ejercitada por la parte actora. Para ello, debemos partir de la abundante jurisprudencia que sobre este punto existe y que podemos resumir de la siguiente forma:

1ª) Conforme a la jurisprudencia -sentencias de 20 de junio y 5 de julio de 1.980, 8 de julio de 1.983, 19 de noviembre de 1.984, 17 de enero y 6 de octubre de 1.986, 28 de febrero de 1.989, 23 de enero de 1.999, 12 de mayo de 2.008, entre otras - la facultad resolutoria de las relaciones contractuales sinalagmáticas puede ejercitarse no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración emitida fuera del proceso y dirigida a la otra parte, a reserva de que, si se planteara discrepancia ante ellos al respecto, sean los Tribunales quienes examinen y sancionen la procedencia de la resolución, en consideración a los requisitos exigidos para que la misma tenga éxito.

2ª) También es reiterada la jurisprudencia que señala que para que pueda prosperar la acción de resolución de contratos bilaterales o sinalagmáticos, al amparo de lo prevenido en el art. 1124 CC, es necesario que concurran las siguientes circunstancias: un verdadero y propio incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes contractuales; una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de tales obligaciones, sin que sea necesario una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (STS 15-10-2002), y que la parte que exija tal resolución haya cumplido la obligación que le incumbía, pues de lo contrario puede oponerse la *exceptio "non adimpleti contractus"*.

Una vez enunciados tales presupuestos, es necesario señalar que no todo incumplimiento contractual justifica la resolución. Es de tener en cuenta la consolidada doctrina

jurisprudencial que se orienta a entender que se estará ante la falta de entrega o de entrega de cosa distinta y no en la entrega de cosa de vicios ocultos, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador en razón a la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada (SSTS 26-10-87, 29-4-94 y 10-7-2003). Señala en este sentido la jurisprudencia que ha de haber propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan alcanzar el fin económico del contrato. Es decir, no es necesario que se produzca un incumplimiento absoluto, bastando un incumplimiento relativo o parcial, siempre que con ello no se pueda realizar el fin del contrato.

Precisaron las sentencias de 25 de febrero de 1.978, 7 de marzo de 1.983, 22 de marzo de 1.985, 4 de enero de 2.007, 19 de mayo de 2.008, entre otras muchas, que no todo incumplimiento -en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial, de lo ejecutado con lo debido - basta para resolver una relación de obligación sinalagmática. Antes bien, para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que reúna determinadas condiciones, que se resumen en la exigencia de que sea esencial - sentencia de 5 de abril de 2.006 -.

De esa condición se hace merecedor, entre otros, el incumplimiento de una exigencia cualitativa, cuantitativa o circunstancial que hubiera recibido la calificación de esencial por voluntad, expresa o implícita, de las partes contratantes, a las que corresponde crear la "*lex privata*" por la que quieren regular su relación jurídica.

De acuerdo con ello habrá incumplimiento con entidad resolutoria cuando, tras la interpretación del contrato, se llegue a la conclusión de que las partes atribuyeron, de modo expreso o implícito, carácter esencial a la prestación, a la cantidad, a la cualidad o a la circunstancia que, al faltar, impide la plena adecuación de lo realizado con lo prometido.

Tal sucede, entre otros casos, cuando el tiempo de cumplimiento se hubiera convertido en contenido de la misma prestación o, con otras palabras, cuando el tiempo de cumplimiento sea esencial, por determinar el único momento en que el interés del acreedor puede resultar satisfecho y, por lo tanto, permitir al mismo que una prestación ejecutada fuera de él sea rechazada y, al fin, tratada como un verdadero incumplimiento resolutorio y no como un cumplimiento irregular o meramente retrasado, causante de las consecuencias secundarias vinculadas a la mora.

Como vienen a exponer las recientes SAP Zaragoza de 10, 13 y 14 de Septiembre de 2010 (sec 5ª), la mora en el cumplimiento de los contratos no determina por sí la resolución de los mismos ex art. 1124 CC, salvo que el plazo haya sido establecido como esencial, o su incumplimiento determine la frustración del fin negocial, prueba que corresponde a quien alega esa esencialidad.

