



Roj: **STS 3411/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3411**

Id Cendoj: **28079110012020100520**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2020**

Nº de Recurso: **4010/2017**

Nº de Resolución: **532/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 532/2020

Fecha de sentencia: 15/10/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4010/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 4010/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 532/2020

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 15 de octubre de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por los demandantes D. Sixto , D.^a Amanda , D. Vicente , D.^a Angustia , D. Jose Luis , D. Jose María , D.^a Azucena , D. Jose Antonio , D.^a Bernarda y la mercantil Mendeleivium Division Company S.L, representados por la procuradora D.^a M.^a Esperanza Álvaro Mateo bajo la dirección letrada de D. José Raul Escobedo Quintana, y el recurso de casación interpuesto por la codemandada Caixabank S.A. (antes Banca Cívica), representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter bajo la dirección letrada de D. Diego Canales Cafur, contra la sentencia dictada el 4 de mayo de 2017 (rectificada por autos de 14 y 24 de julio del mismo año) por la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación n.º 592/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1550/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona sobre restitución de cantidades **anticipadas** por los compradores de viviendas en construcción.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de octubre de 2011 se presentó demanda interpuesta, entre otros, por D. Sixto , D.^a Amanda , D. Vicente , D.^a Angustia , D. Jose Luis , D. Jose María , D.^a Azucena , D. Jose Antonio , D.^a Bernarda y la mercantil Mendeleivium Division Company S.L. contra la entidad Consultores del Sur de Tenerife S.L. y contra Banca Cívica S.A. (antes Caja General de Ahorros de Canarias, S.A., -Cajacanarias- y actualmente Caixabank S.A.) solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"Primero.- Declare la responsabilidad de la entidad mercantil CONSULTORES DEL SUR DE TENERIFE, S.L. en calidad de depositaria de las cantidades entregadas de forma **anticipada** por mis patrocinados, por la infidelidad en la custodia de los depósitos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.766 CC y la Ley 57/1968

"Segundo.- Que se declare la responsabilidad de la entidad financiera CAJA GENERAL DE AHORROS DE CANARIAS, S.A., actualmente BANCA CÍVICA, S.A., por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 57/1968 o alternativamente por responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil por los hechos descritos en esta demanda.

"Tercero.- Condene a las demandadas de forma solidaria al abono a mis representados de las siguientes cantidades:

"A Don Sixto y Amanda : 172.875,61 €.

"[...]

" A Don Vicente : 158.602,50 €

"[...]

"A Doña Angustia : 77.730,96 €

"[...]

"A Don Jose Luis : 185.314,50 €

" A Don Jose María y Doña Azucena : 77.331,91 €

"[...]

" THE MENDELEVIUM DIVISION COMPANY, S.L.: 159.973,08 €

"[...]

" Don Jose Antonio y a Doña Bernarda : 77.331,60 €

"[...]

"Cuarto.- En caso de oponerse, que se condene además al abono de las costas procesales causadas a ambas demandadas".

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona, dando lugar a las actuaciones n.º 1550/2011 de juicio ordinario, y emplazadas las demandadas, Banca Cívica S.A. contestó planteando declinatoria y las excepciones procesales de falta de legitimación pasiva y falta de litisconsorcio pasivo necesario, oponiéndose también en cuanto al fondo y solicitando la íntegra desestimación de la demanda con imposición de costas a los demandantes, y Consultores del Sur de Tenerife S.L. contestó a la demanda planteando las excepciones procesales de falta de jurisdicción y de competencia objetiva, cosa

juzgada o en todo caso litispendencia, y falta de legitimación pasiva, alegando también falta de acción, oponiéndose en cuanto al fondo y solicitando la íntegra desestimación de la demanda con imposición de costas a los demandantes.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 1 de septiembre de 2015 con el siguiente fallo [se reproduce únicamente la parte que afecta a los demandantes hoy recurrentes]:

