



Roj: **STS 2720/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2720**

Id Cendoj: **28079110012017100401**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2017**

Nº de Recurso: **950/2015**

Nº de Resolución: **420/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 412/2015,**  
**STS 2720/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 4 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Sabina y D. Teofilo, representados por el procurador D. Carlos Mairata Laviña bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Ángela Lomeña Navarro y D. Juan Espejo Vergara contra la sentencia dictada el 6 de febrero de 2015 por la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Granada en el recurso de apelación n.º 489/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 747/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada, sobre contratos. Ha sido parte recurrida BBK Bank Cajasur SAU, representada por el procurador D. Gerardo Tejedor Vilar y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Antonia Jiménez Aguilar.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Teofilo y D.<sup>a</sup> Sabina, interpusieron demanda de juicio ordinario contra BBK Bank Cajasur SAU, en la que solicitaba se dicte sentencia:

«Por la que estimando en todo la demanda presentada condene a la entidad demandada BBK Bank Cajasur SAU a abonar a don Teofilo y doña Sabina, la cantidad de setenta y tres mil quinientos treinta euros con cuarenta céntimos (73.530,40 ?), cantidad que se corresponde a las entregas a cincuenta y asimismo se condene a la demandada al abono de los intereses legales desde el día de su entrega, según lo expuesto en el hecho segundo del presente escrito de demanda.

»2.- Subsidiariamente y para el caso de no admitirse que los intereses se computen desde la entrega de las cantidades, se condene a la demanda a su abono desde que se interpuso la demanda resolutoria del contrato de compraventa.

»3.-Condene a la demandada al pago de las costas procesales.

2.- La demanda fue presentada el 17 de mayo de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada y fue registrada con el n.º 747/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Cajasur Banco S.A.U (por sucesión universal de la extinta Caja de Ahorro y Monte de Piedad de Córdoba, Cajasur), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«Díctese sentencia por la que desestime íntegramente la demanda y acuerde la absolución de mi mandante de todas las pretensiones deducidas de contrario al resultar su conducta legítima y ajustada a derecho a la vista de las circunstancias concurrentes, con expresa imposición a la actora de las costas causadas en los presentes autos».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada dictó sentencia núm. 111/2014 de fecha 5 de junio, con el siguiente parte fallo:

«Que estimando como estimo en parte el suplico de la demanda presentada por la procuradora María del Carmen Giménez Carrión, actuando en nombre y representación de Teofilo y Sabina, contra BBK Bank Cajasur SAU, representada por la procuradora Isabel Serrano Peñuela, debo condenar y condeno a Cajasur S.A.U. a pagar a la parte demandante la suma de 36.810,20 euros, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.

»No se hace pronunciamiento en cuanto a costas».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones procesales de D. Teofilo y D.ª Sabina y por la de Cajasur Banco S.A.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, que los tramitó con el n.º de rollo 489/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de febrero de 2015, cuyo fallo dispone:

«Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por BBK Bank, Cajasur S.A.U, a través de su representación procesal, contra la sentencia de fecha 5 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Granada, en autos n.º 747/2013, con desestimación del recurso interpuesto, a su vez, contra dicha sentencia por D. Teofilo y D.ª Sabina, debemos revocar y revocamos la resolución impugnada, acordando, con desestimación de la demanda interpuesta por éstos últimos contra BBK Bank, Cajasur S.A.U., absolver a ésta de las pretensiones deducidas en ella.

»Todo ello, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte actora. Y, en cuanto a las de la presente alzada, con imposición a D. Teofilo y D.ª Sabina de las costas de su recurso; sin que proceda pronunciamiento, con relación a las devengadas por el recurso interpuesto por BBK Bank, Cajasur S.A.U.».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- D. Teofilo y D.ª Sabina, interpusieron recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Por infracción de la Jurisprudencia de la sala Primera del Tribunal Supremo acerca de la interpretación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 57/1968 de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Responsabilidad de la entidad financiera en caso de inexistencia de avales individualizados».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 8 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Teofilo y D.ª Sabina contra la sentencia dictada con fecha 6 de febrero de 2015 por la Audiencia Provincial de Granada (sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 747/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 8 de mayo de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de junio de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:



1. - El 23 de octubre de 2006, se suscribe un documento denominado «contrato de reserva» en el que se hace constar que «la persona indicada arriba» (D. Teofilo y D.<sup>a</sup> Sabina , con domicilio en Reino Unido) entrega(n) a Península Marketing y Venta SL, empresa comercializadora del proyecto Suites, «la cantidad de 3000 euros en concepto de depósito según lo establecido en el art. 1454 CC para la adquisición de la vivienda y sus anejos correspondientes, abajo descrito, en cuya compra está(n) interesado(s)».

