

Roj: **STS 275/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:275**Id Cendoj: **28079110012015100045**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/01/2015**Nº de Recurso: **2300/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Enero de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo constituida en pleno, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 96/2012 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1866/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Jerez de La Frontera, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña María Isabel Moreno Morejón, en nombre y representación de don Gaspar y don Ildefonso, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Víctor García Montes sustituido posteriormente, en legal forma, por la procuradora doña Paloma Ortiz Cañavate Levenfeld en calidad de recurrente y la procuradora doña María Rodríguez Puyol en nombre y representación de Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros (antes Banco Vitalicio de España, Cia. Anónima de Seguros y Reaseguros) en calidad de recurrido.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO .- 1.-** La procuradora doña Isabel Moreno Morejón, en nombre y representación de don Ildefonso y don Gaspar interpuso demanda de juicio ordinario sobre resolución de contrato y reclamación de cantidad, contra la entidad mercantil Eve Marina S.L. y el Banco Vitalicio de España, Cia. Anónima de Seguros y Reaseguros S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que «declare resueltos los contratos de compraventa de vivienda en construcción celebrados entre los actores y Eve Marina S.L. de fechas 22 y 19 de febrero del 2007, por incumplimiento contractual de Eve Marina en cuanto al plazo de entrega, alegando nulidad de las cláusulas III.5.1 sobre prórroga de 6 meses en la fecha límite de entrega fijada en contrato, y III.7.2 sobre fijación unilateral de indemnización para el retraso superior a un año, condenándolas solidariamente a abonar a D. Ildefonso, la suma de 54.998 euros más intereses legales, y a D. Gaspar, la suma de 53.072 euros más intereses legales, todo ello con expresa condena en costas a las demandadas».

**2.-** El procurador don Manuel Francisco Agarrado Luna, en nombre y representación de Banco Vitalicio de España, Cia. Anónima de Seguros y Reaseguros, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, alegando la inexistencia del incumplimiento en la terminación de las obras porque estas siguen avanzando, habiéndose producido un leve retraso sin entidad resolutoria y al no haberse producido el riesgo objeto de cobertura y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que «se desestime la demanda, con imposición de costas a los actores».

**3.-** La demandada Eve Marina S.L. no compareció, declarándose en situación de rebeldía procesal.

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Jerez de la Frontera se dictó sentencia, con fecha 15 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:



*FALLO. Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sra. Moreno Morejón, en nombre y representación de D. Gaspar y de D. Ildefonso frente a Eve Marina S.L. y a Banco Vitalicio S.A., con imposición a la parte demandante de las costas causadas en la instancia.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 2 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS*

*ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Moreno Morejón en nombre y representación de D. Ildefonso y D. Gaspar contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Jerez de la Frontera en el juicio ordinario nº 1866/2009 y en consecuencia, REVOCAMOS PARCIALMENTE la sentencia apelada, en el sentido de declarar resuelto los contratos de compraventa de viviendas suscritos por D. Ildefonso y D. Gaspar con la entidad Eve Marina S.L., con fechas 22 y 19 de febrero de 2007 respectivamente, por incumplimiento contractual de la demandada Eve Marina S.L., condenando a ésta abonar a los actores las cantidades 54.988 euros a Ildefonso y la suma de 53.072 euros a Gaspar , más intereses legales, manteniendo los pronunciamientos de la sentencia apelada relativos a Banco Vitalicio y sin realizar pronunciamiento en relación a las costas procesales de la alzada y con imposición a la parte demandada Eve Marina de las costas procesales devengadas en la primera instancia por la parte actora y a ésta se impone el pago de las costas procesales causadas a Banco Vitalicio en la primera instancia y en la alzada.*

**TERCERO** .- **1.-** Contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación la representación procesal de los actores D. Gaspar Y D. Ildefonso , basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- El apartado 2 del art. 477 de la LEC en su ordinal 3º dispone que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia "cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional", estableciendo su apartado 3 que "se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".

Segundo motivo.- De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 ordinal 3º del art. 477 de la LEC en relación con el apartado 3 de la citada disposición legal "la resolución del recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales".