La jurisprudencia ha declarado en este sentido que "como se ha afirmado de forma reiterada en la jurisprudencia de esta Sala, no todo incumplimiento conlleva ni la resolución del

contrato ni debe implicar automáticamente indemnización. De este modo resulta necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato. Nos hallamos ante un supuesto en que lo acordado aun puede ser realizado y el caso es que el propio recurrente opta por el cumplimiento al que le añade la indemnización por los perjuicios que el quebrantamiento de dicho plazo le ha ocasionado. Por tanto, delimitando así el supuesto, la cuestión objeto es si, aun siendo posible la prestación en un momento posterior al pactado, resulta idónea para el cumplimiento de la obligación acordada y la satisfacción de los intereses del acreedor. En definitiva, si el plazo establecido era esencial y, por tanto, el incumplimiento es definitivo, o si puede ser considerado como no esencial, en cuyo caso el simple retraso no perjudica la prestación pactada". Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de la Sala Primera del TS (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil. Y a tal efecto es buena la referencia al art. 8:103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que dé razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento" (Sentencia del TS de fecha 17 de diciembre de 2008 y, en el mismo sentido las de 25 de junio de 2009 y 8 de febrero de 2010).

En definitiva, la jurisprudencia tiende a considerar que el incumplimiento resolutorio es el esencial, "se trata de un incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación", no el accidental, sin que un mero retraso pueda en principio determinar esta circunstancia, por lo que, aun de haberse fijado un plazo de entrega en el contrato de compraventa, debe examinarse si el mismo era o no un incumplimiento esencial y, por tanto, resolutorio

Por ello la mera fijación de un plazo en el contrato para la entrega de la vivienda no implica esa facultad resolutoria si el plazo viene sobrepasado, salvo que se le haya reconocido al adquirente de modo expreso, pues hay supuestos de este tipo contractualmente previstos. Podrá caso de entenderse relevante, verse como un incumplimiento, susceptible de ser indemnizado, pero no implica esa facultad resolutoria, salvo que implique una frustración negocial.

Por lo tanto, la cuestión especial que procede examinar es cuándo ha de entenderse que el retraso imputable al vendedor supone un incumplimiento total o esencial, o un mero retraso, cuestión sobre la que no cabe dar una regla general, debiendo examinarse en cada caso concreto, en función de las circunstancias concurrentes, puesto que habrá de examinarse en primer lugar si el retraso en la entrega de la vivienda es imputable al vendedor, y en

segundo lugar si de dicho retraso, que sea prolongando en el tiempo, se deduce ese incumplimiento esencial.

Habrá que examinar pues ese caso concreto, para ver cuándo ésta se produce. En algunas ocasiones este tipo de situaciones vienen a darse en momentos próximos a la firma de las escrituras de compraventa, que implican el pago del precio aplazado, hecho este bastante significativo que no cuadra con la frustración negocial, por cuanto las viviendas se han construido.

En el presente caso, todos los contratos suscritos establecen en su cláusula quinta que las obras de las viviendas darán comienzo tan pronto como se obtengan la preceptiva licencia municipal de edificación, debiendo concluir no más tarde del plazo de dieciocho meses desde su inicio entendiéndose que la vivienda se encuentra finalizada con el acta final de obras. Si trascurrido dicho plazo no se hubiese finalizado la obra, los compradores podrán optar entre dar por resuelto el contrato o esperar a la finalización de las obras. Por otro lado, la fecha de celebración de los contratos suscritos por los actores bascula entre el 14 de abril de 2005 y el 12 de marzo de 2007, no habiéndose producido la entrega de los inmuebles objeto de tales contratos a la fecha de la presentación de la demanda, el 11 de marzo de 2011, por lo que ha trascurrido al menos cuatro años desde la celebración de los últimos contratos. Se trata este periodo de una demora excesiva en el cumplimiento de los mismos, que sin duda han hecho perder el interés de los compradores en la prestación originariamente pactada, quebrantando con ello la mutua buena fe negocial. Este aspecto queda de todo punto acreditado a través de la declaración del demandante, K. J. R., quien a preguntas de la defensa letrada de Cleyton Ges SL manifiesta que bajo ningún concepto estaban ya interesados los compradores en la adquisición de los inmuebles, encontrándose defraudados ante una situación en la que ni se les entregaba las viviendas terminadas con licencia de primera ocupación ni se les restituía las cantidades que habían entregado a cuenta. Es evidente, que la demora excesiva en la entrega de las viviendas frustra el fin del contrato, sin que los futuros adquirentes deban quedar al arbitrio de la promotora de manera indefinida.