Se recoge como precio total de la compra el de 343.600 euros más 7% iva y se recoge un calendario de pagos. La vivienda se describe de la siguiente manera: «bloque NUM000 , piso NUM001 , escalera NUM000 , NUM002 , NUM003 , tipo A; garaje n. NUM004 , trastero n.º NUM005 ». Bajo la rúbrica de «forma de pago» el documento recoge lo siguiente:

- «1.- En este acto en concepto de reserva: 3.000.- ?
- »2.- A la firma del contrato privado (Max. 30 días desde que se les comunique):
  - »- Talón nominativo 31.360 ? + 7% IVA+(7% iva de la reserva)
  - »- Talón nominativo a los 12 meses 34.360 ? + 7% IVA
- »3.- A la escritura de compraventa: 274.880 ? +7% IVA».

Se recoge igualmente que «la escritura pública se firmará contra el pago total del precio de compra según los plazos antes mencionados, momento en el que se entregará la vivienda objeto de la compraventa».

2. - El 5 de marzo de 2007, D. Teofilo y D.<sup>a</sup> Sabina suscriben con Bareo Investments SL (en adelante Bareo) un contrato de compraventa de la vivienda (con sus anejos de plaza de aparcamiento y trastero) en inmueble sito en la promoción denominada Suites, en Atarfe, por un importe de 343.600 euros más iva.

La estipulación segunda del contrato, sobre «precio, forma de pago» recoge lo siguiente:

«El precio conjunto de estas compraventas asciende a la cantidad de trescientos cuarenta y tres mil seiscientos euros, (343.600?), en concepto de capital, a los que habrá que sumaries veinticuatro mil cincuenta y dos euros, (24.052?) en concepto de IVA (al tipo del 7%), lo que hace un total de trescientos sesenta y siete mil seiscientos cincuenta y dos euros (367.652?).

»El precio conjunto de las compraventas, se abonará de la siguiente forma:

»1. Dos mil setecientos sesenta y un euros con sesenta y ocho céntimos, (2.761,68?), de principal más ciento noventa y tres euros con treinta y dos céntimos, (193,32?), en concepto de IVA, sumando un total de dos mil novecientos cincuenta y cinco euros, (2.955?) que declara la vendedora haberlos recibido de la compradora con anterioridad a este acto en concepto de reserva.

»2. Treinta y un mil quinientos cincuenta y seis euros con veintiséis céntimos, (31.556,26?) de principal más dos mil doscientos ocho euros con noventa y cuatro céntimos, (2.208,94?), en concepto de IVA, sumando un total de treinta y tres mil setecientos sesenta y cinco euros con veinte céntimos (33.765,20?), se reciben en este acto mediante cheque bancario de SolBank seriado al número NUM012 .

»3. Treinta y cuatro mil cuatrocientos dos euros con seis céntimos, (34.402,06?), de principal, más dos mil cuatrocientos ocho euros con catorce céntimos, (2.408,14?) en concepto de IVA, que suman un total de treinta y seis mil ochocientos diez euros con veinte céntimos, (36.810,20?), se abonarán mediante transferencia bancaria al número de cuenta de la vendedora: NUM006 , IBAN NUM007 , SWIFT CECAESMM024, garantizados bajo condición resolutoria expresa, con vencimiento en fecha 1 de noviembre de 2.007 según se pacta y se precisa en el resumen de la forma de pago indicado más adelante en el presente.

»Acuerdan expresamente las partes, que si el día del otorgamiento de la escritura pública de compraventa quedase por vencer alguna de la/s suma/as antedichas, ésta/s se abonará/án con carácter previo a dicho acto.

»4. Los restantes doscientos setenta y cuatro mil ochocientos ochenta euros, (274.880?), de principal más diecinueve mil doscientos cuarenta y un euros con sesenta céntimos, (19.241,60?), en concepto de IVA, con la salvedad manifestada en el párrafo siguiente de este punto, que suman un total de doscientos noventa y cuatro mil ciento veintiún euros con sesenta céntimos,(294.121,60?), que completan el precio total de la compraventa, serán abonados por el comprador mediante cheque bancario en la Notaría, el día del otorgamiento de la escritura pública de compraventa que se realizará en el plazo máximo de 30 días a contar desde el requerimiento que el vendedor haga al comprador en tal sentido».

La estipulación quinta del contrato, sobre «entrega de los inmuebles: escritura pública de compraventa y toma de posesión» recoge el compromiso de entregar la vivienda con sus anejos «antes de la finalización del primer trimestre de 2009».