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de junio de 2013 aclarado en fecha 14 de enero de 2014, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros, (antes Banco Vitalicio de España, Cia. Anónima de Seguros y Reaseguros) presentó escrito de oposición al mismo.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del pleno de la Sala el día 17 de diciembre del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .-Constan en el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida las siguientes consideraciones, esencialmente, probatorias:

*"De la valoración conjunta de los medios de prueba practicados en la primera instancia, en concreto, requerimientos notariales enviados a Eve Marina, documentos nº 4, documento nº 27 y acta notarial de fecha 10 de septiembre de 2010, del certificado expedido por el Ayuntamiento de Jerez de fecha 21 de enero de 2011 (y de los documentos privados aportados en la alzada y admitidos como medio de prueba en virtud de lo dispuesto en el art. 460.1 y 270.1 de la LEC ), se puede concluir en un proceso lógico y razonable de valoración probatoria que Eve Marina ha incurrido en incumplimiento grave e imputable de la obligación de entrega de los inmuebles adquiridos por los compradores, hoy demandantes-apelantes, dado que no ha llegado a concluir la construcción de los inmuebles objeto de los contratos de compraventa, incumpliendo la obligación de entrega de los mismos contractualmente asumida. Resulta de especial interés probatorio el contenido de la certificación expedida por la Secretaría General de Ayuntamiento de esta ciudad con fecha 21 de enero de 2011. En la misma se exponen los diversos avatares por los que ha atravesado la licencia urbanística otorgada a Eve Marina con fecha 27 de diciembre de 2007, concluyéndose que la licencia Reform-2006/16 tiene los plazos de ejecución de las obras*



proyectadas vencidos por lo que se ha decretado la caducidad de la licencia, que la entidad promotora solicitó con fecha 23 de marzo de 2009 la renovación de la licencia, habiendo sido requerida para la presentación de documentación, requerimiento que no ha sido cumplimentado. Al mismo tiempo se hace constar que las obras objeto de la licencia urbanística no han sido terminadas y por tanto no se ha solicitado la licencia de ocupación de las citadas obras. Dicha prueba documental viene a poner de manifiesto que en la fecha de presentación de la demanda, 3 de septiembre de 2009, la licencia urbanística para la ejecución de las obras estaba caducada por vencimiento de los plazos concedidos y que los trámites posteriormente iniciados para obtener la renovación de la licencia no fueron debidamente cumplimentados por la entidad Eve Marina, lo que dio lugar al archivo del expediente, habiéndose decretado la caducidad de la licencia. También resulta de relevancia probatoria el acta notarial levantado con fecha 10 de septiembre de 2010, en plena tramitación de este proceso, en la que el Sr. Notario constata la paralización de las obras, estado que se puede comprobar y aparece reflejado en las fotografías incorporadas a dicha acta. Con base a estos elementos probatorios puede concluirse en un proceso lógico y razonable de valoración probatoria que debido al estado de paralización total de las obras y debido a la caducidad de la licencia de obras correspondiente, el cumplimiento de la obligación de entrega de las viviendas en la fecha pactada se presentaba como un imposible. No se puede obviar que durante la tramitación del proceso cuando ya se había alcanzado el plazo para la entrega se ha podido constatar mediante el acta notarial aportado como medio de prueba en el acto de la audiencia previa que la obra permanecía paralizada. Por tanto, no nos basamos en meras suposiciones e hipótesis sino en hechos acreditados".

Igualmente consta acreditado por la documental aportada que por EVE MARINA S.L., como promotora, se contrató póliza de fianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta, con BANCO VITALICIO DE ESPAÑA S.A., figurando como tomadora la promotora y como asegurados, Gaspar y Ildefonso, en sendas pólizas individuales.

Consta como art. 3, 3.1 de las pólizas lo siguiente: "Garantía cubierta por la Compañía.

