

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: XXXXXXXXXXXXX

Ponente: Excmo. Sr. D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña.

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil**

Sentencia núm.

XXXXXXXXXXXX

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

En Madrid, a XXXXXXXXXX

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el demandante D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representado por el procurador D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX bajo la dirección letrada de D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, contra la sentencia dictada el XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX por la sección XX de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º XXXXXXXX, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º XXXXXXXX del Juzgado de Primera Instancia n.º X de Madrid sobre restitución de cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A. (actualmente Unicaja Banco S.A.), representada por el procurador D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX bajo la dirección letrada de D.ª XXXXXXXXXXXXXXXX



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El XXXXXXXXXXXXXXX se presentó demanda interpuesta por D. XXXXXXXXXXXXXXX contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U. (Banco Ceiss, actualmente Unicaja Banco S.A.) solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«COMO PRETENSIÓN PRINCIPAL, y para el caso que, exista el aval de la Ley 57/68 firmado por Caja España con Apartamentos Paseo Marítimo, S.L., en relación al contrato aportado como DOCUMENTO N° 3 de la presente demanda, tal y como se indica en la cláusula 6ª del indicado contrato, que se condene a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, con CIF XXXXXXXXXXXXXXX a pagar a la actora:

»UNO.- 56.123,90 euros, en concepto de las aportaciones que realizó a la Promotora más los intereses legales de cada una de ellas devengados desde su pago y hasta la fecha de requerimiento de pago extrajudicial a la demandada, y cuyo detalle viene explicado en la liquidación de intereses y la explicación de la misma aportada como DOCUMENTO N° 28 y 29.

»DOS.- Los intereses establecidos en el art. 1.108 CC., calculados sobre los anteriores 56.123,90 € euros, y que se devenguen desde la fecha de la interposición de la presente demanda y hasta la fecha de la sentencia.

»TRES.- Los intereses previstos en el art. XXX LEC, calculados sobre los anteriores 56.123,90 € y que se devenguen desde la fecha sentencia y hasta el completo pago de la condena.

»CUATRO.- Las costas de la presente litis.

»SUBSIDIARIAMENTE SUPlico, para el caso que Apartamentos Paseo Marítimo, S.L., no contratase ningún aval o seguro de la Ley 57/68 en relación al contrato aportado como DOCUMENTO N° 3 de la presente demanda:

»PRIMERO.- Declare que BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, con CIF XXXXXXXXX, incumplió el deber de vigilancia que le impone el artículo 1.2 de la Ley 57/68, en relación a las cantidades abonadas por la actora a Apartamentos Paseo Marítimo, S.L., en virtud del contrato aportado como DOCUMENTO N° 3 de la presente demanda.

»SEGUNDO.- Condene a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, con CIFXXXXXXXXXXXX, a pagar a la demandante:

»2.1.- 56.123,90 euros, en concepto de la indemnización que hubiera percibido si hubiera existido la garantía de la Ley 57/68, esto es, en concepto de las aportaciones que realizó a Apartamentos Paseo Marítimo, S.L. en cumplimiento del contrato aportado como DOCUMENTO N° 3, más los intereses legales de cada una de ellas devengados desde su pago y hasta la fecha de requerimiento de pago extrajudicial a la demandada y cuyo detalle viene explicado en la liquidación de intereses y la explicación del cálculo de la misma aportados como DOCUMENTO N° 28 Y 29.

»2.2.- Los intereses establecidos en el art. 1.108 CC., calculados sobre los anteriores 56.123,90 euros, y que se devenguen, desde la fecha de la interposición de la presente demanda y hasta la fecha de la sentencia.

»2.3.- Los intereses previstos en el art. XXX LEC, calculados sobre los anteriores 56.123,90 euros, y que se devenguen desde la fecha sentencia y hasta el completo pago de la condena.

