



Roj: **STS 2142/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2142**

Id Cendoj: **28079110012014100250**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2014**

Nº de Recurso: **2830/2012**

Nº de Resolución: **206/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3652/2012,**  
**STS 2142/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación, interpuesto por el procurador D. Joan Joseph Cucala i Puig, en nombre y representación de la entidad ALIMENTACIÓN VERNEDA, S.L., actualmente denominada ALIVER BCN, S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D.ª María Luisa Noya Otero, contra la Sentencia núm. 276/2012, de 12 de abril, dictada por la Sección decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 116/2011, dimanante de las actuaciones de juicio cambiario núm. 1260/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Barcelona.

Ha sido parte recurrida la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. representada ante esta Sala por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**1**.- La Procuradora D.ª Carlota Pascuet Soler, en nombre y representación de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., presentó en el Decanato de los Juzgados de Barcelona, con fecha 16 de septiembre de 2009, demanda de juicio cambiario contra la entidad ALIMENTACIÓN VERNEDA, S.L., en reclamación de 40.356,36 euros de principal, más intereses y costas que evaluó provisionalmente en 12.106 euros, pendientes de ulterior liquidación y tasación, que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 y fue registrada como Juicio Cambiario núm. 1260/2009.

**2**.- Incoado el procedimiento, mediante Auto de 14 de diciembre de 2009, se acordó requerir al deudor para que en el plazo de diez días pagara al acreedor las sumas reclamadas, así como proceder al embargo preventivo de las fincas registrales núm. 30718/N, inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 4 de Barcelona, núm. 33956, inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 8 de Barcelona y de núm. 10599, inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 21 de la misma localidad, advirtiéndole que, si dentro del dicho plazo, no pagaba ni se oponía se despacharía ejecución contra sus bienes.

**3**.- Se practicó el requerimiento y embargo acordados y, dentro del plazo concedido, el procurador de la entidad demandada D. Joan Joseph Cucala i Puig, presentó oposición y solicitó se dictará sentencia declarando no haber lugar al despacho de la ejecución y la imposición de costas a la actora.

**4**.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Barcelona dictó la Sentencia núm. 165/2010, de 29 de julio, cuyo Fallo dispuso:



"1.- Estimar íntegramente la demanda de contradicción formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Cucala, en nombre y representación de ALIMENTACIÓN VERNEDA S.L. 2.- Desestimar íntegramente la demanda de juicio cambiario interpuesta por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra ALIMENTACIÓN VERNEDA S.L. dejando sin efecto la ejecución despachada en su día y ordenando el levantamiento de los embargos acordados (salvo que el demandante recurra la sentencia y solicite su mantenimiento o la adopción de medida distinta, en cuyo caso se resolverá lo que proceda), imponiendo las costas a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A."

#### Tramitación en segunda instancia

5.- La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la Sentencia dictada en primera instancia y suplicó a la Audiencia Provincial dictara Sentencia por la que estimara íntegramente el recurso de apelación y revocara la sentencia de instancia, estimando íntegramente los pedimentos aducidos por el escrito de demanda cambiaria, con imposición de costas a la demandada en ambas instancias y con los demás pronunciamientos que le fueran inherentes.

6.- El Procurador de la demandada se opuso al recurso de apelación interpuesto de adverso.

7.- La resolución del recurso de apelación interpuesto correspondió a la Sección decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el núm. de rollo 116/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la Sentencia núm. 276/2012, de 12 de abril, cuya parte dispositiva decía:

"Fallamos: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español SA contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2010 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 44 de Barcelona, en los autos de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma y, en su lugar, desestimamos la demanda de oposición cambiaria formulada por Alimentación Verneda SA, con imposición de las costas a la demandante de oposición y sin hacer imposición de las originadas en la alzada."

#### Interposición y tramitación del recurso de casación.

8.- Contra la Sentencia dictada en apelación, el representante procesal de la entidad ALIVER BCN, S.L. interpuso, al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, recurso de casación, con base en el siguiente motivo:

**ÚNICO.-** Apartado 2º. del artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas."

9.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los procuradores mencionados en el encabezamiento de esta resolución, se dictó Auto de 4 de junio de 2013, cuya parte dispositiva decía:

"La Sala acuerda:

1.º Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "ALIMENTACIÓN VERNEDA, S.L." (actualmente "ALIVER BCN", S.L.) contra la sentencia dictada, con fecha 12 de abril de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) en el rollo de apelación nº 116/2011, dimanante de los autos de juicio cambiario nº 1260/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 44 de Barcelona.

