



Roj: **STS 4115/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4115**

Id Cendoj: **28079110012017100600**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **1444/2015**

Nº de Resolución: **636/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 636/2017

Fecha de sentencia: 23/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1444/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1444/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 636/2017

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 23 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por los demandantes D. Primitivo y D.ª Zaida , representados por la procuradora D.ª María Isabel Campillo García bajo la dirección letrada de D. Alejandro



López Sánchez, contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2015 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en el recurso de apelación n.º 430/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 310/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Betanzos sobre resolución de contrato de compraventa de vivienda y restitución de cantidades anticipadas. La parte demandada, NCG Banco S.A. (actualmente Abanca Corporación Bancaria S.A.), no se ha personado ante esta sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de junio de 2012 se presentó demanda interpuesta por D. Primitivo y D.ª Zaida contra NCG Banco S.A. (actualmente Abanca Corporación Bancaria S.A., en adelante el banco) y la entidad Impacta Grupo Inmobiliario S.L. (en adelante Impacta) solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«1. Se declare la resolución del contrato de compraventa de fecha 26 de septiembre de 2006, por incumplimiento de las obligaciones propias del contrato de compraventa de vivienda y, consecuentemente, la resolución de todas las relaciones jurídicas dimanante del mismo y existentes entre don Primitivo y doña Zaida y la mercantil IMPACTA GRUPO INMOBILIARIO, S.L.

»2. La condena a la promotora IMPACTA GRUPO INMOBILIARIO S.L. a restituir a don Primitivo y a doña Zaida la suma total de CUARENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (47.476,85.-€) más el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de su entrega hasta el completo pago.

»3. La condena a NCG BANCO, S.A., de forma subsidiaria y para el caso de que la promotora no haga frente a la restitución, al pago a don Primitivo y a doña Zaida de la suma total de CUARENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (47.476,85.-€) más el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de su entrega hasta el completo pago.

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

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Betanzos, dando lugar a las actuaciones n.º 310/2012 de juicio ordinario, y emplazadas las entidades demandadas, solo compareció el banco, solicitando la íntegra desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte demandante, mientras que Impacta fue declarada en rebeldía procesal por diligencia de ordenación de 15 de marzo de 2013.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 31 de julio de 2013 con el siguiente fallo:

«Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Roberto Aba Veiga, en nombre y representación de D. Primitivo y D.ª Zaida, en cuanto dirigida contra IMPACTA GRUPO INMOBILIARIO S.L, debo declarar la resolución del contrato de compraventa de fecha 26 de septiembre de 2006 y, consecuentemente, la resolución de todas las relaciones jurídicas dimanantes del mismo y existentes entre D. Primitivo y D.ª Zaida y la mercantil IMPACTA GRUPO INMOBILIARIO S.L, debo CONDENAR Y CONDENO a la citada demandada a restituir a los demandantes la suma total de CUARENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (47.476,85 euros) más los intereses legales correspondientes.

»Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Roberto Aba Veiga, en nombre y representación de D. Primitivo y D.ª Zaida, en cuanto dirigida contra NCG BANCO S.A, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la citada demandada de los pedimentos efectuados en su contra.

»Todo ello con expresa imposición a la demandada IMPACTA GRUPO INMOBILIARIO S.L de las costas causadas en la tramitación del presente procedimiento, excepto las causadas al codemandado absuelto, que son de cargo de los demandantes».

CUARTO.- Interpuesto por los demandantes contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso el banco demandado y que se tramitó con el n.º 430/2014 de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, esta dictó sentencia el 21 de enero de 2015 con el siguiente fallo:

«Confirmando sustancialmente la sentencia dictada por el juzgado de 1ª instancia n.º 1 de Betanzos, de 31 de julio de 2013 se precisa únicamente la misma en no hacer una especial imposición de costas en la instancia, respecto a las derivadas por la intervención de NCG BANCO, S.A. No se hace tampoco una especial imposición de costas en esta alzada. Devuélvase el depósito constituido».



QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelante interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por existencia de interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en dos motivos con los siguientes encabezamientos:

«Primero.- Infracción por aplicación indebida del artículo 1.2 de la Ley 57/1968 -surgimiento de la responsabilidad de la entidad financiera por la falta de otorgamiento de garantías en caso de existir cuenta especial y aplicación al caso concreto.

»Segundo.- Contradicción Jurisprudencial de las AAPP en la aplicación de la responsabilidad prevista en el artículo 1.2 de la Ley 57/1968. Especial referencia al concepto de cuenta especial y la confusión de fondos como requisito de surgimiento de la responsabilidad.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personada ante la misma únicamente la parte recurrente, el recurso fue admitido por auto de 13 de septiembre de 2017.

SÉPTIMO.- Por providencia de 6 de noviembre del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 15, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso de casación se plantea si la entidad de crédito demandada debe responder con arreglo al art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 frente a los compradores de una vivienda en construcción respecto de la totalidad de las cantidades anticipadas e ingresadas en una cuenta no especial abierta por la promotora-vendedora en dicha entidad.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1.º) Con fecha 26 de septiembre de 2006 D. Primitivo y D.ª Zaida suscribieron con la promotora Impacta un contrato privado de compraventa de vivienda en construcción que tuvo por objeto la señalada como « NUM000 » de la planta NUM001 y anejos (trastero y garaje), de un edificio de 34 viviendas que la vendedora iba a construir en el solar de su propiedad sito en el n.º NUM002 de la CALLE000 de la localidad coruñesa de Ares (doc. 2 de la demanda).

2.º) El precio se fijó en 119.865,60 euros más el 7% de IVA, y para su pago se pactó que la parte compradora anticipara en el acto de la firma del documento privado la cantidad de 11.986,56 euros más IVA, así como que posteriormente pagara esa misma cantidad, tanto al momento de terminación de la estructura como de terminación del cierre exterior del edificio, y, finalmente, que la cantidad restante, 83.905,92 euros más IVA, se abonara en el momento del otorgamiento de la escritura.

3.º) No se discute que, de conformidad con dicho calendario de pagos, la parte compradora anticipó a cuenta del precio un total de 47.476,85 euros, según el siguiente desglose:

(i) 12.825,62 euros (11.986,56 más IVA) con fecha 26 de septiembre de 2006, mediante talón nominativo a favor de la inmobiliaria, que esta ingresó en la cuenta n.º NUM003 que tenía abierta a su nombre desde el 14 de septiembre de 2004 en la entidad Caixa Galicia, luego NGC Banco S.A. (doc. 3 de la demanda).

(ii) 12.825,62 euros (11.986,56 más IVA) con fecha 23 de octubre de 2007, mediante transferencia bancaria a la misma cuenta, indicada previamente a los compradores por correo electrónico (docs. 4 y 5 de la demanda).

(iii) 12.825,62 euros (11.986,56 más IVA) con fecha 10 de noviembre de 2008, mediante transferencia bancaria a la misma cuenta (doc. 6 de la demanda).

(iv) 9.000 euros (8.411,21 euros más IVA) con fecha 30 de diciembre de 2009, mediante transferencia bancaria a la misma cuenta (doc. 7 de la demanda).

4.º) Tampoco se discute que no se garantizó la devolución de tales anticipos mediante aval o seguro.

5.º) La entrega de la vivienda se fijó, como máximo, para finales del mes de septiembre de 2008, pero con posibilidad de prórroga por otros dos meses. No se discute que la obra no estaba terminada ni en esa fecha ni posteriormente.

6.º) Con fecha 25 de septiembre de 2007 el banco y la promotora-vendedora habían formalizado un contrato de préstamo para financiar la construcción del referido edificio. Para la disposición del capital del préstamo se abrió en dicha entidad y a nombre de la entidad prestataria la cuenta n.º NUM004 (folio 140 de las actuaciones).