Mayor dificultad plantea el problema relativo a la falta de cédula de habitabilidad. La importancia de éste requisito deriva de la necesidad de dicha licencia de primera ocupación para poder llevar a cabo la contratación de servicios básicos (luz, agua, gas) y porque la misma supone la confirmación por la Administración del cumplimiento de las exigencias de seguridad y el cumplimiento del proyecto. Y la dificultad radica en el hecho de que su tramitación administrativa no puede ser controlada en modo alguno por el promotor, que no puede solicitarla mientras no tenga la certificación de fin de obra, además de que en muchas ocasiones el retraso se deriva de las obras de urbanización y no de las propias viviendas. Por otro lado, como dice la promotora codemandada, dicha licencia no tiene porque impedir el uso y disfrute de la vivienda terminada por el comprador. Sin embargo, la obligación de entrega del inmueble incluye igualmente la de entregar éste en condiciones de poder ser usado sin traba alguna por sus adquirentes, lo que implica que ningún comprador podrá ser obligado por parte

de la promotora al otorgamiento de la escritura pública sin la entrega de tal cédula de habitabilidad. Si bien algún sector doctrinal entiende que la falta de licencia de primera ocupación no supone la automática resolución contractual en la que también habrá que atender a las concretas circunstancias que se analicen, pues es igualmente admisible que dicho retraso genere un derecho a la indemnización de daños y perjuicios para el comprador pero no admita la resolución del contrato, solución ésta que debe dejarse para los casos más graves y extremos de incumplimiento de la parte vendedora, nuestra opinión diverge por completo de esta postura. En efecto, y así viene también recogido por la jurisprudencia, la falta de licencia de primera ocupación una vez terminada la obra debe ser considerada como causa de resolución del contrato en virtud de dos razones: primero, porque con ella se verifica que la vivienda reúne condiciones de habitabilidad y de seguridad así como que se adecua a la licencia inicial de obras y al proyecto. Segundo, porque su falta impide el uso de la vivienda dado que puede suponer sanciones de carácter administrativo, tales como la imposibilidad de contratación de servicios básicos, sanciones urbanísticas pecuniarias o de impedimento de uso a cualquier ocupante, sea o no propietario. Es decir, no basta con la entrega física de una simple vivienda sino de una vivienda apta para el uso al que se la destina.

Es más, en el presente caso, la falta de licencia de primera ocupación se produce por la falta de terminación de muchas de las viviendas sitas en la promoción que nos ocupa y, sobre todo, a la falta de traslado de una línea de alta tensión que atraviesa la promoción, obligación que recae sobre la promotora en virtud del art. 17 de la Ley 4/2007, de ocho de marzo, de evaluación ambiental de Castilla la Mancha. Por lo que la falta de concesión de licencia de primera ocupación es imputable, en exclusiva, a la promotora codemandada.

Por último, es evidente que la falta de aval o seguro de caución que garantizase las cantidades que los actores entregaron a cuenta supone una causa de resolución del contrato, dado que se trata de una obligación de carácter legal e imperativo.

CUARTO.- En siguiente término, procede examinar la segunda de las acciones ejercitadas por los actores, de reclamación de cantidad, dirigida contra las codemandadas, en especial frente a la CAM, amparada en la regulación prevista por Ley 57/68 reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación. Recordemos que por la CAM se opone a la pretensión formulada de contrario alegando falta de legitimación pasiva. Considera que ninguna relación jurídica le vincula con los demandantes; que la simple suscripción de cuentas corrientes ordinarias, en las que los actores ingresaron los pagos a cuenta, no implica el otorgamiento de una garantía personal a su titular y que la CAM no ha prestado aval a los demandantes porque la codemandada Cleyton Ges S.L. no ha formulado la oportuna petición individualizada de cada uno de los avales por los importes percibidos por los demandantes conforme lo establecido en la cláusula primera del contrato de garantía de operaciones de aval suscrito entre la promotora y la CAM.

