



Roj: **STS 1629/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1629**

Id Cendoj: **28079110012019100269**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/05/2019**

Nº de Recurso: **3870/2015**

Nº de Resolución: **274/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 1894/2015,**  
**STS 1629/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 274/2019**

Fecha de sentencia: 21/05/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3870/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3870/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 274/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 21 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por los demandantes D. Virgilio y D.<sup>a</sup> Elisenda , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Beatriz Sánchez-Vera y Gómez-Trelles bajo la dirección letrada de D. Ignacio de Castro García, contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2015 por la sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Murcia en el recurso de apelación n.º 526/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1752/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Murcia sobre entrega de avales y restitución de cantidades anticipadas por compra de viviendas. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Sabadell S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Blanca María Grande Pesquero bajo la dirección letrada de D. Pere Sáez Flores y D. José Víctor Guillamón Melendreras.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 16 de octubre de 2013 se presentó demanda interpuesta por D. Virgilio y D.<sup>a</sup> Elisenda contra Banco Sabadell S.A., solicitando se dictara sentencia por la que:

"i. Se la condene a entregar a mis mandantes los avales o certificados de seguro individualizados por el total de las cantidades entregadas a cuenta del precio de las viviendas adquiridas a SOLERA EL TRAMPOLIN S.L. de acuerdo a la relación del hecho tercero de la demanda (cantidades pagadas por los compradores) en el plazo que S.S.<sup>a</sup> estime conveniente, y que en todo caso, esta parte interesa no sea superior a 90 días naturales, y subsidiariamente a lo anterior, condene a la misma entidad a entregar a mis mandantes los avales o certificados de seguro individualizados por las cantidades efectivamente ingresadas por los compradores en la cuenta titularizada por SOLERA EL TRAMPOLIN S.L., en la entidad demandada, de acuerdo a la relación del hecho segundo de la demanda (cantidades depositadas por los compradores) en el plazo que S.S.<sup>a</sup> estime conveniente, y que en todo caso, esta parte interesa no sea superior a 90 días naturales.

"ii. En su defecto, se la condene al pago de las cantidades entregadas a cuenta con declaración de la responsabilidad legal del artículo 1.2 de la Ley 57/1968 , a favor de mis representados, por un importe total a lo abonado por los mismos a la promotora, y que asciende a la cantidad de OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA EUROS (87.740 €), y ello conforme a la relación que consta en el hecho segundo, y subsidiariamente a lo anterior se condene al pago de las cantidades entregadas a cuenta y efectivamente ingresadas en la cuenta de BANCO DE SABADELL de la promotora, ascendiendo dicha condena a SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA EUROS (75.740 €), y ello conforme a la relación que consta en el hecho tercero.

"iii. Más los intereses legales del artículo 3 de la Ley 57/68 reformado por la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación. En cualquier caso, desde la fecha de las entregas o depósitos en las cuentas corrientes de BANCO DE SABADELL S.A., hasta su completo reintegro. Subsidiariamente, desde la fecha de requerimiento extrajudicial.

"iv. y las costas del procedimiento".

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Murcia, dando lugar a las actuaciones n.º 1752/2013 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda planteando las excepciones de falta de legitimación pasiva, falta de acción y prescripción de la acción, y solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a los demandantes.

**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez titular del mencionado juzgado dictó sentencia el 16 de febrero de 2015 desestimando la demanda con condena en costas a la parte demandante.

**CUARTO.-** Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la entidad demandada y que se tramitó con el n.º 526/2015 de la sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Murcia , esta dictó sentencia el 24 de septiembre de 2015 desestimando el recurso y confirmando la sentencia apelada, con imposición de las costas de la segunda instancia a los apelantes.

**QUINTO.-** Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se componía de un solo motivo, formulado al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC , con el siguiente enunciado:



"MOTIVO ÚNICO.- Infracción cometida.- Se fundamenta en el motivo previsto en el artículo 469.1.2º LEC (infracción de las normas reguladoras de la sentencia), en concreto del artículo 217 que regula la carga de la prueba".