7.º) Con fecha 9 de noviembre de 2011 los compradores comunicaron por burofax a la promotora-vendedora su voluntad de resolver el contrato por retraso en la entrega de la vivienda y falta de garantía de las cantidades anticipadas, solicitando la devolución de estas más sus intereses (doc. 8 de la demanda).

8.º) Con fecha 16 de noviembre de 2011 los compradores remitieron burofax al banco, recibido al día siguiente (doc. 11 de la demanda), instándole a devolver dichas cantidades y a que, en caso de negativa, se la comunicara a los compradores y les facilitara extracto de los ingresos realizados en la referida cuenta n.º NUM003 , a lo que el banco contestó con fecha 21 de noviembre de 2011 (doc. 12 de la demanda) que ni NGC ni la extinta Caixa Galicia habían otorgado aval en garantía de las cantidades entregadas a Impacta para la adquisición de su vivienda, por lo que debían dirigir su reclamación exclusivamente contra la promotora, y que tampoco podía facilitarles dicho extracto al no ser los titulares de la cuenta, si bien sí podía adjuntarles «copia de los duplicados de las boletas correspondientes a los [tres] traspasos que efectuaron».

En estos duplicados (folio 75 de las actuaciones) figuraban como «ordenante» los compradores (en los correspondientes a las transferencias de 24 de octubre de 2007 y 11 de noviembre de 2008, el Sr. Primitivo , y en el de 30 de diciembre de 2009, la Sra. Zaida), como «beneficiario», en todos los casos, la entidad Impacta Grupo Inmobiliario S.L., y como «concepto», «entrega 2ª cuota» (en el de 24 de octubre de 2007), «3ª pago NUM001 NUM000 EDIFICIO000 » (en el de 11 de noviembre de 2008) y «4ª pago NUM001 NUM000 EDIFICIO000 » (en el de 30 de diciembre de 2009).

9.º) Con fecha 25 de junio de 2012 los compradores formularon demanda contra la promotora-vendedora y contra el banco, interesando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del plazo de entrega y la consiguiente restitución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio más sus intereses (interés legal incrementado en dos puntos, desde su entrega), si bien la pretensión de restitución frente al banco tenía carácter subsidiario («para el caso de que la promotora no haga frente a la restitución») y se fundaba en la responsabilidad legal del art. 1.2.ª Ley 57/1968 .

10.º) La promotora-vendedora fue declarada en rebeldía. El banco se opuso alegando, en síntesis y por lo que ahora interesa: (i) que era ajeno a la relación contractual entre compradores e inmobiliaria; (ii) que no era cierto que los compradores hubieran ingresado los anticipos en la cuenta especial del promotor, ya que los ingresos correspondientes a las cantidades reclamadas se hicieron (por talón o por transferencia) en una «cuenta operativa ordinaria» abierta a nombre de la promotora desde dos años antes de que se suscribiera el contrato de compraventa litigioso; (iii) que el préstamo al promotor se formalizó mucho tiempo después, el 25 de enero de 2007; (iv) que, en consecuencia, el banco desconocía por completo que los compradores hubieran ingresado cantidades a cuenta del precio de su vivienda, lo que excluía la responsabilidad legal del banco al no tener por qué conocer ni investigar el origen y razón de dichos ingresos, habida cuenta que ni la promotora ni los compradores exigieron la apertura de cuenta especial ni la emisión de avales en garantía de devolución; y (v) que si se apreciaba alguna responsabilidad del banco, esta sería de naturaleza extracontractual y por tanto la acción estaría prescrita.