2.º Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que, en el plazo de veinte días, formalice su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría."

10.- La procuradora de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. se opuso al recurso de casación interpuesto de adverso.

11.- Se tuvo por formalizada la oposición y, al haber solicitado únicamente la parte recurrente la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

12.- Mediante Providencia de 31 de enero de 2014, 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 día 26 de marzo de 2014, en que tuvo lugar.

13.- El Excmo. Sr. Don Rafael Saraza Jimena no se conformó con el voto de la mayoría, declinó redactar la resolución, y el Excmo. Sr. Presidente encomendó esa redacción al Excmo. Sr. Don **Sebastian Sastre Papiol**.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Sebastian Sastre Papiol**, Magistrado de Sala

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.



La Audiencia Provincial ha fijado la base fáctica de la que ha de partirse para la resolución del recurso del siguiente modo:

"[...] a) en contrato privado de 26 de octubre de 2005 Alimentación Verneda adquirió por un precio de 591.652 euros de Fadesa Inmobiliaria SA una vivienda y plaza de parking en el edificio que dicha sociedad proyectaba construir en la plaza Europa de l'Hospitalet de Llobregat, conviniendo un calendario de pagos periódicos a partir de ese instante hasta la fecha de la escrituración, a cuyo efecto la vendedora garantizaba a la compradora la devolución de las cantidades recibidas por medio de seguro de caución concertado con Houston Company;

b) las cuatro letras de cambio litigiosas forman parte del total de 37 letras aceptadas en la fecha del contrato por Alimentación Verneda y vencían sucesivamente entre agosto y noviembre de 2008, habiendo sido dichas letras presentadas por Fadesa Inmobiliaria, (posteriormente absorbida por Mantinsa Fadesa), al descuento en el Banco Popular en noviembre de 2006, lo que motivó la inclusión en las mismas del sello conforme al cual el pago debía hacerse "a la orden del Banco Popular Español SA 0354;

c/ denegado el pago de las letras en las fechas de sus respectivos vencimientos, se hizo constar en su reverso la correspondiente declaración a los efectos del artículo 51 de la Ley Cambiaria y del Cheque , presentándose la demanda de juicio cambiario en septiembre de 2009;

d/ Martinsa Fadesa se había comprometido frente a Alimentación Verneda a la entrega de la vivienda y la plaza de parking en los 36 meses siguientes a la obtención de la licencia edificatoria, lo cual no se cumplió, toda vez que la licencia fue concedida en enero de 2006 y en septiembre de 2009 la promoción no contaba todavía con la licencia de primera ocupación, habiéndose producido entretanto el concurso de acreedores de Martinsa-Fadesa SA (autos 408/08 Juzgado Mercantil 1 A Coruña)

e/ en octubre de 2008 Alimentación Verneda ofreció a Fadesa por vía notarial el pago del precio pendiente del contrato a cambio de la entrega del piso y la plaza de parking".

El Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Barcelona, que conoció en primera instancia del asunto, estimó la demanda de oposición al juicio cambiario formulada por la entidad ALIMENTACIÓN VERNEDA, S.L. (en lo sucesivo, ALIMENTACIÓN VERNEDA). La decisión se basó, resumidamente, en que las letras fueron libradas por la entidad FADESA INMOBILIARIA, S.A. (en lo sucesivo, MARTINSA FADESA) y aceptadas por ALIMENTACIÓN VERNEDA para el pago de cantidades anticipadas para la compra de una vivienda y plaza de garaje en construcción, por lo que solo podían destinarse a satisfacer los gastos derivados de dicha construcción por estar así establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (en adelante, BANCO POPULAR o el banco) venía obligado a conocer esta normativa que impide que las cantidades anticipadas por el comprador puedan destinarse a otra finalidad diferente de la construcción de la vivienda, por lo que no tiene acción para solicitar del librado aceptante el pago del importe de las cambiales puesto que no pretende emplearlo en la construcción.