El recurso de casación, formulado al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por existencia de interés casacional tanto en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala como en la de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, se articuló en dos motivos con los siguientes enunciados:

"PRIMERO.- Errónea aplicación de los fundamentos jurídicos a los hechos que se declaran probados. Infracción de lo dispuesto en la regla 2ª del artículo 1 de la ley 57/1968, cual es la responsabilidad subsidiaria de la entidad financiera que abrió la cuenta corriente al promotor sin exigirle las garantías a favor de los compradores previstas en dicho artículo: "para la apertura de estas cuentas o depósitos, la entidad bancaria o caja de ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía que se refiere la condición anterior". Oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".

"SEGUNDO.- Errónea aplicación de los fundamentos jurídicos a los hechos que se declaran probados. Infracción de lo dispuesto en la regla 2ª del artículo 1 de la ley 57/1968, cual es la responsabilidad subsidiaria de la entidad financiera que abrió la cuenta corriente al promotor sin exigirle las garantías a favor de los compradores previstas en dicho artículo: "para la apertura de estas cuentas o depósitos, la entidad bancaria o caja de ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía que se refiere la condición anterior". Existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales".

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 14 de marzo de 2018, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición a los recursos solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte recurrente.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 10 de abril 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 7 de mayo siguiente, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente litigio los compradores de dos viviendas en construcción bajo el régimen de la Ley 57/1968 formularon reclamación contra una entidad de crédito interesando la entrega de avales en garantía de los anticipos o, subsidiariamente, la restitución de los anticipos, siendo tales pretensiones desestimadas en ambas instancias.

Para la decisión del recurso hay que partir de los siguientes hechos y antecedentes:

1. - Con fecha 13 de abril y 22 de junio de 2007 los demandantes ahora recurrentes (D. Virgilio y D.ª Elisenda), en concepto de compradores, y la promotora Solera El Trampolín, S.L., como parte vendedora, suscribieron dos contratos privados de compraventa cada uno de los cuales tuvo por objeto una vivienda en construcción perteneciente a la URBANIZACIÓN000 " que se iba a edificar en el municipio murciano de Albudeite (docs. 1 y 2 de la demanda).

Del contenido de dichos contratos cabe destacar, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

1.1.- El precio de la vivienda objeto del primer contrato, identificada como "modelo Macarena", "parcela NUM000", y que debía construirse en la fase 1, se fijó en la cantidad de 175.000 euros más IVA, y el de la vivienda objeto del segundo contrato, del mismo modelo, "parcela NUM001", y que debía construirse durante la fase 2, se fijó en la cantidad de 163.000 euros más IVA. Según la estipulación "Tercera" de ambos contratos, el precio debía pagarse según el calendario pactado, en dinero en efectivo o mediante transferencia bancaria, cheque bancario o pagaré. No obstante, según la estipulación "Quinta" de ambos contratos, los compradores se obligaban a satisfacer las cantidades correspondientes al momento de la firma de los contratos privados de compraventa (26.100 euros en el caso del primero y 37.870 euros en el caso del segundo) mediante su ingreso en la cuenta bancaria de la promotora que se especificaba en los propios contratos (n.º NUM002 de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, CAM, luego cuenta n.º NUM003 del Banco Sabadell, S.A. -doc. 2 de la contestación).

1.2.- Según la estipulación "Séptima.- Garantías", la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores quedaba garantizada (hasta 30.000 euros en el primer caso y 35.000 euros en el segundo) mediante "póliza de afianzamiento colectivo" contratada por la promotora con la mercantil "Swiss Financial Corporation LTD".



1.3.- El plazo de entrega de la vivienda se fijó en 36 meses a partir de la fecha de entrega del primer pago aplazado (estipulación "Novena"), con posibilidad de prórroga de 90 días.