"Qué estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Dña. Fátima de Armas Castro, en nombre y representación de D. Sixto, Dña. Amanda, D Constantino, D. David, D. Vicente, Dña. Nicolasa, D. Eliseo, D. Ernesto, Dña. Angustia, D. Fabio, Dña. Rosario, D. Jose Luis, D. Jose María, Dña. Azucena, D. Isidro, la entidad Mendeleevium Division Company SL, D. Julián, D. Justino, D. Jose Antonio, Dña. Bernarda. D. Rodrigo y Dña. Debora, frente a Banca Cívica, debo condenar y condeno a esta última abonar a los actores las siguientes cantidades:

"A D. Sixto y a Dña. Amanda : 172.875,61 euros.

"[...]

"A D. Vicente : 158.602,50 euros.

"[...]

"A Dña. Angustia : 77.730,96 euros.

"[...]

"A D. Jose Luis : 185.314,50 euros.

"A D. Jose María y Dña. Azucena : 77.331,91 euros.

"[...]

"A la entidad Mendeleevium Division Company, SL: 159.973,08 euros.

"[...]

" A D. Jose Antonio y a Dña. Bernarda : 77.331,60 euros.

"Y debo absolver y absuelvo a la entidad Consultores del Sur Tenerife SL de todos los pedimentos de la demanda por carecer de legitimación pasiva (Fundamento de Derecho Segundo).

"Ello con expresa condena al abono de las costas procesales causadas a Banca Cívica".

Por auto de 18 de diciembre de 2015 se acordó rectificar el párrafo primero del fallo de la referida sentencia en los siguientes términos:

"donde dice: "(...) frente a Banca Cívica, debo condenar y condeno a esta última..." debe decirse "(...) frente a Caixabank SA, debo condenar y condeno a esta última..."".

Por auto de 28 de diciembre de 2015 se acordó lo siguiente:

"SE SUBSANA la omisión advertida en la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2015, consistente en la omisión en el fallo de la sentencia de aludir a los actores D. Luis Francisco y Dña. Lorenza, y la cuantía de la deuda a su favor y a satisfacer por Caixabank SA, procede la subsanación en el sentido de efectuar su inclusión [...]".

CUARTO.- Interpuesto por Caixabank S.A. contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opusieron todos los demandantes y que se tramitó con el n.º 592/2016 de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, esta dictó sentencia el 4 de mayo de 2017 con el siguiente fallo:

"Se estima en parte el recurso de apelación formulado por la representación de la entidad Caixabank.

"Se revoca parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de que la condena a la entidad demandada Caixabank se refiere a los siguientes compradores y por las cantidades que se señalan: 1) D. Sixto 85.757,70 euros. 2) D. Constantino, 90.903,16 euros, 3) D. David, 137.660,46 euros; 5) D. Nicolasa, 25.684,70 euros. 6) D. Eliseo, 77.422,76 euros. 7) D. Ernesto, 79.443,16 euros. 9) D. Fabio y D. Rosario, 89.464,16 euros. 12) D. Isidro, 83.475 euros. 14) D. Constantino y D. Justino, 132.165 euros. 16) D. Rodrigo y D. Debora, 78.260,49 euros. 17) D. Luis Francisco y D. Lorenza, 69.300 euros, más los intereses legales.

"En cuanto a las costas de la primera instancia, serán de cargo de los actores la causadas por la entidad Consultores del Sur de Tenerife SL, absuelta en la primera instancia. No se efectúa expresa imposición de las demás costas, debiendo cada parte asumir las causadas a su instancia.



"No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada".

A instancia de la parte demandante se dictó auto de fecha 14 de julio de 2017 accediendo a rectificar el error material advertido en el fallo y fijar la cantidad a favor de D. David en 137.760,46 euros.

A instancia de Caixabank S.A. se dictó un segundo auto de esa misma fecha denegando la aclaración interesada por la propia entidad.