La estipulación octava del contrato, sobre «garantía de las cantidades entregadas a cuenta» recoge lo siguiente:

«Todas las cantidades entregadas con anterioridad a la entrega de llaves de la vivienda en cumplimiento de la Ley 57/68, lo serán ingresadas en la cuenta corriente número NUM006 , abierta a tal efecto en la Entidad financiera Cajasur-Sucursal número 0708, situada en la Carretera Antigua de Málaga nº 117 de Granada, o bien cualquier otra que se abriera al efecto; de cuyas cantidades solo dispondrá para realizar pagos relativos a la construcción de este edificio y que tales cantidades serán garantizadas mediante la línea de avales núm. NUM008 de la Entidad financiera anteriormente mencionada, con expedición de la oportuna documentación por la entidad bancaria a favor del comprador conforme a Ley, obligándose el vendedor a suscribir el recibí y/o acusar recibo fehacientemente de dicha documentación al momento en que la misma le sea facilitada en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la fecha en que la misma obre en su poder.

Con la constitución de esta garantía se da cumplimiento a lo dispuesto en el RD 515/1989 de 21 de abril, de la Ley 57/1968, de 27 de julio y en la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación , en cuanto que garantiza la indemnización en caso de incumplimiento del contrato por parte de la vendedora».

Se adjunta al contrato un «Documento informativo abreviado» de once páginas que en su página 11 recoge los «aspectos económicos» y que termina con la siguiente precisión:

«Las cantidades entregadas a cuenta se garantizaran conforme a Ley:

»- Nombre de la Entidad Garante: Caja Sur

»- Domicilio de la Entidad Garante: Carretera Antigua de Málaga nº117 de Granada

»- Código Cuenta especial y exclusiva para ingreso de las cantidades anticipadas:

NUM006

»- Se expedirán en tiempo y forma por la entidad bancaria de depósito documentación a favor del vendedor de las sumas entregadas y garantizadas en su favor conforme a Ley».

En la página 10 del documento se reitera como fecha cierta de entrega la de «finales del primer trimestre del año 2009».

El 24 de febrero de 2009 las partes acuerdan sustituir la vivienda por otra, concretamente la n.º 29 del mismo complejo Suites, en el nivel NUM000 , portal NUM009 , tipo B, trastero n.º NUM010 y garaje n.º NUM011 y se pactó que la entrega se efectuaría antes de la finalización del segundo trimestre de 2009.

**3.** - El 22 de mayo de 2009, D. Teofilo y D.ª Sabina , requieren a Bareo para que les remita los avales a que se refería la cláusula octava del contrato, sin que Bareo lo hiciera, por lo que no pudieron instar su ejecución. El 6 de noviembre de 2009, D. Teofilo y D.ª Sabina remitieron comunicación de resolución por incumplimiento.

El 30 de junio de 2011, D. Teofilo y D.ª Sabina interponen demanda contra Bareo por incumplimiento del contrato de 5 de marzo de 2007, habida cuenta de la falta de entrega de la vivienda en la fecha comprometida y de que hasta el 8 de abril de 2010 el Ayuntamiento no otorgó la licencia de primera ocupación.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Granada 63/2011, de 16 de abril, declara resuelto el contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora y le condena a abonar la cantidad de 73.530,4 euros (resultante de la suma de todas las cantidades anticipadas: 2.955 euros en concepto de reserva el 23 de octubre de 2006, 33.765,20 euros el 5 de marzo de 2007 y 36.810,20 euros el 28 de enero de 2008) más sus intereses legales desde el 6 de noviembre de 2009, fecha en que fue notificada la voluntad resolutoria. La sentencia fue confirmada por la sentencia 27/2012, de 27 de enero, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada .

No consta que D. Teofilo y D.ª Sabina pidieran la ejecución forzosa de esa sentencia pero refieren que Bareo no les ha pagado y está en situación de insolvencia, lo que no ha sido discutido.

**4.** - D. Teofilo y D.ª Sabina interponen el 17 de mayo de 2013 nueva demanda, ahora contra BBK Bank Cajasur SAU (en la actualidad Cajasur Banco; en adelante nos referiremos a ella como BBK), solicitando la condena al abono de 73.530,40 euros, cantidad correspondiente a los entregas a cuenta, con abono de los intereses desde el día de la entrega de las diversas cantidades y, subsidiariamente, con los intereses desde el momento en que se interpuso la demanda resolutoria de la compraventa.

BBK se opuso aduciendo cosa juzgada (por existir una sentencia que acreditaba el incumplimiento de la vendedora, entre otras razones por no haber entregado al comprador el aval previsto en el contrato),



inexistencia de afianzamiento, inexistencia de una cuenta especial abierta por la promotora en la entidad y, con invocación, del art. 1827 CC, porque la fianza no se presume y no puede extenderse más allá de lo contenido en ella. Aunque en el escrito de contestación a la demanda no se refirió a esta cuestión, al elevar a definitivas sus conclusiones en el juicio oral, dijo que los demandantes no habían acreditado la entrega de todas las cantidades solicitadas.