2. - En cumplimiento de su obligación de pago, no se discute y consta probado que los compradores abonaron a la promotora las cantidades objeto de reclamación (87.740 euros en total) según el siguiente desglose:

2.1.- Por la vivienda NUM000 :

-6.000 euros en concepto de reserva el 28 de marzo de 2007 (doc. 3-1 de la demanda).

-26.100 euros el 27 de abril de 2007 (doc. 3-1 de la demanda).

-11.770 euros el 21 de junio de 2007 (doc. 3-2 de la demanda).

2.2.- Por la vivienda NUM001 :

-6.000 euros en concepto de reserva el 29 de mayo de 2007 (doc. 3-4 de la demanda).

-37.870 euros el 22 de junio de 2007 (doc. 3-5 de la demanda).

Del total de dichas cantidades, consta probado que 75.740 euros (26.100+37.870+11.770) se abonaron mediante transferencias bancarias a la cuenta de la CAM indicada en el contrato.

3.- Con fecha 9 de febrero de 2010 los compradores requirieron a la promotora mediante burofax para el otorgamiento de los avales o del seguro (doc. 8 de la demanda). La promotora no contestó.

4.- Concluido los plazos de entrega estipulados, con sus prórrogas (julio y septiembre de 2010, respectivamente), las viviendas ni siquiera habían comenzado a construirse.

Sobre esta cuestión consta que por auto de fecha 5 de marzo de 2009 la Audiencia Provincial de Murcia desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 10 de julio de 2008 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Mula (diligencias previas 448/08) que admitió a trámite la querrela interpuesta contra los administradores de "Trampolín Hills Golf Resort, S.L." por presuntos delitos de estafa y apropiación indebida (doc. 5 de la demanda).

En enero de 2010 se publicó en el medio digital "interview.es" una información bajo el título "La estafa del melonero y el príncipe" en la que, en síntesis, se daba cuenta de la imputación penal de los promotores de "Trampolín Hills" por presunto delito de estafa, indicándose que supuestamente se habían apoderado del dinero anticipado por los compradores de las viviendas que se iban a construir en terrenos que no tenían la licencia correspondiente y, en lo que interesa, "que habían constituido entidades financieras en el extranjero para operar como entidades que avalaban esas sumas de dinero entregadas por los compradores a Trampolín Hills. "Hicieron creer a la gente que su dinero estaba seguro, que los avales eran válidos y que la empresa avalista estaba autorizada"" (doc. 7 de la demanda).

En abril de 2010 se publicó en el medio digital "laopiniondemurcia.es" una información bajo el título "Detenidos por estafa los dueños de Trampolín Hills" en la que, en síntesis, se daba cuenta de la detención del "responsable de Solera Trampolín" en el seno de la causa penal que desde 2008 estaba instruyendo el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Mula a raíz de la denuncia de los compradores de las viviendas que dicha promotora tenía previsto construir en el PARAJE000 de Campos del Río, y de la relación que, según investigaciones de la Guardia Civil, podía existir entre esa actuación y la que la misma inmobiliaria había proyectado en Albuidete (a la que se refiere este litigio), por ser común denominador que los responsables de la promotora en realidad "no tenían intención real de edificar".

5.- Con fecha 17 de noviembre de 2010 los compradores requirieron a la CAM mediante burofax para que devolviera las cantidades anticipadas con fundamento en la responsabilidad legal del art. 1.2.ª de la Ley 57/1968, por haber recibido anticipos de los compradores en la cuenta de la promotora indicada en el contrato, especial según los requirentes, sin asegurarse de que su devolución estuviera debidamente garantizada mediante aval o seguro (doc. 9 de la demanda).

Con fecha 3 de diciembre de 2010 la CAM respondió rechazando su responsabilidad (doc. 10 de la demanda) por no ser avalista de la cantidad reclamada ni tener que responder como depositaria porque los ingresos no se habían hecho en una cuenta especial.

La promotora fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de 3 de enero de 2011 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia, procedimiento n.º 95/2010 (doc. 4 de la demanda).

