



Roj: **STS 97/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:97**

Id Cendoj: **28079110012020100031**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2020**

Nº de Recurso: **3717/2016**

Nº de Resolución: **36/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 3177/2016,**
STS 97/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 36/2020

Fecha de sentencia: 21/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3717/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3717/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 36/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 21 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la demandada Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo bajo la dirección letrada de D. José Luis Arévalo Espejo, contra la sentencia dictada el 6 de octubre de 2016 por la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 6556/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1451/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Sevilla sobre restitución de cantidades anticipadas por compradores de viviendas en construcción. Ha sido parte recurrida la demandante Fepan S.L., representada por el procurador D. Rafael Illanes Sainz de Rozas bajo la dirección letrada de D. Fernando Salmerón Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 17 de septiembre de 2014 se presentó demanda interpuesta por Fepan S.L. contra Banco Santander S.A. solicitando se dictara sentencia por la que:

"se condene a abonar a mi poderdante el importe de las cantidades entregadas a cuenta garantizadas tal y como preceptúa la Ley 57/1968 y que a día de hoy aún están pendientes de ser devueltas, que habrán de ser incrementadas con los intereses que legalmente correspondan desde la interposición de esta demanda, tal como a continuación se expone: la cantidad de CUARENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CUATRO EUROS CON TREINTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (44.704,35 €), para la adquisición de una vivienda a construir en la localidad de Dos Hermanas, calle Velázquez, nº 17, (vivienda G baja y garaje nº 9) dentro de la promoción "Residencial Oleo" que llevaba a cabo la Promotora "ÁREA DE PROMOCIONES INMOBILIARIAS DE ANDALUCÍA S.L."

"Todo ello con expresa condena a la entidad demandada al pago de las costas de este juicio".

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Sevilla, dando lugar a las actuaciones n.º 1451/2014 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba, incluida la práctica de una diligencia final que fue acordada por auto de 10 de noviembre de 2015, y seguido aquel por sus trámites, el magistrado-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 15 de marzo de 2016 con el siguiente fallo:

"Que debo estimar la demanda interpuesta por FEPAN SL, condenando a Banco Santander al abono de 44.704,35 euros intereses legales desde la interposición de la demanda y sin expresa imposición de costas".

CUARTO.- Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la entidad demandante y que se tramitó con el n.º 6556/2016 de la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, esta dictó sentencia el 6 de octubre de 2016 desestimando el recurso y confirmando la sentencia apelada, sin imponer las costas de la segunda instancia a ninguna de las partes.

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

El recurso extraordinario por infracción procesal se articulaba en dos motivos con los siguientes enunciados:

"PRIMER MOTIVO.- Al amparo del motivo 4º del número 1 del artículo 469 de la I.E.C, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, concretamente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que produce el haber incurrido en un error patente en la valoración de la prueba, palmario, irracional y/o arbitrario".

"SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del motivo 2º del número 1 del artículo 469 de la I.E.C, por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, en concreto por infracción del artículo 218.2 de la L.E.C. al establecer que las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho y que dicha motivación deberá incidir en los distintos elementos lógicos jurídicos del pleito considerados individualmente y en conjunto ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón".

El recurso de casación, formulado al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, se componía de dos motivos con los siguientes enunciados:



"PRIMER MOTIVO.- Al amparo del artículo 477.1. de la L.E.C. por infracción de los artículos 1.281, 1.282 y 1.283 todos del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que los desarrolla".

"SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1 de la Ley 57/1968 de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (vigente a la fecha de la celebración del contrato de compraventa), así como de la jurisprudencia que lo desarrolla".

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 31 de octubre de 2018, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación de los recursos, tanto por causas de inadmisión como por razones de fondo, con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 7 de enero 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.- Los presentes recursos de casación y por infracción procesal se interponen por el banco demandado que, como avalista colectivo, fue condenado en ambas instancias a pagar a la compradora demandante las totalidad de las cantidades anticipadas para la compra de una vivienda en construcción, reduciéndose la controversia a si la demandante, una sociedad limitada, se encuentra o no comprendida en el ámbito de protección de la Ley 57/1968.

