



Roj: **STS 2806/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2806**

Id Cendoj: **28079110012020100445**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/09/2020**

Nº de Recurso: **2136/2017**

Nº de Resolución: **460/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 649/2017,**  
**STS 2806/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 460/2020**

Fecha de sentencia: 03/09/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2136/2017

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 16/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2136/2017

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. 460/2020**

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 3 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el demandante D. Cesareo, representado por el procurador D. Jacinto Gómez Simón bajo la dirección letrada de D. Roeland B.C. Van Passel, contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2017 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia en el recurso de apelación n.º 63/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 654/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Javier sobre restitución de cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Popular Español S.A. (actualmente Banco Santander S.A.), representada por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez bajo la dirección letrada de D. Agustín José María Sourviron de la Macorra.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 19 de diciembre de 2012 se presentó demanda interpuesta por D. Cesareo contra "Banco Popular S.A.", como entidad absorbente de "Banco de Andalucía S.A.", solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1) Se declare responsable solidario a la entidad Banco de Andalucía S.A. para responder de la totalidad de las cantidades entregadas.

" 2) Se condene a Banco de Andalucía por causa de su incumplimiento como avalista a devolver la totalidad de las cantidades entregadas por mis representados, y en consecuencia, proceder a la devolución del restante de las cantidades efectivamente satisfechas por mis representados, siendo en este caso 157.116,72€, más los intereses legales conforme al art. 3 de la Ley 57/1968 desde el día que fueron entregadas hasta su completo pago.

"Todo ello imponiendo las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Javier, dando lugar a las actuaciones n.º 654/2012 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció como Banco Popular Español S.A. y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas al demandante.

**TERCERO.-** Celebrada la audiencia previa, como la única prueba admitida fuese la documental, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 21 de abril de 2014 desestimando íntegramente la demanda con imposición de costas al demandante.

**CUARTO.-** Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandada y que se tramitó con el n.º 347/2014 de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, esta dictó sentencia el 16 de diciembre de 2014 estimando el recurso en el sentido de declarar la nulidad de la sentencia apelada y retrotraer las actuaciones al acto de la audiencia previa para que se admitiera la documental que había sido inadmitida y cualesquiera otras pruebas que las partes pudieran proponer y se considerasen pertinentes, y se siguiera el proceso por sus trámites hasta el dictado de nueva sentencia sobre el fondo, todo ello sin imponer las costas de la segunda instancia a ninguna de las partes.

**QUINTO.-** Repuestas las actuaciones al acto de la audiencia previa, como la única prueba admitida fuese la documental, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 18 de marzo de 2015 desestimando íntegramente la demanda con imposición de costas al demandante.

Por auto de 2 de julio de 2015 se resolvió "no acordar la subsanación y complemento" de la citada sentencia solicitados por la parte demandante.

**SEXTO.-** Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandada y que se tramitó con el n.º 63/2017 de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, esta dictó sentencia el 31 de marzo de 2017 desestimando el recurso y confirmando íntegramente la sentencia apelada, con imposición de las costas de la segunda instancia al apelante.

**SÉPTIMO.-** Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articulaba en cuatro motivos con los siguientes encabezamientos:



"Motivo I: Al amparo del art. 469.1.2º LEC. Infracción del artículo 222 LEC. Cosa juzgada material".

"Motivo II: Al amparo del art. 469.1.2º LEC. Infracción del art. 216 LEC. Principio de justicia rogada, y art. 218 LEC. Exigencia de congruencia".

"Motivo III: Al amparo del art. 469.1.2º LEC. Infracción del art. 218 LEC. Motivación contradictoria, incoherente o carente".

"Motivo IV: Al amparo del art. 469.1.2º LEC. Infracción del art. 217.3 LEC. Carga de la prueba".

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

"Motivo I: Al amparo del art. 477.2.3º LEC. Infracción por inaplicación de la autonomía de las partes y libertad contractual del art. 1.255 jº 1.281 del Código Civil y el precepto "pacta sunt servanda" del art. 1.089 jº 1.091 jº 1258 del Código Civil".

"Motivo II: Al amparo del art. 477.2.3º LEC. Infracción por inaplicación por la resolución recurrida de lo imperativamente dispuesto en los artículos 1, 3 y 7 de la Ley 57/1968, y oponiéndose con ello a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el ámbito de la Ley 57/1968".

"Motivo III: Infracción del art. 1 de la Ley 26/84 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

**OCTAVO.-** 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 3 de julio de 2019, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición a los recursos solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte recurrente.

**NOVENO.-** Por providencia de 7 de julio 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 16 siguiente, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los presentes recursos, de casación y por infracción procesal, se interponen en un litigio en el que el comprador de cinco viviendas en construcción pertenecientes a la misma promoción, después de haber resuelto judicialmente los contratos de compraventa por incumplimiento de la promotora y haber obtenido del banco avalista la devolución de las cantidades anticipadas hasta el límite máximo que figuraba en los certificados individuales de aval, reclama al banco avalista el pago del resto de los anticipos, incluyendo, según los recursos, los intereses legales del total de lo anticipado, y todo ello por considerar que goza del amparo de la Ley 57/1968 al haberse pactado expresamente su aplicación, de modo que el avalista no podría oponer los límites cuantitativos del aval.