Con fecha 17 de septiembre de 2013 los compradores dirigieron un segundo requerimiento a la CAM (doc. 11 de la demanda) del que no consta respuesta.



**6.-** Con fecha 16 de octubre de 2013 los compradores demandaron a Banco Sabadell, S.A. (como entidad sucesora de la CAM) pidiendo:

-Con carácter principal, su condena a entregar los avales o certificados de seguro individuales por el total de las cantidades anticipadas o, subsidiariamente, por las cantidades que efectivamente fueron ingresadas en la cuenta de la promotora en dicha entidad, en los dos casos en el plazo que fijara el órgano judicial siempre que no fuera superior a 90 días.

-Con carácter subsidiario, su condena al pago de las cantidades entregadas a cuenta (87.740 euros) o, subsidiariamente, su condena al pago de las cantidades que habían sido ingresadas en la citada cuenta (75.740 euros), en cualquier caso con los intereses legales desde la fecha de su respectivo pago y costas.

En síntesis, alegaban: (i) que habían realizado entregas a cuenta del precio de las dos viviendas objeto de compraventa; (ii) que si no todos, al menos varios anticipos se habían ingresado en la cuenta de la CAM indicada en el contrato como especial a nombre de la promotora, sin que la CAM se asegurase de garantizar su devolución mediante aval o seguro; (iii) que la promotora no había cumplido su obligación de entrega, pues las viviendas ni siquiera se habían comenzado a construir y aquella fue declarada en concurso; y (iv) que la entidad de crédito demandada debía responder como depositaria, conforme al art. 1.2.ª de la Ley 57/1968, por haber admitido ingresos de cantidades anticipadas en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial debidamente garantizada.

**7.-** El banco se opuso alegando, en síntesis: (i) que carecía de legitimación pasiva por no haber sido parte ni intervenido en los contratos de compraventa; (ii) que la acción ejercitada había prescrito por haber transcurrido más de un año desde que debió finalizar la construcción de la vivienda hasta que se dirigieron los primeros requerimientos a la entidad demandada; (iii) que no constaba que las cantidades iniciales entregadas como arras hubieran sido ingresadas en la CAM y que, respecto de los demás ingresos, no constaba que se realizaran como anticipos a cuenta del precio de compra de viviendas en construcción, pues se ingresaron en una cuenta corriente de la promotora y no en una cuenta especial; (iv) que los compradores no habían interesado previamente la resolución de sus contratos como era preceptivo; (v) que en todo caso la devolución de los anticipos había quedado garantizada mediante póliza de afianzamiento colectivo otorgada por "Swiss Financial Corporación LTD", por lo que ni la demandada tenía obligación de entregar los avales o certificados individuales de seguro que se pedían, dado que era una obligación que pesaba sobre el promotor, ni la demandada debía responder con arreglo al art. 1.2.ª de la Ley 57/1968, dado que existía la citada garantía; (vi) que al haber comprado dos viviendas, una no puede ser para residir, por lo que no sería de aplicación la Ley 57/1968; y (vii) que en todo caso, de estimarse la demanda, los intereses de las cantidades reclamadas debían devengarse desde la sentencia o, como máximo, desde la demanda, "o en su caso desde la fecha del requerimiento efectuado el 30.7.2013 (documento nº 6 de la demanda)".

**8.-** La sentencia de primera instancia desestimó la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandante. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) por ser claros sus términos y no ofrecer ninguna duda, debía estarse al tenor literal de los contratos de compraventa, cuya estipulación quinta indicaba la cuenta de la promotora en la CAM en la que debían ingresarse los anticipos pero en ningún caso contemplaba que la CAM asumiera la obligación de garantizar la devolución de dichas cantidades mediante aval o seguro, pues según la estipulación séptima esa obligación de garantía ya la había asumido la mercantil "Swiss Financial Corporación LTD"; y (ii) además, no se había demostrado que la cuenta de la CAM fuera especial, de disponibilidad restringida, sino que era una cuenta ordinaria, en la que se hicieron otros pagos no relacionados con la venta de viviendas en construcción.