BANCO POPULAR interpuso recurso de apelación contra esta sentencia. La Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia.

La Audiencia argumentó que la acción cambiaria había sido formulada por el tenedor de las letras, cesionario del librador en virtud de un negocio de descuento bancario, es decir, por un tercero frente al librado aceptante, en el que no se advertía comportamiento doloso, por lo que las excepciones causales oponibles frente al acreedor del precio no pueden ser también opuestas al tenedor de la letra, acreedor cambiario distinto del librador una vez que el título circuló desplegando toda su potencialidad.

La Ley 57/1968 ya había sido tenida en cuenta en el contrato de compraventa, hasta el punto de que la vendedora proveyó a la compradora de un certificado de seguro de caución en el que la propia ALIMENTACIÓN VERNEDA figuraba como asegurada, de tal modo que un eventual incumplimiento de la obligación de entrega del piso por parte de MARTINSA FADESA legitimaba a la compradora para reclamar frente al asegurador de caución la devolución de las cantidades entregadas a cuenta con los intereses.

ALIMENTACIÓN VERNEDA formula recurso de casación contra esta sentencia basado en un único motivo.

#### **Recurso de casación.**

#### **SEGUNDO.- Formulación del único motivo del recurso.**

El motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente enunciado: "Norma Infringida: - Apartado 2º. del artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio , reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas".



El motivo se basa, resumidamente, en que la sentencia recurrida excluye al banco cesionario del crédito de la obligatoriedad de una norma imperativa como es la Ley 57/1968. Dado que conforme al art. 1 de esta ley el promotor de una vivienda en construcción debe percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una entidad bancaria o caja de ahorros, en la que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, no pueden ser destinadas al pago de otras obligaciones del promotor, como la deuda que MARTINSA FADESA mantiene frente a BANCO POPULAR o a otras finalidades como dotar de liquidez a la promotora. Al haberse instrumentalizado el pago de las entregas a cuenta mediante letras de cambio descontadas por el banco, se está obligando al comprador a pagar por algo que no le va a ser entregado, sin que pueda oponerle al banco.

Finalmente, la recurrente alegaba la necesidad de unificación de la doctrina, puesto que frente a la tesis mantenida en la sentencia recurrida, otras sentencias de audiencia habían sostenido que el endoso de letras de cambio libradas para el pago de cantidades anticipadas era nulo de pleno derecho por vulnerar la Ley 57/1968.

Por último, afirmaba que dado que las cantidades entregadas a cuenta en contratos de compraventa de vivienda en construcción estaban afectas legalmente a dicha construcción, ni el promotor ni el banco descontante pueden hacer uso de ellas, y el descuento de las letras o la cesión del derecho de crédito en cualquiera de sus modalidades vulnera la Ley 57/1968, lo que determina su nulidad de pleno derecho.

### **TERCERO.- Desestimación del motivo único de casación .**

1. Los recurrentes consideran vulnerados por la sentencia recurrida tanto el art. 1 de la Ley 57/1968 como la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación al permitir que el banco tomador de la letra quede inmune frente a la excepción causal consistente en el incumplimiento del contrato de compraventa por falta de entrega de la vivienda.

Sin embargo, la propia previsión de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, al prever que las cantidades anticipadas puedan abonarse no solo en efectivo sino también mediante el libramiento de efectos cambiarios, está admitiendo la posibilidad de que exista un tenedor cambiario frente a quien el aceptante, comprador de la vivienda sobre plano, no podrá oponer las excepciones causales que tenga contra el vendedor, librador de las letras, puesto que se trata de un título autónomo y abstracto frente al banco descontante, conforme al régimen de oponibilidad de las excepciones cambiarias previstas en los arts. 67 y 20 de la LCCh .

El carácter abstracto, y autónomo que la Ley Cambiaria y del Cheque confiere a las obligaciones cambiarias que se incorporan en la letra de cambio, y las excepciones oponibles por el deudor cambiario frente al tenedor de la misma, ha sido doctrina uniforme y consolidada de esta Sala, en SSTS núm. 1119/2003, de 20 de noviembre, núm. 366/2006, de 17 de abril, núm. 1201/2006, de 1 de diciembre de 2006, 130/2010, de 23 de marzo de 2010, entre otras.

