



Roj: **STS 3644/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3644**

Id Cendoj: **28079110012020100570**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2020**

Nº de Recurso: **2600/2017**

Nº de Resolución: **587/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 1650/2017,**
STS 3644/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 587/2020

Fecha de sentencia: 10/11/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2600/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a

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

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2600/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 587/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán



D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 10 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandante Borondo Inversiones, S.L., representada por la procuradora D.^a Mercedes Caro Bonilla bajo la dirección letrada de D. Carlos Haering Rodríguez, contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2017 por la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 205/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1784/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fuengirola sobre restitución de cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción. Ha sido parte recurrida la demandada Cajas Rurales Unidas, Sociedad Cooperativa de Crédito -Cajamar Caja Rural-, representada por la procuradora D.^a Marta Ureba Álvarez-Ossorio bajo la dirección letrada de D.^a Esther Salmerón Manzano.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El 13 de noviembre de 2012 se presentó demanda interpuesta por Borondo Inversiones S.L. contra Caja Rural Intermediterránea Sociedad Cooperativa de Crédito -Cajamar- solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"Se DECLARE la responsabilidad solidaria de la demandada respecto de las cantidades abonadas por mi representado e ingresadas en la entidad demandada por la promotora BRISAMAR CUATRO S.L. en los términos de la Ley 57/68.

"Y en consecuencia CONDENE a la demandada a abonar a BORONDO INVERSIONES S.L. la cantidad de CIENTO CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN EUROS CON SETENTA Y TRES CÉNTIMOS (142.861,73€), cantidad que se corresponde con las entregas a cuenta y así mismo se condene a la demandada a abonar los intereses legales devengados desde las distintas entregas parciales, tal y como en su día declaró la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga que se acompaña como documento adjunto número 3.

"Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fuengirola, dando lugar a las actuaciones n.º 1784/2012 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció como Cajas Rurales Unidas, Sociedad Cooperativa de Crédito -Cajamar Caja Rural-, y contestó a la demanda planteando las excepciones de cosa juzgada material y falta de legitimación activa y pasiva, alegando la prescripción de la acción, oponiéndose también en cuanto al fondo y solicitando el sobreseimiento por estimación de la primera excepción o, en su caso, la íntegra desestimación de la demanda, con imposición de costas a la demandante en cualquiera de los casos.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez titular del mencionado juzgado dictó sentencia el 29 de octubre de 2013 con el siguiente fallo:

"Que estimando como estimo la demanda formulada por Borondo Inversiones S.L., frente a Cajamar Caja Rural, debo condenar y condeno a dicha demandada a que abone a la actora la suma de 142.861,73 euros con carácter subsidiario a la entidad promotora, con más los intereses legales procedentes, y al pago de las costas procesales".

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 205/2014 de la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, esta dictó sentencia el 10 de febrero de 2017 con el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de apelación formulado por la Procuradora D.^a María Isabel Luque Rosales en nombre y representación de CAJAMAR CAJA RURAL, con revocación de la sentencia dictada el 29 de Octubre de 2013 en el Juicio Ordinario N° 1784/2012 por el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Fuengirola, debemos absolver y absolvemos a la anterior parte recurrente de los pedimentos deducidos contra ella en la demanda formulada por Borondo Inversiones S.L., sin expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia y en esta alzada".

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, articulado en tres motivos con los siguientes enunciados:



"1. De la infracción, en concepto de interpretación y aplicación errónea de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a los efectos positivos de la cosa juzgada en la aplicación de la ley 57/68, al contravenir lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 9 de marzo de 2016, nº 142/2016, rec. 2648/2013, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S21-12-2016, nº 744/2016, rec. 2856/2014, y la Sentencia de 5 de junio de 2014, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, EDJ 2014/105264".

"2. De la infracción en concepto de interpretación y aplicación errónea de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la aplicación de los artículos 1, 3 y 7 de la ley 57/68 al contravenir la interpretación y lo dispuesto en la Sentencia de 1 de junio de 2016 de la Sala 1ª, nº 360/2016, rec. 246/2014 y la Sentencia del Tribunal Supremo nº 486/2015, de 9 de septiembre de 2015".