Son antecedentes relevantes para la decisión de los recursos los siguientes:

1. No se discuten o constan probados estos hechos:

1.1. Tras formalizar su reserva a finales de 2004, con fecha 10 de febrero de 2005 D. Cesareo suscribió con Aifos Arquitectura y Promociones Inmobiliarias S.L., (representada por Aifos Comercialización de Promociones S.L.) cinco contratos de compraventa sobre otras tantas viviendas pertenecientes al conjunto residencial "Terrazas del Mediterráneo", sito en la localidad almeriense de Pulpí.

1.2. A cuenta del precio de las cinco compraventas (que no se discute fue de 984.132,50 euros), el comprador anticipó un total de 279.178,32 euros, según el siguiente desglose (pág. 2 de la demanda):

Vivienda	Reserva	Firma CT	Fecha LC1	Fecha LC2	Fecha LC3	Fecha LC4
1420	4.513,77€	0.350,00€	11.060,30€	11.505,52€	11.500,30€	11.060,30€
1403	4.513,77€	0.350,00€	10.912,30€	11.447,48€	10.912,30€	10.912,30€
1416	4.513,77€	0.350,00€	10.838,30€	11.504,30€	10.838,30€	10.838,30€
1426	4.513,77€	0.350,00€	10.896,30€	11.363,20€	10.896,30€	10.896,30€
1429	4.513,77€	0.350,00€	11.060,30€	10.871,30€	11.060,30€	11.060,30€
<b>SUBTOTAL</b>	<b>22.569,85</b>	<b>1.750,00</b>	<b>54.567,50</b>	<b>56.697,28</b>	<b>54.567,50</b>	<b>43.871,20</b>
<b>TOTAL</b>	<b>279.178,32</b>					

1.3. No se discute que los contratos, no incorporados a las actuaciones, incluían la siguiente cláusula:



"SEXTA: Para el caso de que se instase la resolución de este contrato por las causas previstas en el Artículo 3º de la Ley 57/1968 de 27 de julio, las cantidades recibidas, le serán devueltas al adquirente en unión de sus intereses legales correspondientes".

Con fecha 19 de mayo de 2006, Banco de Andalucía S.A. (posteriormente absorbido por el Banco Popular Español, S.A., en adelante BP, y actualmente Banco Santander S.A., en adelante BS) expidió cinco certificados individuales a favor del comprador (números 3496.3449 a 3453) por un importe total de 122.061,50 euros (doc. 2 de la demanda, folios 17 a 21 de las actuaciones de primera instancia). En ellos se indicaba que el aval lo era "por la cantidad máxima total por todos los conceptos" indicada en cada uno, que la garantía se otorgaba "de acuerdo con lo dispuesto por la Ley número 57/68 de 27 de julio, en relación con la número 38/99 de 5 de noviembre", que comprendía las cantidades anticipadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se hiciera efectiva la devolución y que los avales caducaban el 19 de mayo de 2008.

1.4. Con fecha 21 de mayo de 2008 el comprador demandó a Aifos Comercialización de Promociones S.L. interesando la resolución de los contratos por incumplimiento de la promotora (retraso en la entrega y cesión de los contratos a un tercero contra la expresa oposición del comprador demandante) y la restitución del total de las cantidades anticipadas más los intereses legales desde sus respectivas entregas. Subsidiariamente solicitó la nulidad absoluta de los referidos contratos por contener cláusulas abusivas.

1.5. Paralelamente el comprador interesó del banco avalista la ejecución de los avales hasta el límite indicado en los certificados individuales (122.061,50 euros), y con fecha 19 de junio de 2008 la entidad avalista abonó ese importe (justificante de la transferencia, doc. 3 de la demanda, en el que consta como concepto: "EJECUCIÓN AVALES AIFOS NUMS. 3449 A 3453").

1.6. El comprador remitió por burofax al banco un escrito fechado el 30 de julio de 2008 y encabezado con el membrete de la entidad "Inmovest" (doc. 1 de la demanda, folio 13 de las actuaciones de primera instancia), en el que se decía lo siguiente:

"En relación al asunto referenciado, y tal y como le informé recibidos el principal de los avales a final del mes pasado solicitando me enviase liquidación de los intereses lo cual está aparejado a la cantidad principal como se desprende del artículo 3.1 de la Ley 57/1968.

"En vista de no haber tenido respuesta por su parte, le ruego me envíe lo antes posible la cantidad pendiente de los intereses conforme a su cálculo".

1.7. La promotora fue declarada en concurso.

1.8. En el pleito seguido contra Aifos Comercialización de Promociones S.L. (juicio ordinario n.º 351/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Javier) se dictó sentencia el 22 de diciembre de 2009, con auto de aclaración de 24 de febrero de 2010, que, estimando íntegramente la demanda del comprador, declaró resueltos los contratos de compraventa y condenó a la demandada a restituirle 157.116,72 euros (diferencia -menos 10 céntimos- entre el importe total anticipado -279.178,32 euros- y la cantidad restituida por el banco avalista -122.061,50 euros-).