Finalmente, a instancia de Caixabank S.A. se dictó auto de 24 de julio de 2017 accediendo a corregir el error material existente en el anterior auto de 14 de julio de 2017, en los siguientes términos:

"Debiendo decir: "Dentro del plazo establecido se ha presentado en el art. 215.2º LEC, sea presentado por la Procuradora Sr. Fátima Esther de Armas Castro en la representación procesal que ostenta" y en la parte dispositiva debiendo decir "que no procede aclarar la Sentencia dictada en esta Alzada el cuatro de mayo de 2017 en el sentido interesado por la parte apelante".

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia tanto los demandantes indicados en el encabezamiento como la codemandada-apelante Caixabank S.A. interpusieron sendos recursos de casación.

El recurso de casación de dichos demandantes, formulado al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, se componía de un solo motivo con el siguiente enunciado:

"La vulneración de jurisprudencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo, concretamente las sentencias dictadas por la sala 1ª del Tribunal Supremo el 30 de abril de 2015, el 21 de Diciembre de 2015 y 21 de Diciembre de 2016 que resuelven y sientan doctrina, sobre los límites de la responsabilidad de las entidades bancarias y la culpa in vigilando, según los artículos 1 y 7 de la ley 57/1968, habiéndose ignorado dicha doctrina jurisprudencial por la sección tercera, aplicando erróneamente en su lugar, como se expondrá a continuación, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 2016".

El recurso de casación de Caixabank S.A., formulado también al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, se componía de un único motivo con el siguiente enunciado:

"PRIMER MOTIVO.- Al amparo del artículo 477.3 de la LEC, por interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 1.2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, con oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes mencionadas en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 13 de noviembre de 2019, a continuación de lo cual ambas partes presentaron sus respectivos escritos de oposición solicitando la desestimación de los recursos interpuestos de contrario, en el caso de Caixabank S.A. tanto por causas de inadmisibilidad como por razones de fondo, con imposición de las costas de cada recurso a la respectiva parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 23 de septiembre 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 día 7 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar mediante el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren en casación, de una parte, diez de los veinticuatro demandantes, todos ellos compradores de viviendas en construcción pertenecientes a una misma promoción, y de otra, la entidad bancaria que, en su condición de avalista colectiva, ha sido declarada responsable en la instancia pero únicamente frente a los compradores no recurrentes en casación y por las cantidades que estos anticiparon y fueron ingresadas en dicha entidad (en una cuenta abierta a nombre de la entidad encargada de la gestión de venta de la promoción), centrándose la controversia en si dicha entidad avalista debe responder también frente a los hoy recurrentes de las cantidades **anticipadas** por ellos, previstas en sus respectivos contratos pero no ingresadas en la entidad bancaria codemandada sino en una cuenta abierta a nombre de la entidad gestora en otra entidad.

En todo caso, la **resolución** de los recursos debe tener en cuenta los pronunciamientos no impugnados, habiendo ganado firmeza la desestimación de la demanda en primera instancia respecto de la codemandada Consultores del Sur de Tenerife S.L. (en adelante, Consur o la gestora), toda vez que solo apeló el banco.

Son antecedentes relevantes para la decisión de los recursos los siguientes:

1. Hechos probados o no discutidos:

1.1. La Unión Temporal de Empresa (en adelante UTE) formada por las entidades Urbanizaciones Mencey S.L. e Inversores y Constructores de Arona S.L. promovía una construcción de viviendas denominada "Las Olas" en el término municipal de Arona (Tenerife).

1.2. Con fecha 18 de agosto de 2005 dichas entidades y Consur celebraron un contrato denominado "de gestión de ventas" (doc. 1 de la contestación de Consur, folios 1021 y ss. de las actuaciones de primera instancia) en cuya virtud la gestora debía comercializar las viviendas de la referida promoción "en nombre" de aquellas (folio 1025 de las actuaciones de primera instancia). Cuando se constituyó la UTE, esta se subrogó en el contrato.