"3. De la infracción, en concepto de interpretación y aplicación errónea de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la aplicación del artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y del Real Decreto 515/1989, al contravenir la interpretación y lo dispuesto en la Sentencia de 1 de junio de 2016 de la Sala 1ª nº 360/2016, rec. 246/2014, y la Sentencia del Tribunal Supremo nº 486/2015, de 9 de septiembre de 2015".

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes, el recurso fue admitido por auto de 11 de septiembre de 2019, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso solicitando su desestimación tanto por causas de inadmisión como por razones de fondo, con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 19 de octubre 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 4 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar mediante el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil ahora recurrente, compradora de dos viviendas en construcción pertenecientes a la misma promoción, después de haber resuelto judicialmente dichos contratos por incumplir la promotora sus obligaciones contractuales formuló la demanda origen de este litigio contra la entidad bancaria hoy recurrida interesando se la declarase solidariamente responsable de la devolución de las cantidades anticipadas más sus intereses por su condición de avalista colectiva y, además, receptora de los anticipos. La demandante-recurrente se consideraba amparada por las garantías de la Ley 57/1968 por haberse pactado expresamente su aplicación y la sentencia recurrida desestimó la demanda negando este último extremo.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1. No se discuten o constan probados estos hechos:

1.1. Con fecha 18 de noviembre de 2003 la mercantil Borondo Inversiones, S.L. (en adelante Borondo), cuyo objeto social era la promoción inmobiliaria (doc. 3 de la contestación a la demanda), y la promotora Brisamar Cuatro S.L. (en adelante Brisamar), suscribieron dos contratos de compraventa de viviendas en construcción (docs. 1 y 2 de la demanda) cada uno de los cuales tenía por objeto una vivienda perteneciente al complejo residencial "Urbanización Palmeras de Calahonda", ubicado en el término municipal de Mijas (Málaga).

La entrega de las viviendas se fijó para el 6 de diciembre de 2006.

1.2. Siguiendo el calendario de pagos pactado, la entidad compradora anticipó a la promotora, a cuenta del precio de las viviendas (244.370,88 y 250.801,58 euros respectivamente, IVA incluido en ambos casos), un total de 142.861,73 euros.

1.3. Para garantizar su devolución, en la cláusula cuarta *in fine* se pactó lo siguiente:

"[...] Las cantidades entregadas a cuenta serán garantizadas mediante aval bancario, siendo todos los gastos generados de la emisión de dichos avales de cuenta de la parte vendedora".

En los contratos también se incluyó una cláusula, la sexta, sobre la facultad resolutoria de las partes para el caso de incumplimiento de la contraria, en la que, al referirse a la resolución a instancia de la vendedora por incumplimiento de la compradora, se decía que dicha facultad podría ejercitarse por la vendedora llegada la fecha límite para el otorgamiento de la escritura si esta no se otorgaba "[...]" por causas imputables a la compradora, bien directamente o bien por circunstancias cualesquiera que sean dependientes del tercero designado por el comprador como beneficiario del otorgamiento de la escritura pública "[...]".



1.4. Con fecha 27 de enero de 2004 la promotora y la Caja Rural Intermediterránea, Sociedad Cooperativa de Crédito, hoy Cajas Rurales Unidas, Sociedad Cooperativa de Crédito (en adelante Cajamar), suscribieron una póliza de línea de avales (doc. 5 de la demanda).

En la documentación contractual, dentro del apartado referido al "objeto del contrato", se decía lo siguiente:

"El presente contrato tiene carácter mercantil y se formaliza para garantizar a CAJAMAR, por el Afianzado, como promotor libre de viviendas, frente a los compradores de las mismas y mediante la emisión de los correspondientes avales individualizados, la devolución de las cantidades entregadas por éstos en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario domiciliado en la cuenta especial a la que más adelante se alude [...] más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido, y todo ello de conformidad con lo establecido en la Ley 57/1968 de 27 de julio de 1968 y Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999 [...]".