Inicialmente recalquemos que no nos encontramos ante un aval o afianzamiento común sometido al art. 1822 y siguientes del Código Civil, sino ante un aval de naturaleza especial regulado por la Ley 57/1968 de fecha de 27 julio, que establece las garantías para los compradores de viviendas a plazo. En la Exposición de Motivos de esta Ley se hace constar que "la justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto".

Con el objeto de alcanzar dicha finalidad, su art.1 establece unas obligaciones para 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. Se trata con ello de evitar los fraudes o los meros incumplimientos civiles que puedan producirse en tales supuestos, a cuyo efecto impone una doble exigencia, así:

- 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.
- 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.

Más tarde, siguiendo la misma finalidad tutiva del consumidor comprador de la vivienda, la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de Ordenación de la Edificación en su Disposición Adicional Primera reitera la aplicabilidad de tales garantías para la compra de viviendas con leves modificaciones.

Por otra parte el art. 2 de la citada ley 57/1968 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".

Todos estos derechos y garantías establecidos a favor del comprador se declaran en el art. 7 de la Ley comentada como de carácter irrenunciable.

La naturaleza tuitiva de dicha ley para los consumidores ha sido destacada en numerosas sentencias por nuestro Tribunal Supremo, que en la STS de 8 de marzo de 2001 expone como "la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda -bien generalmente esencial para la vida-, que esta en fase de planificación o construcción... Pues no se puede olvidar que en el presente caso, como en general cuando se aplica la Ley de 27 de julio de 1968, se han de contemplar dos negocios jurídicos, el originario -compraventa de la vivienda- y el derivado -formalización de un seguro de caución-, cuya concatenación tiene como única finalidad la defensa del comprador en el aspecto de ser reintegrado de sus anticipos del pago del precio para el caso de que la vivienda no se construya o no se pueda ocupar."

En consecuencia a lo antedicho la interpretación de los términos del aval otorgado por la entidad de crédito en el marco regulador de la comentada Ley 57/1968 no puede realizarse sobre la base de criterios formalistas, estrictos o rígidamente literales, sino partiendo de criterios de plena y completa protección del comprador.

Recordemos que el hecho de que exista una persona obligada a responder en defecto del deudor facilita la eventual concertación de operaciones de contenido económico, en donde frente a una presumible falta de solvencia o de actitud, el acreedor le exige la intervención garante de un tercero del que consta, precisamente, tanto la solvencia como su seriedad en torno a ese cumplimiento, de tal forma que atrayéndolo en la obligación así trabada, puede arriesgarse en asumir la posición compradora, por cuanto que, en caso de impago y observados los requisitos legales exigidos de la normativa tradicional del Código Civil -arts. 1830 a 1846-, está seguro que los avatares de las empresas promotoras desaparecen al responder del cumplimiento esa tercera entidad, sería y solvente y con una actitud personal proclive a la satisfacción de su crédito. Por ello puede decirse que, tras la constitución de la fianza, existe la garantía perseguida por el acreedor y, sobre todo, se facilitan las posibilidades de concertar obligaciones de contenido económico.

Y en este sentido no podemos obviar las manifestaciones del comprador en interrogatorio de parte según la cual si participaron en esta promoción se debe a las garantías que consideraban que existían con la intervención de la CAM. Esta entidad aparecía como colaborador financiero de la promoción no sólo en la publicidad que de la misma se hacía, sino

también en los contratos de compraventa suscritos, siendo de resaltar la cláusula tercera del contrato de compraventa según la cual una vez realizado el segundo de los pagos todas las cantidades serían garantizadas mediante el correspondiente certificado de aval bancario suscrito con la CAM, con el número de aval que sería facilitado por la entidad bancaria haciendo mención expresa a que cada uno de los pagos efectuados tendría la consideración de pagos a cuenta.

La estrategia procesal de la entidad financiera aquí demandada ha consistido en señalar que los ingresos efectuados por los compradores como entregas anticipadas a cuenta se llevaban a cabo en cuentas que carecían de la naturaleza de cuenta especial promoción y que desconocían los movimientos de las cuentas ordinarias en las que se llevaban a cabo los ingresos, ignorando que estos fuesen entregas anticipadas a cuenta. Asimismo, intentan desplazar la responsabilidad sobre la entidad promotora alegando que ésta incumplió sus obligaciones de indicar al comprador la necesidad de ingresar dichas cantidades en la cuenta especial, de separar los fondos a una cuenta especial y la de no solicitar a la entidad financiera el correspondiente aval.

