



Roj: **STS 720/2018 - ECLI:ES:TS:2018:720**

Id Cendoj: **28079110012018100111**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2018**

Nº de Recurso: **2276/2015**

Nº de Resolución: **102/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 1244/2015,**
STS 720/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 102/2018

Fecha de sentencia: 28/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2276/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, sección 5.ª

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

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2276/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 102/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 28 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por los demandantes D. Jesús Manuel y D.^a Irene , representados por la procuradora D.^a María Victoria Pérez-Mulet Díez-Picazo bajo la dirección letrada de D. Pedro Andrés Alemany Cortell, contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2015 por la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación n.º 25/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 983/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Denia sobre resolución de contrato de compraventa de vivienda y restitución de cantidades anticipadas. Ha sido parte recurrida la codemandada Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, «La Caixa» (actualmente CaixaBank S.A.), representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter bajo la dirección letrada de D. Enrique Jesús Alabadi Toledo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 31 de julio de 2013 se presentó demanda interpuesta por D. Jesús Manuel y D.^a Irene contra las entidades Promociones Torres y Perles S.L. y «La Caixa» solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«1^a Se declare la resolución del contrato de compraventa de fecha 3 de agosto de 2.007 y sus posteriores modificaciones, suscrito por la parte actora con promociones Torres y Perles, y acompañados a la presente demanda.

»2^a Condenar a la mercantil demandada PROMOCIONES TORRES Y PERLES Y A LA ENTIDAD BANCARIA "LA CAIXA", DE FORMA SOLIDARIA, A RESTITUIR A LA PARTE ACTORA LOS IMPORTES PAGADOS A CUENTA DEL PRECIO DE COMPRAVENTA Y QUE ASCIENDEN A LA CANTIDAD DE 126.944 EUROS, ASÍ COMO AL PAGO DE LOS INTERESES LEGALES CORRESPONDIENTES DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA

»3^a CONDENAR A LAS PARTES CODEMANDADAS AL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES. Y todo lo demás que en derecho proceda».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Denia, dando lugar a las actuaciones n.º 983/2013-MC de juicio ordinario, y emplazadas las entidades demandadas, compareció CaixaBank S.A. (sucesora de «La Caixa») planteando las excepciones de falta de legitimación pasiva y de prescripción de la acción ejercitada, oponiéndose también en cuanto al fondo y solicitando la desestimación de la demanda con imposición de costas a los demandantes. La promotora codemandada Promociones Torres y Perles S.L. no compareció y fue declarada en rebeldía por diligencia de ordenación de 3 de diciembre de 2013.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada- juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 10 de julio de 2014 con el siguiente fallo:

«Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por DON Jesús Manuel y DOÑA Irene representados por Procurador de los Tribunales Doña Irene y asistidos de letrado Don Pedro Alemany Cortell y contra la mercantil PROMOCIONES TORRES PERLES SL declarada en rebeldía y contra LA CAIXA representada por Procurador de los Tribunales Don Lorenzo Christian Ruiz Martinez y asistida de letrado Don Enrique Alabadi Toledo DEBO DECLARAR Y DECLARO la resolución del contrato de compraventa de fecha 3/08/2007 y sus posteriores modificaciones, suscrito por la parte actora con promociones Torres Perles SL CONDENANDO en consecuencia a los demandados de forma solidaria a restituir a la actora los importes pagados a cuenta del precio de compraventa y que ascienden a la suma de 126.944 euros así como al pago de los intereses legales correspondientes de las cantidades entregadas a cuenta, así como al pago de las costas procesales devengadas».

CUARTO.- Interpuesto por la entidad bancaria codemandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante y que se tramitó con el n.º 25/2015 de la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Alicante , esta dictó sentencia el 13 de mayo de 2015 con el siguiente fallo:

«Que estimando el recurso de apelación promovido contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Denia de fecha 10 de julio de 2014 en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución y en su lugar, debemos desestimar y desestimamos la demanda planteada por don Jesús Manuel y doña Irene contra Caixabank S.A. sin hacer declaración



respecto a las costas causadas a la misma. Se mantiene el resto del fallo de la resolución recurrida y no se hace declaración respecto a las costas de esta alzada».

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia los demandantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1. 2.º LEC , se articuló en un solo motivo amparado en el ordinal 2.º del art. 469.1 LEC y dividido en tres submotivos con los siguientes enunciados:

«SUBMOTIVO 1º

Vulneración del Art. 218.1 y art. 216 en relación con el art. 412, de la L.E.C . por cuanto que la Sentencia impugnada estima el recurso de apelación basado en una "cuestión nueva" consistente en alegar incongruencia de la Sentencia de 1.ª Instancia por condenar en base a acción no ejercitada por los actores».

«SUBMOTIVO 2º

Vulneración del Art. 218.2 de la L.E.C . por indebida apreciación de infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia del art. 469.1.2º, por no concurrir en la sentencia dictada en Primera Instancia violación de la exigencia de congruencia del art. 218.2 de la L.E.C .»