Para la decisión de los recursos debe partirse, en síntesis y por lo que ahora interesa, de los siguientes hechos y antecedentes:

1.- La entidad Fepan S.L. (en adelante Fepan o la compradora) fue constituida mediante escritura pública de 5 de febrero de 1991. Su objeto social al tiempo de constituirse, según el art. 2 de sus estatutos, era "el comercio de material, instrumental y equipamiento ganadero, veterinario y agropecuario, comercio de vehículos automóviles de todo tipo y servicios de administración de fincas y realización de proyectos relacionados con explotaciones agropecuarias y servicios de intermediación de todo tipo" (folio 175 de las actuaciones de primera instancia). En el poder notarial aportado como doc. 1 de la demanda, de fecha 9 de septiembre de 2014, consta que su objeto social seguía siendo "el comercio de material instrumental y equipamiento ganadero y veterinario".

2.- Con fecha 5 de julio de 2007, Banco Español de Crédito S.A. (Banesto S.A., actualmente Banco Santander S.A. o el banco), entidad que financiaba la promoción, constituyó en favor de la promotora Áreas de Promociones Inmobiliarias de Andalucía S.L. (en adelante APIA o la promotora) una "Póliza de Contragarantía para línea de avales a promotores de viviendas" (n.º 0030 4195 2007 493), al amparo de lo dispuesto en la Ley 57/1968, por la que el banco garantizaba la obligación de la promotora de devolver los anticipos que pudieran hacer los compradores de viviendas "destinadas a domicilio o residencia familiar" pertenecientes a la promoción situada en la C/ Velázquez n.º 11-19 de Dos Hermanas (Sevilla) hasta un límite máximo de 1,2 millones de euros. En la póliza se indicaba la cuenta especial vinculada a la línea de avales (n.º 0030 4195 65 0293610273, según más documental aportada en el acto de la audiencia previa, folio 131 de las actuaciones de primera instancia).

En virtud de esta garantía colectiva el banco llegó a expedir avales individuales en favor de algunos compradores de viviendas de dicha promoción (doc. 9 de la demanda, folios 66 y 67 de las actuaciones de primera instancia).

Está probado que la promotora remitía al banco avalista los contratos de compraventa de viviendas de dicha promoción a medida que se iban firmando, y que le fue requiriendo para que expidiera los correspondientes avales individuales, si bien no fueron entregados en todos los casos.

3.- Con fecha 26 de diciembre de 2007, Fepan y APIA, ambas por medio de sus respectivos representantes, suscribieron un contrato privado de compraventa que tuvo por objeto una vivienda en construcción, con garaje anejo, perteneciente a la citada promoción (doc. 2 de la demanda). De su contenido cabe destacar lo siguiente:

1) El precio se fijó en 181.318,80 euros para la vivienda y 13.790 euros para el garaje, IVA incluido en los dos casos, y como forma de pago se pactó la entrega de 33.528,26 euros, IVA incluido, en el acto de la firma del contrato, 11.176,09 euros mediante letra de cambio con vencimiento el 5 de mayo de 2008, 33,66 euros en



metálico también en el acto de la firma como timbre de dicha cambial, y 164.062,07 euros, IVA incluido, en el momento del otorgarse la escritura pública (estipulación cuarta).

2) La entrega se fijó para diciembre de 2008 (estipulación décima).

3) En el contrato no consta referencia alguna a la Ley 57/1968 ni a su régimen de garantías.

4.- No se discute que la compradora anticipó a cuenta del precio pactado una cantidad total de 44.704,35 euros, 33.528,26 euros correspondientes al primer anticipo mediante dos pagos de fecha anterior (uno de 21.000 euros en julio de 2006 y otro de 12.528,26 euros en mayo de 2007), y los restantes 11.176,09 euros mediante la referida letra de cambio con vencimiento en mayo de 2008.