1.5. En virtud de sentencia firme dictada con fecha 20 de octubre de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, en autos de juicio ordinario n.º 365/2009 (doc. 5 de la demanda), íntegramente estimatoria de la demanda promovida por la parte compradora contra la promotora, se declararon resueltos los contratos de compraventa antes mencionados y se condenó a la promotora a devolver las cantidades anticipadas (142.861,73 euros) más sus intereses legales desde sus respectivas entregas, todo ello por considerarse probado el incumplimiento de la promotora de sus obligaciones contractuales de entregar las viviendas en plazo y de entregar las garantías pactadas ("existe el incumplimiento de la obligación de entrega a la actora del aval de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato de compraventa y de la propia Ley 57/1968", fundamento de derecho segundo, párrafo segundo, de la sentencia).

1.6. En marzo de 2012 la compradora solicitó la práctica de diligencias preliminares para que por Cajamar se exhibiera la póliza colectiva suscrita con la promotora. En la comparecencia celebrada el 15 de octubre del mismo año (doc. 6 de la demanda) Cajamar aportó copia de la citada póliza y admitió no haber expedido avales individuales en favor de la compradora.

2. Con fecha 13 de noviembre de 2012 la compradora presentó la demanda de este litigio pidiendo se declarase la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria demandada y se la condenara a devolver a la compradora el total de las cantidades anticipadas por esta más los intereses legales desde sus respectivas entregas.

En lo que ahora interesa alegaba, en síntesis, que una vez declarada por sentencia firme la responsabilidad de la promotora, también Cajamar debía responder de la devolución de los anticipos y sus intereses, tanto por su condición de avalista colectivo, pese a no haber hecho entrega de aval individual en los términos establecidos en la estipulación cuarta de los contratos de compraventa, como por ser la receptora de las cantidades ingresadas en la cuenta especial habilitada a tal efecto.

3. Cajamar se opuso a la demanda alegando, en síntesis y en lo que ahora interesa: (i) efecto de cosa juzgada material de la sentencia firme dictada en el pleito precedente contra la promotora, porque lo solicitado en este segundo pleito contra Cajamar en concepto de cantidades anticipadas y sus intereses ya había sido objeto de reclamación en aquel, siendo por ello lo procedente haber instado la ejecución de dicha sentencia, y, además, porque una vez acreditada en aquel primer litigio la falta de entrega de aval por la promotora como fundamento de la resolución de los contratos, no procedía exigirse responsabilidad como avalista a Cajamar; (ii) en consecuencia, falta de legitimación activa de la demandante y pasiva de Cajamar, por no tener esta la condición de avalista; (iii) prescripción de la acción por el transcurso del plazo de un año del art. 1968.2 CC; (iv) inexistencia de aval individual, que en todo caso estaría cancelado; (v) falta de ingreso de las cantidades anticipadas objeto de reclamación en la cuenta especial de la promoción; y (vi) falta de condición de consumidor de la mercantil demandante y consecuente no aplicación al caso de la Ley 57/1968, toda vez que su actividad era la promoción inmobiliaria "y más concretamente la compraventa de bienes inmobiliarios por cuenta propia" (doc. 3 de la contestación).

4. La sentencia de primera instancia estimó totalmente la demanda.

En lo que interesa razonó, en síntesis, lo siguiente: (i) inexistencia de cosa juzgada (hay que entender que en sentido negativo) por no darse los requisitos legales, sin perjuicio de que debiera estarse a lo resuelto en la sentencia del pleito contra la promotora "como antecedente lógico" de lo que debía resolverse en este segundo; (ii) inexistencia de prescripción de la acción contra Cajamar porque, aunque pudiera considerarse su responsabilidad de tipo extracontractual, la parte compradora demandante no precisó cuándo había tenido conocimiento del daño y, por lo tanto, no fijó día inicial para el cómputo de dicho plazo; y (iii) legitimación activa de la demandante y pasiva de Cajamar, ya que la primera anticipó a la promotora las cantidades objeto de reclamación y la entidad bancaria demandada, que además financiaba la promoción, fue receptora de las



mismas, pese a lo cual no veló como debía por el "correcto discurrir de la relación de afianzamiento, vigilando su cumplimiento, y exigiendo al promotor el cumplimiento de las garantías debidas a los adquirentes", lo que debía hacer "bajo su responsabilidad".