En lo que ahora interesa, sus razones fueron, en síntesis: (i) que la promotora incumplió esencialmente su obligación de entrega porque ni siquiera había llegado a iniciar la obra, por lo que debía estimarse la pretensión resolutoria contractual del comprador; y (ii) que aunque la estimación de la pretensión principal hacía innecesario examinar la subsidiaria, en todo caso esta última no podía estimarse porque el comprador no había probado tener la condición de consumidor prevista en el art. 1.2 LDCU 1984 (aplicable por razones temporales), "máxime cuando existen indicios que indican lo contrario, como el hecho de adquirir cinco viviendas, tener la residencia en un país extranjero, no haber constancia de que haya vivido o vaya a vivir en España".

La sentencia no fue apelada, y por auto de fecha 1 de diciembre de 2011 se despachó ejecución (autos de ejecución de título judicial n.º 422/2010 del citado juzgado).

2. Con fecha 19 de diciembre de 2012 el comprador presentó la demanda del presente litigio pidiendo que se declarase la responsabilidad del banco avalista por el total de las cantidades anticipadas y, en consecuencia, se le condenara a devolver la parte de los anticipos pendiente de restitución (157.116, 72 euros) "más los intereses legales conforme al art. 3 de la Ley 57/1968 desde el día que fueron entregadas hasta su completo pago".

En lo que ahora interesa alegaba, en síntesis: (i) que pese a estar obligado a garantizar todos los anticipos, el banco avalista solo había entregado al comprador avales por las cantidades anticipadas a cuenta del precio de cada vivienda hasta la segunda letra de cambio; y (ii) que en ejecución de los referidos avales individuales el banco avalista había restituido al demandante el importe que en cada uno de ellos figuraba como límite



máximo garantizado, hasta un total de 122.061,50 euros, sin satisfacer cantidad alguna en concepto de intereses legales de las cantidades restituidas (hecho cuarto de la demanda, pág. 3).

**3.** BP se opuso a la demanda alegando, en lo que ahora interesa y en síntesis: (i) que había cumplido exactamente todas sus obligaciones como avalista al restituir las cantidades anticipadas atendiendo al importe que figuraba como garantizado en los cinco avales; (ii) que si no pagó los intereses legales de esas cantidades objeto de restitución fue porque el comprador no se las reclamó; (iii) que el banco no tenía obligación de restituir la cantidad pedida en la demanda porque, además de no tener constancia de estos anticipos, era la promotora -y no el banco- la que tenía obligación de velar por que su restitución quedara garantizada mediante la entrega de los correspondientes avales; y (iv) que en todo caso el comprador no podía ampararse en la Ley 57/1968 al no ser consumidor sino "un inversionista" que no había adquirido las cinco viviendas con finalidad residencial.

**4.** Con fecha 21 de abril de 2014 se dictó sentencia en primera instancia desestimando totalmente la demanda.

La sentencia apreció de oficio la concurrencia de cosa juzgada material porque en el pleito seguido contra la vendedora se había declarado probado que el comprador no era un consumidor, lo que, según se razonaba, impedía aplicarle la Ley 57/1968 en este segundo litigio.

**5.** Con fecha 16 de diciembre de 2014 recayó sentencia en segunda instancia que, estimando el recurso de apelación del demandante, declaró la nulidad de la sentencia apelada y ordenó restituir las actuaciones al momento de la audiencia previa.

En síntesis, razonaba que la sentencia apelada había infringido normas procesales y causado con ello la indefensión del demandante al no permitirle aportar en el acto de la audiencia previa prueba documental tendente a acreditar su condición de consumidor, pues dicha prueba tenía encaje en el art. 265 LEC, su aportación en ese momento procesal era posible a la luz de lo alegado por el banco demandado en su contestación y "la no condición de consumidor" del comprador era "un elemento clave" para la resolución del presente litigio. Dado que la sentencia apelada no se había pronunciado sobre el fondo de la controversia, consideró procedente retrotraer las actuaciones al acto de la audiencia previa.

**6.** Repuestas las actuaciones y celebrada de nuevo la audiencia previa, en la que se admitió la documental propuesta por el comprador (docs. 6 a 13, principalmente, una carta con el membrete de la empresa británica "Specsavers" manifestando que el comprador prestaba servicios como optometrista autónomo para dicha empresa durante 4, 5 o 6 días a la semana y en las localidades de Havant y Waterlooville, y varias declaraciones juradas de familiares del comprador, admitiendo que su profesión no tenía que ver con la actividad inmobiliaria), el citado juzgado dictó nueva sentencia con fecha 18 de marzo de 2015 desestimando íntegramente la demanda con condena en costas del demandante.

Sus razones fueron, en síntesis y en lo que ahora interesa, las siguientes: (i) concurría cosa juzgada material en sentido positivo por haberse declarado probada la condición de inversionista del comprador en el pleito seguido contra la vendedora; y (ii) esta conclusión no había sido desvirtuada en este pleito, en primer lugar porque el nombre de los supuestos parientes a los que el demandante decía haber representado en las compraventas no aparecía ni en los avales aportados con la demanda ni en el resto de la documentación que la acompañaba, reseñándose ese dato por primera vez en las declaraciones juradas hechas en febrero y marzo de 2014, mucho tiempo después de interponerse la demanda origen del presente litigio y a resultados de la controversia suscitada al respecto, y en segundo lugar porque tampoco la profesión del demandante (optometrista) era óbice para que pudiera ser considerado un inversionista, "puesto que inversionista es toda persona que hace una inversión de dinero, con independencia de su profesión".

