



Roj: **SAP MA 267/2022 - ECLI:ES:APMA:2022:267**

Id Cendoj: **29067370052022100012**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **28/01/2022**

Nº de Recurso: **1413/2019**

Nº de Resolución: **34/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SOLEDAD VELAZQUEZ MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Málaga, núm. 1, 03-07-2019 (proc. 1573/2018) ,
SAP MA 267/2022**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN QUINTA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE MÁLAGA

JUICIO ORDINARIO 1573/18

ROLLO DE APELACIÓN CIVIL Nº. 1413/19

SENTENCIA Nº. 34/2022

Illtmos. Sres.

Presidente

D. Hipólito Hernández Barea

Magistrados

D. Melchor Hernández Calvo

D^a. Soledad Velázquez Moreno

En la ciudad de Málaga a 28 de Enero de 2022

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio Ordinario nº 1573/18 procedentes del Juzgado de Primera Instancia 1 de Málaga, seguidos a instancia de D Melchor representados por el Procurador D Juan Manuel Gutiérrez Villatoro, contra la entidad Banco Santander SA representada por el Procurador D José Domingo Corpas pendientes en esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Málaga dictó sentencia de fecha 3 de Julio de 2019 en el juicio ordinario nº 1573/2018 del que este rollo dimana cuya parte dispositiva recoge: "Que **DESESTIMANDO** la demanda formulada por el Procurador JUAN MANUEL GUTIÉRREZ VILLATORO en nombre y representación de Melchor , contra BANCO SANTANDER SA, representada por el Procurador JOSÉ DOMINGO CORPAS, **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO** a la entidad demandada de los pedimentos de la demanda; todo ello sin hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia interpuso en tiempo y forma recurso de apelación la representación procesal de D. Melchor que fue admitido a trámite, formulándose oposición por la entidad Banco Santander SA remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no estimarse necesaria la celebración de vista, previa



deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día 18 de Enero de 2021, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo ponente la Il.tra. Sra. D^a Soledad Velázquez Moreno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en instancia desestimatoria de la demanda se alza la parte apelante, interesando su revocación a fin de que se proceda a la estimación de la demanda alegando:

1^a .- Errónea valoración de la prueba.

2^a.- Infracción de los arts. 1, 3 y 7 de la Ley 57/68, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, así como la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la edificación, al negar la inclusión de una vivienda "suite" en el ámbito de protección de las citadas leyes, oponiéndose a doctrina jurisprudencial del TS que señala que protege a "todo tipo de viviendas".

3^a.- Infracción del artículo 1 de la Ley 57/68 en cuanto afecta a la extensión subjetiva de la garantía, excluyendo al adquirente de una vivienda denominada "suite" de la protección y, por tanto, absolviendo a las entidades bancarias demandadas de su obligación de restituir las cantidades entregadas por aquel en virtud de las pólizas de aval general suscritas cuando la vivienda no llegó a terminarse ni entregarse.

4^o.- Infracción del artículo 1 de la Ley 57/68 en cuanto afecta a la extensión objetiva de la garantía,

SEGUNDO.- Expone el apelante en su recurso que los demandantes no tienen el carácter de inversores, insistiendo en que el carácter de "suite" del inmueble adquirido no excluye la protección de la Ley 57/68.

Como establece la sentencia del TS de 1 de Junio de 2016 : "Delimitada así la cuestión jurídica sometida a la decisión de esta sala y comprobado el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, ya que efectivamente las sentencias de 2 de mayo y 29 de julio de la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga consideran irrelevante cuál sea el destino de la vivienda, residencial u otro cualquiera, en virtud de la reforma introducida en 1999 por la d. adicional 1.^a de la LOE , mientras que la sentencia aquí recurrida, dictada por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, y la de 8 de noviembre de 2012 , dictada por la misma sección, mantienen la exigencia de que el comprador tenga la condición de consumidor para que pueda invocar la protección especial de la Ley 57/1968 , el único motivo del recurso ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.^a) La d. adicional primera de la LOE , en su redacción de 1999 aplicable al presente caso por razones temporales, impone a los promotores o gestores la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968. Acto seguido, la misma disposición adicional establece que la Ley 57/1968 y sus disposiciones complementarias "se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:

"a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa [...]".