**5.** - La sentencia del Juzgado estima parcialmente la demanda y condena a BBK a abonar a los actores la suma de 36.810,20 euros más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

La sentencia considera acreditado que la entidad emitió una línea de avales para garantizar las cantidades entregadas a cuenta a la promotora, lo que es reconocido por la demandada, que admite haber asumido la garantía frente a otros compradores. En cambio, considera que no ha quedado acreditado que todas las sumas que se reclaman fueran ingresadas por los actores en la cuenta especial. En particular, según la demanda, los 73.530,40 euros que se dicen pagados en concepto de parte del precio, se abonaron de la siguiente manera: 3.000 euros, directamente a la promotora, en el momento de firma del documento de reserva de la vivienda (documento n.º 2 de la demanda, página 65); 33.765,20 euros, a través de cheque bancario (documento n.º 3), el día 5 de marzo de 2007, fecha en que se firmó el contrato privado y que fue compensado el día 27 de marzo de 2007 (documento n.º 4). Sin embargo, el importe de ese cheque, no sólo no consta que fuera ingresado en la referida cuenta especial pues sólo se indica que fue compensado "por la entidad 2024 (BBK) oficina 0708 (Urb. La Chana)", sino que además fue emitido por Legal Factory S.A., persona jurídica de la que no consta relación alguna con el contrato de compraventa a que se refiere la demanda; 36.810,20 euros, por medio de transferencia a favor de la promotora a la cuenta n.º NUM006 (documento n.º 5).

Entiende el Juzgado que el último documento, que no fue impugnado de contrario, es el único de los tres en que sí consta el ingreso en la referida cuenta a cargo de Teofilo, recogiendo como beneficiario a Bareo.

**6.** - Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia estima el recurso interpuesto por BBK y desestima el recurso de D. Teofilo y D.ª Sabina, revoca la sentencia de primera instancia y acuerda la desestimación de la demanda. Impone las costas de primera instancia a la parte actora y en cuanto a las de la alzada impone a los actores recurrentes las costas de su recurso y no hace pronunciamiento respecto a las costas devengadas por el recurso interpuesto por BBK.

En esencia, la decisión de la sentencia recurrida se basa en «la falta de legitimación de los actores para el sostenimiento de la reclamación, por inexistencia de afianzamiento a su favor debidamente perfeccionado por el concurso de la oferta y la aceptación entre actores y demandada, conforme al art. 1262 del CC».

Sostiene esta conclusión con los siguientes razonamientos: Por lo que se refiere a la prestación del consentimiento como requisito de validez el contrato de fianza se rige por las disposiciones generales (art. 1254, 1258, 1261 y 1262 CC), con la particularidad, recogida por el art. 1827 CC, según la cual, el consentimiento del avalista no se presume. Entiende la Audiencia que la mera existencia de una póliza suscrita por la entidad bancaria no es suficiente para entender avaladas las cantidades abonadas por los demandantes, pues de la condición 3.ª del contrato de afianzamiento suscrito con la promotora resulta que es el aval o fianza prestada es a requerimiento del acreedor de la promotora. Añade que la póliza no es en sí misma un afianzamiento indeterminado frente a todos los compradores y eventuales acreedores futuros, frente a la promotora, por la devolución de cuantas cantidades fueran entregadas a cuenta del precio de viviendas en construcción, sino que obedece al objeto de comprometer la prestación de sucesivos avales, hasta el límite convenido, con el refuerzo, a su vez, de la garantía del derecho de repetición del avalista a través de la fuerza ejecutiva que representa el otorgamiento del título. Porque, entiende la Audiencia, el perfeccionamiento del contrato de afianzamiento requiere el consentimiento del acreedor, esto es, en el presente caso, de los compradores que hubieran de resultar acreedores de las cantidades entregadas a cuenta, en caso de resolución de los respectivos contratos de compraventa.

De forma que solo mediante la suscripción de los oportunos contratos de afianzamiento, con los correspondientes consentimientos prestados por el banco y los compradores, como acreedores, por cada contrato de compraventa al que se vincula, se materializa la efectividad del compromiso de garantía personal a que se refiere el documento aportado por la demandada. Para ello, entiende la Audiencia que es insuficiente la simple alusión en el contrato de compraventa (estipulación octava), al compromiso de garantizar la devolución con cargo a la línea de aval que, se dice, tenía abierta la promotora con la entidad bancaria demandada. Argumenta la Audiencia que el tenor literal de la mencionada estipulación tan solo alcanza al compromiso de que las cantidades ingresadas como entrega a cuenta, «serán garantizadas mediante la línea de avales n.º NUM008 de la entidad financiera anteriormente mencionada, con expedición de la oportuna documentación por la entidad bancaria a favor del comprador conforme a la Ley».

Es decir que, según la Audiencia, la entidad vendedora se compromete al perfeccionamiento futuro del afianzamiento con cargo a determinada línea de aval, mediante el correspondiente contrato a suscribir entre la entidad y el comprador. Sostiene que este es el único objeto al que puede responder la expresión «con entrega de la oportuna documentación por la entidad bancaria a favor del comprador».