»TERCERO.- Condene a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, con CIF XXXXXXXXXXXX, a cargar con las costas de la presente litis».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º X de Madrid, dando lugar a las actuaciones n.º XXXXXXXXXXX de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguidos por sus trámites, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX con el siguiente fallo:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por don XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representado por el Procurador Sr. XXXXXXXXXXXX y defendido por el letrado Sr. XXXXXXXXXXXX, contra la entidad Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, SAU, representada por el Procurador Sr. XXXXXXXXXXXX y defendida por la letrada Sra. XXXXXXXXXXXX, debo condenar y condeno a la demandada a pagar al demandante la cantidad de 56.123,90 euros, más los intereses legales de dicha cantidad, todo ello, con la expresa condena de la demandada al pago de las costas procesales».

CUARTO.- Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso el demandante y que se tramitó con el n.º XXXXXXXXXXX de la sección XX de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictósentencia el XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX con el siguiente fallo:

«ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación, formulado por la representación procesal de BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A., contra la sentencia dictada por el juzgado de 1ª Instancia Nº X de los de esta Villa, en sus autos Nº XXXXXX de fecha XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

»REVOCAMOS dicha resolución, y sustituimos su parte dispositiva por la siguiente:

»1º.- ESTIMAMOS PARCIALMENTE la demanda formulada por la representación procesal de D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, contra BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A.

»2º.- CONDENAMOS al demandado a que pague al actor la cantidad de TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE EUROS CON DIECINUEVE CENTIMOS DE EURO (37.987,19€) de principal e intereses legales vencidos de cada una de las portaciones hechas por el actor hasta la fecha de la reclamación extrajudicial.

»3º.- CONDENAMOS al demandado a que pague al actor los intereses legales moratorios del Art. 1108 C.C. Calculados sobre TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE EUROS CON DIECINUEVE CENTIMOS DE EURO (37.987,19€) desde la fecha de la demanda a la de la sentencia de 1ª instancia.

»4º.- CONDENAMOS al demandado a que pague al actor los intereses legales del Art. XX L.E.C., calculados sobre TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA y SIETE EUROS CON DIECINUEVE CENTIMOS DE EURO (37.987,19€) desde la fecha de esta sentencia.

»5º.- NO HACEMOS expresa condena en costas, ni de 1ª Instancia ni de esta alzada».

Por escrito de fecha XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el demandante interesó complemento de la referida sentencia, lo que se denegó por auto de XXXXXXXXXXXX

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal, formulado en su integridad al amparo del art. 469.1.2.º LEC, se articulaba en tres motivos con los siguientes enunciados:

«1.1. MOTIVO PRIMERO [...]

»2. Normas infringidas

»Los arts. 216 y 218.1 de la LEC.

»3. Resumen de la infracción sufrida

»La sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva. Y ello por cuanto, si bien se pronunció sobre la pretensión subsidiaria del actor, basada en el art. 1.2 de la ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante, ley 57/68) no se pronunció sobre su petición principal fundada en el art. 3 de la ley 57/68».

«1.2. MOTIVO SEGUNDO [...]

2. Norma infringida

»El art. XXX de la LEC.

»3. Resumen de la infracción sufrida

»La sentencia impugnada no tiene en cuenta que el banco demandado expresamente reconoció en el proceso haber emitido un aval de la ley 57/68, que protegía las entregas a cuenta abonadas por el actor a la promotora en cuestión».

«1.3. MOTIVO TERCERO [...]

»2. Norma infringida

»El art. XXX de la LEC.

»3. Resumen de la infracción sufrida

»La sentencia impugnada no tiene en cuenta que el banco demandado expresamente reconoció que el actor abonó a la promotora las tres entregas a cuenta previstas en el calendario de pagos».

El recurso de casación, formulado al amparo del ordinal XX del art. XXXX LEC, por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, se articulaba en dos motivos con los siguientes enunciados:

«2.1. MOTIVO PRIMERO [...]

»1. Norma infringida

» El artículo 2, apartados b) y c) de la ley 57/68.