Por tanto, no puede afirmarse que la emisión de efectos cambiarios para el pago de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción que entren en el ámbito de la Ley 57/1968, de la que resulte la condición de tenedor cambiario un tercero ajeno al contrato de compraventa (en este caso el banco descontante) y la imposibilidad de oponer frente a este el incumplimiento del librador, vendedor de la vivienda, sean contrarios a las normas que los recurrentes consideran infringidas en sus recursos.

Lo que ocurre es que la entrega por el librador de las cambiales al banco descontante, convierte, a éste, como se ha dicho, en su legítimo tomador, en tercero cambiario, al que nuestro ordenamiento, como el de todos los ordenamientos europeos limitan el régimen de las excepciones oponibles al pago de la letra por los obligados cambiarios.

No puede invocarse la "exemptio doli" porque al Banco, al descontar las letras, no podía conocer que el contrato sería incumplido en el futuro, ni que la promotora incumpliría la prestación que sirvió de causa a la aceptación de las letras si no se ha probado ni lo uno ni lo otro. Baste examinar la cronología de los hechos acreditados en la instancia (libramiento/aceptación de las letras, descuento, concurso de acreedores del librador, resolución del contrato y ejecución cambiaria) para, sin mayores esfuerzos, colegir que el Banco descontante es total y absolutamente ajeno a la relación causal que dio origen a las letras aceptadas. Es, en suma, un tercero cambiario. Como ha señalado la STS núm. 1201/2006, de 1 de diciembre: *"Frente al ejercicio de la acción cambiaria - sigue diciendo la Sentencia de 17 de abril de 2006 - sólo serán admisibles las excepciones enunciadas en el artículo 67 LCCh, como señala el mismo precepto en el párrafo III. Hay, así, un régimen único de excepciones, oponibles en el juicio ejecutivo y en el ordinario, que se enuncia genéricamente. Deben distinguirse las excepciones que traen causa del propio título (de sus propios vicios, vicisitudes o de las obligaciones asumidas por los firmantes), que son las cambiarias, de las extracambiarias, las cuales están fundadas en las*



*relaciones personales que puedan mediar entre el deudor demandado y el tenedor demandante, o entre aquél y el librado o los tenedores anteriores. Estas excepciones son las que aparecen reguladas en el artículo 67.1 y en el artículo 20 LCCh .*

*>> Las excepciones cambiarias sólo pueden ser opuestas frente a determinados tenedores, en función de su respectiva naturaleza, y las extracambiarias, en principio, solamente pueden ser opuestas al demandante que haya sido parte en la relación personal sobre la que se funde la excepción de que se trate. No obstante, queda abierta la puerta a este tipo de excepciones por parte del deudor demandado frente al tenedor demandante cuando éste haya procedido en la adquisición de la letra a sabiendas del perjuicio del deudor (artículos 20 y 67 LCCh ).*

*>> [...] al tercero que no ha sido parte en el contrato causal sólo pueden afectarle las excepciones nacidas de éste si hubiere intervenido de alguna forma en el contrato subyacente, aunque sea de modo encubierto o en connivencia con las partes o confabulado con el librador o como testafarro; pero, de no darse los supuestos a que se ha hecho alusión, la letra funciona como título causal en las relaciones entre librador y tomador, entre endosante y endosatario y entre librador y librado, y como título abstracto en las demás".*

**2.** La obligación que impone la ley 57/1968 y la Ley de Ordenación de la Edificación de que las cantidades entregadas por el comprador a cuenta del precio de una vivienda en construcción sean depositadas en una cuenta especial, para que se destine únicamente a la construcción de la vivienda, no impide que si para estos pagos el comprador ha entregado letras de cambio, cuyo vencimiento esta diferido en el tiempo, puedan descontarse para obtener liquidez. De otra forma, no tendría sentido que las cantidades anticipadas por los adquirentes en efectivo puedan ser dispuestas para las atenciones derivadas de la construcción, tal como reza el precepto reproducido ( art. primero, Condición Primera de la Ley 57/1968 ), y la entrega de las cambiales aceptadas por los adquirentes no pudieran ser descontadas.