2.^a) No es cierto que en la doctrina de esta sala sobre la Ley 57/1968, formada casi en su totalidad a partir de litigios surgidos con ocasión de la crisis económica y financiera manifestada en 2008 y de sus repercusiones en el sector de la construcción y en el mercado inmobiliario, únicamente la sentencia 706/2011, de 25 de octubre (RJ 2012, 433) , exija en el comprador la condición de consumidor para gozar de la especial protección que dispensa la Ley 57/1968. Antes bien, en la jurisprudencia de esta sala es una constante que la interpretación de las distintas normas de la Ley 57/1968 debe tener como base o punto de partida su finalidad protectora o tuitiva de los compradores de viviendas en construcción para un fin residencial. Ya la sentencia 212/2001, de 8 de marzo (RJ 2001, 2731) , resaltó que la "motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda -bien generalmente esencial para la vida-, que está en fase de planificación o construcción", y en sentencias posteriores se ha reafirmado esa finalidad y, también, la conexión de la Ley 57/1968 con el reconocimiento posterior, por la Constitución de 1978, del **derecho** a disfrutar de una vivienda digna (art. 47) y de la garantía de la defensa de los consumidores y usuarios por los poderes públicos (art. 51.1). Así, tanto la finalidad tuitiva de la Ley 57/1968 como la referida interpretación de acuerdo con la Constitución se afirman, entre otras, en las sentencias 540/2013, de 13 de septiembre (RJ 2013, 5931) , 778/2014, de 20 de enero de 2015, 779/2014, de 13 de enero de 2015, 780/2014, de 30 de abril de 2015, 781/2014, de 16 de enero de 2015, y 322/2015, de 23 de septiembre (RJ 2015, 4020) , todas de Pleno , y se compendia en la sentencia 142/2016, de 9 de marzo , del siguiente modo:



"1.ª) Como dice la antes citada sentencia de Pleno de 20 de enero de 2015 (RJ 2015, 361) (recurso 196/2013), la doctrina de esta Sala interpretativa de la Ley 57/1968 ha avanzado en la línea de interpretar dicha norma como pionera en la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada, varios años antes de que en 1978 la Constitución proclamara como principios rectores de la política social y económica el **derecho** a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47) y la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51). Según dicha sentencia, esta línea jurisprudencial se ha traducido en atenerse al rigor con el que la propia Ley 57/1968 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido para dotarla de plenos efectos civiles.

"2.ª) Partiendo, pues, de la finalidad tuitiva de la norma y del carácter irrenunciable de los **derechos** de los compradores de viviendas en construcción, la STS de Pleno de 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 278), recurso 2336/2013, declara que la Ley 57/1968, en su artículo 1, apartado primero, impone a las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas y perciban cantidades anticipadas del precio, el deber de garantizar la devolución de las cantidades entregadas mediante contrato de seguro o por aval solidario para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, que el apartado segundo añade que las cantidades anticipadas por los adquirentes habrán de depositarse en cuenta especial y, en fin, que según el último inciso de este apartado "para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad bancaria o caja de ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior", que no es otra que la garantía de devolución de las cantidades entregadas mediante contrato de seguro o aval solidario. Como sigue diciendo la misma sentencia, dicha norma es ratificada por la d. adicional 1.ª de la Ley 38/1999, de 5 noviembre (RCL 1999, 2799), de Ordenación de la Edificación, que insiste en la garantía de las cantidades anticipadas "mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 julio".

"De conformidad con esta regulación y doctrina jurisprudencial, y en un caso en que eran distintas la entidad que financió la construcción y la que percibía las cantidades anticipadas en una cuenta de la cooperativa de viviendas, y en el que no se había cumplido la exigencia legal de cuenta especial y de aval, esta Sala resuelve que solo podía exigirse responsabilidad por incumplir sus obligaciones legales a la entidad que efectivamente percibió las sumas anticipadas por el comprador, no a la entidad, distinta de aquella, que financiaba la construcción mediante un préstamo con garantía hipotecaria.