**9.-** Los demandantes recurrieron en apelación por infracción de los arts. 1 a 3 de la Ley 57/1968, alegando la irrelevancia de la cuenta (especial o no) en la que se realicen los ingresos, la responsabilidad legal de la depositaria por aceptar ingresos sin asegurarse de que su devolución estuviera debidamente garantizada por la promotora (a la que incumbía el otorgamiento de las garantías), la falta de necesidad de la previa resolución contractual y, en fin, que el plazo de prescripción aplicable era el de quince años.

**10.-** La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de los compradores, confirmó la sentencia apelada con imposición de costas a los apelantes. En síntesis, razona lo siguiente: (i) la pretensión principal de que el banco sea condenado a entregar las garantías debe quedar fuera del debate porque ni la CAM asumió dicha obligación ni la Ley 57/1968 se la impone por el hecho de recibir anticipos en sus cuentas, al tratarse de una obligación que soporta el promotor; (ii) la acción no está prescrita por ser de aplicación el plazo de prescripción general de las acciones personales (de quince años en la fecha de los hechos) según dispuso esta sala en sentencia de 20 de enero de 2015; (iii) por el carácter imperativo de sus preceptos y su finalidad tuitiva, la Ley 57/1968 debe interpretarse en beneficio del consumidor; (iv) según doctrina fijada por esta sala en sentencia de 20 de enero de 2015, no es necesario resolver previamente el contrato, pues





ante el incumplimiento del promotor (no se discute que las viviendas ni siquiera empezaron a construirse) el art. 1 de la Ley 57/1968 permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el promotor-vendedor y contra su aseguradora o avalista, o dirigirse únicamente contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor; y (v) sin embargo, el banco no incurrió en la responsabilidad legal como depositario que establece el art. 1.2.<sup>a</sup> de la Ley 57/1968 porque ciertamente esta se sustenta en el hecho de aceptar ingresos de los compradores de cantidades que, como es el caso, no pudiera desconocer que eran a cuenta del precio de viviendas en construcción en cualquier cuenta del promotor (aunque no sea especial, según doctrina fijada por esta sala por sentencia de pleno de 13 de enero de 2015 ) y sin exigir del promotor la apertura de cuenta especial debidamente garantizada, pero en este caso la conducta del banco fue diligente por ser conocedor de la existencia de pólizas de afianzamiento colectivo, contratadas con la mercantil "Swiss Financial Corporation LTD", que garantizaban las cantidades entregadas a cuenta, extremo que no fue mencionado por los demandantes en la demanda ni en apelación pero que aparece reflejado en los contratos de compraventa aportados, aun cuando se desconozca realmente si existe o no dicha garantía y si la entidad fiadora está inscrita y autorizada para otorgarla, dado que la carga de la prueba al respecto recaía en los compradores.

**11.-** Contra dicha sentencia los demandantes-apelantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, tanto en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala como en la de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la responsabilidad legal de las entidades de crédito con arreglo al art. 1.2.<sup>a</sup> de la Ley 57/1968 .

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.-** El recurso se compone de un solo motivo, formulado al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción del art. 217 LEC que regula la carga de la prueba.

En su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida exonera de responsabilidad al banco por considerar que los anticipos estaban garantizados en virtud de póliza suscrita por la promotora con "Swiss Financial Corporation LTD", cuya realidad, no obstante, "la Sala admite desconocer"; y (ii) que, contrariamente a lo razonado por la AP, las consecuencias de la falta de prueba de ese hecho obstativo recaían en el banco, no en la parte demandante, quien, precisamente porque fundó su demanda en la responsabilidad legal del banco como depositario de cantidades no garantizadas, desconocía la existencia de la supuesta póliza, suscrita además con una entidad que, según informaciones periodísticas (doc. 7 de la demanda), no era más que "una mera apariencia constituida ad hoc en Panamá como uno de los elementos de una trama delictiva" en la que estaba incurso la promotora.