**7.** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación el demandante solicitando la íntegra estimación de la demanda. La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso, confirmó la sentencia apelada sin imponer las costas del recurso a ninguna de las partes.

Sus fundamentos son, en esencia, los siguientes: (i) no procede declarar la nulidad de la sentencia apelada porque es congruente con las pretensiones debatidas, y resuelve desestimar la demanda por no ser aplicable la Ley 57/1968 al demandante no solo en atención a que en el procedimiento seguido contra la vendedora se le consideró no consumidor sino por no haber quedado probado en el presente litigio contra el banco que comprara las cinco viviendas para servir de residencia a sus familiares y no con la finalidad de revenderlas; (ii) los compradores que son inversores no están protegidos por la Ley 57/1968, por lo cual, en casos como este en que se entregan "voluntariamente" avales, la responsabilidad del banco avalista se limita al importe de las cantidades "realmente avaladas", que fueron las devueltas, careciendo el demandante de derecho a exigir del banco la devolución del resto de los anticipos entregados a la promotora; (iii) lo resuelto en el proceso contra la vendedora en cuanto a la consideración del comprador como no consumidor tiene en este proceso



contra el banco el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada material, además de que, en todo caso, la Ley 57/1968 no se aplica a quienes, como el demandante, compran varias viviendas, pues ello "indica una clara intención inversionista, pues en ningún momento se hizo constar por parte del demandante que se hiciera en nombre de familiares"; y (iv) en cuanto a los intereses de las cantidades ya devueltas, aunque los avales del banco comprendían su pago, tampoco cabe estimar el recurso en este punto, porque "se ha de estar al suplico de la demanda donde lo que se solicita es la devolución de la cantidad de 157.116,72 € más los intereses legales, sin referencia alguna a los intereses de las cantidades devueltas, por lo que se debe considerar como planteamiento de una cuestión ex novo en esta segunda instancia".

**8.** Contra dicha sentencia el comprador interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, tanto en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala como en la de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la 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, y sobre la improcedencia de oponer al comprador los límites cuantitativos del aval. El banco se ha opuesto a los recursos solicitando su desestimación.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.-** El recurso se articula en cuatro motivos, todos ellos formulados al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC.

El motivo primero se funda en infracción del art. 222 LEC, por aplicación indebida del efecto positivo de la cosa juzgada material, y en su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida atribuye al comprador la condición de inversionista no consumidor con base en un pronunciamiento *obiterdicta* de la sentencia dictada en el proceso seguido contra la vendedora, según el cual el comprador no podía ser considerado consumidor a los efectos de la LDCU 1984, pese a que esta cuestión ni siquiera fue objeto de controversia en aquel anterior litigio dado que la sociedad demandada se limitó a negar su legitimación pasiva; (ii) que en este caso no se cumplen los requisitos para apreciar el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada material, principalmente porque no existe identidad de partes ni de causa de pedir entre ambos pleitos y, además, porque tampoco la sentencia del otro litigio es antecedente lógico de lo que ha constituido el objeto de este segundo pleito; (iii) que la condición de consumidor no es un hecho sino una calificación jurídica; (iv) que en todo caso la sentencia recurrida no debió basarse en dicho efecto prejudicial de la sentencia anterior a la hora de no considerar consumidor al demandante, sino que debió valorar la prueba aportada por este, dirigida precisamente a acreditar que no era un inversor; y (v) que por todo ello la sentencia recurrida es arbitraria y no razonable.

La parte recurrida se ha opuesto al motivo alegando, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida aplica correctamente el efecto prejudicial de la sentencia dictada en el proceso contra la vendedora, ya que constituía un antecedente lógico para poder declarar probada la condición de no consumidor del comprador; y (ii) que, además, no es cierto que se haya confirmado esa condición por la mera aplicación automática de la cosa juzgada y sin permitir al demandante proponer prueba en contrario, pues tras declararse la nulidad de la primera sentencia de primera instancia, se dio al demandante la oportunidad de aportar la prueba documental (en su momento no admitida, consistente en las declaraciones juradas de sus familiares) a fin de acreditar que las viviendas se habían adquirido para fines residenciales, lo que sin embargo no pudo acreditar.

**TERCERO.-** El motivo ha de ser desestimado porque, aunque sea cuestionable atribuir valor prejudicial a la sentencia dictada en el proceso seguido contra la vendedora, no es cierto, pese a lo alegado por el recurrente, que la razón decisoria de la sentencia recurrida se sustente única y exclusivamente en la cosa juzgada, ya que después de que en virtud de la primera sentencia de apelación se repusieran las actuaciones al momento de la audiencia previa para permitir al demandante aportar prueba documental sobre la condición de los compradores y el destino de las viviendas, la sentencia recurrida valora dicha prueba y concluye, en línea con la argumentación de la sentencia de primera instancia, que la finalidad inversora no venía sino a corroborarse tanto por el hecho de que se hubieran adquirido cinco viviendas de la misma promoción como por la circunstancia de que en ningún momento se hiciera constar por el demandante que las estuviera comprando en nombre de sus familiares (la sentencia apelada declaró probado que el nombre de estos no se indicó ni en los contratos ni en los avales, y que su identidad se conoció a raíz de declaraciones juradas hechas mucho tiempo después de interponerse la demanda origen de este litigio).