«SUBMOTIVO 3º

Vulneración del Art. 218.2 de la L.E.C . por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia del art. 469.1.2º, por concurrir "INCONGRUENCIA INTERNA" en la propia sentencia por contradicción entre la fundamentación y el fallo».

El recurso de casación, formulado al amparo del art. 477.2.3.º LEC , se articulaba en tres motivos con los siguientes enunciados:

«MOTIVO PRIMERO.- Infracción del art. 1, apartado 1 en relación al 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio , reguladora de las Percepciones de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Vivienda y de la doctrina jurisprudencia del Alto Tribunal, en relación 1.281 del C.C.»

«MOTIVO SEGUNDO.- Infracción de los arts. 1 y 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio , reguladora de las Percepciones de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Vivienda y de la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal».

«MOTIVO TERCERO.- Infracción del art. 4 de la Ley 57/1968, de 27 de julio , reguladora de las Percepciones de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Vivienda y de la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma la parte demandante-recurrente y la entidad de crédito codemandada por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 11 de octubre de 2017, a continuación de lo cual la parte recurrida CaixaBank S.A. presentó escrito de oposición solicitando la desestimación de los recursos con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 12 de febrero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 20, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los compradores de una vivienda en construcción bajo el régimen de la Ley 57/1968 recurren la sentencia de segunda instancia que, confirmando la estimación de su demanda de resolución contractual y de restitución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio respecto de la entidad promotora-vendedora (en rebeldía en este proceso), sin embargo absolvió a la entidad de crédito codemandada en la que tenía cuenta abierta la promotora con fundamento en que no podía exigirse responsabilidad por no haber garantizado la devolución de los anticipos mediante aval cuando resulta que la solicitud para su constitución se formuló una vez que la vivienda estaba ya terminada y en disposición de ser entregada.

SEGUNDO.- Para la decisión de los recursos debe partirse, en síntesis y por lo que ahora interesa, de los siguientes hechos y antecedentes:

1. - Con fecha 20 de abril de 2005 Promociones Torres y Perles S.L. abrió en «La Caixa», oficina 2019 de Calpe, una cuenta corriente a la vista con el n.º NUM000 (doc. 2 de la contestación).



Tras serle concedida la preceptiva licencia de edificación sobre el solar en el que se iba a construir (9 de mayo de 2005), con fecha 13 de mayo de 2005 dicha promotora y la referida entidad de crédito suscribieron ante notario un contrato denominado «crédito abierto con garantía hipotecaria» (crédito para la construcción) cuyo fin era financiar la construcción del edificio del que formarían parte la vivienda y el garaje objeto del presente litigio (doc. 5 de la contestación). Este contrato fue novado con fecha 22 de diciembre de 2009 (más documental 1 de la parte demandante, aportada en el acto de la audiencia previa). Según admite la entidad de crédito en su contestación (folio 125) «las disposiciones de este crédito se instrumentalizaron a través de la tan citada cuenta corriente a la vista, al igual que otros préstamos solicitados por Torres y Perles S.L., ejemplo claro de que se trata de una cuenta ordinaria, de tráfico, a la que se han vinculado numerosos préstamos y productos bancarios».

2.- Con fecha 3 de agosto de 2007 los demandantes ahora recurrentes (D. Jesús Manuel y D.^a Irene), en concepto de compradores, y la citada promotora, como parte vendedora, suscribieron un contrato privado de compraventa de vivienda en construcción (con su respectiva plaza de aparcamiento) ubicada en la planta NUM001 .^a del EDIFICIO000 , C/ DIRECCION000 n.º NUM002 de la localidad alicantina de Calpe (doc. 1 de la demanda, con inclusión del pliego de condiciones particulares y del de cláusulas generales).

De su contenido cabe destacar lo siguiente:

2.1.- El precio se fijó en la cantidad de 253.838 euros más IVA (estipulación 5 del pliego de condiciones particulares), y como forma de pago se pactó la entrega de 74.766 euros más IVA (80.000 euros en total) en el mismo acto de la firma del contrato privado, 22.838 euros más IVA (24.437 euros en total) «a lo largo del mes de septiembre» siguiente y el abono del resto en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa (estipulación 6).

2.2.- Como fecha de entrega de la vivienda se fijó «el segundo trimestre del año 2008» (estipulación 7).

2.3.- Se reconocía el derecho de los compradores a resolver el contrato (estipulación sexta del pliego de cláusulas generales) «en el caso de que las obras no se entregasen dentro del plazo fijado y su prórroga de seis meses, salvo que el retraso se produjera por causas no imputables al vendedor o de fuerza mayor», entendiéndose como no imputables al vendedor «los retrasos en la entrega, que una vez concluidas las obras, se puedan producir por demora en la obtención de las autorizaciones administrativas pertinentes -cédula de habitabilidad, etc- o enganches de las compañías suministradoras».

2.4.- En caso de instar la resolución contractual se reconocía a los compradores el derecho a recuperar las cantidades anticipadas e ingresadas «en la cuenta especial aperturada a tal efecto en LA CAIXA (2100), Avda. de Ifach, 20 CALPE (2019), cuenta corriente número NUM000 », más sus intereses legales.