11.º) La sentencia de primera instancia estimó la demanda respecto de la promotora-vendedora y la desestimó respecto del banco. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) procedía estimar las pretensiones deducidas contra la promotora-vendedora y, en consecuencia, declarar resuelto el contrato de compraventa por falta de entrega la vivienda en plazo y condenar a dicha entidad a restituir las cantidades anticipadas más los intereses legales desde la fecha de recepción del burofax remitido a la promotora (9 de noviembre de 2011, doc. 8 de la demanda), al no constar que su devolución hubiera sido garantizada; y (ii) por el contrario, no procedía estimar la pretensión de condena subsidiariamente deducida contra el banco, tanto porque no garantizó mediante aval la devolución de las referidas cantidades como porque, en su defecto, tampoco podía exigírsele la responsabilidad legal del art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 , al no constar que abriera cuenta especial en la que los adquirentes depositaran los anticipos con separación de cualesquiera otra clase de fondos pertenecientes a la promotora, habida cuenta de que dichas cantidades se ingresaron en una cuenta operativa de la promotora que se había abierto dos años antes de la firma del contrato de compraventa litigioso.

12.º) Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación los demandantes, exclusivamente dirigido a que se condenara al banco con fundamento en el art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 y a que, en cualquier caso, no se les impusieran las costas de la primera instancia por presentar el caso serias dudas de hecho y de derecho.

La sentencia de segunda instancia confirmó sustancialmente la sentencia apelada con la única precisión de no hacer especial imposición de las costas de primera instancia devengadas por la intervención del banco absuelto, sin imponer tampoco las de la segunda instancia. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) centrada la controversia en apelación en si cabe exigir responsabilidad a la entidad bancaria conforme al art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 , la respuesta ha de ser negativa por no concurrir los requisitos legales; (ii) dicha responsabilidad *ex lege* es únicamente exigible cuando existe cuenta especial, y la cuenta en la que se



ingresaron los anticipos (mediante cheque el primero y por transferencia los restantes) no tenía dicho carácter, ya que se abrió el 14 de septiembre de 2004, más de dos años antes de la primera entrega, efectuada el 26 de septiembre de 2006; (iii) en el contrato de compraventa nada se previó en cuanto al deber de garantizar las cantidades entregadas por los compradores a cuenta del precio, constando probado además que dicha cuenta era distinta de la que se abrió después (25 de enero de 2007) para la disposición del préstamo otorgado al promotor, y que se trataba de una cuenta ordinaria destinada a la gestión de Impacta, en la que figuraban apuntes por conceptos muy diversos (avales, facturas, préstamos, etc.), incluyendo «entradas de viviendas sin especificar y en el EDIFICIO001, concepto que no consta en las cantidades entregadas por el recurrente»; (iv) además de no ser cuenta especial, «no se practicó prueba alguna de que la entidad financiera conociese que en una cuenta de la sociedad se estaban entregando cantidades adelantadas y en connivencia con el promotor omitiesen aperturar tal cuenta especial», por lo que no era obligación del banco averiguar (haciendo una «verdadera auditoría de cantidades que se entreguen a las promotoras») que se trataba de anticipos a cuenta de precio de compraventa de la vivienda litigiosa; (v) en suma, es el promotor el que está legalmente obligado a no recibir anticipos sin garantizar su devolución y sin depositarlos en una cuenta especial con separación de cualquier otra clase de fondos, y el art. 1.2.^a de la Ley 57/1968, que obliga a la entidad financiera a exigir al promotor la constitución de dicha garantía, «parte de la premisa de que el promotor solicite al Banco la apertura de "cuenta especial"», de forma que, si esta no existe, a la entidad financiera no se la puede hacer responsable; y (vi) sí procede estimar el motivo subsidiario referido a las costas de la primera instancia derivadas de la intervención del banco absuelto, que no cabe imponer a la parte demandante en atención no solo a la existencia de pronunciamientos contradictorios en las Audiencias, sino también a que dicha entidad financiera, al contestar a los requerimientos extrajudiciales de los compradores, nunca precisó que las cantidades anticipadas se encontraban depositadas en una cuenta ordinaria, sino que se limitó a indicar (doc. 12 de la demanda) que no se había otorgado a favor de los compradores aval o garantía alguna, sin facilitarles ni tan siquiera extracto de la cuenta por no ser los titulares, lo que generó en los compradores una situación de incertidumbre.