En suma, los hechos que sustentan la conclusión jurídica de considerar al comprador como un inversor resultan de la prueba practicada en este pleito y se corresponden con los que esta sala ha tomado en consideración en otras ocasiones para negar la protección de la Ley 57/1968 a los compradores de viviendas con una finalidad inversora, pues el comprador, como sus familiares, reside y trabaja en el Reino Unido, y nada indica que las viviendas se adquirieran por él para servir de residencia, ni siquiera de temporada. Así,



la sentencia 161/2018, de 21 de marzo, recuerda que "a la hora de apreciar la existencia de esa 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 el presente caso también fueron varias las viviendas de la misma promoción adquiridas por una misma persona, el precio fue considerable para ser desembolsado por una sola persona (984.132,50 euros en total) y, en fin, en ningún momento se indicó por el comprador que las viviendas fueran a servir de residencia para él o para otros familiares a los que nunca identificó, ni en sus relaciones con la vendedora ni en sus relaciones con el banco.

**CUARTO.-** El motivo segundo se funda en infracción de los arts. 216 y 218 LEC en cuanto relativos a los principios de justicia rogada y de congruencia respectivamente, y en su desarrollo se argumenta, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida incurre en cuatro incongruencias, pues resuelve como si la reclamación del comprador se fundara en una garantía legal cuando en realidad se funda en una garantía contractual, no se pronuncia sobre la petición de intereses respecto de las cantidades anticipadas ya recuperadas, desestima la demanda fundándose únicamente en el carácter de inversor del demandante y, en fin, incurre también en incongruencia interna por contradicción de sus argumentos en cuanto a la aplicación o no de la Ley 57/1968; (ii) que la primera incongruencia supone una alteración de la causa de pedir, la segunda resulta patente porque el demandante aclaró su petición sobre intereses en la audiencia previa celebrada el 27 de marzo de 2014 (min. 00.31 del DVD), reiteró su petición al solicitar el complemento de la sentencia de primera instancia y ni siquiera el banco demandado consideró cuestión nueva dicha pretensión al oponerse al recurso de apelación del demandante, la tercera incongruencia consiste en que la sentencia recurrida desestima la demanda fundándose exclusivamente en el carácter de inversor del demandante pese a que esta cuestión no fue opuesta por el banco demandado, que se limitó a negar el carácter residencial de las viviendas, y la cuarta incongruencia resulta de que la sentencia recurrida considere al mismo tiempo no aplicable la Ley 57/1968 al comprador por su condición de inversor y sin embargo afirme que el avalista se sometió voluntariamente a ella.

El motivo tercero se funda en infracción del art. 218 LEC, en relación con el deber de motivación, y en su desarrollo se argumenta, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida incurre en falta de motivación y en motivación contradictoria e incoherente; (ii) que la primera contradicción consiste en que al mismo tiempo que la desestimación de la demanda se funda en que la Ley 57/1968 no es aplicable al comprador por ser un inversor, se admite que los avales se prestaron voluntariamente y con expresa sujeción a dicha ley; (iii) que la segunda contradicción es aplicar automáticamente el efecto prejudicial de la cosa juzgada a la hora de atribuir al comprador la condición de inversor pese a que la primera sentencia de apelación consideró que no era procedente basarse exclusivamente en la cosa juzgada y no entrar en el fondo; (iv) que la tercera contradicción consiste en que la sentencia recurrida aplique automáticamente el efecto prejudicial de la cosa juzgada para atribuir al comprador la condición de no consumidor pese a que la sentencia dictada en el proceso contra la vendedora dijera al mismo tiempo que el comprador no era consumidor a los efectos de la LDCU y que sí tenía derecho a los intereses legales de los anticipos con arreglo a la Ley 57/1968; y (iv) que la cuarta contradicción consiste en que la primera sentencia de apelación considerase que la discusión sobre la condición de inversor del comprador había surgido a raíz de la contestación a la demanda y en la sentencia ahora recurrida se reproche al demandante que en su demanda no dijera actuar en nombre de sus familiares.

La parte recurrida se ha opuesto a estos dos motivos alegando, en síntesis: (i) en cuanto al motivo segundo, que el deber de congruencia no exige una respuesta pormenorizada a cada alegación de parte, que quien incurre en contradicción es el comprador al defender que la obligación del banco nacía del contrato y sin embargo exigirle responsabilidad como avalista con arreglo a la Ley 57/1968, y que la petición de intereses respecto de las cantidades ya devueltas no se formuló en la demanda, sino de forma extemporánea, y que por ello fue correcta la decisión de no concederlos; y (ii) en cuanto al motivo tercero, que lo que subyace en la denuncia de falta de motivación o motivación insuficiente es la mera disconformidad del recurrente con los razonamientos de la sentencia recurrida, que no incurre en ninguna de las contradicciones alegadas por ser compatible que se declarase inaplicable la Ley 57/1968 y, a la vez, se desestimara la petición de intereses de las cantidades ya devueltas por no haberse solicitado en la demanda, como también que la primera sentencia de apelación se fundara en la cosa juzgada para acordar la nulidad de actuaciones (por no haberse admitido una prueba conducente a discutir el carácter de no consumidor del comprador) y que la sentencia hoy recurrida, partiendo de aquella, llegase a la misma conclusión por la falta de prueba en contrario del demandante, teniendo en cuenta que lo resuelto en aquel pleito sobre la condición de inversor del comprador era, como se ha dicho, un antecedente lógico.