3.- En cumplimiento de su obligación de pago, los compradores abonaron a la promotora en el acto de la firma del contrato privado la cantidad de 80.000 euros (lo que justificaron mediante el extracto de los movimientos de una cuenta en la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo o «CAM», aportado como doc. 2 de la demanda), que al mes siguiente pagaron a la promotora otros 24.437 euros (lo que justificaron mediante el recibí firmado por la promotora, aportado como doc. 3 de la demanda) y que en febrero de 2008 abonaron otros 22.507 euros (que justificaron mediante recibí de la promotora y justificante bancario del ingreso en la CAM por el mismo importe a favor de D. Jose Pablo , docs. 4 y 4b) de la demanda, figurando como concepto en el doc. 4 «compra parking en EDIFICIO000 »).

4.- Concluido el plazo de entrega estipulado la vivienda no se había entregado. Después de que los compradores pidieran explicaciones al respecto a la promotora en diciembre de 2008, ambas partes acordaron prorrogar la fecha de entrega a cambio de una rebaja en el precio de venta. Después de cuatro rebajas sucesivas, en la última de ellas (doc. 8 de la demanda) el precio se fijó en la cantidad de 189.950 euros más IVA y la fecha de entrega se fijó en el segundo trimestre de 2010 (es decir, para finales de junio de ese año, dos años después de la fecha inicialmente prevista).

5.- Al llegar esa fecha la obra seguía sin terminar, pues el «certificado final de obra» se expidió un mes después, el 28 de julio de 2010, si bien la vivienda carecía de cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. Con fecha 1 de octubre de 2010 se otorgó acta notarial de terminación de obra (doc. 1 de la contestación) a la que se incorporó aquel certificado (folio 168 de las actuaciones de primera instancia).

6.- En ese mismo mes de octubre de 2010 los compradores aceptaron instalarse en la vivienda con la promesa de que la compra se escrituraría en breve. Sin embargo nunca se llegó a escriturar, y los compradores tuvieron que valerse de luz y agua de obra (doc. 10 y 11) por no poder contratar los correspondientes suministros.

7.- Como seguían interesados en adquirir la vivienda, los compradores encargaron en noviembre de 2010 la tasación de los inmuebles (vivienda y garaje). En el informe de tasación, de fecha 11 de dichos mes y año



(doc. 9 de la demanda), se consideraba «terminado» (folio 56 de las actuaciones de primera instancia) y se incluyeron fotografías del edificio donde se ubicaba.

8.- Con fecha 16 de julio de 2013 los compradores requirieron notarialmente a La Caixa para que emitiera aval por las cantidades entregadas, 104.437 euros correspondientes a la vivienda y 22.505 euros por el garaje (doc. 12 a), a lo que se negó la requerida (doc. 13) aduciendo que la obra estaba terminada.

9.- Con fecha 26 de julio de 2013 los compradores requirieron notarialmente a la promotora-vendedora para resolver el contrato [doc. 12 b) de la demanda], y con fecha 31 de julio de 2013 demandaron a dicha promotora y a la referida entidad de crédito pidiendo la resolución del contrato y la restitución de las cantidades anticipadas (126.944 euros) más intereses legales y costas. Como razones principales para instar la resolución aducían, en primer lugar, el incumplimiento de la obligación de entrega efectiva en un plazo considerado esencial, dado que la vivienda seguía sin estar terminada, se había ocupado en precario una vez superado el último plazo pactado, sin posibilidad de acceder a suministros de luz y agua por carecer de licencia de primera ocupación, y no se había escriturado, y, en segundo lugar, la falta de constitución y entrega de las preceptivas garantías de la Ley 57/1968, porque esta obligación subsistía mientras no se hubiera expedido la referida licencia, lo que además hacía solidariamente responsable de la restitución a la entidad de crédito depositaria en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2.ª de la Ley 57/1968. Como fundamento jurídico de su pretensión resolutoria invocaban los arts. 1088 y ss, 1254 y ss, 1445, 1261 y, fundamentalmente, 1124 CC y los artículos correspondientes de la Ley 57/1968 y, en cuanto a la responsabilidad de la entidad de crédito, «la jurisprudencia más reciente de la Audiencia Provincial de Burgos Sección Segunda 389/12 de 25 de octubre y Audiencia Provincial de Albacete Sección 1ª 272/12».

10.- El 1 de octubre de 2013 se expidió la licencia de primera ocupación, una vez subsanadas las deficiencias detectadas, que habían dado lugar al expediente administrativo NUM003 del Ayuntamiento de Calpe.

