

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Decimonovena
c/ Santiago de Compostela, 100, Planta 7ª

Tfno.: [REDACTED]

N.I.G.: [REDACTED]

Recurso de Apelación [REDACTED]

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario [REDACTED]

APELANTE: BANCO SANTANDER

PROCURADOR: Dª. [REDACTED]

APELADO: D. [REDACTED]

Dª. [REDACTED]

PROCURADOR: D. [REDACTED]

SENTENCIA Nº [REDACTED]

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

Dª. [REDACTED]

En Madrid, treinta de octubre de dos mil diecinueve.

La Sección Decimonovena de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos de Procedimiento Ordinario [REDACTED] procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandantes-apelados, D. [REDACTED] y Dª. [REDACTED] [REDACTED], representados por el Procurador D. [REDACTED] y defendidos por Letrado, y de otra, como demandada-apelante, **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por la Procuradora Dª. [REDACTED] y defendida por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 9 de mayo de 2019.

VISTO, siendo Magistrado Ponente D. [REDACTED]

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 9 de mayo de 2019, cuyo fallo es del tenor siguiente:

“Que estimando la demanda interpuesta por D. [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA debo declarar y declaro que la demandada adeuda a los actores la suma de 34.531,66 euros como cantidades aportadas más los intereses legales desde la fecha de cada una de las entregas hasta la fecha de la presente resolución y los de la mora procesal desde la fecha de esta Sentencia hasta la fecha de su efectivo pago, con expresa imposición de costas a la parte demandada.”

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, dándose traslado a la adversa que se opuso al mismo y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 29 del corriente.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpuesta por la representación procesal de D. [REDACTED] y Dª. [REDACTED] demanda en la que, al amparo de la Ley 57/1968, ejercita acción de condena de la entidad Banco Popular Español, S.A., actual Banco Santander,

S.A., al reintegro de las cantidades, con sus intereses, que aportaron para la compra de una vivienda sobre plano a la promotora Cerca Nueva, S.L., el 10 de octubre de 2006; fue estimada por la sentencia de instancia al quedar acreditado la inexistencia de la cuenta especial que esa Ley exige pese a los ingresos efectuados por los demandantes en esa entidad.

SEGUNDO.- Frente a esa sentencia se alza la demandada interponiendo recurso de apelación en el que, en sucesivos motivos y reproduciendo en buena parte las alegaciones de su escrito de contestación a la demanda, sostiene su desconocimiento del reseñado contrato de compraventa, inexistencia de carácter de cuenta especial en la que se efectuaron ingresos por los demandantes, la supuesta promoción por la que se debía construir las viviendas objeto de los contratos de compraventa no fue por ella financiada, los supuestos pagos efectuados por los demandantes en ningún caso consta que se correspondan con ingresos a cuenta de una compraventa de vivienda en construcción, pacto o promesa de no pedir al estar sometida la promotora a un proceso concursal en el que se aprobó un convenio de acreedores por lo que no puede estar obligado a más de lo que está obligada la promotora por ese convenio; no pudiendo reclamar los intereses por el retraso desleal en la interposición de la demanda.

Recurso al que se opuso la representación procesal de la parte demandante interesando su desestimación, y la confirmación, por sus propios Fundamentos, de la resolución recurrida.

TERCERO.- La sentencia apelada recoge una serie de hechos acreditados, esencialmente consentidos en esta alzada, y entre ellos la celebración del referido contrato de compraventa de una vivienda a construir sobre una concreta parcela por el que los demandantes entregaron la cantidad reclamada por principal en este proceso. Siendo resuelto ese contrato por sentencia por el retraso en la entrega de la vivienda y condenada la promotora al reintegro de esa cantidad a los compradores demandantes.

Reconociendo las partes que los compradores aportaron la cantidad que por principal reclaman mediante su ingreso en una cuenta de la promotora abierta en la entidad demandada que no era la especial a que se refiere la Ley 57/1968.

La sentencia 636/2017, de 23 de noviembre del Tribunal Supremo señala que: *actualmente, como recuerda la reciente sentencia del pleno de esta sala 459/2017, de 18 de julio, ya existe desde la sentencia de pleno 733/2015, de 21 de diciembre, una doctrina jurisprudencial consolidada en el sentido de que el art. 1.2.º de la Ley 57/1968 establece una responsabilidad legal específica de las entidades de crédito («bajo su responsabilidad») cuya efectividad no depende de que la cuenta en que se depositen los anticipos sea la especial a que se refiere la misma norma.*

La citada sentencia 733/2015, de 21 de diciembre, fijó la siguiente doctrina jurisprudencial:

«En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».

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 blindaba el «enérgico e imperativo» sistema de la Ley 57/1968.

Tal doctrina jurisprudencial ha sido reiterada por las sentencias 142/2016, de 9 de marzo, 174/2016, de 17 de marzo, 226/2016, de 8 de abril, y la ya citada 459/2017, de 18 de julio, que puntualiza, como doctrina de la sala, que «la condición 2ª del artículo 1 de la Ley 57/1968 impone al banco una obligación de control sobre el promotor, cuyo

incumplimiento determina la responsabilidad del banco frente al comprador». Esta misma sentencia razona 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.

