



SEGUNDO.- Emplazada que fue la demandada contestó a la demanda en sentido de oponerse a la misma, alegando en apoyo de su pretensión los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- En fecha xxx de xxxxxxxxxxxx de 2023 se celebró la Audiencia Previa a la que acudieron ambas partes, afirmándose y ratificándose en sus respectivos escritos y solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

La parte actora propuso como prueba documental y testifical.

La parte demandada solicitó como prueba la documental obrante junto con su escrito de contestación.

Tras la admisión de la prueba propuesta las partes fueron convocadas para la celebración de la vista de juicio que tuvo lugar el 25 de septiembre de 2024, a la que acudieron ambas partes, y tras la práctica de la prueba propuesta y admitida y las conclusiones orales de las partes quedaron los presentes autos vistos para sentencia .

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales vigentes para los de su clase.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- DE LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES

Ejercita **la parte actora** acción de reclamación de cantidad en base a los siguientes hechos:

1.- El 22 de enero de 2007 los actores suscribieron contrato de compraventa con subrogación en crédito hipotecario con la entidad promotora-vendedora OBRAS Y CONSTRUCCIONES ALCALA SUR, dicho contrato tenía por objeto la compraventa de una vivienda unifamiliar ubicada en la localidad de Los Barrios, inscrita por la promotora a su nombre en el Registro de la Propiedad número dos de Algeciras con el número xxxxxx de Los Barrios (documento número uno).



[Escribir texto]



El precio de la vivienda ascendía a 298.658,40 €, de los cuales 223.296 € se pagarían con el préstamo hipotecario y el resto (75.362,40 €) se abonaría en la forma establecida en la estipulación tercera.

En las condiciones particulares del contrato se declaró que el vendedor estaba gestionando la obtención de un préstamo hipotecario sobre la vivienda con la entidad BARCLAYS BANK por un plazo de amortización de 32 años y en la estipulación cuarta de dicho contrato relativa a la garantía de las cantidades entregadas a cuenta se establecía que las mismas se garantizaban con aval bancario otorgado por la entidad BARCLAYS entregando al comprador en dicho acto acreditación documental sobre el referido aval.

Durante la vigencia del contrato los actores entregaron a la promotora la cantidad de 45.600 € según certificado expedido por la administradora de la misma el 30 de noviembre de 2012 (documento número dos).

En el momento de la contratación los actores continuaban unidos en matrimonio con el régimen de separación de bienes.

2.- La vivienda anteriormente descrita no llegó a ser terminada ya que la promotora presentó demanda de concurso voluntario de acreedores tramitado en el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cadiz que acordó, por Auto de 15 de octubre de 2013, la disolución de la sociedad, dejar sin efecto la fase de convenio y abrir la fase de liquidación.

El Administrador Concursal reconoce en la cantidad de 45.127,89 € la deuda a favor de los actores indicando, como causa del crédito, el incumplimiento del contrato de compraventa y catalogando el crédito como ordinario, vencido y contingente (documento número tres).

Tanto en el contrato como posteriormente por el AC se reconoce que las cantidades entregadas a cuenta se encontraban garantizadas por aval bancario y pólizas de contragarantías suscritos entre la promotora y BARCLAYS el 27 de abril de 2007 y consta registrado con el número 531 del libro registro de pólizas del notario de Los Barrios (documento número cuatro).

Las cantidades entregadas a cuenta no fueron devueltas en el concurso de acreedores al parecer por insuficiencia de la masa, procediéndose el 17 de febrero de 2007 por el AC a solicitar del Juzgado de lo Mercantil autorización para interponer demandas contra los actores y otras personas accediéndose mediante auto de 3 de mayo de 2017 por constituir acciones en interés de la masa del concurso.

La demanda recayó en el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de esta localidad tramitándose con el número de procedimiento ordinario xxxx del año 2017, en la cual se interesaba que el Juzgado declarase resuelto el contrato de compraventa firmado por las partes ante la imposibilidad de hacer entrega de la vivienda por la promotora habiéndosele reconocido un crédito ante el Juzgado de lo Mercantil por importe de 45.127,89 €, el procedimiento finaliza mediante Sentencia dictada el xxxxxxx de 2019 en el que, tras el allanamiento de la parte demandada, se declara resuelto el contrato de compraventa.



La póliza de contragarantía se constituyó con el objeto de facilitar al afianzado los avales, preavales y otras garantías que necesitaba para el desarrollo de su actividad y según la estipulación sexta autorizaba al banco a *“satisfacer las cantidades que le sean requeridas hasta el importe de las garantías al primer requerimiento que reciba para ello, sin necesidad de la previa conformidad del afianzado, y por tanto, sin que el Banco tenga que entrar a considerar ningún extremo respecto de la procedencia o improcedencia de la petición de reintegro”*.