El banco se ha opuesto alegando: (i) que su oposición se basó en todo momento en los hechos de la demanda, de los que resultaba la existencia de la referida póliza de afianzamiento toda vez que a la misma se referían los contratos de compraventa; y (ii) que fundándose la atribución de responsabilidad al banco en el art. 1.2.<sup>a</sup> de la Ley 57/1968 , este ha podido acreditar su diligencia al acreditar que la devolución de los anticipos estaba garantizada por una aseguradora.

**TERCERO.-** El único motivo del recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup>) La doctrina jurisprudencial sobre el art. 217 LEC aparece sintetizada en la sentencia de esta sala 533/2018, de 28 de septiembre , en los siguientes términos:

"Afirma la sentencia 742/2015, de 18 de diciembre , que: "La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de 'non liquet' (literalmente, 'no está claro') que se establece en los arts. 11.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 .7.º del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso. De ahí que haya de alegarse su infracción a través del art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratarse de una norma reguladora de la sentencia. De tal manera que solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia ( sentencia de esta sala núm. 244/2013 de 18 de abril , entre otras muchas)".



"Tal doctrina se reitera en la reciente sentencia 160/2018, de 21 de marzo , y a partir de ella se colige que, metodológicamente, antes de examinar si se ha infringido o no la regla sobre la carga de la prueba que recoge el art. 217 LEC , se habrá de indagar sobre si existe o no prueba de los hechos constitutivos de la pretensión".

2.ª) En la demanda, además de interesarse la entrega de las garantías, se pidió con carácter subsidiario la condena del banco demandado al amparo del art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 , como depositario de anticipos ingresados en una cuenta del promotor indicada en el contrato, que ni era especial ni se encontraba debidamente garantizada. Esta segunda pretensión, a la que se contrae el recurso de casación, se sustentaba en que el banco no fue diligente a la hora de aceptar dichos ingresos, pues los recibió sin asegurarse de que su devolución estuviera garantizada mediante aval o seguro. La responsabilidad legal de las entidades de crédito con arreglo al art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 viene siendo declarada por esta sala desde la sentencia de pleno 733/2015, de 21 de diciembre , que fijó como doctrina que "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" (doctrina que se reitera en las sentencias 142/2016, de 9 de marzo , 174/2016, de 17 de marzo , 226/2016, de 8 de abril , 459/2017, de 18 de julio , 502/2017, de 14 de noviembre , y 636/2017, de 23 de noviembre ).

3.ª) Por tanto, al sustentarse la responsabilidad del banco como depositario en la falta de diligencia derivada de la aceptación de ingresos en una cuenta del promotor no debidamente garantizada, y siendo la Ley 57/1968 una norma imperativa, cuya finalidad protectora del comprador ha sido remarcada por la jurisprudencia (p.ej., sentencia 102/2018, de 28 de febrero , con cita de la 436/2016, de 29 de junio , y sentencia 503/2018, de 19 de septiembre ), ha de entenderse que incumbía a los compradores demandantes probar la realidad de esos ingresos en la entidad demandada, así como que la construcción no había llegado a buen fin, mientras que, por el contrario, incumbía al banco probar que actuó con la diligencia debida para quedar exonerado de dicha responsabilidad.

4.ª) En este caso, los compradores han probado la realidad de los ingresos (una parte del total de los anticipos, por importe de 75.740 euros, se ingresaron en la CAM), y la sentencia recurrida declara probado que el banco conocía o no podía desconocer que eran pagos a cuenta del precio de viviendas en construcción. Por el contrario, más allá de la referencia que se contiene en los contratos, no hay prueba de la existencia de la póliza de afianzamiento colectiva (no consta en autos documento alguno ni prueba de otro tipo al respecto). De hecho, el propio tribunal sentenciador pone en duda tanto su existencia como la propia idoneidad de la aseguradora, de quien la parte recurrente dice que no fue más que una "mera apariencia constituida ad hoc en Panamá como uno de los elementos de una trama delictiva".