»2. Resumen de la infracción

»La sentencia impugnada desestima, en parte, una reclamación fundada en el art. 3 de la ley 57/68, y basada en la existencia de una línea de avales, por no haber ingresado el comprador uno de los anticipos en una cuenta del promotor abierta en el banco avalista.

»No obstante, además de que, según el art. 2 b) y c) de la ley 57/68, ello es obligación del vendedor, que no del comprador, su incumplimiento por el comprador se justifica en que éste no pudo conocer en qué cuenta debía ingresar los anticipos por cuanto (i) no

recibió su aval individual, y (ii) tal cuenta tampoco constaba en el contrato de compraventa de la vivienda».

«2.2. MOTIVO SEGUNDO [...]

»1. Norma infringida

» La regla 1ª del art. 1 de la ley 57/68.

2. Resumen de la infracción

»La sentencia impugnada desestima, en parte, una reclamación basada en la existencia de un aval de la ley 57/68, y fundada en el art. 3 de dicha ley 57/68, por falta de acreditación de la cuenta de destino de uno de los pagos, aun reconociéndose la realidad del mismo, así como que éste se hizo en cumplimiento del calendario de pagos pactado en el contrato de compraventa de la vivienda.

»Lo cual infringe la regla 1ª del art. 1 de la ley 57/68 por cuanto según el mismo una garantía dada en virtud de la ley 57/68 debe cubrir, sin limitación alguna, todas las entregas a cuenta efectivamente pagadas y dadas en cumplimiento del contrato de compraventa».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes, por auto de XXXXXXXXXXXXXXXX se consideró justificada la abstención para los presentes recursos del magistrado Excmo. Sr. D. XXXXXXXXXXXXXXXX

SÉPTIMO.- Los recursos fueron admitidos por auto de XXXXXXXXXXXXXXXX, a continuación de lo cual la parte recurrida (ya con su actual denominación de Unicaja Banco S.A.) presentó escrito de oposición solicitando la desestimación de ambos recursos con imposición de costas a la parte recurrente.

OCTAVO.- Por providencia de XXXXXXXXXXXXXXXX del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el XXXXXXXXXXXXXXXX siguiente, en que ha tenido lugar por el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

PRIMERO.- Los recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, se interponen en un litigio en el que el comprador de una vivienda en construcción reclamó del banco demandado, como avalista colectivo de la promotora Apartamentos Paseo Marítimo S.L., y subsidiariamente con base en el art. 1-2.^a de la Ley 57/1968, la totalidad de las cantidades anticipadas a la promotora (39.993,39 euros, abonados en tres pagos por importe de 13.331,13 euros cada uno) más sus intereses, pero precisando con respecto a estos que se reclamaban los de la Ley 57/1968 desde la fecha de cada anticipo y hasta la fecha del requerimiento extrajudicial a la demandada (lo que se cifraba en 16.130,51 euros), y sobre la suma de ambas cantidades (es decir, 56.123,90 euros en total), los intereses de demora del art. XXX CC desde la demanda hasta la sentencia y los procesales del art. XXX LEC desde la sentencia hasta su completo pago.

La sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda, declaró la responsabilidad del banco demandado por los tres anticipos como «garante» (fundamento de derecho segundo, párrafo último), dada la existencia de una línea de avales (doc. 21 de la demanda). Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación únicamente por discrepar de la condena al pago de los intereses y por negar su responsabilidad respecto del tercer pago, de fecha XXXXXXXXXXXXX (motivo cuarto del recurso de apelación), la sentencia recurrida estimó en parte dicho recurso para, según parece desprenderse de su motivación, condenar al banco no como avalista sino como receptor de los dos primeros anticipos (de ahí la cita de jurisprudencia de esta sala relativa al art. 1-2.^a de la Ley XXXX) en cuanto ingresados en una cuenta de la promotora en dicha entidad, de modo que lo exoneró del tercer anticipo, no ingresado en ninguna cuenta de la promotora en el banco demandado.