3.- Una vez resuelto el contrato de compraventa mediante sentencia, los actores a través de su defensa letrada, dirigieron burofax a la entidad BARCLAYS el 18 de noviembre de 2019 (documento número cinco) a fin de que, en base al aval, devolviera las cantidades entregadas a cuenta, no recibiendo respuesta alguna, reiterando su petición los actores mediante e-mail remitido en marzo de 2021 y tras varios intercambios de e-mail la entidad indica que al haberse fusionado en 2015 BARCLAYS y la actual demandada la comunicación debía dirigirse a CaixaBank (documento número seis).

El 3 de agosto de 2021 los actores presentan escrito (documento número siete) en la oficina de CaixaBank sita en Palmones requiriendo la ejecución del aval y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, respondiendo la entidad mediante el requerimiento de diversos documentos (documento número ocho), contestado el requerimiento por parte de los actores la entidad envía respuesta (documento número nueve) en el sentido de denegar la solicitud en base a que el ingreso de la cantidad entregada a cuenta no cumple con los requisitos necesarios para ampararse en el régimen establecido en la ley 57/68 de 27 de julio.

4.- Sostiene la actora que el caso que nos ocupa no es idéntico al que resuelve el Tribunal Supremo en su Sentencia 733/2015 en aplicación de la ley 57/1968, sino que en este caso los actores ingresaron las cantidades entregadas a cuenta, en la cuenta que el promotor tenía abierta en la entidad BARCLAYS, cuentas que se encontraban avaladas y dichos avales garantizados por la póliza de contragarantía, argumentando que si la demandada pretende basar su oposición en la falta de existencia de una cuenta especial donde ingresar las cantidades entregadas a cuenta es la propia demandada la que debe acreditar dicho extremo, añadiendo además, que resultaría igualmente responsable conforme a lo dispuesto en la condición segunda del artículo primero de la ley 57/1968 vigente en el momento de la celebración del contrato.

Por **la demandada** se formula oposición en base a los siguientes extremos:

1.- El doc. nº 4 aportado con la demanda denominado "póliza contragarantía" no es propiamente ningún tipo de garantía, ni colectiva ni individual, sino que tiene por objeto, tal y como consta en la estipulación primera, facilitar al afianzado avales y por tanto el otorgamiento por cuenta de éste de dichas fianzas y otras garantías, por lo que considera la demandada que se trata de un contrato que permite la emisión de garantías futuras que pueden ser otorgadas o no, por tanto el documento número cuatro no es un aval colectivo a cuenta de ninguna promoción como pretende hacer ver la actora, prueba de ello es que se otorga cuatro meses después de la firma del contrato por los actores y que no se refiera de una forma concreta a la promoción en construcción, requisito necesario, según el parecer de



la demandada, para el Tribunal Supremo a los efectos de determinar la responsabilidad del garante.

Con arreglo a lo anterior sostiene la parte que el supuesto aval que se otorgó entre la promotora y BARCLAYS en 2007 no ampara las entregas a cuenta que se hubieran efectuado y por tanto considera que la entidad no está legitimada para soportar la acción dirigida contra la misma.

2.- Respecto al contrato de compraventa suscrito entre la promotora los actores, alega la demandada que la misma no desconoce al no haber formado parte del mismo, y pone en tela de juicio la veracidad del pago de la cantidad supuestamente entregada a cuenta y reclamada en el procedimiento, ya que lo único que se aporta es un certificado emitido al parecer de manera unilateral por la promotora, documento y suficiente para acreditar el pago ya que no acredita que dicha cantidad fuera ingresada en una cuenta de la promotora abierta la entidad.

3.- Existe retraso desleal en el ejercicio de la acción por parte de los actores al haber transcurrido más de 12 años desde que la promotora incumplió su obligación de entregar la vivienda.

4.- Finalmente sostiene la demandada que no procede condenar al pago de intereses más allá del 4 de noviembre de 2011, fecha en la que se declaró el concurso de la promotora en base al artículo 59 de la ley 22/2003 de 9 de julio, siendo improcedente que la entidad deba responder de mayor cantidad que la propia promotora.

SEGUNDO.- DEL RESULTADO DE LA PRUEBA PRACTICADA

Como primer motivo de oposición alega la demandada falta de legitimación pasiva y ello por no ser avalista de la operación reclamada, por cuanto lo que la actora aporta como documento número cuatro no es un aval colectivo para la promoción del Residencial el Toñanejo sino una póliza de contragarantía que permite al afianzado suscribir futuros avales, pero en ningún caso la actora acredita que dichos avales concretos se hayan realizado.