5.ª) En este punto la Ley 57/1968 no puede ser más clara, pues la condición 2.ª de su art. 1 establece la responsabilidad del banco por aceptar ingresos "sin exigir la garantía a que se refiere la condición anterior", y esta condición anterior, la 1.ª, impone a su vez, para la garantía en su modalidad de seguro, que se otorgue por "Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros" y, para la garantía en forma de aval solidario, que se preste "por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros", condiciones que no se ha probado reuniera la entidad "Swiss Financial Corporation Ltd" mencionada en el contrato y que ni siquiera consta que existiera.

6.ª) En tales circunstancias, la sentencia recurrida atribuyó indebidamente a los compradores las consecuencias de la falta de prueba de la realidad y validez del contrato de afianzamiento colectivo, pues dicha prueba incumbía al banco por ser una condición de la que dependía que pudiera aceptar ingresos de los compradores sin asumir ninguna responsabilidad.

**CUARTO.-** Conforme a la regla 7.ª del apdo. 1 de la d. final 16.ª LEC , al haberse recurrido la sentencia al amparo del motivo 2.º del art. 469.1 LEC , la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que esta sala dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se haya alegado como fundamento del recurso de casación (en este sentido y entre las más recientes, sentencias 601/2018, de 31 de octubre , 299/2018, de 24 de mayo , y 80/2017, de 14 de febrero de 2018 ).

#### **Recurso de casación.**

**QUINTO.-** En los dos motivos del recurso de casación la parte recurrente aduce, en síntesis, que partiendo de los hechos probados, la aplicación al caso del art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 ha sido errónea y contraria a la jurisprudencia de esta sala (también aduce la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias).

En su contra la parte recurrida alega, en síntesis, que no concurren los requisitos para apreciar esa responsabilidad legal, esencialmente la falta de diligencia de la entidad depositaria de los anticipos, de tal



modo que las infracciones legales y jurisprudenciales que se invocan solo serían posibles si se partiera de unos hechos distintos de los probados.

**SEXTO.-** Como se ha dicho, conforme a la jurisprudencia de esta sala a partir de la sentencia 733/2015, a falta de garantía (aval o seguro) es aplicable la condición 2.ª del art. 1 de la Ley 57/1968, en cuya virtud 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.

Esta responsabilidad legal se funda en que las entidades de crédito depositarias de cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción deben colaborar activamente con el promotor, sobre el que pesa el deber de garantía, a fin de asegurarse de que cumple sus obligaciones legales. La sentencia 102/2018, de 28 de febrero (citada por la más reciente 503/2018, de 19 de septiembre) en la que se sintetiza el cuerpo de doctrina aplicable al art. 1.2.ª de la Ley 57/1968, se remite a la sentencia 636/2017, de 23 de noviembre, al objeto de reiterar al respecto lo siguiente:

"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 blindaba el "enérgico e imperativo" sistema de la Ley 57/1968".

La responsabilidad legal de la entidad de crédito como depositaria no depende de que los ingresos se hagan en una cuenta especial o en otra del promotor, sino de que, por realizarse en la misma entidad, no puedan escapar a su control. Remitiéndose a la sentencia 459/2017, de 18 de julio, la 102/2018 reiteró a este respecto lo siguiente:

"[...] es el incumplimiento del deber de control sobre el promotor que la condición 2.ª del artículo 1 Ley 57/1968 impone al banco lo que determina su responsabilidad frente al comprador, de modo 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".

En conclusión, la jurisprudencia insiste en la idea de que dicha responsabilidad legal impone la constancia de que la entidad conoció o tuvo que conocer la existencia de ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen.