Como quiera que la sentencia recurrida no es clara sobre la existencia misma del tercer pago, y que el comprador recurrente insiste en que se condene al banco como avalista y por el total de lo anticipado, al entender que el tercero de los pagos, sobre el que el tribunal de apelación no se pronuncia con claridad, fue admitido, o al menos no discutido, por el banco en las dos instancias, para la decisión de los recursos son relevantes los siguientes hechos y antecedentes

1. Para justificar la realidad de ese tercer pago a la promotora el demandante aportó con la demanda:

a) factura n.º XXXXXXXX con el membrete de la promotora y que se corresponde con la fecha e importe del tercer pago previsto en el contrato (doc. 11 de la demanda).

b) consulta de saldos y movimientos de la cuenta que el demandante tenía abierta en la entidad Banco Popular Español S.A. en la que se refleja que con fecha XXXXXXXXX se cargó en dicha cuenta un efecto librado por la promotora por el referido importe de 13.331,13 euros (doc. 12 de la demanda).

2. Al contestar a la demanda el banco avalista admitió que la documentación aportada por el demandante probaba la existencia de ese tercer pago del comprador-demandante a la promotora mediante «domiciliación» en la cuenta del primero de un efecto librado por la segunda («la detracción de tal importe igual al tercero calendario de pagos mediante la cuenta corriente del demandante con fecha valor y fecha de efectos XXXXXXXX»), pero negó que su importe se ingresara en el propio banco avalista (pág. 3 de la contestación, folio 435 de las actuaciones de primera instancia).

3. En la audiencia previa el demandante fijó como incontrovertida la realidad de los tres pagos, «con independencia de que por la parte contraria se pueda discutir en qué cuenta» (min. XXXXX del archivo audiovisual contenido en soporte DVD), y el banco demandado fijó como hecho controvertido «si se ha ingresado en la cuenta de la promotora que tenía abierta en Caja España el efecto librado, de fecha valor, que es el único que se discute, XXXXXXXXXXXXXXXX» (min. XXXXXX). Además, impugnó el valor probatorio del doc. 12 de la demanda aunque solo en cuanto que probaba el tercer pago «pero no el efectivo ingreso en la cuenta especial de la promotora abierta en Caja España» (XXXXXXXXXX).

4. La sentencia de primera instancia consideró probados los tres anticipos a la promotora y su ingreso en el banco avalista (fundamento de derecho tercero, párrafo último).

5. En su recurso de apelación el banco afirmó (motivo cuarto, folios 14 y 15 del escrito de interposición) que «la reclamación y condena sobre el último pago

es improcedente, al NO haber sido INGRESADO EN LA CUENTA ABIERTA EN LA ENTIDAD QUE REPRESENTO», y recordó que ambas partes fijaron en la audiencia previa como hecho controvertido «que se hubiera ingresado» [el tercer pago] en la cuenta de la entidad bancaria avalista, todo lo cual razonablemente implica no negar la realidad del pago sino únicamente su ingreso, y no solamente en la avalista sino en cuenta de la promotora en cualquier otra entidad (pues también añadió que la parte demandante «desistió de la prueba consistente en que su banco certificara la cuenta de destino del efecto abonado con fecha XXXXXXXXX»).

6. En su escrito de oposición al recurso de apelación, el comprador-demandante reiteró la procedencia de condenar al banco demandado como avalista y por el total de lo anticipado, incluido el tercer pago, reiterando (pág. 18 de su escrito, párrafo tercero) que existía prueba de la entrega de su importe a la promotora y de su correspondencia con el calendario de pagos previsto en el contrato, por más que dicho pago no constara «como tal y de manera individualizada en los extractos aportados por ambas partes».