5.- El contrato de compraventa fue resuelto a instancia de la compradora por haber incumplido la vendedora su obligación de entregar la vivienda en el plazo pactado. Así resulta de la sentencia dictada el 13 de julio de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Sevilla, en actuaciones de juicio ordinario n.º 1808/2009, que condenó a la promotora demandada a pagar a la compradora demandante la cantidad de 44.704,35 euros más intereses legales desde la fecha del emplazamiento (doc. 4 de la demanda, folios 30 a 32 de las actuaciones de primera instancia).

Esta sentencia se declaró firme por diligencia de ordenación de 5 de noviembre de 2010 (doc. 4 de la demanda, folio 33 de las actuaciones de primera instancia).

6.- La promotora fue declarada en concurso por auto de 9 de enero de 2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, procedimiento n.º 1470/2012 (doc. 6 de la demanda).

7.- Tras intentarse sin éxito la solución extrajudicial, la entidad compradora interpuso con fecha 17 de septiembre de 2014 la demanda del presente litigio contra el citado banco en reclamación de las cantidades entregadas a la promotora (44.704,35 euros en total), más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y costas.

Fundaba sus pretensiones tanto en la condición de garante -avalista colectivo- del banco demandado como en su condición de entidad depositaria (con cita del art. 1-2.ª de la Ley 57/1968), alegando al respecto, en síntesis: (i) que resuelto el contrato por incumplimiento de la promotora y condenada esta entidad a devolver las cantidades anticipadas por la compradora, de su devolución debía responder el banco demandado por su condición de garante colectivo al ser conocedor de la existencia de esos anticipos a cuenta del precio de una compraventa sujeta a la Ley 57/1968 o no poder desconocer su existencia, ya que la Orden de 29 de noviembre de 1968 obligaba al asegurador a recabar los documentos y datos pertinentes; (ii) que su responsabilidad como avalista le era exigible a pesar de haberse negado a avalar de forma individual a la entidad demandante, pues el banco sí expidió avales individuales en favor de otros compradores de viviendas de la misma promoción; y (iii) que en todo caso el banco estaría obligado a responder de dicha devolución conforme al art. 1-2.ª de la Ley 57/1968.

8.- El banco se opuso a la demanda alegando, en síntesis: (i) falta de legitimación activa de la demandante por no ser aplicable al caso la Ley 57/1968 al no tratarse de vivienda que fuera a destinarse a domicilio o residencia; (ii) falta de legitimación pasiva del banco por no ser avalista general ni individual; (iii) que el mero hecho de que el banco hubiera financiado la promoción no probaba que hubiera abierto cuenta especial alguna para que se ingresaran los anticipos de los compradores, ni la sentencia dictada en otro procedimiento en favor de otros compradores a los que sí se había avalado de forma individual podía trasladarse a este caso; (iv) que, de admitirse la existencia de aval colectivo, nada justificaba que la entidad demandante hubiera esperado tanto tiempo (casi siete años) para exigir el aval individual; y (v) que tampoco podía exigírsele al banco la responsabilidad prevista en el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968, porque la solidaridad no se presume y el banco no puede ser obligado a responder "hasta tanto no finalice el concurso sin éxito de la pretensión de la actora".

9.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la Ley 57/1968 era aplicable al caso porque estábamos en presencia de un "contrato de consumo", dado que, pese a que de acuerdo con sus estatutos la compradora era una sociedad mercantil, no obstante debía ser considerada consumidor al amparo del art. 3 LDCU, al no haberse probado que hubiera actuado con ánimo de lucro ("ánimo de revender, de dar el conocido como "pase"); y (ii) el testigo que actuó como representante de la promotora declaró que cada vez que se firmaba un contrato de compraventa era remitida al banco toda la documentación, y que existía una cuenta especial para el ingreso de las cantidades (cuenta terminada en 273 [aunque en la sentencia, por error material, se indica 237]), "siendo la promotora quien tenía que cumplir su obligación de ingreso en la citada cuenta" y no la demandante.

10.- La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación del banco, confirmó la sentencia apelada sin imponer las costas del recurso a ninguna de las partes.