5. La sentencia fue apelada por Cajamar por los mismos fundamentos de su contestación a la demanda, entre ellos, y por lo que ahora interesa, la no condición de consumidor de la compradora y la consiguiente inaplicación al caso del régimen tuitivo de la Ley 57/1968.

6. La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de Cajamar, desestimó íntegramente la demanda sin imponer las costas de las instancias a ninguna de las partes.

En síntesis, razona lo siguiente: (i) no concurre la excepción de cosa juzgada porque la jurisprudencia considera que la acción del comprador contra el promotor y contra el garante (avalista o aseguradora) son acciones distintas, y por ello permite al comprador dirigirse simultáneamente contra todos ellos o hacerlo únicamente contra uno, no exigiendo que se deba instar previamente la resolución del contrato para demandar únicamente al garante; (ii) no cabe apreciar prescripción de la acción porque estamos ante una responsabilidad legal sujeta al régimen de prescripción general de las acciones personales del art. 1964 CC; (iii) las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva no pueden analizarse anticipadamente por su relación con el fondo; (iv) es aplicable al caso la jurisprudencia de que la Ley 57/1968 no es aplicable a los compradores que sean profesionales del sector inmobiliario o a los que, sin serlo, compren como inversión, con ánimo de revender, por haber planteado Cajamar esta cuestión tanto al contestar a la demanda como en su recurso de apelación y constar probado que la demandante es una mercantil cuyo objeto social es la promoción inmobiliaria, que sus dos administradores solidarios son de nacionalidad británica, que fueron dos los inmuebles que se compraron y, en fin, que en los dos contratos se incluyó un pacto expreso "para el supuesto de que el destinatario final de la vivienda no sea la compradora" (cláusula "Sexta"); (v) no es óbice para dicha conclusión lo que la parte compradora adujo -y la sentencia de primera instancia aceptó- sobre el efecto prejudicial de la sentencia dictada en el litigio anterior seguido contra la promotora, pues las acciones contra ella eran distintas de las deducidas ahora contra Cajamar y "no puede constituir cosa juzgada en este procedimiento que la sentencia recaída en el juicio declarativo anterior seguido contra la vendedora resuelva que esta ha incumplido los deberes que le imponen el contrato y la Ley 57/1968, pues en este procedimiento no era objeto de análisis la legitimación activa de la demandante que en todo caso la tenía como compradora frente a la vendedora, y en el enjuiciado se analiza la legitimación activa de la compradora en su condición de consumidora frente a la entidad avalista"; y (vii) en suma, dados los términos en que se previó la cesión de las compraventas a un tercero y el objeto social de la mercantil demandante, cabe concluir que en este caso la compra de dos viviendas de la misma promoción tuvo una finalidad inversora, conclusión no desvirtuada por el tenor de la cláusula cuarta de los contratos ya que de la misma no cabe deducir la existencia de pacto alguno entre compradora y promotora para someterse al régimen de garantías de la Ley 57/1968.

7. Contra dicha sentencia la entidad compradora ha interpuesto recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, fundamentalmente centrado en la cuestión referente a la aplicación de las garantías de la Ley 57/1968 cuando expresamente se ha pactado, con independencia de que el comprador tenga o no la condición de inversor. La entidad bancaria recurrida se ha opuesto al recurso solicitando su desestimación tanto por causas de inadmisión como por razones de fondo.

SEGUNDO.- El recurso se articula en tres motivos distintos aunque estrechamente relacionados entre sí, cada uno de los cuales se introduce con un encabezamiento en letra negrita y precedido del correspondiente ordinal pero con una estructura más próxima a un escrito de alegaciones que a las exigencias formales de un recurso extraordinario.