13.º) Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación la parte demandante-apelante, alegando interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

SEGUNDO.- Aunque el recurso se estructura formalmente en dos motivos, estos se encuentran estrechamente unidos al plantear como única cuestión controvertida la posibilidad de exigir responsabilidad legal a la entidad bancaria codemandada con fundamento en el art. 1.2.^a de la Ley 57/1968 (citado como infringido en el motivo primero), en atención a la interpretación favorable -y por tanto opuesta al criterio de la sentencia recurrida- que vienen sosteniendo algunas Audiencias Provinciales (lo que se desarrolla en el motivo segundo).

En síntesis, se alega: (i) que visto el contrato de préstamo concedido al promotor, no puede aceptarse que las cantidades anticipadas por los compradores se ingresaran en una cuenta que no fuera especial ni que la entidad bancaria no conociera su existencia y la de la promoción a la que pertenecía la vivienda litigiosa; (ii) que puesto que la ley no define la cuenta especial, la confusión de fondos no es paliativo para apreciar su existencia; (iii) que son muchas las Audiencias que flexibilizan el contenido del art. 1.2.^a de la Ley 57/1968 en el sentido de entender que el carácter de cuenta especial no puede hacerse depender de la actuación del banco ni del promotor, de modo que la ausencia de cuenta especial «no exonera de responsabilidad a la entidad financiera», siendo suficiente, dado el carácter tuitivo de la normativa especial, «la constancia de que el dinero ingresado son cantidades anticipadas para financiar la construcción de viviendas», de modo que si la entidad de crédito recibe dichos anticipos en una cuenta del promotor, sin exigirle la constitución de las debidas garantías, ha de responder de su devolución.

TERCERO.- Así planteado, el recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Aunque cuando se dictó la sentencia recurrida y se interpuso el presente recurso la cuestión no era pacífica (y de ahí que no pueda negarse el interés casacional del recurso en la modalidad invocada), sin embargo actualmente, como recuerda la reciente sentencia del pleno de esta sala 459/2017, de 18 de julio, ya existe desde la sentencia de pleno 733/2015, de 21 de diciembre, una doctrina jurisprudencial consolidada 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 depositen los anticipos sea la especial a que se refiere la misma norma.

La citada sentencia 733/2015, de 21 de diciembre, fijó la siguiente doctrina jurisprudencial:

«En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».



La razón fundamental de esta jurisprudencia es que las entidades de crédito depositarias de cantidades provenientes de particulares 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 el este último a fin de asegurarse de que cumple sus obligaciones legales (de recibir los anticipos en una cuenta especial debidamente garantizada). En consecuencia, basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que «supo o tuvo que saber», según dijo literalmente dicha sentencia) 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. No entenderlo así y exonerar de responsabilidad a la entidad de crédito en los casos en que las cantidades se recibieran «en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones» privaría a los compradores de la protección que les blinda el «enérgico e imperativo» sistema de la Ley 57/1968.

Tal doctrina jurisprudencial ha sido reiterada por las sentencias 142/2016, de 9 de marzo , 174/2016, de 17 de marzo , 226/2016, de 8 de abril , y la ya citada 459/2017, de 18 de julio , que puntualiza, como doctrina de la sala, que «la condición 2ª del artículo 1 de la Ley 57/1968 impone al banco una obligación de control sobre el promotor, cuyo incumplimiento determina la responsabilidad del banco frente al comprador». Esta misma sentencia razona que «siendo el promotor el obligado principal a devolver la totalidad de los anticipos, esta misma obligación es la que asumen los garantes (en caso de que haya aval o seguro) y la entidad de crédito depositaria (en defecto de aquellos)», y esto independientemente de que la cuenta en la que se ingresen tenga o no carácter especial.