Sus fundamentos son, en esencia, los siguientes: (i) la Ley 57/1968 es aplicable al caso porque "lo fundamental no es tanto si la persona que compra es consumidora sino el destino del objeto de la venta o la prueba de un pacto entre los contratantes sobre el acogimiento a la finalidad tuitiva de la norma, que desde luego viene determinado en autos por el documento que tuvo que aportar la actora en la audiencia previa ante el incomprensible desconocimiento expresado en la contestación a la demanda y el testimonio de persona vinculada a la promotora declarada en concurso"; (ii) dicho documento (línea de avales) no es cuestionado y tiene fuerza probatoria, y del mismo resulta la existencia de ese pacto, que obliga a responder al banco; y (iii) no es óbice para que responda el banco avalista el hecho de que no conste la entrega de dinero en sus cuentas por parte de la promotora, ni tampoco lo alegado sobre la tardanza en exigir el aval, pues dicha tardanza "queda negada por el testimonio citado, y sobre todo, porque, se insiste, es tema que relaciona al banco con la promotora y no alegable frente al comprador".

11.- La sentencia de segunda instancia ha sido recurrida por el banco tanto por infracción procesal como en casación, esto último al amparo del art. 477.2. 3.º LEC, por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala. La compradora, parte recurrida, se ha opuesto a los recursos tanto por causas de inadmisión como por razones de fondo.

SEGUNDO.- Conforme al párrafo segundo de la regla 5.ª de la d. final 16.ª.1 LEC, procede resolver en primer lugar si el recurso de casación es admisible, pues habiéndose fundado su procedencia exclusivamente en el ordinal 3.º del apdo. 2 del art. 471 LEC, su inadmisión determinaría, "sin más trámites", la del recurso por infracción procesal (por ejemplo, sentencias 118/2019, de 26 de febrero, y 133/2019, de 5 de marzo).

Como causa de inadmisión del recurso de casación en su conjunto la parte recurrida se limita a alegar que la sentencia impugnada no vulnera la doctrina jurisprudencial citada en los dos motivos, es decir, ni la relativa a la interpretación de los contratos ni la concerniente al ámbito de aplicación de la Ley 57/1968.

TERCERO.- No se aprecia la inadmisibilidad del recurso así alegada por la parte recurrida, porque la falta de interés casacional se aduce de un modo genérico, sin un mínimo desarrollo argumental, y frente a esto lectura del recurso permite constatar que las normas citadas como infringidas, especialmente el art. 1 de la Ley 57/1968 en el motivo segundo, son las pertinentes al caso por consistir la principal cuestión jurídica controvertida en si dicha ley es o no aplicable al caso.

Por tanto, el recurso extraordinario por infracción procesal no es inadmisibile porque no lo sea el de casación, y en consecuencia, conforme la regla 5.ª de la d. final 16.ª.1 LEC, procede resolverlo en primer lugar.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

CUARTO.- Este recurso se compone de dos motivos que, por estar estrechamente relacionados entre sí, procede examinar y resolver conjuntamente.

El motivo primero se formula al amparo del art. 469.1.4.º LEC y se funda en infracción del art. 24 de la Constitución por error patente en la valoración de la prueba, en concreto del documento de aval general o línea de avales, y el motivo segundo se formula al amparo del 469.1.2.º LEC y se funda en infracción del art. 218.2 LEC por falta de motivación de la referida valoración probatoria.

En síntesis, se alega: (i) en cuanto al motivo primero, que para concluir que en este caso es aplicable la Ley 57/1968 la sentencia recurrida se apoya en la existencia de un pacto al respecto, y considera que lo que prueba la existencia de dicho pacto es el documento de aval general aportado por la demandante en el acto de la audiencia previa, conclusión probatoria ilógica por obviar que, según ese documento, la garantía solo era efectiva respecto de compradores de viviendas de la promoción que las adquirieran para un fin residencial, lo que no es el caso; y (ii) en cuanto al motivo segundo, que la sentencia carece de una motivación suficiente porque, aunque el tribunal sentenciador considera que del citado documento resulta inequívoca la existencia de un pacto entre las partes para acogerse al régimen tuitivo de la Ley 57/1968, sin embargo no expresa "mínimamente" las razones fácticas y jurídicas que lo llevan a esa apreciación.