Sin embargo, todas y cada una de estas alegaciones se desmontan a la vista de la prueba documental y testifical practicada. Así, y respecto al primero de sus argumentos, si bien el legal representante de la CAM manifiesta que no fiscalizaban los movimientos de las cuentas ordinarias y el gestor de empresas la CAM manifiesta no recordar ninguno de los datos relativos a la expedición de avales de la promoción ante la que nos encontramos, lo cierto es que aparecen conjuntamente con algunos de los resguardos de pago acompañados con el escrito de demandada informes firmados por F. M. donde se hacía constar que se habían llevado a cabo ingresos en cuenta ordinaria de cantidades pagadas a cuenta por los compradores de inmuebles de la promoción "Las Higuieritas Finca Parcs" (docs 14-76 y 14-77). Debemos señalar que estos documentos hacen plena prueba, dado que no han sido impugnados por la entidad financiera demandada a la que perjudican, y ponen de manifiesto que la CAM era sabedora de que se estaba llevando a cabo ingresos de dichas cantidades a cuenta en cuentas corrientes ordinarias. Pero es más, si examinamos los movimientos de la cuenta corriente especial, observamos que ha recibido ingresos a cuenta por un importe muy inferior al conjunto de avales expedidos por la CAM, reconociéndose en este sentido que los avales en su conjunto alcanzan aproximadamente los 6,5 millones de euros. Ello se ve corroborado por documentos aportados por la parte demandante relativos a avales expedidos a compradores de esta promoción, que evidentemente no son parte en este procedimiento, por cantidades que se ingresaron en cuentas ordinarias (doc. 15 de la demanda) resultando muy interesante el contenido del doc. 15-4, emitido por la CAM, en que se emite aval por cantidades ingresadas en la cuenta corriente nº *****54, manifestando que se trata de "cuenta corriente especial".

Por otra parte, la CAM intenta desplazar la responsabilidad sobre la entidad promotora alegando que ésta incumplió sus obligaciones de indicar al comprador la necesidad de ingresar dichas cantidades en la cuenta especial, de separar los fondos a una cuenta especial y la de no

solicitar a la entidad financiera el correspondiente aval. Independientemente de que existen versiones contradictorias sobre este punto entre los empleados de la CAM y antiguos trabajadores de Cleyton Ges, en especial sobre la forma de solicitud y concesión del aval, que según empleados de la CAM se llevaba a cabo de forma rigorista y dotada de absoluta formalidad, frente a la antagónica versión dada por antiguos trabajadores de Cleyton Ges S.L., según los cuales el antiformalismo presidía las relaciones entre la promotora y la entidad financiera, lo cierto es que debemos destacar que si bien las entidades aseguradoras o financieras que aseguran o avalan la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente a cuenta el precio en el marco normativo que venimos comentando no son parte en los contratos de compraventa suscritos entre promotores y compradores, en absoluto son ajenas ni a su contenido ni al cumplimiento de las obligaciones que de los mismos dimanarían a los efectos que aquí nos interesan. Y ello no solo en virtud de lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la citada Ley 57/1968 que antes hemos transcrito, sino también de lo contemplado en la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968 dictada en desarrollo de aquella, cuyo art. 4 dispone que en el condicionado general del contrato de seguro colectivo figurarán como condiciones mínimas, uniformes para todas las Entidades aseguradoras, las siguientes:

- a) Forman parte del seguro los respectivos contratos de cesión de viviendas, la redacción de los cuáles, así como la de cualquier modificación en sus términos, ha de haberse sometido al previo conocimiento de la Entidad aseguradora.
- b) La Entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos a disposición del contratante que guarden relación con las obligaciones contraídas por el frente a los asegurados y, particularmente, con el movimiento de la cuenta especial abierta al efecto.