"3.ª) En cuanto a la exigencia de cuenta especial y la relevancia que ha de darse a su omisión, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de Pleno de 13 de enero de 2015, recurso 779/2014, y 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 2017), recurso 520/2013 -con cita de una anterior de 8 de marzo de 2001-) ha concluido que "las cantidades objeto de protección por mor de la citada Ley 57/1968, son todas aquellas que fueron anticipadas por el comprador mediante el correspondiente ingreso en una cuenta bancaria, sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor-vendedor y la entidad bancaria como cuenta ligada a la línea de avales", y que "la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda -bien generalmente esencial para la vida-, que está en fase de planificación o construcción", por lo que, "para su aplicación, únicamente se exige como condición indispensable, que se hayan entregado sumas determinadas en concreto y que la construcción de la vivienda no se inició o no se concluyó, siendo accesorias y propias de dilucidar las otras cuestiones planteadas, entre el asegurador y el constructor".

"4.ª) Definiendo aún más la responsabilidad de los bancos y cajas de ahorro a que se refiere la condición 2.ª del art 1 de la Ley 57/1968, la STS 21 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5403) (recurso 2470/2012), dictada en un caso muy similar al presente, fija la siguiente doctrina jurisprudencial: "En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad".

"5.ª) Por tanto, la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial es patente, porque la aplicación que hace al presente caso del art. 1827 CC (LEG 1889, 27) prescinde del carácter irrenunciable de los **derechos** que la hoy derogada Ley 57/1968 reconocía a los compradores y, más concretamente, de la exigencia de que el aval comprenda la totalidad de las cantidades anticipadas por el comprador y se extienda en el tiempo hasta que la vivienda se entregue y cuente con "cédula de habitabilidad" o licencia de primera ocupación (arts. 1 a 4 de la Ley 57/1968 y SSTS de 3 de julio de 2013 (RJ 2013, 5913), recurso 254/2011, y 25 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6008), recurso 1176/2013)".

3.ª) Pues bien, la interpretación de la Ley 57/1968 en el sentido de excluir de su ámbito de protección a quienes, como el aquí recurrente, son profesionales del sector inmobiliario, y también a quienes invierten en la compra de viviendas en construcción para revenderlas durante el proceso de edificación, o bien al finalizar el mismo mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor de un comprador diferente, no



debe quedar alterada por la referencia a "toda clase de viviendas" en la d. adicional 1.ª de la LOE, pues esta referencia ha de entenderse hecha tanto a las formas de promoción, para comprender así las que "se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa", sin necesidad de ninguna otra norma especial que así lo disponga, cuanto al régimen de las viviendas, para comprender así no solo las libres sino también las protegidas, sin necesidad tampoco de ninguna norma especial. En definitiva, la expresión "toda clase de viviendas" 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 comprenden, 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")."

TERCERO.- Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial y a la luz de las pruebas practicadas entiende esta Sala que ha quedado acreditada la finalidad inversora de la actora. Y así en el contrato de compraventa que nos ocupa se consigna, en la cláusula decimotercera: "La parte compradora se compromete y obliga expresamente a mantener a través de las normas de comunidad establecidas en la división horizontal las instalaciones y servicios necesarias para mantener la categoría de apartamentos turísticos de tercera categoría, obligándose a cumplir lo previsto en el art. 6 del Decreto 47/2004 de 10 de Febrero de Establecimientos Hosteleros de Andalucía, preservando el uso hotelero del Conjunto como única unidad de explotación indivisible y con una única entidad explotadora, sin poder, en ningún caso, independizar ninguna finca del resto del conjunto Hotelero en el cual se ubica, ni proceder a la explotación de dicha finca por vía distinta de la Entidad explotadora del Conjunto."