La anterior alegación debe ser desestimada.

Si bien el documento número cuatro no es una póliza de aval concreto para la promoción donde los actores adquirieron la vivienda, y no consta que la entidad con posterioridad emitiera certificados o avales individuales para los compradores de dicha promoción, también es cierto que la entidad comparte cierta responsabilidad con el promotor para el caso de que se haya incumplido con dicha obligación, pues la entidad no podía desconocer la existencia de los contratos de compraventa y ello por cuanto en la estipulación cuarta del contrato se prevé la garantía de aval bancario otorgado por la misma entidad que posteriormente suscribe con la promotora la póliza de contragarantía.

En dicho contrato además se hace referencia continua a la aplicación de lo dispuesto en la ley 57/1968 sobre percepción de cantidades anticipadas.



La referencia constante en el contrato de compraventa a la aplicación de la mencionada ley así como que en dicho contrato se establezca que las cantidades entregadas a cuenta se encuentra garantizadas por la entidad que posteriormente decide firmar una póliza de contragarantía con la promotora, crea en los compradores un principio de confianza respecto del hecho de que dichas cantidades anticipadas se encuentran garantizadas y que por tanto van a ser devueltas, no pudiendo imputar a los compradores de buena fe una actitud poco diligente por parte de la promotora que no ha solicitado la constitución de un aval concreto pues ello supondría privar de cualquier virtualidad lo dispuesto en la referida ley.

En dicho sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016, en la que analiza un supuesto semejante al de autos en el que también la póliza de contragarantía se otorga meses después del contrato de compraventa, y en la que concluye lo siguiente:

“En la sentencia 322/2015, de 23 de septiembre , para evitar que pudiera quedar insatisfecha «la previsión de garantía contenida en los arts. 1 , 2 y 3 de la Ley 57/68 , porque bajo la apariencia de la garantía concertada en la póliza colectiva, cuya copia se entregaba al comprador, este no tiene por qué conocer que todavía debe recibir el aval individualizado y queda a merced de la mayor o menor diligencia del promotor solicitar los concretos certificados o avales individuales», interpretamos la referida norma legal en el siguiente sentido:

«En atención a la finalidad tuitiva de la norma [...], que exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta, y a que se ha convenido una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores, cuya copia ha sido entregada junto con los contratos de compraventa, es posible entender directamente cubierto el riesgo, sin que antes se haya emitido un certificado individual, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales.

»Por ello podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art. 3 Ley 57/1968 ; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva».

Las circunstancias que varían en el presente caso respecto del citado precedente, que dio lugar a la citada jurisprudencia, son: cuando se contrató la adquisición de la vivienda, el 13



de febrero de 2007, no existía todavía la póliza colectiva, por lo que no se les entregó en ese momento ninguna copia de dicha póliza colectiva; la póliza colectiva se emitió un mes después, el 15 de marzo de 2007; y tres meses más tarde, el 12 de junio de 2007, los compradores requirieron del promotor la emisión del aval individualizado.

Estas circunstancias no deben impedir que podamos aplicar aquella doctrina jurisprudencial al presente caso, pues, bajo el principio tuitivo que conduce la interpretación y aplicación de la Ley 57/1968, la entidad bancaria que concertó la línea de avales debía conocer, o estaba en condiciones de hacerlo, los contratos de compraventa privada que ya se habían concertado, en garantía de cuyos pagos anticipados realizados por sus compradores se concertó la línea de avales, para emitir los correspondientes avales individualizados. Esto es, la entidad bancaria asumía una corresponsabilidad con el promotor de garantizar la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, en caso de incumplimiento de la obligación del promotor. En virtud de la cual no se admite que, en perjuicio del comprador al que no se le llegó a entregar el aval individualizado por parte del promotor, que no lo requirió al banco, este pueda escudarse en la ausencia del aval individualizado para eximirse de responsabilidad y que los compradores queden privados de la protección prevista en la Ley 57/1968.

De ahí que también en el presente caso debamos entender que la obligación del promotor de devolver las cantidades entregadas a cuenta por los dos compradores demandantes, de la vivienda en la promoción respecto de la que se había concertado la póliza colectiva de avales con Caja Madrid, en caso de resolución por incumplimiento, estaba cubierta por la póliza colectiva, aunque no hubieran sido extendidos los avales individuales.”

Como segundo motivo de oposición alega la demandada que la actora no acredita que las cantidades entregadas a cuenta fueran ingresadas en una cuenta especial a la que se refiere el artículo 1 de la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, derogada por la Ley de Ordenación de la Edificación, y de aplicación por criterios de temporalidad, tampoco acredita que dichas cantidades hayan sido ingresadas en ninguna otra cuenta de la entidad.