11.- La promotora demandada fue declarada en rebeldía. La entidad de crédito codemandada se opuso a la demanda. En primer lugar planteó las excepciones de falta de legitimación pasiva (por no ser avalista ni tener vínculo contractual con la parte compradora) y prescripción (por entender que la falta de vínculo contractual determinaba que solo se le pudiera exigir responsabilidad extracontractual conforme al art. 1902 CC, cuyo plazo anual había transcurrido sobradamente desde la fecha en que los compradores ocuparon la vivienda en octubre de 2010 hasta el requerimiento de julio de 2013). Seguidamente se opuso en cuanto al fondo, alegando a este respecto, en síntesis, que la entidad de crédito era ajena a las relaciones contractuales entre compradores y promotora; que desconocía si se habían hecho pagos a cuenta del precio, ya que la documentación aportada con la demanda no constituía suficiente prueba al respecto y de ella se desprendía que los pagos se habían hecho en efectivo; que no había otorgado aval; que en todo caso el aval se habría extinguido con arreglo al art. 1851 CC como consecuencia de las sucesivas novaciones sin contar con el consentimiento del fiador; que además el aval no sería exigible una vez terminada la obra (el 28 de julio de 2010 se expidió el certificado final de obra y el 1 de octubre de 2010 se otorgó acta notarial de terminación); y en fin, que la cuenta abierta a nombre de la promotora era una «cuenta corriente a la vista» y no la especial legalmente exigida, aunque la promotora la calificara como especial en el contrato.

12.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró resuelto el contrato y condenó solidariamente a los demandados a la restitución de las cantidades anticipadas con sus intereses legales. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la promotora incumplió el plazo de entrega, pactado como esencial y fijado, tras su modificación, en el segundo trimestre de 2010, pues llegada esta fecha no se había terminado la obra ni se había instado a los compradores para escriturar, y precisamente porque el edificio adolecía de deficiencias que debía reparar el promotor solo pudo ocuparse en precario (sin acceso a suministros), sin cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación, que no fue concedida hasta el 1 de octubre de 2013, fecha posterior incluso a la interposición de la demanda; (ii) la promotora-vendedora incumplió además su obligación de avalar los anticipos, al haberse acreditado que los demandantes pagaron incluso más de lo que se había pactado entregar a cuenta; (iii) la acción ejercitada contra la entidad de crédito, por culpa extracontractual, no estaba prescrita cuando se presentó la demanda, pues el día inicial del plazo anual comenzaba cuando los compradores tuvieron conocimiento del daño por la imposibilidad de recuperar el dinero anticipado ante la falta de aval y constaba al respecto que la entidad bancaria fue requerida notarialmente por los compradores el 16 de julio de 2013, negándose a emitir aval, y que la demanda se presentó a finales de ese mismo mes; (iv) la entidad bancaria estaba pasivamente legitimada por cuanto la ley la hacía responsable de las cantidades que los compradores de viviendas sujetas a la misma depositasen en la cuenta especial del promotor, teniendo este carácter la que se abrió a nombre de Promociones Torres y Perles S.L. con fecha 13 de mayo de 2005 (doc. 5 de la contestación) a resultas del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria que suscribió con dicha mercantil para financiar la construcción de las viviendas



de la promoción; y (v) la resolución contractual trae consigo la condena solidaria a devolver las cantidades anticipadas, más intereses legales desde su concreto pago.

13.- La entidad de crédito codemandada interpuso recurso de apelación en el que adujo incongruencia de la sentencia por condenar con base en una acción por culpa extracontractual no ejercitada en la demanda; la prescripción de la acción porque el *dies a quo* debía fijarse en el año 2010 por ser cuando la obra estuvo terminada y los compradores pudieron saber lo que podían reclamar por el incumplimiento contractual del promotor; la inexistencia de aval; la inexistencia de cuenta especial, pues no tenía tal consideración la cuenta corriente terminada en 10862, que se abrió antes de que se comprara el suelo donde debía construirse la promoción, antes de que se otorgara la licencia de obras e incluso antes de que se concediera el préstamo hipotecario al promotor para financiar dicha construcción; que dicha cuenta corriente estaba principalmente destinada a la disposición del crédito; y en fin, que «ningún apunte existe en la cuenta sobre un supuesto ingreso por parte de los hoy actores, lógico si tenemos en cuenta que los propios actores reconocen que las entregas a cuenta de la compraventa se realizaron en efectivo (documentos 1, 2, 3 y 4 de la demanda)».

14.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso, desestimó la demanda respecto de la entidad de crédito, sin condena en costas en segunda instancia y sin imponer tampoco a los demandantes las costas de primera instancia devengadas por la demandada-apelante, por apreciar dudas de derecho. En síntesis, y en lo que ahora interesa, razona lo siguiente: (i) la acción ejercitada contra la apelante no había prescrito porque, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015, la responsabilidad que surge del incumplimiento de lo que preceptúa el art. 1.1 de la Ley 57/1968 es legal, no por culpa extracontractual, de lo que se colige que queda sometida al plazo general de las acciones personales (por entonces quince años); (ii) no obstante, la apelante también aduce en su recurso que la acción resolutoria fundada en la falta de aval se había ejercitado contra la entidad bancaria después de que la vivienda estuviera terminada y fuese ocupada por los compradores, y a este respecto la jurisprudencia viene declarando que si la obligación de aval no ha sido exigida en fase de pendencia del contrato, no puede exigirse en fase de ejecución o realización de la prestación debida, es decir, una vez terminada la obra o puesta a disposición del comprador, lo que además resulta conforme con la buena fe contractual y su proyección sobre la doctrina de los propios actos; (iii) esta doctrina jurisprudencial lleva a estimar el recurso de apelación, pues la construcción había terminado en el año 2010, cuando se encargó el informe de tasación que describe el edificio como «terminado», siendo por ello que los compradores lo ocuparon en octubre de dicho año, sin que el retraso en la obtención de la licencia de primera ocupación pueda suponer un incumplimiento resolutorio ya que solo cabe valorar su falta como esencial cuando sea debida a la existencia de contravenciones urbanísticas que permitan estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable, lo que no ha sido el caso; y (iv) en tales circunstancias, estando la vivienda acabada y a disposición de los compradores, la constitución del aval carecía de sentido, por lo que se absuelve a la entidad bancaria «sin necesidad de abordar el resto de consideraciones del recurso».