**SEGUNDO.-** D. Teofilo y D.<sup>a</sup> Sabina interponen recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

1.- El recurso se funda en un único motivo en el que denuncian infracción del art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Para justificar el interés casacional la parte recurrente aporta las sentencias de esta sala 426/2015, de 16 de enero, 817/2004, de 19 de julio y 212/2001, de 8 de marzo. Dice además que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la responsabilidad de la entidad de crédito cuando existe aval general pero no aval individual.

Sostiene, en esencia, que la entidad es responsable cuando ha aceptado los ingresos a cuenta aunque no haya emitido el aval individual para el comprador. A juicio del recurrente esto último solo sería una mera formalidad y la falta de entrega de un documento no le es imputable al comprador que ha ingresado las cantidades, máxime cuando el banco sí hizo entrega del aval individual a otros compradores.

2. - BBK presenta escrito de oposición al recurso en el que solicita la confirmación de la sentencia recurrida porque la póliza concertada con Bareo es una póliza de fianza ordinaria, las sentencias citadas por la recurrente se refieren a hechos que no son similares a los antecedentes de este procedimiento y, en todo caso, no procedería estimar íntegramente la demanda porque en primera instancia únicamente quedó acreditado que los recurrentes ingresaron en la cuenta de la demandada parte de la cantidad reclamada.

**TERCERO.-** Por las razones que se exponen a continuación, el motivo se estima.

Después de la interposición del presente recurso de casación, la sentencia del pleno 322/2015, de 23 de septiembre, resolvió expresamente la cuestión de la responsabilidad de las entidades de crédito al amparo del art. 1 Ley 57/1968 para los casos de incumplimiento de la promotora cuando no se haya llegado a extender el aval individual. Es a esta jurisprudencia de la sala a la que debe estarse para resolver el presente recurso.

Según la sentencia del pleno 322/2015 : «i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art. 3 Ley 57/1968 ; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva».

De acuerdo con esta doctrina, hay que interpretar la ley de forma que los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de las cantidades entregadas a cuenta al promotor sobre la base de las pólizas colectivas concertadas por el promotor con las demandadas, aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado. La póliza de afianzamiento suscrita es título suficiente para justificar la reclamación.

La interpretación de que no debe caer sobre el comprador la negligencia del promotor que no requiere los certificados individuales es la que mejor responde a la finalidad tuitiva de la regulación de las garantías por cantidades anticipadas en la construcción, habida cuenta de la confusa redacción de la regulación de esta materia vigente en el momento de la celebración del contrato: de una parte parece imponerse la obligación de entregar en el momento de celebrar el contrato de compraventa un documento acreditativo de la garantía individualizada ( art. 2 de la Ley 57/1968, sin que la disp. adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, en vigor desde el 6 de mayo de 2000 hasta el 1 de enero de 2016 dijera nada a este respecto) pero, al mismo tiempo, en norma reglamentaria, parece supeditarse la emisión de la póliza individual a la firma del contrato (art. 5 de la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas).

La interpretación de la sentencia del pleno 322/2015 ha sido reiterada, entre otras, por las sentencias 272/2016, de 22 de abril, 626/2016, de 24 de octubre y 739/2016, de 21 de diciembre (también, aunque en el caso se excluyera la aplicación de la Ley 57/1968 por la condición del comprador y el uso no residencial de la vivienda, en sentencias 246/2014, de 1 de junio y 675/2016, de 16 de noviembre ).



En consecuencia, mantiene una interpretación errónea y contraria a la doctrina de esta sala la sentencia recurrida, al entender que la existencia de la póliza suscrita entre la entidad bancaria y la promotora solo da lugar al nacimiento del compromiso de perfeccionar un afianzamiento con cargo a la línea de aval pero no hace nacer la garantía de la entidad frente al comprador mientras no se perfeccione esa garantía que, por lo demás, la sentencia considera precisaría no solo la emisión de un nuevo consentimiento del fiador sino también, dice la sentencia, de los compradores (cuando, en realidad, aunque se tratara de una fianza ordinaria ya habrían expresado su aceptación de la fianza anticipadamente en el contrato de compraventa en el que se hacía referencia a la garantía de la entidad por las cantidades anticipadas). La interpretación que hace del art. 1827 CC y de la póliza de aval suscrita por el promotor y la demandada prescinde del carácter irrenunciable de los derechos que la hoy derogada Ley 57/1968 reconocía a los compradores y, más concretamente, la exigencia de la emisión de un certificado individual.

Como resulta del contenido de la sentencia 322/2015, de 23 de septiembre y de otras posteriores, una interpretación semejante a la que realiza la sentencia recurrida pone en evidencia cómo puede quedar insatisfecha la previsión de garantía contenida en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 57/68, porque bajo la apariencia de la garantía concertada en la póliza colectiva a la que se hace referencia en el contrato, el comprador no tiene por qué conocer que todavía debe recibir el aval individualizado y queda a merced de la mayor o menor diligencia del promotor solicitar los concretos certificados o avales individuales.