**QUINTO.-** Sobre deber de congruencia la jurisprudencia viene reiterando que puede resumirse en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta lo pedido y la causa de perder, y el fallo de la sentencia (p.ej. sentencias 165/2020, de 11 de marzo, 132/2020, de 27 de febrero, 58/2020, de 28 de enero, y 622/2019, de 20 de noviembre); que no debe confundirse la incongruencia con la falta de acierto del razonamiento jurídico, revisable únicamente en casación (p.ej. sentencias 468/2018, de 19 de julio, y 580/2016, de 30 de julio); que por regla general las sentencias desestimatorias no pueden incurrir en incongruencia, pues resuelven sobre todo lo pedido (así, sentencia 31/2020, de 21 de enero, con cita de las sentencias 131/2018, de 7 de marzo, 261/2018, de 3 de mayo y 297/2018, de 23 de mayo); que por ello las sentencias absolutorias solo serán incongruentes cuando la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el órgano judicial (sentencia 722/2015, citada por la 622/2019) y, en fin, que no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, interpretarse razonablemente como desestimación implícita (entre otras, sentencias 297/2018, de 23 de mayo, 453/2018, de 11 de julio, 661/2017, de 12 de diciembre, y 572/2017, de 23 de octubre).

En cuanto al deber de motivación y su infracción (falta de motivación o motivación insuficiente), la sentencia 355/2019, de 25 de junio, con cita de la sentencia 228/2015, de 7 de mayo, declara como doctrina constante de esta sala que:

"(i) solo debe entenderse como la necesidad de que la sentencia exteriorice las razones fácticas y jurídicas del fallo de modo tal que permita el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos y operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad; (ii) no cabe confundirla con la incongruencia a que se refiere el apartado 1 del art. 218 LEC (cuya cita por tanto no permite analizar posibles defectos de motivación); (iii) tampoco cabe confundirla con la disconformidad de la parte recurrente con la fundamentación jurídica del fallo (en tanto que una motivación adecuada y suficiente no implica una motivación favorable a las pretensiones de la parte); (iv) debe igualmente distinguirse la ausencia de motivación de las peculiares interpretaciones de valoración de la prueba y de la fijación de los hechos probados que esgrime la parte, sin que pueda ampararse en la falta de motivación la revisión del acervo probatorio (a no ser una falta de motivación de dicha valoración probatoria, o una mera apariencia de motivación que la vicie de arbitrariedad; y (v) la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla".

**SEXTO.-** Conforme a la jurisprudencia anteriormente expuesta procede desestimar estos dos motivos (segundo y tercero del recurso) por las siguientes razones:

1.ª) Aun prescindiendo de la incorrección formal de que tanto en el motivo segundo como en el tercero se cite el art. 218 LEC sin indicación del concreto párrafo que se considere infringido, desde la perspectiva del deber de congruencia basta decir, en primer lugar, que la sentencia recurrida es congruente con lo pedido en la demanda, pues la desestima íntegramente sin apreciar excepciones que no se puedan apreciar de oficio, y la cosa juzgada es apreciable de oficio como recuerda la sentencia 417/2018, de 3 de julio, con cita de la 383/2014, de 7 de julio, y 682/2011, de 26 de septiembre; en segundo lugar, que tampoco puede tacharse de incongruente la decisión de no aplicar al comprador inversor el régimen de garantías de la Ley 57/1968, pues el banco demandado opuso desde el primer momento el destino no residencial de las viviendas compradas y, además, la sentencia 161/2018, de 21 de marzo, recuerda que "no constituye obstáculo para la exclusión de este régimen el hecho de que las partes vendedora y compradora pactaran la obligación de la primera de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas con arreglo al régimen de garantías establecido en la Ley 57/1968"; en tercer lugar, que al ser la finalidad residencial de la vivienda un requisito para que se aplique dicho régimen especial, corresponde al órgano judicial comprobar su concurrencia; y en cuarto lugar, que los intereses legales de las cantidades ya pagadas en su momento por el banco avalista no se pidieron en la demanda, ya que lo pedido fue la condena al pago de 157.116,72 euros de principal "más los intereses legales conforme al art. 3 de la Ley 57/1968 desde el día que fueron entregadas hasta su completo pago", expresión esta última que no permite sostener que la petición de intereses comprendiera los devengados por el total de los anticipos y que no cabía modificar después de contestada la demanda (en este sentido, sentencia de pleno 557/2013, de 14 de enero, citada por la 389/2016, de 8 de junio).

2.ª) Desde la perspectiva del deber de motivación, la sentencia no puede ser tachada de carente de motivación o de motivación insuficiente, pues se expresan claramente las razones fácticas y jurídicas que conducen a la desestimación de la demanda, aunque que el recurrente no las comparta. En definitiva, lo que subyace en los diversos reproches que el recurrente hace a la sentencia recurrida en su disconformidad con la motivación





de esta, planteando cuestiones sustantivas o de fondo propias del recurso de casación, en particular de qué forma afecta al banco avalista la sujeción de las partes compradora y vendedora al régimen de garantías de la Ley 57/1968 cuando el comprador no se encuentra legalmente comprendido en su ámbito de protección por ser un inversor.