7. La sentencia recurrida no es clara sobre la realidad del tercer pago. Si bien es cierto que considera hecho controvertido por las partes la realidad del mismo («nadie pone en cuestión las aportaciones del actor excepto la de XXXX», «revisado el informe de la administración concursal, doc. Nº 5 de la demanda vemos que el actor está reconocido como crédito contingente sin cuantía»), en puridad su razón decisoria para estimar la demanda solo en parte y con base en el art. 1-2.^a de la Ley 57/1968 radica en considerar que el último anticipo no fue ingresado en cuenta alguna (ya especial, ya ordinaria) de la promotora en el banco demandado («constan los cargos en la cuenta del actor y un certificado del promotor en el que reconoce que se han abonado los recibos reclamados... pero en los extractos en la cuenta del demandado no figura asentado el que nos ocupa», «el actor... no descarta que pudiera haberse ingresado en otra cuenta, cuenta de la que no tenemos noticia»).

8. Contra dicha sentencia el comprador-demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, alegando incongruencia de la sentencia recurrida por no pronunciarse sobre la pretensión principal de condena del banco como avalista colectivo y obviar además que esta entidad «reconoció

que el actor abonó a la promotora las tres entregas a cuenta previstas en el calendario de pagos», y recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, por apartarse la sentencia recurrida de la jurisprudencia que declara que la responsabilidad de la avalista, aunque se trate de un aval colectivo, no depende de que los anticipos se ingresaran en una cuenta de la promotora.

9. Al oponerse a los recursos de casación y por infracción procesal el banco sí ha negado expresamente que el comprador hiciera ese tercer pago, pero lo hace razonando: a) que el hecho de no haberse ingresado en dicha entidad bancaria implica que no puede conocerse la realidad del mismo («esta parte no puede conocer si se hizo el pago, cuando no fue entregado a Caja España», pág. 4, último párrafo, del escrito de oposición); y b) que «la posibilidad de que el ingreso fuese entregado por otra vía de pago a la promotora, nunca fue objeto de debate, ni tampoco de cuestionamiento desde el inicio por parte de la recurrente» (pág. 7, segundo párrafo, del escrito de oposición).

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El recurso se articula en tres motivos, estrechamente relacionados entre sí, todos ellos formulados al amparo del ordinal 2.º del art.

XXXX LEC: el primero, por haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia omisiva, con infracción de los arts. XXXXXXXXXXXX LEC, al no pronunciarse sobre la pretensión principal de condena del banco como avalista colectivo fundada en el art. 3 de la Ley 57/1968; el segundo, fundado en infracción del citado art. XXXX LEC, por haber obviado la sentencia recurrida que el banco reconoció su condición de avalista colectivo; y el tercero, por infracción del mismo art. XXXX LEC, al no haber tenido en cuenta la sentencia recurrida «que el banco demandado expresamente reconoció que el actor abonó a la promotora las tres entregas a cuenta previstas en el calendario de pagos».

La entidad bancaria recurrida ha interesado la desestimación del recurso al entender, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida no vulnera el art. XXXXXXXXXXXX sencillamente porque no declara la responsabilidad del banco como avalista sino como receptor de los anticipos (conforme al art. 1-2.^a

de dicha Ley); y (ii) que tampoco vulnera el art. XXX LEC porque ni el banco admitió ser avalista ni se ha probado el ingreso del tercer pago en dicha entidad.

TERCERO.- Según jurisprudencia reiterada, que sintetizan p.ej. las sentencias XXXX, de XXXXX, y XXXX, de XXXXXXXXXXXXX, en el proceso civil rigen el principio de justicia rogada, al que se refiere el art. XXX LEC, y el de congruencia del art. XXXX LEC. El primero se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte, y supone para el órgano judicial la exigencia de resolver los asuntos «en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales». La manifestación última de estos principios en el proceso civil es el deber de congruencia que, según recuerda la sentencia XXXXXX, se viene entendiendo por la jurisprudencia como la necesaria correlación que ha de existir «entre los pedimentos de las partes, oportunamente deducidos, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias XXXXXXXXXXX, de XXXXXXXXXXX, más recientemente XXXXXXXX, de XXXXXXXXXXX; XXXXXXXX, de XXXXXXXXXXX y XXXXXXXX, de XXXXXX, entre otras muchas)», de forma que, como también reitera la XXXXXXXX, el órgano judicial no pueda «otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido». También recuerda la sentencia XXXXXXXX que el principio de congruencia tiene su manifestación o proyección en segunda instancia en la regla «*tantum devolutum quantum appellatum* (se transfiere lo que se apela), conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, como establece el art. XXXXXXXXXXX LEC».