La aplicación de la doctrina de la sala al presente caso resulta que la entidad demandada incurrió en la responsabilidad porque consta probado que la vivienda no se terminó, que los compradores-recurrentes anticiparon cantidades en cuentas de la promotora-vendedora en BBK (y, conforme al último inciso del art. 1, condición 2.ª, de la Ley 57/1968, para la apertura de estas cuentas o depósitos a que se refiere la ley para el ingreso de las cantidades anticipadas, la entidad de crédito «*bajo su responsabilidad*», exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior).

La estimación del motivo da lugar a la estimación del recurso de casación, la casación de la sentencia recurrida y, conforme al art. 487.2 LEC procede, asumiendo la instancia, resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de primera instancia.

La Audiencia resolvió conjuntamente ambos recursos y, al entender que no existía afianzamiento de la entidad demandada a favor de los actores ya no hubo de pronunciarse sobre otras cuestiones planteadas en los recursos de apelación y a las que debe darse respuesta ahora.

**CUARTO.-** El recurso de apelación interpuesto por BBK es desestimado en su integridad.

1.- En su recurso de apelación, BBK impugna la sentencia de primera instancia porque, reiterando lo ya argumentado en su contestación a la demanda, considera que concurre cosa juzgada al amparo de los arts. 400 y 222 LEC, porque la sentencia que los demandantes obtuvieron contra la promotora condenó a esta por incumplimiento del contrato.

Este motivo no puede aceptarse. Es cierto, como dice BBK, que la sentencia del Juzgado de primera instancia n.º 17 de Granada de 16 de abril de 2011 (que declaró resuelto el contrato de compraventa de los demandantes con Bareo por incumplimiento de esta última) se hizo eco de los incumplimientos por parte de la promotora de la entrega de la garantía individual y de la entrega de la vivienda, pero lo que no dice BBK es que Bareo recurrió esa sentencia y la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada, en sentencia de 27 de enero de 2012, confirmó la sentencia de primera instancia por apreciar que hubo incumplimiento por la falta de entrega, pero reconoció que tenía razón la promotora en su motivo de impugnación en el que denunciaba la improcedencia de que la falta de entrega de los avales pudiera constituir motivo de resolución (fundamento tercero de la citada resolución: por error hay dos, el primero de ellos). La declaración judicial de resolución del contrato se basó, por tanto, en el incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda y de ahí la obligación de Bareo de restituir las cantidades anticipadas.

Con independencia de lo anterior, lo relevante es que el avalista garantiza la no restitución por el promotor de las cantidades percibidas cuando la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo previsto. Así las cosas, aunque no hubiera hecho falta que los actores obtuvieran la declaración judicial de resolución del contrato de compraventa para poder dirigirse contra la entidad que garantizaba las cantidades a cuenta, la sentencia firme de resolución de la compraventa excluye cualquier posible debate sobre la falta de entrega de la vivienda y, aunque ese sea solo el presupuesto de la obligación del promotor de restituir, es el incumplimiento por el promotor de esta obligación (que en el caso no ha sido discutida) la que hace nacer la obligación del avalista.

2.- En su recurso de apelación, BBK impugna la sentencia de primera instancia alegando falta de legitimación activa y pasiva por inexistencia de aval.



Por las razones expuestas al resolver el recurso de casación este motivo de impugnación se desestima. Otra cosa son los derechos que correspondan a la avalista frente a la promotora para reintegrarse de las cantidades satisfechas como consecuencia del aval, de acuerdo con las reglas generales y con lo dispuesto en el propio contrato de aval aportado por BBK y que consta en los autos (folios 239 y ss.) y que, efectivamente, los actores no podrán cobrar las mismas cantidades de Bareo.

**3.-** En su recurso de apelación, BBK impugna la sentencia de primera instancia porque la cuenta que la entidad abrió a la promotora era una cuenta ordinaria y no una cuenta especial, lo que supone que BBK no tenía obligación de cumplir ninguna de las exigencias legales derivadas de la Ley 57/1968. BBK alega también que ninguna conclusión puede extraerse del hecho de que la entidad formalizara un aval con otros compradores a efectos de considerar que también debía garantizar a los demandantes y que la póliza constituye una línea marco bajo la cual Bareo podía solicitar la emisión de concretos avales hasta un importe máximo, sin que BBK tuviera ninguna vinculación con los beneficiarios de tales avales.

Estos motivos de impugnación no pueden admitirse por las siguientes razones.