La financiación de la entidad promotora mediante el descuento de los efectos cambiarios aceptados por los compradores para el pago de las cantidades anticipadas es una actividad necesaria para la construcción de la vivienda, puesto que las empresas promotoras necesitan esa financiación para afrontarla, y el descuento de efectos bancarios es uno de los medios típicos de financiación empresarial. En consecuencia, permitir al tenedor legítimo del efecto cambiario ejercitar las correspondientes acciones contra el comprador de la vivienda, en tanto que obligado cambiario, no supone infracción del art. 1 de la Ley 57/1968 ni de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación .

Será el dinero obtenido con el descuento el que tendrá que aplicarse a aquella cuenta especial, y el incumplimiento de esta obligación no afectará al banco descontante quien, si le han sido entregadas las letras para su descuento, tendrá derecho para dirigirse contra los obligados cambiarios al vencimiento de cada una de las letras, sin que pueda oponérseles las excepciones derivadas del incumplimiento de aquellas obligaciones del vendedor que le descontó las letras, según se ha analizado precedentemente.

Entre otras razones porque el Banco descontante puede no ser el depositario de las cuentas especiales ni concedente de las garantías a que se refiere la normativa invocada. Ni el banco tiene obligación de saber que estas concretas letras que le son entregadas para su descuento proceden de la venta de viviendas, pues, por lo general, el análisis del riesgo que realiza para aprobar la operación de descuento es del cliente, el descontatario, en este caso MARTINSA FADESA, dedicada al negocio inmobiliario, pero no sólo de promociones, sino entre otras, de adquisición de terrenos para la calificación y posterior venta a terceros, por lo que las letras descontadas bien pudieran proceder del precio aplazado de la enajenación de aquellos bienes, o de la ejecución de cualquier otra operación relacionada con el sector inmobiliario. Lo cierto e incontrovertido en la instancia es que el Banco ejecutante no intervino ni participó en modo alguno en la relación jurídica subyacente que dio lugar a la creación y aceptación de las letras descontadas, y por tanto, al no haber sido interviniente en el contrato causal, ni de forma encubierta ni en connivencia con las partes, es un tercero cambiario, al que no cabe oponer las excepciones extracambiarias que contempla el art. 67.1 LC CH de acuerdo con consolidada doctrina de esta Sala, entre otras, SSTS de 20 de noviembre de 2003 y 1 de diciembre de 2006 , y las citadas en el apartado 1 de este fundamento.

**3.** Si el banco descontante tuviera que conocer bajo riesgo de declarar nulo el descuento, el origen de las letras, y abstenerse de descontarlas, si no se cumplen obligaciones que derivan de normas que afectan a librador y a librado, paralizaría el tráfico, lo que resulta inaceptable, pues, además de las razones objetivas anteriormente expuestas, supondría introducir en una operación tan arraigada como el descuento bancario, una excepción que tendría su fundamento en un relación subyacente entre librador y librado, que la normativa sectorial (Ley 57/1968 y Ley 38/1999) no exige, y sería contraria al régimen de oponibilidad al pago de la letra que establecen los arts. 20 y 67 LCCh , a la doctrina uniforme de esta Sala y, en general, una vulneración grave a los principios de abstracción y autonomía de las obligaciones cambiarias que presiden nuestro sistema cambiario, además



de otros como son "la del fortalecimiento de la posición jurídica del acreedor y la pretensión de ser más rigurosa con el deudor" ( STS núm. 1119/2003, de 20 de noviembre ).

El motivo se desestima.

#### CUARTO.- Costas

Desestimados los recursos de casación, procede imponer a las partes recurrentes las costas de sus recursos ( art. 398.1 LEC ).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

**Desestimamos** el recurso de casación interpuesto por ALIVER BCN, S.L. contra la Sentencia núm. 276/2012, de 12 de abril, dictada por la Sección decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 116/2011 , con imposición de las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- **Sebastian Sastre Papiol**.- FIRMADO Y RUBRICADO. **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Sebastian Sastre Papiol**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

#### Voto Particular

##### VOTO PARTICULAR

**FECHA:24/04/2014**

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE EMITE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Rafael Saraza Jimena, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. Ignacio Sancho Gargallo

Aunque considero que el recurso debió ser desestimado, discrepo respetuosamente de las razones expuestas en la opinión mayoritaria de la Sala expresada en la sentencia, lo que me ha llevado a declinar redactar la resolución, de la que había sido nombrado ponente. Expongo a continuación las razones de mi discrepancia.