CUARTO.- De aplicar dicha doctrina jurisprudencial al recurso por infracción procesal se desprende que sus tres motivos deben ser estimados por las siguientes razones:

1.ª) Como se ha indicado ya, el comprador demandó al banco principalmente como avalista colectivo de la promotora, y subsidiariamente con base en el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968. Como quiera que la sentencia de primera instancia estimó la pretensión principal del comprador y ese pronunciamiento condenatorio no fue apelado por el banco, fue incongruente

que el tribunal sentenciador estimara, aunque fuera en parte, la pretensión subsidiaria de condena fundada en la responsabilidad del banco como receptor de los anticipos.

2.ª) En cuanto a la realidad del tercer pago, los hechos y antecedentes expuestos disipan las dudas que al respecto pueda suscitar la lectura de la sentencia recurrida, toda vez que a la documentación aportada con la demanda (principalmente, la factura referida al tercer pago expedida por la promotora y la certificación del banco del demandante donde aparece anotado en cuenta un pago a la promotora cuyo importe y fecha se corresponden con el cuestionado) se une la conducta procesal del banco durante todo el pleito, reveladora de que su oposición a la demanda se ha fundado en puridad en la falta de ingreso del tercer pago y no en su inexistencia.

QUINTO.- La estimación del recurso por infracción procesal determina, conforme a la regla 7.ª de la d. final XXXXX LEC, que proceda dictar nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación (por ejemplo, sentencia XXXXX, de XXXXX, con cita de las sentencias XXXXX, de XXXXXXXX, XXXXX, de XXXXXXXX, XXXXXXXX, de XXXXXXXX, XXXXXXXX, de XXXXXXXX, XXXXXXXX, de XXXXXXXX, XXXXXXXX, de XXXXXXXX y XXXXX, de XXXXXXXX).

SEXTO.- El recurso de casación se formula al amparo del ordinal X del art. XXXX LEC, por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, y se articula en dos motivos respectivamente fundados en infracción de los arts. 2 y 1.1.ª de la Ley 57/1968, en ambos casos por apartarse la sentencia recurrida de la jurisprudencia según la cual la responsabilidad de la avalista, aunque se trate de un aval colectivo, no depende de que los anticipos se ingresaran en una cuenta de la promotora.

El banco recurrido se ha opuesto al recurso alegando, en síntesis, en cuanto al motivo primero, que la razón decisoria de la sentencia recurrida no se funda en que el banco tenga la condición de avalista y, en cuanto al motivo segundo, que la infracción que se denuncia solo sería posible alterando los hechos probados, pues da por sentada la realidad del tercer pago pese a que la sentencia recurrida no lo considera acreditado.

SÉPTIMO.- Partiendo de la condición de avalista colectivo del banco y de la realidad del tercer pago, la jurisprudencia aplicable para resolver los dos motivos del recurso de casación es la que reitera que la responsabilidad del avalista, aunque se trate de un aval colectivo, deriva del propio aval y que su efectividad a la hora de responder frente a los compradores de la totalidad de los anticipos más sus intereses, sin límites cuantitativos y tal y como lo haría el promotor avalado, solo requiere que se hayan hecho entregas a cuenta del precio de cantidades previstas en el contrato y que el promotor haya incumplido su obligación de entregar la vivienda, de forma que la avalista debe responder aunque los anticipos no se ingresaran en una cuenta de la promotora (p.ej. sentencias XXXXXXX, de XXXXXXXXXXXXX, XXXXXXX, de XXXXXXXXXXX, XXXXXXX, de XXXXXXXXXXX, y XXXXXXX, XXXXXXX y XXXXXXX, estas tres últimas de XXXXXXXXXXX).