1.ª) La sala primera del Tribunal Supremo ha reiterado que la entidad garante no puede oponer como una excepción al pago que los ingresos se hayan hecho en una cuenta ordinaria y no en una cuenta especial, porque el ingreso en la cuenta especial no es un elemento necesario para que surja la obligación de la entidad de prestar la garantía por las cantidades anticipadas ingresadas en otra cuenta de la entidad ( sentencias 174/2016, de 17 de marzo , 142/2016, de 9 de marzo , 733/2015, de 21 de diciembre , 779/2014, de 13 de enero de 2015 , con cita de otras anteriores): «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"».

De acuerdo con esta doctrina, incluso, 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 las cuentas que el promotor tenga abiertas dicha entidad ( sentencias 142/2016, de 9 de marzo , 733/2015, de 21 de diciembre ).

2.ª) Respecto de las cantidades garantizadas, la entidad de crédito responde de todas las cantidades anticipadas, pues la jurisprudencia ha interpretado que no procede respetar los límites cuantitativos de la póliza de seguro, pues la misma, al constar que se efectuaba al amparo de la Ley 57/68, que obliga a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores, pues con ello violaba el dictado de los arts. 2 y 68 de la Ley de Contrato de Seguro , pues la Ley 57/68 no establece límites a dicho seguro, sino que exige la cobertura de todas las cantidades entregadas y la integridad de los intereses legales ( sentencias 476/2013, de 3 de julio , 778/2014, de 20 de enero , 780/2014, de 30 de abril de 2015 226/2016, de 8 de abril ).

Por otra parte, en el caso, el dato de que BBK emitiera otros avales y pagara a otros compradores o llegara a acuerdos transaccionales con ellos es solo un indicio que tiene en cuenta la sentencia de primera instancia para concluir acerca de la existencia de la línea de aval de la que deriva y en la que se funda la responsabilidad de BBK como garante de las cantidades anticipadas.

Al asumir la instancia esta sala no está constreñida por limitaciones a la hora de valorar la prueba y puede afirmar que la línea de avales a que se hace referencia en el contrato suscrito con la promotora coincide con la que figura en el documento de aval aportado por la entidad (en el que se dice expresamente que sustituye a un afianzamiento anterior, que es el previsto en el contrato) y la cuenta donde los actores debían hacer sus ingresos es una cuenta de Bareo en la entidad y se corresponde con la cuenta afectada que figura en el aval.

**QUINTO.-** Se estima el recurso de apelación interpuesto por D. Teofilo y D.ª Sabina y se estima en su integridad la demanda que en su día interpusieron contra BBK.

En su recurso de apelación, los actores denunciaron error en la valoración de la prueba al no haber considerado acreditado el pago de todas las cantidades reclamadas. En particular, se discute el pago inicial de 3.000 euros en concepto de reserva y el pago de 33.765,20 euros realizada en el momento de la firma del contrato.





La revisión de la documentación obrante en autos lleva a concluir que ambas cantidades fueron pagadas como anticipo de la vivienda, de acuerdo con lo previsto en el contrato y que, en consecuencia, la entidad crediticia debe garantizar la falta de su restitución por el promotor.

Es relevante que, en el caso, todas las cantidades reclamadas se corresponden con el calendario de pagos contenido en el documento inicial de reserva y en el posterior de compraventa concertado entre los actores y el promotor, de modo que no se trata de cantidades que las partes hubieran tratado de sustraer al conocimiento y control de la avalista.

Por otra parte, por lo que se refiere a la cantidad de 3000 euros a que hace referencia el «contrato de reserva» como cantidad que se entrega y se recibe en ese acto, está también reflejada como recibida en el contrato de compraventa. Como declaró la sentencia 439/2016, de 29 de junio, la entidad avalista pudo conocer la entrega a cuenta en concepto de reserva con haber requerido al promotor una copia de los contratos.

Por lo que se refiere a la cantidad de 33.765,20 euros, dice la sentencia del Juzgado que no sólo no costa que fuera ingresado en la referida cuenta especial pues sólo se indica que fue compensado «por la entidad 2024 (BBK) oficina 0708 (Urb La Chana)», sino que además fue emitido por Legal Factory S.A., persona jurídica de la que no consta relación alguna con el contrato de compraventa a que se refiere la demanda.

Frente a esta argumentación, debe entenderse que la cantidad de 33.765,20 euros fue abonada al promotor como anticipo por los compradores o, al menos por cuenta de ellos, que entregaron el dinero a un despacho de abogados para que entregaran un talón al promotor en el momento de la firma del contrato, tal y como queda reflejado en el mismo contrato.

En efecto, la estipulación segunda del contrato de compraventa dice expresamente que «se reciben en este acto mediante cheque bancario de SolBank seriado al n.º NUM012 ». En los autos consta copia del cheque, que fue otorgado a nombre de Bareo y que fue descontado en la misma cuenta de BBK afecta al aval (folios 67, 68 y 240). El que no figure el nombre de los compradores en el talón es explicado convincentemente por el hecho de ser Legal Factory la sociedad del despacho de abogados con el que trabajaban en España los compradores (se acredita en autos por la documental aportada que el propio contrato de compraventa es firmado por uno de los abogados de la sociedad en representación de los compradores, folio 33, y que la entidad ha realizado requerimientos de pago a nombre de compradores facilitando su cuenta).