El motivo primero dice fundarse en interpretación y aplicación errónea de la jurisprudencia sobre los efectos positivos de la cosa juzgada porque la sentencia recurrida, al negar que la sentencia firme del anterior proceso contra la promotora tenga ahora efectos vinculantes en cuanto al voluntario sometimiento de las partes al régimen de garantías de la Ley 57/1968, es contraria a la jurisprudencia representada por las sentencias que se citan (142/2016, de 9 de marzo, 744/2016, de 21 de diciembre, y 5 de junio de 2014). En su desarrollo se aduce, en síntesis: (i) que la sentencia del litigio precedente declaró que procedía resolver los contratos por el incumplimiento de la promotora derivado no solo del retraso en la entrega de las viviendas, sino también de la falta de entrega del aval al que la promotora se había comprometido en virtud de lo establecido en la cláusula cuarta de los contratos y del art. 3 de la Ley 57/1968; y (ii) que, en consecuencia, ese pronunciamiento sobre la voluntaria sumisión de las partes a la Ley 57/1968 constituye un antecedente lógico del que se ha de partir para resolver la controversia en este segundo litigio, que no ha sido respetado por la sentencia recurrida.

El motivo segundo dice fundarse en interpretación y aplicación errónea de la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los arts. 1, 3 y 7 de la Ley 57/1968, contenida en las sentencias que se citan y extractan, 360/2016,



de 1 de junio, y 486/2015, de 9 de septiembre. En su desarrollo se argumenta, en síntesis, (i) que aunque la sentencia recurrida desestima la demanda con base en que la demandante no tiene la condición de consumidor y, por ello, no le es aplicable la Ley 57/1968, sin embargo la jurisprudencia admite que, en virtud de pacto, pueda aplicarse el régimen de garantías de dicha ley a un comprador no consumidor porque, en tal caso, "la sujeción del aval al régimen de la Ley 57/1968 provendrá de lo pactado entre las partes, no de la propia ley ni de su interpretación jurisprudencial"; y (ii) que este ha sido el caso, porque dicho pacto de sumisión a la Ley 57/1968 se incluyó en la cláusula cuarta de los contratos de compraventa y, en virtud del mismo, Cajamar suscribió con la promotora una póliza de línea de avales en la que, al definir el objeto de ese contrato, expresamente se mencionaba la Ley 57/1968.

El motivo tercero dice fundarse en interpretación y aplicación errónea de la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre el art. 1.2 LDCU 1984, al contravenir la sentencia recurrida lo resuelto en casos que se dicen similares por las referidas sentencias 360/2016 y 486/2015. En su desarrollo se argumenta, en síntesis, (i) que en los contratos de compraventa se pactó reconocer a la mercantil compradora la condición de consumidora a los efectos de aplicarle la normativa propia de los consumidores y usuarios; y (ii) que si la jurisprudencia de esta sala permite que se aplique la Ley 57/1968 a compradores no consumidores en caso de que así se haya pactado, el que ambas partes se remitieran a la LDCU debe servir, por analogía, para considerar que quisieron que se aplicara la Ley 57/1968.

Cajamar ha interesado la desestimación del recurso por inadmisibile y también por razones de fondo, alegando, en síntesis, (i) que concurren las causas de inadmisión de existencia de defecto de forma insubsanable y carencia manifiesta de fundamento, en cuanto a la primera porque lo que en puridad se plantea en casación es una cuestión estrictamente procesal, como es la procedencia de reconocer valor de cosa juzgada en sentido positivo o prejudicial a la sentencia del litigio precedente, y en cuanto a la segunda causa de inadmisión por la reciente resolución de otros recursos sustancialmente iguales (en concreto, porque recientemente esta sala ha dictado sentencia 161/2018, de 21 marzo, en el sentido de considerar que la Ley 57/1968 es inaplicable a una sociedad mercantil que compró varias viviendas con finalidad inversora); y (ii) que en todo caso el recurso debe ser desestimado por razones de fondo, porque la Ley 57/1968 no es aplicable al caso al constar acreditado que la demandante es una mercantil que compró las viviendas con fines de inversión y no con una finalidad residencial, porque no es cierto que haya existido pacto expreso entre las partes para extender el régimen de garantías de la Ley 57/1968 a la compradora inversora, toda vez que no es verdad que la estipulación cuarta de los contratos de compraventa se remitiera expresamente a dicha ley, y, en fin, porque tampoco se puede deducir ese pacto de sumisión a la Ley 57/1968 del mero hecho de que se otorgara un aval colectivo pues precisamente la circunstancia de que la compradora fuera inversora fue lo que determinó que no se le entregaran avales individuales.