15.- La sentencia de segunda instancia ha sido recurrida por los demandantes, tanto por infracción procesal como en casación, al amparo del art. 477.2. 3.º LEC, por interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala. La parte recurrida se ha opuesto a los recursos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- El recurso se compone de un solo motivo, formulado al amparo del art. 469.1.2.º LEC, que se divide en tres submotivos.

El primer submotivo se funda en infracción de los arts. 218.1 y 216 LEC, en relación con el art. 412 LEC «por cuanto que la sentencia impugnada estima el recurso de apelación basado en una "cuestión nueva" consistente en alegar incongruencia de la Sentencia de 1ª instancia por condenar en base a acción no ejercitada por los actores».

En su desarrollo se alega, en síntesis, que fue la entidad de crédito codemandada la que introdujo en el debate el tema de la prescripción de la acción, con base en que se trataba de una acción por culpa extracontractual, y que sin embargo, alterando su petición inicial, fue también dicha entidad la que en su recurso de apelación adujo *ex novo* la incongruencia de la sentencia de primera instancia, infracción que fue estimada vulnerando la doctrina de esta sala sobre la imposibilidad de estimar un motivo de apelación «basado en una cuestión nueva y contraria a la mantenida en primera instancia».

El segundo submotivo se funda en infracción del art. 218.2 LEC «por no concurrir en la sentencia dictada en primera instancia violación de la exigencia de congruencia del art. 218 LEC».

En su desarrollo se insiste en el argumento de que la sentencia recurrida estima indebidamente la incongruencia de la sentencia apelada olvidando que quien trajo a colación aquel precepto fue la propia apelante en su contestación a la demanda, de tal forma que ninguna indefensión podía causarle su estimación



ni podía ser considerada la sentencia como incongruente, aun cuando la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en el art. 1902 CC no fuese correcta.

Pues bien, ambos motivos deben ser desestimados porque, aparte de ser materialmente imposible que la incongruencia reprochada en apelación a la sentencia de primera instancia sea una «cuestión nueva», ya que difícilmente una sentencia puede ser incongruente antes de haberse dictado, la parte recurrente incurre en el error de base de considerar que la sentencia recurrida, es decir la de segunda instancia, aprecia en su contra la incongruencia de la sentencia de primera instancia alegada en su día por la parte hoy recurrida como primer motivo de su recurso de apelación, cuando basta con leer dicha sentencia recurrida para comprobar que la incongruencia apreciada favoreció precisamente a la parte hoy recurrente en casación al ser determinante de que también se rechazara, como se razonará acto seguido, la prescripción de la acción.

En realidad la sentencia recurrida considera incongruente la de primera instancia porque, al haber calificado esta la acción ejercitada en la demanda como amparada en el art. 1902 CC, consideraba también aplicable el plazo de prescripción de un año en lugar del plazo de quince años, mucho más favorable a la parte demandante hoy recurrente. De ahí que, como demuestra la lectura íntegra del fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, la incongruencia apreciada fuera la base para, acto seguido, rechazar la prescripción alegada por la parte codemandada-apelante como segundo motivo de su recurso de apelación.

En consecuencia, lo que hace la sentencia recurrida no es más que calificar correctamente la acción ejercitada en la demanda, efectivamente fundada en la Ley 57/1968 y no en el art. 1902 CC, para rechazar la prescripción alegada por la codemandada-apelante en su contestación a la demanda con base precisamente en los arts. 1968 y 1902 CC, y tanto en la calificación de la acción como en el plazo de prescripción aplicable dicha sentencia se ajustó a la sentencia de esta sala de 16 de enero de 2015 cuyo criterio de decisión sobre ambas cuestiones ha sido reiterado en la sentencia 636/2017, de 23 de noviembre.

CUARTO.- El tercer submotivo se funda también en infracción del art. 218.2 LEC «por concurrir "incongruencia interna" en la propia sentencia por contradicción entre la fundamentación y el fallo».