La expresada previsión contractual nos remite al Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de Establecimientos Hosteleros de Andalucía, así como a la regulación legal en materia de apartamentos turísticos, establecida en el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de Ordenación de Apartamentos Turísticos y de Viviendas Turísticas Vacacionales, en la que se configuran como turísticos y en su consecuencia quedan sujetos a lo dispuesto en la presente ordenación, los bloques o conjuntos de apartamentos, y los conjuntos de villas, chalets, bungalows y similares que sean ofrecidos empresarialmente en alquiler, de modo habitual, debidamente dotados de mobiliario, instalaciones, servicios y equipo para su inmediata ocupación por motivos vacacionales o turísticos. Sólo este tipo de alojamientos recibirán la denominación oficial de apartamentos turísticos y tendrán **derecho** a ser incluidos en las guías oficiales y a beneficiarse de las acciones de fomento promovidas por la Administración Turística del Estado (art. 1. Uno). Para su apertura y funcionamiento, los apartamentos turísticos deberán ser previamente clasificados por la Administración mediante reconocimiento formal de sus características y categorías, a tenor de las condiciones establecidas reglamentariamente (art. 1.Dos). Cuando la explotación de los apartamentos turísticos comprendidos en esta disposición no sea realizada directamente por sus propietarios, las relaciones entre éstos y la Empresa explotadora deberán constar en un contrato por escrito en el que libremente las partes determinarán sus condiciones. Tal circunstancia deberá ser comunicada a la Administración mediante escrito conjunto, según modelo que reglamentariamente se determinará, a efectos de constancia oficial en cualquier momento de la titularidad y responsabilidad de la explotación (art. 4).

En consecuencia, la expresión de la naturaleza del inmueble objeto de la compraventa como apartamento turístico en el contrato, obligándose expresamente al mantenimiento de dicha condición del inmueble, nos lleva a concluir que la compra se realizó con la única finalidad de obtener un rendimiento económico de la explotación del inmueble, quedando excluida la compra del régimen establecido en la Ley 57/1968 de 27 de Julio.

Por otro lado, el pacto establecido en el contrato de compraventa en la cláusula sexta que establece "para el caso de que se instase la resolución de este contrato por las causas previstas en el artículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de Julio, las cantidades recibidas, le serán devueltas al adquirente en unión de sus intereses legalmente correspondientes", e interpretado el contrato en función de actos coetáneos y posteriores (no consta aval individual a la parte compradora), nos lleva a concluir, que efectivamente no nos encontramos ante el supuesto de hecho previsto en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 486 de 9 de septiembre de 2015, donde consta la sujeción expresa a la ley en el mismo aval otorgado por la entidad avalista y entre las partes en litigio, encontrándonos, por lo demás, ante una cláusula que no puede perjudicar a un tercero ajeno al contrato como es la entidad bancaria demandada. Por tanto, en el caso, nos encontramos ante un pacto resolutorio expreso, con fijación de la indemnización procedente. En cualquier caso, como declara la Sentencia de 30 de abril de 2010 (rec. 677 de 2006), el art. 1255 del CC permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria fijando las consecuencias económicas del incumplimiento, y es en este sentido como ha de interpretarse la cláusula del contrato, no como sometimiento a la garantía que establece el art. 1, regla primera de la Ley 57/1968.



Es por ello que tal y como concluyó la Juez de Instancia la entidad demandada no responde frente a la parte actora de aquellas cantidades que no fueron expresamente avaladas, por no surgir la responsabilidad derivada de la citada Ley, debiendo ser desestimada la apelación , confirmando la sentencia de instancia.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimada la apelación se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D Melchor contra la sentencia de 3 de Julio de 2019, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Málaga en autos de juicio ordinario número 1573/18, confirmando la misma, acordamos imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación si se hubiere dictado para la tutela judicial civil de **derechos** fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución, también en el caso de que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros, o cuando la resolución de este recurso presente interés casacional, lo que sucederá si, esta sentencia se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelve puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. De ser así, también podrá interponer recurso extraordinario por infracción procesal, siempre que se haga en el mismo escrito de interposición del recurso de casación, y no, por separado. También podrá interponer recurso extraordinario por infracción procesal, sin interponer recurso de casación frente a resoluciones recurrible en casación a que se refieren los nº 1 y 2 del artículo 477 de la LEC , antes citados. De este recurso de casación y transitoriamente del extraordinario por infracción procesal, conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y deberá de interponer por escrito presentado ante esta Sección de la Audiencia Provincial de Málaga, dentro del plazo de veinte días, contados desde el siguiente a la notificación de esta sentencia."

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose tras su firmeza seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta resolución, al Juzgado de Primera Instancia de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN

.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública, en la Sala de Vistas de este Tribunal de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.