Las alegaciones anteriores deben ser rechazadas pues la parte demandada responde en su condición de avalista y no en su condición entidad de crédito depositaria de la cantidades pagadas a cuenta, con independencia de que las cantidades entregadas a cuenta se ingresaran o no en una cuenta especial.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2024: *"Desde la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre, existe una doctrina jurisprudencial consolidada (que ambas partes demuestran conocer y de la que es ejemplo reciente la sentencia 36/2023, de 17 de enero, con cita de las sentencias 24/2021, de 25 de enero, y 574/2021, de 26 de julio) en el sentido de que el art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 establece una responsabilidad legal específica de las entidades de crédito ("bajo su responsabilidad") cuya efectividad no depende de que la cuenta en que se ingresen las cantidades anticipadas por los compradores a cuenta del precio de su vivienda sea la especial a que se refiere la misma norma.*



"Esta responsabilidad legal, que no cabe confundir con la de la entidad garante (avalista o aseguradora) en el caso de que se pruebe la existencia de garantías, se funda en que las entidades de crédito depositarias de cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción no tienen el carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y promotor-vendedor, sino que deben colaborar activamente con este último a fin de asegurarse de que cumple sus obligaciones legales (recibir los anticipos en una cuenta especial debidamente garantizada), de modo que basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que "supo o tuvo que saber", según dijo literalmente la sentencia 733/2015) que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de viviendas en construcción para que responda por no haber exigido del promotor la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada."

Por tanto una vez determinada la existencia del aval, lo cual ocurre en el presente caso, le basta a la parte actora para obtener la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, que la misma acredite que dichas cantidades efectivamente fueron entregadas a la promotora y que lo fueron como pago a cuenta del precio.

Lo anterior se acredita a través del contrato de compraventa en el que se establece fraccionadamente las cantidades que la actora debe pagar a cuenta, asimismo se acredita a través del certificado realizado por la representante de la promotora que reconoce la entrega de la cantidad de 45.600 € por los actores a cuenta de pago del precio de la vivienda.

Existe reconocimiento de dicho importe del crédito a favor de los actores en el documento número tres presentado en el concurso de la promotora en el juzgado de lo mercantil, y finalmente el administrador concursal en su declaración en juicio reconoció la existencia de dicho crédito a favor de los actores, poniendo un conocimiento del juzgado además que la entidad Barclays se personó en el concurso de acreedores sin hacer objeción alguna ni impugnar nada, tampoco la póliza de contragarantía, asimismo indicó que con posterioridad a dicho concurso se personó la Caixa a la cual se le entregó la vivienda la cual tampoco realizó ni opuso objeción alguna.

Ningún retraso desleal se observa en el ejercicio de su derecho por parte de los actores teniendo en cuenta el íterin de los acontecimientos, pues la promotora fue declarada en concurso voluntario de acreedores en el año 2011, concurso en el que se apersonaron los actores quienes, por varios motivos, no vieron garantizado su derecho de crédito, fue necesario que el administrador concursal interpusiera demanda para resolver el contrato y no es hasta el año 2019 cuando se dicta la Sentencia en el Juzgado de instancia número cuatro, existiendo desde aquella fecha sucesivas reclamaciones realizadas por los actores a la entidad para que le satisfaga su derecho de crédito sin que se haya atendido a su petición, hasta que finalmente es septiembre de 2022 se presenta la demanda.

Conforme a lo anterior no se ha observado ninguna inactividad la parte actora que permita apreciar un retraso desleal.

TERCERO.- En cuanto a los intereses, al principal reclamado, han de aplicarse los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del código civil, reguladores de la mora en las obligaciones, estableciendo como indemnización cuando se trate del pago de una cantidad, los intereses





convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, que se devengará desde la fecha de la reclamación extrajudicial hasta su efectivo pago, no siendo aplicación la limitación pretendida por la demandada y prevista en el artículo 59 de la ley concursal, pues dicha limitación afecta únicamente al concursado, debiendo responder la demandada hasta el límite del aval.

CUARTO.- En virtud de lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse estimado la demanda, las costas se imponen a la parte demandada.

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

FALLO

Que estimo la demanda interpuesta en nombre y representación de **Dº xxxxxxxxx** **xx**, contra **CAIXABANK, S. A** por lo que debo condenar y condeno a CAIXABANK, S., a abonar a la actora la cantidad de 45,127,89 €, más intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial, con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de CÁDIZ (artículo 455 LEC). 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, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el con el número 1208, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15.ª 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.



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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.