**SÉPTIMO.-** El motivo cuarto se funda en infracción del art. 217.3 LEC, sobre la carga de la prueba, y en su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida atribuye indebidamente al demandante la carga de probar que es consumidor, cuando en realidad es el banco avalista quien tendría que acreditar que no lo era; y (ii) que esta decisión es incomprensible porque la condición de consumidor del demandante no fue discutida hasta la primera audiencia previa, y a resultados de la contestación del banco, que por lo tanto era quien debía acreditar la condición de inversor del comprador.

La parte recurrida se ha opuesto a este motivo alegando, en síntesis, que no se han infringido las reglas del *onus probandi* porque se ha declarado probada la condición de inversor del comprador, y no solo por lo que se declaró al respecto en la sentencia dictada en el pleito anterior contra la vendedora.

**OCTAVO.-** Según la sentencia 7/2020, de 8 de enero, es doctrina constante que "la finalidad de las reglas sobre carga de la prueba es determinar "contra cuál de los litigantes deben operar las consecuencias desfavorables de la falta de demostración de los hechos controvertidos relevantes para la decisión del litigio" ( sentencia 468/2019), por lo que no entran en juego más que en casos de falta de prueba de esos hechos", y según la sentencia 274/2019, de 21 de mayo, que cita con valor de síntesis jurisprudencial las sentencias 533/2018, de 28 de septiembre, y 160/2018, de 21 de marzo, "metodológicamente, antes de examinar si se ha infringido o no la regla sobre la carga de la prueba que recoge el art. 217 LEC, se habrá de indagar sobre si existe o no prueba de los hechos constitutivos de la pretensión".

En consecuencia, este último motivo también ha de ser desestimado porque la sentencia recurrida no atribuye indebidamente al comprador las consecuencias de no haber probado que no fuera un inversor, sino que, muy al contrario, funda su decisión precisamente en la existencia de cumplida prueba de que las viviendas se compraron con una finalidad no residencial, tanto por el número de viviendas de una misma promoción como por la circunstancia de que no se indicara en ningún momento que el comprador las comprara para sus familiares, siendo hechos no controvertidos el considerable precio que pagó por todas ellas, que todos sus familiares son residentes en el Reino Unido, que tampoco sus nombres fueron indicados a la vendedora ni al banco avalista, que no aparecían en los avales y, en fin, que tampoco fueron mencionados en la demanda previamente deducida por el comprador contra la vendedora. Además, el hecho de que el comprador resida y trabaje en Reino Unido, que haya contado en todo momento con asesoramiento y que hasta sus escritos al banco los dirigiera a través de una mercantil no vienen sino a corroborar esa misma conclusión probatoria.

### Recurso de casación

**NOVENO.-** El recurso de casación se articula en tres motivos que procede examinar conjuntamente.

El motivo primero se funda en infracción de los arts. 1255, 1281, 1089, 1091 y 1258 CC, los dos primeros sobre la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad contractual y los tres últimos sobre el principio *pacta sunt servanda*, y en su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que la condición de inversor o no del comprador es irrelevante cuando, como en este caso, la sujeción a la Ley 57/1968 resulta del propio contrato; y (ii) que este es el criterio de la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala 486/2015, de 9 de septiembre, 575/2013, de 19 de septiembre, y 360/2016, de 1 de junio, que admiten la posibilidad de que el comprador no consumidor y el vendedor puedan pactar la aplicación del régimen de garantías de la Ley 57/1968.

El motivo segundo se funda en infracción de los arts. 1, 3 y 7 de la Ley 57/1968 y vulneración de la jurisprudencia de esta sala sobre la improcedencia de los límites cuantitativos del aval, y en su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que como las partes se sometieron voluntariamente a las garantías de la Ley 57/1968, no es procedente limitar dicha garantía a la cantidad indicada como límite máximo en los avales individuales, puesto que el avalista responde de la totalidad de los anticipos; (ii) que este criterio jurisprudencial se contiene en la sentencias 476/2013, de 3 de julio, y en las sentencias de 13 de enero, 16 de enero, 30 de abril, 23 de septiembre y 21 de diciembre de 2015; y (iii) que, en consecuencia, el banco avalista debe responder de la totalidad de las cantidades anticipadas y sus intereses legales, de tal forma que debe restituir lo que aún no ha devuelto más los intereses devengados por el total de los anticipos.

El motivo tercero se funda en infracción del art. 1 de la LDCU 1984, y en su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que el criterio jurídico relevante para aplicar la Ley 57/1968 no es el precio de la contraventa ni el número de unidades compradas sino si el comprador es el usuario final, cuestión jurídica que no se ha podido acreditar al haberse aplicado automáticamente las consecuencias de la cosa juzgada; (ii) que dicho criterio resulta de las sentencias 224/2017, de 5 de abril, 16/2017, de 16 de enero, y 559/2008, de 19 de junio, que establecen que



son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en el ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; y (iii) que en este caso el comprador era optometrista, y tanto él como sus familiares, todos ellos residentes en Inglaterra, desempeñaban profesiones ajenas a la actividad inmobiliaria, por lo que, aunque se compraran varias viviendas de la misma promoción no se ha probado que el comprador y sus familiares no fueran los destinatarios o usuarios finales de ellas, ni que la operación tuviera ánimo de lucro, pues la finalidad de reventa o el ánimo de lucro no pueda inferirse, como hace la sentencia recurrida, del número de viviendas objeto de compraventa.