3.1.1. La Compañía BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS queda obligada al pago de una indemnización al Asegurado titular de la presente Póliza Individual de Seguro de Afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas, en los términos, límites y condiciones establecidos en la misma y en sus eventuales suplementos o apéndices, cuando ocurran todas y cada una de las siguientes circunstancias:

1 Que las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante ingreso en la Cuenta Especial a que se refiere la condición segunda del artículo primero de la Ley 57/1968, y que se identifica en las Condiciones Particulares.

2 Que la construcción de la vivienda no se inicie o no llegue a buen fin, es decir, no se termine, no finalice en el plazo convenido en el Contrato de Cesión de vivienda indicado en la Póliza Individual de Seguro de Afianzamiento y eventuales suplementos o apéndices de prórroga de vencimiento, o, terminada, no se haya entregado al Asegurado, o no se haya obtenido la Licencia de Primera Ocupación o Cédula de Habitabilidad, o Cédula de Calificación Definitiva en promociones de Vivienda Protegida.

3 Que se haya requerido notarialmente o de otra manera indubitada al Tomador del Seguro promotor de las viviendas y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta más los correspondientes intereses legales del dinero.

3.1.2. El Capital Asegurado está compuesto por los anticipos entregados por el comprador Asegurado al promotor Tomador del Seguro, incrementados con el interés legal del dinero.

3.1.3. La indemnización a percibir por el Asegurado no podrá ser nunca superior a la suma del importe de los anticipos efectivamente realizados, que constan detallados en las Condiciones Particulares de esta Póliza Individual de Seguro de Afianzamiento, más sus correspondientes intereses legales". (Hoja 3 de la póliza).

En el art. 6 de la póliza figuran como exclusiones de la garantía del seguro:

6.2 "Cuando las cantidades anticipadas cuya devolución se garantiza no hayan sido ingresadas y depositadas en la Cuenta Especial especificada en las Condiciones Particulares".

**SEGUNDO** .- Por el Juzgado se desestimó la demanda interpuesta contra la vendedora y la aseguradora, al entender que no se había producido incumplimiento en el plazo de entrega por la vendedora.

Por la Audiencia Provincial se estimó parcialmente el recurso de apelación entendiéndose que no se había respetado el plazo de entrega de las viviendas, constando la paralización total de las obras, por lo que condenaba a la promotora al pago de las cantidades anticipadas.



Sin embargo no condenaba a la aseguradora al entender que las cantidades no se habían ingresado en la cuenta especial prevista en las pólizas, pese a que era una cláusula de exclusión del riesgo, la cual fue firmada por los asegurados.

**TERCERO.-** *Motivo primero. El apartado 2 del art. 477 de la LEC en su ordinal 3º dispone que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia "cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional", estableciendo su apartado 3 que "se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".*

*Motivo segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 ordinal 3º del art. 477 de la LEC en relación con el apartado 3 de la citada disposición legal "la resolución del recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales".*

*Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente .*

Se alega por los recurrentes que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial que emana de sentencia nº 212 de 2001, de 8 de marzo (recurso 113 de 1996 ), sentencia nº 1235 de 1998, de 30 de diciembre (recurso 2168 de 1994 ) y sentencia de 7 de junio de 1983 , en las que se refiere que es a la entidad vendedora a quien incumbe la obligación de ingresar las cantidades anticipadas en la cuenta especial.

Igualmente se citan sentencias de Audiencias Provinciales que se pronuncian de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y, en contra, por tanto, de la seguida por la sentencia recurrida.

Esta Sala debe resaltar que el artículo primero de la Ley 57/1968 de 27 de julio , sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, declara que los promotores de construcciones, que pretendan recibir de los adquirentes entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir "las condiciones siguientes"... percibir las cantidades "a través de una Entidad bancaria o caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial...".

Es decir, la ley impone al promotor la obligación de depositar las cantidades anticipadas en una cuenta especial, al efecto designada, pero nunca impone dicha obligación al comprador.

El artículo séptimo de la mencionada ley declara que los derechos que reconoce la referida norma "a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables".

En interpretación de las referidas normas declara la sentencia de esta Sala nº 212 de 2001, de 8 de marzo , que si el ingreso de las cantidades anticipadas se efectuó en cuenta diferente de la especificada en la póliza de seguros, ello es una cuestión "a dirimir entre la aseguradora y la parte vendedora".