En su desarrollo se alega, en síntesis, que pese a que en la fundamentación jurídica (fundamento de derecho tercero) de la sentencia recurrida se razona sobre la estimación del motivo de la apelante basado en que la solicitud de emisión del aval se produjo una vez que las obras habían finalizado y con posterioridad a la ocupación de la vivienda por los compradores, en cambio, en el fallo declara «que se mantiene el resto del fallo de la resolución recurrida», lo que significa que se revoca la sentencia de primera instancia únicamente respecto de la demandada apelante, pero se mantuvo respecto de la promotora codemandada. Entiende la parte recurrente que «no tiene fundamento jurídico alguno» que se confirme la condena de la promotora, por incumplir el plazo de entrega y que, al mismo tiempo, se absuelva a la entidad que debía haber avalado las cantidades anticipadas con el razonamiento de haberse solicitado el aval «una vez finalizadas las obras y entregada la vivienda».

También este submotivo ha de ser desestimado, y por la elemental razón de que la única apelante, de las dos partes demandadas (promotora-vendedora y entidad de crédito), fue la entidad de crédito, de forma que el tribunal de segunda instancia ni siquiera se planteó la posibilidad de extender la desestimación de la demanda también a la demandada no apelante.

Del mismo modo tampoco esta sala debe ahora, al hilo de este submotivo, plantearse una posible extensión de esos efectos con base en eventuales vínculos de solidaridad entre las dos demandadas, pues correría el riesgo de una reforma peyorativa en contra de la parte hoy recurrente que, en los tres submotivos del motivo único de su recurso por infracción procesal, parece no haber caído en la cuenta de estar impugnando pronunciamientos de la sentencia de segunda instancia que le son favorables, como es el rechazo de la prescripción y la confirmación de la condena de la promotora-vendedora.

Recurso de casación.

QUINTO.- El recurso de casación se compone de tres motivos estrechamente relacionados entre sí, que por ello procede examinar y resolver conjuntamente.

El motivo primero se funda en infracción «del art. 1. apartado 1 en relación con 2 de la Ley 57/1968» y de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el art. 1281 CC.

En su desarrollo se alega, en síntesis, que la sentencia recurrida ha obviado la responsabilidad legal que incumbía a la entidad de crédito codemandada por no avalar los anticipos al entender que quedaba exonerada de ese deber una vez ocupada la vivienda por los compradores, ya que no es cierto que cuando fue requerida para que avalase se hubiera cumplido con la obligación de entrega, pues entonces aún no se había requerido a los compradores para escriturar y faltaba la licencia de primera ocupación. Para justificar el interés casacional



se citan y extractan las sentencias de esta sala 426/2013, de 11 de junio , 11 de diciembre de 1995 y 218/2014, de 7 de mayo .

El motivo segundo se funda en infracción de los arts. 1 y 3 de la Ley 57/1968 y de la doctrina del Tribunal Supremo.

En su desarrollo se alega, en síntesis, que la decisión de la sentencia recurrida de exonerar a la entidad de crédito del deber de constituir la garantía (aval) una vez entregada físicamente la vivienda es incompatible con la jurisprudencia de esta sala, dado que «tenía sentido y era absolutamente pertinente la constitución del aval cuando en julio de 2013 fue requerida al efecto la entidad bancaria (La Caixa) CAIXABANK, S.A. por cuanto que no se había otorgado la escritura pública (traditio) y no se había concedido la Cédula de 1ª Ocupación, todo lo cual había de constituir la efectiva y legal entrega de la vivienda, por lo que el contrato no está cumplido por la vendedora». Para justificar el interés casacional se citan y extractan las sentencias de esta sala 759/2014, de 6 de enero , y 731/2010, de 10 de diciembre .

El motivo tercero se funda en infracción del art. 4 de la Ley 47/1968 y de la doctrina del Tribunal Supremo.

En su desarrollo se alega, en síntesis, que según dicho precepto la garantía subsistirá y no se cancelará hasta que no se expida la cédula de habitabilidad, por lo que en este caso la mera ocupación física de la vivienda sin acceso a suministros de luz, agua, etc, no impedía que siguiera siendo exigible la constitución de dicha garantía. Para justificar el interés casacional se cita y extracta la sentencia de esta sala 778/2014, de 20 de enero de 2015 y se reitera la cita de las mencionadas en los motivos precedentes.

La parte recurrida se ha opuesto a dichos motivos argumentando, en síntesis, en cuanto al primero, que la parte recurrente no ha respetado los hechos probados al dar por sentado que se abrió cuenta especial y que la vivienda no se había terminado cuando se requirió a la entidad de crédito para que emitiera el aval, así como al obviar que la propia Audiencia consideró que no había razones para que se demorara el otorgamiento de la licencia de primera ocupación, sin que las sentencias citadas se refieran al mismo caso y sin que nada se haya alegado en cuanto a la infracción del art. 1281 CC ; en cuanto al motivo segundo, que la sentencia recurrida, lejos de infringirla, se ajusta por completo a la doctrina de esta sala de que en fase de terminación de la vivienda la constitución del aval carece de sentido y sobre la irrelevancia de la demora en el otorgamiento de la licencia de primera ocupación cuando el retraso no sea justificado según consideró la propia Audiencia, faltando identidad de razón entre este caso y los resueltos por las sentencias que se citan por los recurrentes, lo que determina que no se haya acreditado el interés casacional; y en cuanto al motivo tercero, que tampoco se ha vulnerado el art. 4 Ley 57/1968 porque de nuevo se parte de una situación fáctica sobre la falta de terminación y entrega del inmueble y sobre la falta de licencia de primera ocupación que no se compadece con la que valoró la Audiencia, además de que dicho artículo sobre la subsistencia del aval está previsto para el caso de que el aval se hubiera emitido, lo que no ha sido el caso, y de que solo se ha citado una sentencia de esta sala como infringida.