TERCERO.- Los óbices de admisibilidad alegados, dada la estrecha relación entre los motivos del recurso, no permiten inadmitirlo en su totalidad, por más que en la formulación de alguno de esos motivos sí se haya incurrido en graves defectos de formulación.

Esta conclusión se funda en que, según la jurisprudencia (entre las más recientes, sentencias 453/2020, de 23 de julio, y 452/2020, de 21 de julio), es suficiente para superar el test de admisibilidad la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso partiendo del respeto a los hechos probados, requisitos que se cumplen en el planteamiento de la cuestión nuclear del recurso -denominador común de los tres motivos con independencia de las diferentes perspectivas a que responden individualmente-, consistente en la procedencia de aplicar la Ley 57/1968 a la sociedad mercantil demandante, pese a que su condición de inversora no se discute, en virtud de la existencia - según la parte recurrente- de un acuerdo expreso con la vendedora en tal sentido que - también a juicio de la recurrente- fue determinante para que la sentencia firme dictada en pleito anterior contra la promotora considerase aplicables al caso las garantías de la Ley 57/1968.

CUARTO.- Centrada, pues, la cuestión en si la Ley 57/1968 era o no aplicable en favor de la compradora demandante, una sociedad limitada, la doctrina aplicable al caso es la resumida en la sentencia 161/2018, de 21 de marzo, con cita de las sentencias 33/2018, de 24 de enero, 582/2017, de 26 de octubre, 675/2016, de 16 de noviembre, 420/2016, de 24 de junio, 360/2016, de 1 de junio - con cita, a su vez, de la 486/2015, de 9 de septiembre-, y 706/2011, de 25 de octubre, según la cual la Ley 57/1968 no es aplicable a las compraventas de viviendas con finalidad no residencial, sean o no profesionales los compradores, jurisprudencia que se reitera en las sentencias 36/2020, de 21 de enero, 460/2020, de 3 de septiembre, y 567/2020, de 28 de octubre.

En primer lugar debe reiterarse que, según esta jurisprudencia, tal y como precisó la sentencia 420/2016, la expresión "toda clase de viviendas" empleada en la d. adicional 1.ª de la LOE ha de entenderse en el sentido de que elimina cualesquiera dudas que pudieran reducir el nivel de protección de los compradores por razón de la forma de promoción o del régimen de la vivienda que compren, pero no puede equipararse a "toda clase de



compradores" para, así, extender la protección a los profesionales del sector inmobiliario o a los compradores especuladores, pues entonces no se entendería la razón de que el art. 7 de la Ley 57/1968 atribuya "el carácter de irrenunciables" a los derechos que la propia Ley 57/1968 otorga a los compradores ("cesionarios").

En este sentido la ya citada sentencia 161/2018 recuerda que, a la hora de apreciar la existencia de finalidad inversora, "la sentencia 360/2016 consideró ajeno al ámbito de protección de la Ley 57/1968 a un promotor inmobiliario inglés que invertía en España comprando viviendas de futura construcción en la provincia de Granada, la 420/2016 ponderó que el comprador había omitido cualquier referencia al destino de las viviendas que pretendía adquirir y la 675/2016 otorgó relevancia, entre otras razones, al hecho de que los compradores "ni tan siquiera explicaran en su demanda para qué compraron dos viviendas de alto precio en un mismo conjunto residencial".

En segundo lugar, también debe insistirse en el alcance o relevancia que dicha jurisprudencia ha dado al pacto -en caso de que lo haya- entre las partes compradora y vendedora sobre la constitución de garantías a cargo de la segunda cuando la compra esté destinada a inversión. Así, la sentencia 161/2018 recuerda que ya la sentencia 706/2011, de 25 de octubre, consideró irrelevante dicho pacto, y que la sentencia 360/2016, de 1 de junio (citada en este mismo sentido por la 33/2018, de 24 de enero), declaró:

"Lo antedicho no queda desvirtuado por la circunstancia de que esta sala, por ejemplo en la sentencia 486/2015, de 9 de septiembre, admita que el comprador no consumidor y el vendedor puedan pactar en el contrato de compraventa la obligación del vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas y la sujeción de la garantía a lo establecido en la Ley 57/1968, porque en tal caso, como revela la motivación íntegra de dicha sentencia, la sujeción del aval al régimen de la Ley 57/1968 provendrá de lo pactado entre las partes, no de la propia ley ni de su interpretación jurisprudencial".