Todo ello viene reforzado, además, por el hecho de que la sentencia que estimó la demanda de resolución del contrato de compraventa interpuesta en su día por los actores condenó a la promotora a restituir la suma total reclamada ahora en este otro proceso a BBK como garante (aunque, como ha quedado dicho, en realidad, no hubiera sido necesaria tal condena para ejercitar la reclamación contra la entidad crediticia garante).

Lo relevante es que todas las estas cantidades discutidas figuran en el contrato y se han realizado conforme al calendario previsto en el mismo, por lo que, de acuerdo con todo lo argumentado hasta ahora, la entidad emisora del aval está obligada a restituir las a los demandantes.

La estimación del recurso de apelación de los demandantes determina que se estime la demanda en su integridad y se condene a BBK a abonar a los demandantes la cantidad de 73.530,40 euros.

Por lo que se refiere a la cuantía de los intereses debe estarse al legal solicitado en la demanda en su día interpuesta pues, aunque el contrato fijó un 6% (a pesar de celebrarse tras la vigencia de la disp. adicional 1.ª c. de la Ley de ordenación de la edificación, que fija el interés debido en el legal), no se ha solicitado la prevalencia de un interés pactado superior al mínimo legal (cosa que admitió en el caso la sentencia 780/2014, de 17 de diciembre).

Por lo que se refiere al momento desde el que se devengan los intereses, los demandantes ahora recurrentes en casación solicitan, reiterando lo pedido en la demanda, que se condene al pago de los intereses legales desde la entrega o, subsidiariamente, desde la demanda resolutoria del contrato de compraventa. Aunque los intereses que deben restituirse legalmente son remuneratorios de las cantidades entregadas y, por tanto, serían exigibles desde su entrega, en el presente caso los actores se aquietaron a la condena de restitución de la cantidad de 73.530,40 euros con los intereses legales desde el 6 de noviembre de 2009, fecha de la notificación a la promotora de la voluntad resolutoria. Esta indemnización se fijó en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Granada 63/2011, de 16 de abril, confirmada por la sentencia 27/2012, de 27 de enero, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada. Puesto que no puede exigirse a la entidad avalista una cantidad superior de la que podrían exigir a la promotora porque esa es la misma cantidad que la avalista, tras pagar a los demandantes, podría recuperar de la promotora, procede declarar que BBK debe restituir a los actores la cantidad de 73.530,40 euros con los intereses legales desde el 6 de noviembre de 2009.



**SEXTO.-** La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas de este recurso, conforme al art. 398.2 LEC .

La desestimación del recurso de apelación interpuesto en su día por BBK determina que se impongan a la apelante las costas generadas por su recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 y en el art. 394 LEC .

La estimación del recurso de apelación interpuesto en su día por D. Teofilo y D.<sup>a</sup> Sabina supone la estimación total de la demanda y con ello la imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada ( art. 394.1 LEC ), sin imponer a ninguna de las partes las costas de dicho recurso de apelación (art. 398.2).

Conforme a lo dispuesto en los apartados 8 y 9 de la disp. adicional 15.<sup>a</sup> LOPJ, procede devolver a D. Teofilo y D.<sup>a</sup> Sabina los depósitos constituido para interponer el presente recurso de casación y el recurso de apelación que interpusieron en su día así como la pérdida del depósito de BBK para interponer su recurso de apelación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

#### **esta sala ha decidido**

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Teofilo y D.<sup>a</sup> Sabina contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 5.<sup>a</sup>) de 6 de febrero de 2015, dictada en rollo de apelación 489/2014 , que dejamos sin efecto. Sin hacer expresa condena en costas del recurso de casación y con devolución del depósito constituido para interponer este recurso. **2.º-** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por BBK Bank Cajasur S.A.U. contra la sentencia 111/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada , con condena de las costas de dicho recurso a la apelante. Con pérdida del depósito constituido para interponer dicho recurso. **3.º-** Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Teofilo y D.<sup>a</sup> Sabina contra la sentencia 111/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada (dimanante de autos de procedimiento ordinario n.º 747/2013), revocándola para, en su lugar: A) Estimar íntegramente la demanda interpuesta en su día por D. Teofilo y D.<sup>a</sup> Sabina contra BBK Bank Cajasur S.A.U. B) Condenar a BBK Bank Cajasur S.A.U. a pagar a los demandantes la cantidad de 73.530,40 euros con los intereses legales desde el 6 de noviembre de 2009 hasta su efectivo pago. C) Condenar a BBK Bank Cajasur S.A.U. al pago de las costas de la primera instancia, sin imposición de las costas de este recurso de apelación y devolución a los recurrentes del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.