Más recientemente, la sentencia 502/2017, de 14 de septiembre , dictada en un caso en que, a diferencia del presente, la entidad de crédito sí abrió la cuenta especial legalmente exigida, garantizada además mediante póliza colectiva de afianzamiento, ha matizado que «la responsabilidad de las entidades de crédito que admitan el ingreso de cantidades anticipadas por los compradores no es una responsabilidad a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino, como establece el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que les impone dicha ley», razón por la que descarta la responsabilidad de la entidad de crédito recurrente porque al cumplimiento «de todo lo que le era exigible según la doctrina jurisprudencial» se unía la constancia de que los pagos no se habían realizado ni en la cuenta especial ni en ninguna otra de la promotora en la misma.

2.ª) De contrastar la doctrina jurisprudencial de esta sala con la motivación de la sentencia recurrida se desprende que esta se opone a dicha doctrina.

Aunque la cuenta en la que se ingresaron los anticipos no era especial -ni la parte recurrente debe confundirla, como se deduce del recurso, con la cuenta abierta tiempo después para la disposición del préstamo al promotor-, sino una cuenta ordinaria para diversas operaciones de gestión de la promotora-vendedora, que además se abrió bastante antes de que se celebrara el contrato de compraventa litigiosa, y aunque también es verdad que en este contrato no se hizo referencia alguna a la obligación de garantizar su devolución ni se indicó el número de cuenta en la que se habrían de ingresar las cantidades a cuenta (este dato fue facilitado a los compradores poco después), es indiscutible que en esa cuenta se ingresaron cantidades correspondientes a viviendas en construcción pertenecientes a diversas promociones (el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida alude a avales, facturas, préstamos, y «entradas de viviendas sin especificar»), incluyendo las cantidades reclamadas en este litigio, así como que la entidad bancaria conoció o, cuando menos, pudo conocer que se trataba de anticipos a cuenta del precio de la vivienda de los compradores. Sobre este aspecto debe puntualizarse que, aunque la sentencia recurrida declare que no se ha practicado prueba de que el banco conociera los anticipos de los ahora recurrentes, lo hace para descartar una posible «connivencia» del banco con el promotor orientada a omitir la apertura de la preceptiva cuenta especial. Pero la responsabilidad legal del banco derivada del art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 no se funda, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, ni en la connivencia entre banco y promotor ni en el conocimiento por el banco del ingreso de anticipos en una o varias cuentas del promotor, sino del deber de control del banco sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor para exigirle la apertura de la preceptiva cuenta especial, debidamente garantizada, en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas. Se trata, pues, no de un problema de carga de la prueba ni de valoración probatoria de documentos, sino de valoración jurídica de la responsabilidad del banco en función del contenido de unos documentos que nadie discute y que claramente expresaban ingresos a cuenta de los demandantes en una cuenta de la promotora-vendedora por la compra de viviendas en construcción, hasta el punto de expresarse en dos de ellos en nombre de la promoción. Esto puede explicar también el cambio de estrategia procesal del banco, que tras negar en primera instancia haber tenido constancia de tales ingresos no defendió lo mismo en apelación, fase en la que optó por sustentar su falta de responsabilidad exclusivamente en la inexistencia de cuenta especial.



En suma, como en caso resuelto por la sentencia 174/2016, de 17 de marzo, la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala porque descarga sobre los compradores una responsabilidad de control sobre las cuentas del promotor que, legalmente, corresponde a la entidad de crédito en la que el promotor tenga una o varias cuentas, pues ante la realidad de los ingresos de los demandantes, que tampoco fueron los únicos en realizarlos, el deber legal de control de la entidad de crédito era difícilmente discutible, y menos aún en la fecha en que se produjeron los tres últimos ingresos, pues para entonces ya había concedido a la promotora el préstamo para la construcción del edificio de viviendas al que se aludía en las órdenes de transferencia.

CUARTO.- Conforme al art. 487.3 LEC, procede casar la sentencia recurrida y resolver sobre el caso, lo que a su vez implica tener que pronunciarse sobre la prescripción de la acción alegada por el banco demandado en su contestación a la demanda para el caso de que se lo considerase incurso en la responsabilidad del art. 1-2.ª de la Ley 57/1968.