La parte recurrida ha interesado la desestimación del recurso, alegando, en síntesis: (i) en cuanto al motivo primero, que además de ser inadmisibles por fundarse en preceptos heterogéneos, incurre en contradicción, pues fue precisamente la libertad contractual la que determinó que el banco avalista solo se obligara a devolver las cantidades que resultaban avaladas en los certificados individuales (siendo este el criterio de la sentencia de 16 de enero de 2015 y de la sentencia 486/2015, de 9 de septiembre), quedando por tanto fuera de cobertura el resto de cantidades anticipadas por el comprador a la vendedora, que solo estarían cubiertas si hubiera resultado aplicable la Ley 57/1968, lo que no ha sido el caso por el carácter de no consumidor del comprador; (ii) en cuanto al motivo segundo, que la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina sobre la improcedencia de oponer al comprador los límites cuantitativos del aval, pues no impone ningún límite sino que lo que declara es que, en este caso, la responsabilidad de la avalista no deriva de la ley sino de lo pactado, y que por esta razón se limita a lo que garantizó (el importe de los avales individuales) y no al total de lo anticipado; y (iii) en cuanto al motivo tercero (que la parte recurrida analiza en primer lugar), que las afirmaciones sobre el carácter de usuario final de las viviendas del comprador y sus familiares son extemporáneas y además contrarias a los hechos probados, dado que en los contratos no se invocó que el demandante representara a sus familiares, en los avales no se los menciona y, en fin, tampoco se hizo referencia a ellos en la demanda contra la vendedora, de tal forma que las cantidades a las que fue condenada esta y las que fueron devueltas por el banco lo fueron para el demandante y no para sus familiares.

**DÉCIMO.-** Los tres motivos deben ser desestimados por las siguientes razones:

1.ª) La doctrina jurisprudencial aplicable en el presente caso es la que, resumida en la ya citada sentencia 161/2018 ( 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, 706/2011, de 25 de octubre), declara que la Ley 57/1968 no es aplicable a quienes adquieran la vivienda con finalidad no residencial, sean o no profesionales, y en este litigio son muchos y muy significativos los datos que corroboran la finalidad inversora del hoy recurrente, como se ha razonado ya al desestimar el motivo cuarto del recurso por infracción procesal.

2.ª) Conforme a la misma sentencia 161/2018, no es óbice para no aplicar la Ley 57/1968 que promotora y comprador pactaran la sujeción al régimen de garantías de dicha ley, pues ese pacto determinaba que las garantías se rigieran por lo pactado y, en consecuencia, no por dicha ley y su jurisprudencia. En concreto, esa sentencia declara al respecto:

"No constituye obstáculo para la exclusión de este régimen el hecho de que las partes vendedora y compradora pactaran la obligación de la primera de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas con arreglo al régimen de garantías establecido en la Ley 57/1968. Ya la sentencia 706/2011, de 25 de octubre consideró irrelevante que se pactara la constitución de garantías a cargo de la promotora por tratarse de compra destinada a la inversión. Y posteriormente la sentencia 360/2016, de 1 de junio (citada en este mismo sentido por la 33/2018, de 24 de enero), afirmó:

""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".

"Así, en el caso de la sentencia 486/2015, de 9 de septiembre, a diferencia del presente caso, el banco sí había entregado a la sociedad compradora el aval por las cantidades anticipadas, y en el de la sentencia 575/2013, de 19 de septiembre, lo que se planteaba era si los compradores tenían o no derecho a resolver el contrato de compraventa por el incumplimiento de la vendedora consistente en no haberles entregado los avales a su debido tiempo.

"En definitiva, 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 compren para invertir, pues de otra forma no se comprendería por qué el art. 7 de dicha ley declare irrenunciables los derechos de los compradores".

3.ª) En consecuencia, la cobertura de los avales no podía extenderse a más cantidad que la expresada en ellos, pues al no darse la finalidad residencial los avales podían tener la fuerza ejecutiva que les asignaba la Ley 57/1968, pero al margen de su literalidad no era aplicable en contra del banco avalista la doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de oponer el límite cuantitativo del aval ( sentencias 8/2020, de 8 de enero, y las que en ella se citan, 476/2013, de 3 de julio, 778/2014, de 20 de enero, de pleno, 780/2014, de 30 de abril de 2015, de pleno, 226/2016, de 8 de abril, 420/2017, de 4 de julio, y 459/2017, de 18 de julio). De ahí que sea conforme a derecho la decisión de la sentencia recurrida de limitar la responsabilidad de la avalista a las cantidades avaladas hasta el límite indicado en los respectivos avales individuales y excluir su responsabilidad en cuanto al resto de los anticipos hechos por el comprador a la promotora por encima de dicho límite.

**UNDÉCIMO.-** Desestimados tanto el recurso de casación como el recurso extraordinario por infracción procesal, procede imponer las costas a la parte recurrente ( arts. 394.1 y 398.1 LEC), que también perderá los depósitos constituidos ( apdo. 9 de la d. adicional 15.ª LOPJ).

## 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 y el recurso de casación interpuestos por el demandante D. Cesareo contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2017 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia en el recurso de apelación n.º 63/2017.

2.º- E imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente, que perderá los depósitos constituidos.

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.