La propia sentencia 161/2018 puntualiza que tal doctrina ha sido aplicada incluso cuando, a diferencia de este caso, el banco sí hubiese entregado a la sociedad compradora el aval por las cantidades anticipadas (sentencia 486/2015, de 9 de septiembre).

En suma, si existe pacto entre un comprador inversor y la promotora por el cual esta se obligue a garantizar la devolución de las cantidades anticipadas, la garantía se regirá por lo pactado y no por el régimen tuitivo de la Ley 57/1968 y su jurisprudencia, lo que implica que no sea aplicable al comprador inversor la doctrina jurisprudencial sobre la efectividad de las pólizas colectivas en ausencia de aval individual. En este sentido, la citada sentencia 161/2018 razona:

"Lo que nunca ha declarado esta sala es que un pacto estrictamente privado entre una sociedad del sector inmobiliario y una promotora-vendedora por el que se acuerde entre ambas la aplicación de la Ley 57/1968 vincule a un banco que tiene concertada con la promotora-vendedora una póliza colectiva de aval para la promoción de que se trate, pues la jurisprudencia de esta sala sobre la efectividad de las pólizas colectivas se funda en la protección que la Ley 57/1968 dispensa a los compradores incluidos en su ámbito, no a los profesionales del sector inmobiliario ni a los particulares que compran para invertir, pues de otra forma no se comprendería por qué el art. 7 de dicha ley declare irrenunciables los derechos de los compradores".

Y más recientemente la también citada sentencia 36/2020 ha precisado que:

"3.º) 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.º) 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)".

CUARTO.- De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta al presente recurso se desprende que este ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.º) No se discute que la recurrente adquirió las viviendas con una finalidad inversora y no para satisfacer sus propias necesidades residenciales, lo que además corroboran múltiples datos que sirven de base fáctica a la decisión del tribunal sentenciador, como el objeto social de la demandante (la promoción inmobiliaria) o la previsión contractual (cláusula sexta) de que la compradora cediera sus derechos a terceros antes de escriturar.



2.ª) En estas circunstancias, la exclusión de la compradora del régimen protector de la Ley 57/1968 deriva de la propia ley y su interpretación jurisprudencial, y tampoco ese régimen resulta del contrato, puesto que, atendiendo a su tenor literal, de la estipulación cuarta solo resulta el compromiso de la promotora de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por la sociedad compradora, pero en modo alguno se deduce que las partes pactaran la sujeción al régimen de garantías de dicha ley, pues ni siquiera se la menciona.

3.ª) Del tenor de la póliza colectiva del aval tampoco se desprende que Cajamar asumiera frente a la sociedad compradora el compromiso de avalar individualmente sus anticipos conforme a lo previsto en la Ley 57/1968, pues no tenía la condición de compradora protegida por esta ley.

4.ª) La sentencia firme del litigio anterior contra la promotora declarando el incumplimiento de esta por no haber avalado los anticipos hechos por la sociedad compradora no puede producir efecto prejudicial contra la parte demandada en este segundo litigio, porque lo enjuiciado ahora es si el banco demandado estaba o no obligado a avalar a un comprador no amparado por la Ley 57/1968, razón a la que, para desestimar el motivo del recurso sobre la cosa juzgada, se unirían defectos formales tan evidentes como la omisión de la cita de alguna norma pertinente a lo planteado.

5.ª) En cuanto a la pretendida aplicación al caso del art. 1.2 LDCU 1984, para desestimarla basta recordar 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, finalidad que debe alegarse en la demanda y, tratándose de una sociedad mercantil como en este caso, probarse debidamente.

QUINTO.- Desestimado el recurso de casación procede, conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, imponer las costas a la parte recurrente, que conforme al apdo. 9 de la d. adicional 15.ª LOPJ, perderá el depósito constituido.

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 de casación interpuesto por la demandante Borondo Inversiones S.L. contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2017 por la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 205/2014.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- E imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

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.