En su escrito de oposición la parte recurrida alega: (i) en cuanto al motivo primero, que es inadmisibile por pretender únicamente que se revise la valoración de la prueba en su conjunto, como si el recurso constituyera una tercera instancia, y, en cuanto al fondo, que la alegación sobre una estipulación en el documento de aval general según la cual el banco no se encontraba obligado "a conceder todos los afianzamientos que le proponga el promotor" es una cuestión nueva; y (ii) en cuanto al motivo segundo, que también es inadmisibile porque la sentencia recurrida explica las razones de su decisión, por más que no sean compartidas por el banco recurrente, y, en cuanto al fondo, que también este motivo gira en torno a la estipulación primera de la póliza general, con inclusión en el debate de un elemento nuevo que no puede ser examinado en casación.



QUINTO.- Los dos motivos del recurso son inadmisibles, aunque no por las razones que alega la parte recurrida sino por carecer manifiestamente de fundamento (art. 473.2-2.ª LEC), causa de inadmisión aplicable en este acto procesal como razón para desestimarlos, ya que la sentencia recurrida sí expresa las razones por las que considera aplicable la Ley 57/1968, por más que no satisfagan a la parte recurrente, y la cuestión jurídica es por tanto estrictamente sustantiva, no de hecho, por más que esté relacionada con la interpretación del documento de aval por el tribunal sentenciador.

Recurso de casación.

SEXTO.- El recurso de casación se articula en dos motivos también estrechamente relacionados entre sí, que por tanto procede examinar y resolver conjuntamente.

El motivo primero se funda en infracción de los arts. 1281, 1282 y 1283 CC y de la jurisprudencia que los interpreta. En su desarrollo se alega, en síntesis y en lo que interesa, que aunque la finalidad de todo el proceso interpretativo es buscar la voluntad común de los contratantes, cuando no existen dudas de que esa intención se corresponde con la literalidad del contrato hay que estar al sentido gramatical de sus términos, y en este caso los términos de la póliza colectiva eran claros en cuanto a que solo quedaban garantizados los compradores que se encontraran dentro del ámbito de protección de la Ley 57/1968, lo que no era predicable de la entidad demandante por no constar que la vivienda se hubiera adquirido para una finalidad residencial.

El motivo segundo se funda en infracción del art. 1 de la Ley 57/1968 y de la jurisprudencia que lo interpreta. En su desarrollo se alega, en síntesis, que, dada la ausencia de pacto para extender la aplicación de dicha ley más allá de lo que constituye su ámbito material, ha de estarse a lo dispuesto en esta norma, según la cual las obligaciones que se imponen a los promotores siempre se refieren a compradores de viviendas "destinadas a domicilio o residencia familiar", condición que nunca ha tenido la compradora demandante, toda vez que "Fepan S.L. nunca manifestó, ni en la demanda ni posteriormente, el fin de su compra, no concretó nada ni dio datos al respecto, por lo que con independencia de a quien hubiese perjudicado la falta de prueba, ello imposibilitaba cualquier actividad probatoria" y, por ser una persona jurídica, no es predicable de ella el uso residencial familiar.

La parte recurrida se ha opuesto a los dos motivos también por razones de fondo, alegando: (i) en cuanto al primero, que lo que se aduce sobre la incorrecta interpretación del documento en el que consta la garantía colectiva no puede ser objeto de examen en casación, dado que durante el pleito la postura del banco fue negar la existencia misma de dicha garantía y no planteó discusión alguna sobre su alcance, en concreto sobre la inexistencia de pacto para extenderla a compradores como la demandante; y (ii) en cuanto al motivo segundo, que además de que esta sala admite extender la protección de la Ley 57/1968 a casos no comprendidos en su ámbito de aplicación si existe pacto al respecto, que fue lo que entiende la sentencia recurrida, tampoco puede negarse que la demandante esté excluida del ámbito de aplicación de dicha norma por su condición de persona jurídica, ya que, en primer lugar, dado su objeto social, no tenía por finalidad la inversión, ni la reventa de la vivienda, y, en segundo lugar, porque el representante de la promotora declaró durante el juicio (minutos 5:40 y minuto 8 de la grabación de la vista) que "si el comprador avisaba de que el objetivo no era la vivienda sino inversión, para escriturar a nombre de un tercero...o bien se le ponía una cláusula adicional o bien se firmaba un anexo a ese contrato...se advertía de esa situación en el contrato".