**1.-** El recurso plantea la incompatibilidad de las exigencias de la Ley 57/1968 con la abstracción propia del régimen de los efectos cambiarios librados para el pago de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción, cuando el tenedor del efecto es ajeno a la relación causal.

La recurrente considera que la circulación cambiaria es incompatible con las exigencias derivadas del art. 1 de la Ley 57/1968 y la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación .

**2.-** El art. 1 de la Ley 57/1968 impone al promotor que pretenda « *obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma* », cumplir dos condiciones:

« *Primera.- Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.*

» *Segunda.- Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior* ».

La disposición adicional primera de la LOE prevé que « *la garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley* ».

**3.-** Estas previsiones legales no impiden que si el comprador sobre plano ha entregado letras de cambio para pago de las cantidades anticipadas, estas letras puedan descontarse. Pero si el descuento se hace



con endoso, o consignando como tomador al descontatario, se impide que frente al tenedor que reúna la condición de tercero cambiario, el comprador aceptante de las letras pueda oponer las excepciones derivadas del incumplimiento del contrato de obra, y las garantías previstas en la Ley 57/1968 y la LOE pueden devenir ineficaces.

Aunque la terminología empleada pueda resultar equívoca, por el específico significado que en la Ley Cambiaria tiene la expresión "domiciliación de pago", cuando la disposición adicional primera de la LOE precisa que « *la garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley* », está previendo que el pago de la letra de cambio deba hacerse en la cuenta especial que, conforme al art. 1 de la Ley 57/1968, el promotor debe abrir para el cobro de las cantidades a cuenta, cuya restitución en caso de no entregarse la vivienda en el plazo pactado se garantiza por el aval o el seguro.

Si el promotor no entrega la vivienda comprada sobre plano, pero las letras de cambio han sido transmitidas mediante un descuento cambiario, la circulación cambiaria de las letras impide que el comprador pueda reclamar la devolución de las letras aceptadas, pues no están a disposición del vendedor. Llegado el vencimiento, el tenedor de las letras podría reclamar su pago, siendo inmune a la excepción basada en el incumplimiento del contrato causal, mientras no se demuestre que, al adquirir la letra, había procedido a sabiendas en perjuicio del deudor.

**4.-** La tesis de la sentencia deja en la práctica sin efecto la protección al comprador prevista en la normativa especial para la adquisición de viviendas en construcción. En atención al especial carácter tuitivo de la norma, para no dejar sin amparo a los compradores que aceptan letras para pago adelantado de las viviendas en construcción, debemos interpretar la disposición adicional primera de la LOE en el sentido de que el pago de los efectos cambiarios entregados por el comprador para pago de los anticipos del precio de la vivienda en construcción, deben necesariamente satisfacerse en la "cuenta especial", sobre la que se constituyen las medidas de garantía para su devolución.

Lo anterior determina que estos títulos cambiarios no puedan circular de modo que pueda surgir un tercero cambiario, o, cuando menos, que frente al tenedor o endosatario, el deudor cambiario pueda oponer las excepciones basadas en el incumplimiento del contrato de compraventa de vivienda sobre plano.

**5.-** No obstante, procedía desestimar el recurso por cuanto que la Ley 57/1968 no es aplicable al caso en que el comprador de la vivienda en construcción no la ha adquirido como morada individual o familiar, bien permanente o circunstancial, sino como inversión, como ha declarado la sentencia de esta sala núm. 706/2011, de 25 de octubre. Siendo la compradora una sociedad mercantil, la vivienda no puede estar destinada a constituir su "morada individual o familiar", por lo que no puede considerarse que las exigencias derivadas de la citada ley sean aplicables. - Rafael Saraza Jimena.- Ignacio Sancho Gargallo.- FIRMADO Y RUBRICADO.