Reiterada esa alegación de prescripción en la oposición del banco demandado al recurso de apelación de los demandantes contra la sentencia de primera instancia desestimatoria de la demanda, la tesis del banco se sustenta en la naturaleza extracontractual de dicha responsabilidad y, consecuentemente, en que la acción para exigirla estaría sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el art. 1968-2.º CC.

Pues bien, la prescripción alegada no debe ser apreciada, porque la responsabilidad del banco no se funda en el art. 1902 CC, al que se refiere el art. 1968-2.º del mismo Código, sino en una norma especial de la Ley 57/1968, su art. 1-2.ª. Se trata de una responsabilidad u obligación nacida de la ley en sentido estricto (arts. 1089 y 1090 CC) que, a falta de regulación específica de la prescripción en la propia Ley 57/1968 y como ya resolvió la sentencia de esta sala 781/2014, de 16 de enero, queda sujeta al régimen general del art. 1964 CC para las acciones personales (plazo de quince años, según su redacción al tiempo de interponerse la demanda). En consecuencia, no es necesario entrar a conocer si, conforme al art. 4 de la Ley 57/1968, el plazo de prescripción no comenzaría a correr hasta que la vivienda se hubiese entregado con la correspondiente licencia de primera ocupación.

QUINTO.- Rechazada, por tanto, la prescripción de la acción, procede estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por los compradores demandantes y revocar la sentencia de primera instancia en el único sentido de estimar la demanda también frente a la entidad bancaria demandada, a la que, con el mismo carácter subsidiario con que expresamente se pidió en la demanda, se condena a restituir a los compradores las sumas satisfechas por estos a cuenta del precio (47.476,85 euros), más intereses, que habrán de calcularse al tipo legal (no incrementado en dos puntos como se solicitaba en la demanda) y computarse desde la fecha de recepción del burofax enviado a la entidad bancaria, 17 de noviembre de 2011 (no desde su entrega como se solicitaba en la demanda y viene aceptándose por esta sala), ya que la sentencia de primera instancia, además de calcularlos al tipo de interés legal anual (ajustándose, aun sin decirlo expresamente, a lo previsto en la normativa aplicable tras la modificación introducida por la d. adicional 1.ª c) Ley de Ordenación de la Edificación: «los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución»), fijó la fecha del devengo de intereses respecto de la promotora en la recepción del requerimiento extrajudicial, y este pronunciamiento en materia de intereses no fue apelado, lo que impide la reforma peyorativa en perjuicio del banco, pues se consintió aquel pronunciamiento respecto de la promotora y además se ha pedido la condena de aquel con carácter subsidiario, no solidario.

SEXTO.- Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de la segunda instancia, ya que el recurso de apelación de la parte demandante-apelante tenía que haber sido estimado.

Y conforme al art. 394.1 LEC, procede imponer las costas de la primera instancia devengadas por su intervención a la entidad de crédito codemandada.

Finalmente, conforme la d. adicional 15.ª. 8 LOPJ, procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir en casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación por interés casacional interpuesto por los demandantes D. Primitivo y D.ª Zaida contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2015 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en el recurso de apelación n.º 430/2014.

2.º- Casar la sentencia recurrida.



3.º- En su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandante, revocar la sentencia de primera instancia de fecha 31 de julio de 2013 en el único sentido de estimar la demanda también respecto de la demandada NCG Banco S.A. (actualmente Abanca Corporación Bancaria S.A.), a la que, con el carácter subsidiario con que se pidió en la demanda, se condena a restituir a los compradores la cantidad de 47.476,85 euros más los intereses legales de dicha cantidad desde el 17 de noviembre de 2011.

4.º- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de la segunda instancia, e imponer las costas de la primera instancia devengadas por su intervención a la entidad de crédito codemandada.

5.º- Y devolver el depósito constituido para recurrir en casación a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