SEXTO.- Los tres motivos deben ser desestimados y la sentencia recurrida debe ser confirmada, aunque por razones distintas de las que constituyeron su razón decisoria:

1.ª) En el presente recurso se impugna la absolución de la entidad de crédito codemandada, a la que se pretende condenar solidariamente -junto con la promotora- a restituir las cantidades anticipadas por los compradores demandantes a cuenta del precio de la compraventa de una vivienda en construcción sujeta al régimen de la Ley 57/1968, con fundamento en el art. 1.2 .ª, esto es, por recibir dichos anticipos y no garantizar debidamente su devolución mediante aval.

2.ª) Como recuerda la sentencia 436/2016, de 29 de junio , el cuerpo de doctrina interpretativo de la Ley 57/1968 «no admite, por regla general, que recaigan sobre el comprador las consecuencias del incumplimiento por el promotor de sus propias obligaciones, como tampoco las derivadas de los incumplimientos imputables a las entidades bancarias en que el promotor tenga abiertas cuentas en las que los compradores ingresen cantidades anticipadas».

Según esta sentencia, el carácter tuitivo de la dicha Ley ha sido remarcado por una jurisprudencia en la misma línea protectora del comprador, según la cual:

Si existe garantía, los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial sino en otra diferente del promotor pero en la misma entidad bancaria (sentencias de Pleno 779/2014, de 13 de enero de 2015 , y 780/2014, de 30 de abril de 2015).

Si no existe dicha garantía (como ha sido el caso), ello no impide que 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 respondan 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, pues a partir de la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre se fijó como doctrina en relación con la condición 2.ª del art. 1 Ley 57/1968 que «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» (doctrina que se reitera en las sentencias 142/2016, de 9 de marzo , y 174/2016, de 17 de marzo , 226/2016, de 8 de abril , y 459/2017, de 18 de julio).

3.ª) Como afirma la reciente sentencia 636/2017, de 23 de noviembre , «la razón fundamental de esta jurisprudencia es que las entidades de crédito depositarias de cantidades provenientes de particulares compradores de viviendas en construcción no tienen el carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y promotor-vendedor, sino que deben colaborar activamente con el este último a fin de asegurarse de que cumple sus obligaciones legales (de recibir los anticipos en una cuenta especial debidamente garantizada). En consecuencia, basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que "supo o tuvo que saber", según dijo literalmente dicha sentencia) que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de viviendas en construcción para que responda por no haber exigido del promotor la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada. No entenderlo así y exonerar de responsabilidad a la entidad de crédito en los casos en que las cantidades se recibieran "en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones" privaría a los compradores de la protección que les blinda el "enérgico e imperativo" sistema de la Ley 57/1968.

También la ya citada sentencia 459/2017, de 18 de julio , declaró al respecto que es el incumplimiento del deber de control sobre el promotor que la condición 2.ª del artículo 1 Ley 57/1968 impone al banco lo que determina su responsabilidad frente al comprador, de modo que, «siendo el promotor el obligado principal a devolver la totalidad de los anticipos, esta misma obligación es la que asumen los garantes (en caso de que haya aval o seguro) y la entidad de crédito depositaria (en defecto de aquellos)», y esto independientemente de que la cuenta en la que se ingresen tenga o no carácter especial.

4.ª) No obstante, la sentencia 436/2016, de 29 de junio , descartó cualquier responsabilidad de la entidad de crédito, avalista además, respecto de la cantidad entregada al promotor sin posibilidad de conocimiento y control por aquella al no haberse ingresado en la cuenta indicada en el contrato, pues la ley solo la responsabiliza de las cantidades que se ingresan o transfieren a una cuenta del promotor en dicha entidad. En concreto, puntualizó:

«Desde este punto de vista, la mención de la d. adicional 1.ª b) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), en su redacción aplicable al caso por razones temporales, a "las cantidades entregadas en efectivo" no puede interpretarse, como propone el recurrente, en el sentido de que la garantía se extienda a cualesquiera pagos en efectivo del comprador al promotor a cuenta del precio total, sino, como explicó la ya citada sentencia de Pleno 467/2014, de 25 de noviembre , a la necesidad de llenar el vacío legal existente hasta entonces en relación con las cantidades anticipadas mediante efectos bancarios, pues la Ley 57/1968 solamente se refería a las entregas de dinero.

»En definitiva, por "cantidades entregadas en efectivo" (d. adicional 1.ª b) de la LOE) o por "entregas de dinero" (art. 1 de la Ley 57/1968) habrán de entenderse, por regla general, las percibidas por el promotor "a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros" [arts.1-2 .ª y 2. c) de la Ley 57/1968], ya sea por ingreso directo del comprador en la entidad de que se trate, ya por transferencia, pues ambas modalidades deben considerarse comprendidas en el concepto "entrega de dinero o en efectivo", lo que no excluye que en cada caso sea preciso ponderar la capacidad de control de la entidad avalista o aseguradora pues, como bien indicó en este litigio la sentencia de primera instancia, en el caso de los seguros colectivos la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968 dispone que los contratos de compraventa han de haberse sometido al previo conocimiento de la entidad aseguradora».