En el mismo sentido las sentencias nº 1235 de 1998, de 30 de diciembre y de 7 de junio de 1983 .

En la estipulación II,7 de los contratos de compraventa, era la parte vendedora la que se comprometía a ingresar las cantidades percibidas en la cuenta especial.

No puede pretender la aseguradora que los derechos reconocidos legalmente al comprador puedan renunciarse en la póliza de seguros, que firma como asegurado, que no tomador ( art. 7 de la Ley de Contratos de Seguro ).

Declara esta Sala que el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor, como dijimos, siendo irrenunciable el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecer la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor de acuerdo con la Ley 57/1968, dada la irrenunciabilidad mencionada, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro.

En este sentido, en la sentencia de 3 de julio de 2013, recurso 254 de 2011 , declaramos la prioritaria eficacia de lo previsto en la Ley 57/1968 sobre lo pactado por las partes, incluso en cuanto a las cantidades a devolver.

Igualmente en sentencia de 7 de mayo de 2014; recurso 828 de 2012 declaramos:

*La referida limitación cuantitativa, por debajo de las cantidades entregadas, viola el artículo séptimo de la Ley 57/1968 cuando determina la irrenunciabilidad de los derechos de los cesionarios, pues la ley establece un contenido normativo y obligatorio para los avales o seguros, en su caso, que garantizan las cantidades entregadas a cuenta, cuya cobertura no podrá ser inferior a las sumas entregada por los compradores.*



**CUARTO** .- Estimado el motivo y asumida la instancia condenamos a BANCO VITALICIO DE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, hoy GENERALI ESPAÑA S.A., a que abone, de forma solidaria con EVE MARINE S.L. (ya condenada) a D. Ildefonso la cantidad de 54.998.- euros y a D. Gaspar la cantidad de 53.072.- euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, que son los solicitados en el recurso de casación.

Se declara como doctrina jurisprudencial:

1. De acuerdo con el art. 2 de la Ley 57/1968 , es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir.
2. La irrenunciabilidad de los derechos por el comprador que establece el art. 7 de la Ley 57/1968 , impide que en el contrato que asegure o avale las cantidades anticipadas, se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial.

Es decir, no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial.

**QUINTO** .- Estimado el recurso de casación no procede imponer las costas derivadas del mismo ( arts. 394 y 398 LEC ).

Estimada la demanda, se imponen a la demandada GENERALI ESPAÑA, S.A., las costas que en la primera instancia generara su oposición.

No procede expresa imposición de las costas de la apelación, al estimarse el recurso de la parte demandante. Esta exención de costas incluye las causadas a la aseguradora en la segunda instancia.

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

## FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Gaspar y D. Ildefonso representados por la Procuradora D.ª Paloma Ortiz Cañabate Levenfeld contra sentencia de 2 de julio de 2012 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera .

2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el sentido de condenar a BANCO VITALICIO DE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, hoy GENERALI ESPAÑA S.A., a que abone, de forma solidaria con EVE MARINE S.L. (ya condenada) a D. Ildefonso la cantidad de 54.998.- (cincuenta y cuatro mil novecientos noventa y ocho) euros y a D. Gaspar la cantidad de 53.072.- (cincuenta y tres mil setenta y dos) euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

3. Se declara como doctrina jurisprudencial lo siguiente:

- a) De acuerdo con el art. 2 de la Ley 57/1968 es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir.
- b) La irrenunciabilidad de los derechos por el comprador, que establece el art. 7 de la Ley 57/1968 , impide que en el contrato que se aseguren o avalen las cantidades anticipadas se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial como condición para que queden aseguradas

4. No procede imposición en las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

Se imponen a la aseguradora demandada las costas de la primera instancia causadas por su oposición.

No procede expresa imposición de las costas de la apelación.

5. Se mantiene la sentencia recurrida en cuanto condena a EVE MARINA S.L.

6. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jose Luis Calvo Cabello. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