En este sentido el Auto de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid o el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª de 30-03-2011 que señala que "La protección del comprador se complementaba con la proclamación... de que los derechos conferidos por la ley eran irrenunciables,) con el otorgamiento de carácter ejecutivo a la póliza de seguro o al aval acompañados de un documento fehaciente acreditativo del incumplimiento del promotor y, por último, con la afirmación de que la garantía de tercero sólo se cancelaría una vez expedida la correspondiente cédula de habitabilidad y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente. Esto último revela que las excepciones estrictamente personales derivadas de la relación de cobertura establecida entre el promotor inmobiliario y el avalista o asegurador de caución no son oponibles al asegurado o beneficiario del aval. Buena prueba de ello es que la Orden del Ministerio de Hacienda de 29 de noviembre de 1968, dictada en cumplimiento de las facultades de complemento de la Ley 57/68 EDL1968/1807 concedidas al Ejecutivo por su disposición final 2ª, precisara que en los seguros de afianzamiento de cantidades entregadas a cuenta el asegurador no podía oponer al asegurado -el adquirente de la vivienda, distinto del promotor tomador del seguro- la falta de pago de la prima...".

Lo cierto es que la CAM conocía que los anticipos ingresados por los actores en cuentas abiertas en sus sucursales se trataban de ingresos a cuenta de compradores de una promoción inmobiliaria e hicieron dejación absoluta de sus obligaciones que como entidad financiera le impone la Ley 57/68 incurriendo su conducta en una mala praxis bancaria. No podemos olvidar que la obligación de depositar las cantidades adelantadas en una cuenta abierta a tal fin en una entidad bancaria favorece económicamente a dicha entidad puesto que no sólo percibe la prima del aval, sino que además se beneficia financiando la promoción. De hecho, la CAM era la única entidad que financiaba la misma y deseaba serlo en exclusiva. No podemos obviar, en este sentido, el art. 6.4 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, según el cual "a efectos de lo dispuesto en el apartado 1, tienen la consideración de buenas prácticas aquellas que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con la clientela de los negocios financieros".

Es más, conforme al artículo 1257 del Código Civil "si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de tercero, este podrá exigir su cumplimiento siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido revocada aquella". Precisamente el demandante que depone en el acto del juicio señala con claridad que se dirigió tanto a la promotora como a la entidad bancaria demandada a través de múltiples medios instándoles a que otorgaran aval a su favor.

Por todo ello, debe estimarse la pretensión deducida por los actores contra la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO.

QUINTO.- Respecto a los intereses reclamados, es evidente que la acción resolutoria implica la devolución de las cantidades entregadas a la que debe incrementarse los intereses que dichas cantidades hayan devengado. Las cuestiones a dilucidar son el tipo de interés devengado y la fecha de inicio de devengo.

El artículo 3 de la Ley 57/68 establece que 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 6 % 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.

No obstante, dicha Ley debe ser aplicada de conformidad con la regulación contenida en la Ley de Ordenación de la Edificación, cuya Disposición Adicional Primera, relativa a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción, establece 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 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, entre otras, la siguiente modificación: 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.

En nuestra opinión, debemos decantarnos por la aplicación del interés legal del dinero dada la claridad con la que se regula este extremo en nuestra legislación. Y a este respecto, existen múltiples resoluciones que consideran que los intereses que deben satisfacerse son los legales (SAP Asturias 27.6.2005, SAP Murcia 25.11.2008 ó SAP Alicante 14.01.2009).

Entendemos asimismo que el devengo de intereses se produce desde la fecha de interposición de la demanda (en igual sentido se muestra el AAP Madrid, sec. 19ª, 23.1.2012).

SEXTO.- Procede la imposición de costas a la parte cuyos pedimentos hubieran sido desestimados, a tenor del artículo 394 LEC, en este supuesto a la parte demandante.

F A L L O

Que ESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal en autos de los demandantes, contra CLEYTON GES S.L. y CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO:

1.-Debo declarar y declaro resueltos los contratos de compraventa de los cincuenta y cinco inmuebles de la promoción inmobiliaria conocida como Finca Parcs-Las Higuericas, suscritos entre los demandantes y la mercantil CLEYTON GES S.L.

2.-Debo condenar y condeno solidariamente a CLEYTON GES S.L. y a CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO a la devolución a cada uno de los demandantes de las cantidades entregadas a cuenta, que ascienden en su totalidad a un millón cuatrocientos noventa y cuatro mil setecientos diez (1.494.710,00) euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda hasta su total solvencia.

Todo ello, con expresa condena en costas a las partes demandadas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO en la cuenta de este expediente 0062-0000-04-0182-11, indicando, en el campo "concepto" la

indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así por esta mi sentencia lo ordeno, mando y firmo.

LA JUEZ