Más recientemente, la sentencia 502/2017, de 14 de septiembre, dictada en un caso en que, a diferencia del presente, la entidad de crédito sí abrió la cuenta especial legalmente exigida, garantizada además mediante póliza colectiva de afianzamiento, ha matizado que «la responsabilidad de las entidades de crédito que admitan el ingreso de cantidades anticipadas por los compradores no es una responsabilidad a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino, como establece el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que les impone dicha ley», razón por la que descarta 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.

CUARTO.- Partiendo del anterior relato de hechos probados, los transcritos primeros motivos en los que esencialmente se aduce el desconocimiento de las relaciones existentes entre compradores y promotora y del destino de los pagos efectuados, se desestiman aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales, toda vez que esa alegada ignorancia o desconocimiento no se sostiene a la vista del propio contenido del contrato de compraventa suscrito en el que se refleja como la promotora tenía concertado con el entonces Banco Castilla, S.A., (luego Popular Español, actualmente Santander) un préstamo con garantía hipotecaria sobre la finca en la que se iba a construir la vivienda y en el que precisamente se subrogarían los compradores al otorgamiento de la escritura pública siempre que la entidad prestamista lo autorizara. Finca que se encuentra integrada dentro de la segunda fase del Plan Parcial Gran Monte sector B, Camping privado (Plan Parcial que comprende otras dos fases), tal y como conocía la apelante por la formalización de ese préstamo, siendo consciente también de la actividad desarrollada por la prestataria de ese préstamo hipotecario y el lógico destino que se iba a dar a la finca hipotecada, esto es la construcción de una

vivienda y su venta, por el Plan al que se encontraba sujeto. Y así lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2017 cuando sostiene que *"su deber legal de control era difícilmente discutible por ser precisamente la entidad que había concedido a la promotora el préstamo para la construcción."*

Por tanto, la entidad apelante debió exigir la apertura de la cuenta especial requerida por esa Ley, y al no hacerlo incurrió en la responsabilidad que se reclama al recibir en efectivo y mediante el depósito de determinados efectos librados por los compradores para su cobro a su vencimiento, tal y como también se reconoce en las sentencias transcritas por la apelante en este concreto motivo de apelación al no constar que su cobro resultara fallido. A ello se une, que en el caso de entender, como mantiene la apelante en el recurso, no fue tratado ni resuelto por la sentencia de instancia no supone el reconocimiento del motivo de oposición esgrimido en su escrito de contestación a la demanda y sí, por el contrario, motivo suficiente para su desestimación en esta alzada al no haber interesado oportunamente el complemento de aquella resolución.

QUINTO.- Respecto al motivo de la existencia de la promesa o pacto de no pedir tampoco se acoge, puesto que como reconoce la sentencia 459/2019, de 22 de julio del Tribunal Supremo *al margen de que la resolución del contrato diera lugar al reconocimiento de un crédito contra la masa a favor de los compradores por el precio adelantado (... euros), mientras no conste que fuera cobrado, los compradores tienen derecho a reclamar estas cantidades de quien al amparo de la Ley 57/68 había avalado la restitución de las cantidades entregadas a cuenta en caso de incumplimiento por la promotora vendedora de la obligación de entrega de la vivienda en el tiempo convenido. Y ello sin perjuicio del derecho de la avalista a subrogarse en la posición de los compradores para la reclamación del reseñado crédito contra la masa, una vez satisfecha la obligación de devolución de esas cantidades, como consecuencia del derecho de subrogación previsto en el art. 1839 CC.*

Incumplimiento de la entidad demandada que conlleva su condena al abono no sólo de las cantidades ingresadas por los demandantes, más el interés legal desde las respectivas entregas conforme al artículo 3 de la Ley 57/68 en relación con la disposición adicional primera de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación (sentencias del Tribunal

Supremo de 13 de septiembre 2013, 4 de julio y 23 de noviembre de 2017 y 25 de junio de 2019).

No apreciando la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar el retraso desleal en el ejercicio del derecho por parte de los demandantes pese al tiempo transcurrido hasta la interposición de la demanda originado por las circunstancias concurrentes como son los distintos procesos seguidos para la resolución contractual contra la promotora y el de concurso de ésta, demostrativos de la no pasividad contraria a la buena fe.

SEXTO.- Procediendo, por lo expuesto, la desestimación del recurso de apelación interpuesto; lo que conlleva, de conformidad con lo estipulado en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición a la apelante de las costas causadas en esta segunda instancia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

III.- FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander, S.A., contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Madrid en los autos civiles número [REDACTED] de juicio ordinario; por lo que se acuerdan los siguientes pronunciamientos:

- 1º) Confirmar íntegramente la sentencia apelada.
- 2º) Condenar a la parte apelante al abono de las costas causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid , con el número de cuenta [REDACTED], bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la sentencia que previenen tales preceptos. De no verificarlo así se entregará al recurrente, en su caso con el emplazamiento para ante el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.