**SÉPTIMO.-** La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente caso determina que proceda declarar la responsabilidad de Banco Sabadell S.A. (sucesora de la CAM) como depositaria respecto de las cantidades que se ha probado fueron ingresadas en cuentas a nombre de la entidad promotora-vendedora, y esto por las siguientes razones:

1.ª) Se ha probado que, del total de cantidades anticipadas a cuenta del precio de las compraventas, los compradores ingresaron en la cuenta de la promotora abierta en la CAM un total de 75.740 euros. También se ha probado que dicha cuenta era la indicada en la estipulación "Quinta" de ambos contratos para que los compradores hicieran, como mínimo, el pago correspondiente al momento de la firma del documento privado (26.100 euros en el caso de la vivienda NUM000 y 37.870 euros en el caso de la vivienda NUM001). Y la sentencia recurrida declara probado que la entidad depositaria recibió en dicha cuenta anticipos de sumas similares procedentes de otros compradores de viviendas promovidas por la misma vendedora, muchos de ellos extranjeros.

2.ª) Estos hechos permiten concluir que las cantidades que se reclaman en la petición subsidiaria de la demanda, en la medida en que fueron ingresadas en la CAM, lejos de corresponderse con pagos al margen del contrato, fueron efectivamente anticipos a cuenta del precio de las referidas compraventas que la entidad depositaria identificó o debió identificar como tales, dado que no podía desconocer a qué correspondían.

3.ª) En tales circunstancias, la CAM asumía un deber de control sobre la promotora que la obligaba, antes de aceptar los anticipos, a asegurarse de que aquella hubiera garantizado a los compradores en legal forma





la devolución de dichas cantidades (esto es, exigiéndole la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada mediante aval o seguro). De ahí que no pueda acogerse la tesis de la entidad de crédito de haber actuado con diligencia, pues tuvo conocimiento de la existencia de una póliza de fianzamiento colectivo tan solo porque se hizo mención de ella en los contratos pero, como ya se ha razonado al conocer del recurso por infracción procesal, esa mención no permitía considerar cumplidos en lo más mínimo los requisitos de la garantía que impone el art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 .

En consecuencia, estimando el recurso de apelación, procede estimar la demanda y condenar al banco demandado a devolver a los compradores la cantidad de 75.740 euros (26.100+37.870+11.770) más los intereses legales de dichas sumas desde la fecha de su respectivo pago ("los intereses que deben restituirse legalmente son remuneratorios de las cantidades entregadas y, por tanto, serían exigibles desde su entrega", p.ej. sentencia 420/2017, de 4 de julio ) y "hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, conforme a lo previsto en la normativa aplicable tras la modificación introducida por la d. adicional 1.ª c) LOE)" ( sentencia 636/2017, de 23 de noviembre , reiterando lo acordado por sentencia 142/2016, de 9 de marzo en cuanto al régimen aplicable en materia de intereses).

**OCTAVO.-** Conforme al art. 398.2 LEC , no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, dado que ha sido estimado, ni las del recurso de casación, dado que se ha estimado lo alegado en el mismo, ni las de la segunda instancia, dado que el recurso de apelación de la parte demandante tenía que haber sido estimado.

Conforme al art. 394.1 LEC , procede imponer a la entidad demandada las costas de la primera instancia, dado que la demanda ha sido estimada en lo sustancial tanto cualitativa como cuantitativamente (p.ej., sentencias 228/2008, de 25 de marzo , 606/2008, de 18 de junio , y 511/2013, de 18 de julio ).

Conforme al apdo. 8 de la d. adicional 15.ª LOPJ , procede devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

## 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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes D. Virgilio y D.ª Elisenda contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2015 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia .

**2.º-** Anular la sentencia recurrida y, estimando lo alegado en el recurso de casación interpuesto por dicha parte contra la misma sentencia, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por los demandantes, revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, estimando la demanda en lo sustancial, condenar a la demandada Banco Sabadell S.A. a pagar a los compradores la cantidad de 75.740 euros más sus intereses legales desde la fecha de cada uno de los ingresos que acabaron sumando dicha cantidad hasta el efectivo pago de esta por la demandada.

**3.º-** No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, ni las del recurso de casación, ni las de la segunda instancia, e imponer las costas de la primera instancia a la parte demandada.

**4.º-** Y devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

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.