SÉPTIMO.- Centrada la cuestión en si la Ley 57/1968 era o no aplicable en protección de la compradora demandante, una sociedad limitada, la respuesta ha de ser negativa, con la consiguiente estimación de los dos motivos del recurso, por las siguientes razones:

1.ª) Del documento de aval concertado entre la promotora vendedora y el banco recurrente no resulta ningún pacto expreso que amparase a todos los compradores de viviendas de la misma promoción. Antes bien, el documento se refiere literalmente, "a los efectos de lo dispuesto en la Ley 57/1968", a "terceros adquirentes de las viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o a residencia familiar".

En consecuencia, la sentencia recurrida infringió el art. 1281 CC.

2.ª) En el contrato de compraventa no consta referencia alguna a la Ley 57/1968, de modo que tampoco hubo ningún pacto entre la promotora y la sociedad compradora para aplicar a la compraventa las garantías de dicha ley.

3.ª) Además, un pacto entre comprador y vendedor para aplicar en todo caso las garantías de la Ley 57/1968 no vincularía al banco que hubiera concertado con la promotora-vendedora una póliza colectiva únicamente para compraventas con la finalidad residencial establecida en dicha ley (sentencia 161/2018, de 21 de marzo).

4.ª) De la jurisprudencia de esta sala se desprende que la aplicación de la Ley 57/1968 depende, conforme a su art. 1, no de la condición de consumidor del comprador, sino de que la vivienda de que se trata esté destinada



a domicilio o residencia familiar (sentencias 360/2016, de 1 de junio, y 420/2016, de 24 de junio), finalidad que debe alegarse en la demanda y, tratándose de una sociedad mercantil como en este caso, probarse debidamente (sentencias 360/2016, de 1 de junio, 40/2016, de 24 de junio, 675/2016, de 16 de noviembre, y 161/2018, de 21 de marzo, entre otras).

5.ª) Al faltar toda alegación y prueba de esa finalidad residencial, la sentencia recurrida infringió también el art. 1 de la Ley 57/1968.

OCTAVO.- La estimación del recurso de casación determina que proceda casar totalmente la sentencia recurrida y, en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada, revocar la sentencia de primera instancia y desestimar íntegramente la demanda.

NOVENO.- Conforme a los arts. 398.1 y 394.1 LEC, procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente, dada su desestimación.

Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, dada su estimación, ni tampoco las de la segunda instancia, pues el recurso de apelación de la entidad demandada hoy recurrente tenía que haber sido estimado.

Conforme a los arts. 398.1 y 394.1 LEC, procede imponer a la parte demandante las costas de la primera instancia, ya que la demanda se desestima íntegramente.

DÉCIMO.- Conforme a la d. adicional 15.ª. 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir en casación, y conforme al apdo. 9 de la misma disposición dicha parte recurrente perderá el depósito constituido para recurrir por infracción procesal.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la entidad demandada Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada el 6 de octubre de 2016 por la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 6556/2016.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha parte contra la misma sentencia.

3.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

4.º- En su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por aquella misma demandada contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016 por el magistrado-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Sevilla en las actuaciones de juicio ordinario n.º 1451/2014, revocar dicha sentencia y desestimar íntegramente la demanda.

5.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

6.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de la segunda instancia e imponer a la parte demandante las costas de la primera instancia.

7.º- Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir en casación, con pérdida del constituido para recurrir por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.