Más recientemente, la sentencia de pleno 502/2017, de 14 de septiembre , descartó la responsabilidad de la entidad de crédito recurrente porque al cumplimiento «de todo lo que le era exigible según la doctrina jurisprudencial» se unía la constancia de que los pagos no se habían realizado ni en la cuenta especial ni en ninguna otra de la promotora en la misma.

Se ha insistido en esta línea también en los casos en que se exigía responsabilidad a la entidad de crédito con base en el art. 1.2.ª Ley 57/1968 , a falta de aval o seguro, siempre desde la idea de que dicha responsabilidad legal impone la constancia de que la entidad conoció o tuvo que conocer la existencia de ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen.

Así, la sentencia 636/2017, de 23 de noviembre , declara que «la responsabilidad legal del banco derivada del art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 no se funda, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, ni en la connivencia



entre banco y promotor ni en el conocimiento por el banco del ingreso de anticipos en una o varias cuentas del promotor, sino en el deber de control del banco sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor para exigirle la apertura de la preceptiva cuenta especial, debidamente garantizada, en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas». Y precisamente porque consideró documentalmente probada la existencia de ingresos de los demandantes en una cuenta de la promotora-vendedora por la compra de viviendas en construcción, siguió el criterio de la sentencia 174/2016, de 17 de marzo, de considerar que en esas circunstancias (realidad de los ingresos) no podía descargarse en los compradores «una responsabilidad de control sobre las cuentas del promotor que, legalmente, corresponde a la entidad de crédito en la que el promotor tenga una o varias cuentas».

Por último, debe recordarse que desde la sentencia de pleno 781/2014, de 16 de enero de 2015, 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, es doctrina reiterada (sentencias 126/2016, de 9 de marzo, y 468/2016, de 7 de julio) que no cabe exigir responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones legales a la primera, en tanto que no fue quien recibió directamente las cantidades anticipadas por los cooperativistas.

4.ª) La proyección de esta doctrina sobre el presente caso determina que sea acertada la absolución de la entidad de crédito desde el momento en que los hechos probados corroboran su sostenida alegación (tanto al contestar a la demanda como al fundamentar su recurso de apelación) sobre su falta de conocimiento de los pagos hechos por los compradores al promotor, al no constar documentalmente que se ingresaran en la cuenta corriente n.º NUM000 que el promotor tenía abierta en la sucursal n.º 2019 de «La Caixa», sita en Calpe.

En relación con el pago de 80.000 euros realizado en el acto de la firma del contrato privado (3 de agosto de 2007), los compradores solo aportaron un extracto de movimientos de una cuenta perteneciente a otra entidad (CAM), que solo sirve para justificar el cargo pero no para considerar probado que ese importe fuera ingresado (ya en metálico o mediante efecto bancario como talón o cheque) en la referida cuenta del promotor. Con respecto al pago de 24.437 euros realizado en el mes siguiente, solo aportaron un recibí firmado por la promotora-vendedora, que acredita la realidad de un pago en mano al promotor, no del ingreso en la referida cuenta abierta a su nombre. Y en relación con el pago de 22.507 euros por la compra del garaje realizado en febrero de 2008, se aportan otro recibí de la promotora y el justificante bancario por el mismo importe, pero con el membrete de otra entidad (CAM), a favor de D. Jose Pablo. A lo anterior se une que, examinado el doc. 3 de la contestación (extracto de los movimientos de la citada cuenta corriente), no se constata que aquellos pagos tuvieran el correspondiente reflejo como ingreso. Por todo ello cabe concluir que la entidad de crédito no conoció ni pudo conocer, ni por tanto controlar, dichos pagos.

En definitiva, la entidad de crédito codemandada no tuvo más relación con este caso que la de conceder a la promotora el crédito hipotecario a la construcción y controlarlo, pero fue de todo ajena tanto a la mención de la cuenta de la promotora-vendedora en el contrato de compraventa como a todos los pagos a cuenta del precio y como, en fin, a los acuerdos puramente bilaterales de los compradores hoy recurrentes con la promotora-vendedora para ampliar el plazo de entrega de la vivienda y rebajar el precio inicialmente pactado.

Así las cosas, la procedencia o improcedencia de prestar el aval conduce a una polémica estéril, porque falta cualquier hecho o razón jurídica que obligara a la entidad de crédito codemandada a avalar a la promotora por un contrato que no conocía y por unas cantidades que los compradores nunca ingresaron en la propia entidad de crédito, cuya capacidad de control sobre los anticipos fue por tanto absolutamente inexistente.

SÉPTIMO.- 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 los demandantes D. Jesús Manuel y D.ª Irene contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2015 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación n.º 25/2015.

2.º - Confirmar la sentencia recurrida.

3.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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