Esta jurisprudencia es aplicable en el presente caso porque no se discute, y además consta documentalmente acreditado, que todas las entregas a cuenta objeto de reclamación en este pleito, incluida la de XXXXXXXXXXX por importe de 13.331,13 euros, tenían correspondencia en el contrato (doc. 3 de la demanda, estipulación tercera), de modo que la sentencia recurrida se opone a la citada jurisprudencia al condicionar la responsabilidad de la entidad avalista colectiva demandada a que dicho pago fuera ingresado en ella.

En consecuencia, asumiendo la instancia, procede desestimar el recurso de apelación del banco y confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia.

OCTAVO.- Conforme al art. XXXXX LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos, dada la estimación del recurso por infracción procesal y de los fundamentos del recurso de casación.

Y conforme al art. XXXXX, en relación con el XXXXXXX, ambos de la LEC, procede imponer a la entidad demandada-apelante las costas de la segunda instancia, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado íntegramente. Por tanto, la confirmación de la sentencia de primera instancia en su integridad incluye la imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada.

NOVENO.- Conforme a la d. adicional XXXXXX LOPJ procede devolver a la parterecurrente los depósitos constituidos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandante D. XXXXXXXXXXXX contra la sentencia dictada el XXXXXXXXXXXXXXXX por la sección XXX de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º XXXXXXXXXXX, y lo alegado como fundamento del recurso de casación interpuesto por el referido demandante contra la misma sentencia.
- 2.º- Anular la sentencia recurrida para, en su lugar, desestimando el recurso de apelación interpuesto en su día por Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A., confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas.
- 3.º- No imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, ni las de la segunda instancia.
- 4.º- Y devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.





CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: XXXXXXXXXXXXX

Ponente: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. XXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

AUTO DE ACLARACIÓN

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

En Madrid, a XXXXXXXXXXXXX

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. XXXXXXXXXXXXXXX

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- La representación procesal de D. XXXXXXXXXXXXXXX solicita la aclaración de la sentencia XXXXXXXXXXXXX, de XXXXXXXXXXXXX, que acordó estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por esa misma parte y lo alegado como fundamento de su recurso de casación, anular la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación del banco demandado y confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas. Formula su solicitud al amparo de lo dispuesto

en el art. 214 LEC, según resulta de sus alegaciones, por no corresponderse el fallo de la sentencia objeto de aclaración con su fundamentación jurídica, en concreto, en cuanto a la decisión de imponer al banco las costas de la segunda instancia a consecuencia de desestimar su recurso de apelación, dado que en el fallo de la sentencia no se incluye dicha condena sino que se dice que las costas de la segunda instancia no se imponen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con los arts. 267 LOPJ y 214 LEC procede aclarar la sentencia XXXXXX, de XXXXXXXXXXXX, dado que, por mero error de transcripción, el pronunciamiento sobre las costas de la segunda instancia que se contiene en el apdo. 3.º *in fine* del fallo (consistente en no imponerlas a ninguna de las partes) no se corresponde con lo razonado y decidido al respecto en el fundamento de derecho octavo (procedente imposición de las costas de la segunda instancia al banco apelante a resultas de la desestimación de su recurso de apelación).

En consecuencia, se rectifica el citado apdo. 3.º del fallo de la sentencia, de modo que donde dice «No imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, ni las de la segunda instancia» debe decir «No imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, e imponer las costas de la segunda instancia al banco».

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 214.4 LEC, contra este auto no procede interponer recurso alguno.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Estimar la solicitud de aclaración formulada por la representación procesal de D. XXXXXXXXXXXXXXXX y rectificar el apdo. 3.º del fallo de la sentencia XXXXXXXX, de XXXXXXXXXXXX, en el sentido de que donde dice «No



imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, ni las de la segunda instancia» debe decir «No imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, e imponer las costas de la segunda instancia al banco».

Frente a esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así se acuerda y firma.