En dicho contrato se estipulaba (cláusula III) que los "servicios de gestión" que debía prestar Consur comprendían "la preparación y materialización de los contratos", quedando a tal efecto facultada para recibir de los compradores "los cobros de las cuotas que correspondan", y también (cláusula V) que Consur recibiría a cambio de sus servicios un 8,5% del precio bruto de cada venta, que se pagaría reteniendo la gestora un 5% del primer pago de cada contrato que se formalizase y el restante 3,5% de las cantidades que se abonaran como segundo pago anticipado.

1.3. Caja General de Ahorros de Canarias, Cajacanarias (luego Banca Cívica S.A. y actualmente Caixabank S.A.) financiaba la promoción en virtud de préstamo hipotecario suscrito con las citadas integrantes de la UTE con fecha 27 de octubre de 2005 (doc. 12 de la demanda), cuyo importe inicial de 29.295.000 euros fue ampliado en dos ocasiones, hasta un total de 37.460.000 euros (docs. 13 y 14 de la demanda).

1.4. Con fecha 16 de mayo de 2006 Cajacanarias suscribió con las dos sociedades integrantes de la UTE una "Línea de avales" (n.º 9590001459) que tenía un límite de 1.500.000 euros (folios 766 a 768 de las actuaciones de primera instancia).

En las condiciones particulares se decía lo siguiente:

"7. DESTINO DEL AVAL: LÍNEA DE AVALES PARA GARANTIZAR LAS ENTREGAS A CUENTA DE LOS COMPRADORES DE LA PROMOCIÓN QUE HEMOS FINANCIADO".

Según la condición general primera, su objeto era el siguiente:

"...facilitar al cliente contratante una línea de avales, por tanto, el otorgamiento por cuenta de éste de una serie de preavales y avales...".

1.5. En el periodo comprendido entre dicho mes de mayo de 2006 y febrero de 2008 un total de veinticuatro compradores (entre ellos los hoy recurrentes, D. Sixto, D.ª Amanda, D. Vicente, D.ª Angustia, D. Jose Luis, D. Jose María, D.ª Azucena, D. Jose Antonio, D.ª Bernarda y la mercantil Mendeleevium Division Company S.L.), compraron viviendas en construcción pertenecientes a la citada promoción (docs. 18 a 36 de la demanda).

Del contenido de los referidos contratos interesa destacar lo siguiente:

a) Todos los contratos (denominados "contrato de promesa de compraventa del edificio "Las Olas"") fueron suscritos por los compradores con las sociedades integrantes de la referida UTE (aunque en la sentencia recurrida se diga que se celebraron con Consur).

b) En todos los contratos de compraventa se incluyó una cláusula "segunda" referida al precio y a la forma de pago, según la cual las cantidades que los compradores fueran anticipando de acuerdo con el calendario de pagos pactado debían entregarse directamente a la gestora o abonarse en las oficinas de esta, o mediante transferencia bancaria. A este efecto, once de los contratos hacían mención a la cuenta abierta por la gestora en Cajacanarias (n.º 2065-0109- 56-3000050645) y los demás contratos a una segunda cuenta (n.º 0075-0998-83-0600190773) abierta por la misma gestora, pero en otra entidad bancaria distinta (Banco Popular Español S.A., hoy Banco Santander S.A.).

c) En todos los contratos se incluyó una cláusula "séptima" según la cual, en caso de incumplimiento por parte del vendedor o de imposibilidad manifiesta que impidiera terminar las obras, los compradores tendrían derecho a recuperar las cantidades **anticipadas** "incrementadas en un 6% de acuerdo con lo establecido en la Ley 57/68 de 27 de julio".

1.6. A cuenta del respectivo precio de compraventa, los compradores hoy recurrentes anticiparon a la gestora las siguientes cantidades (docs. 50 a 55 de la demanda):

-D. Sixto y D.ª Amanda : 163.090,20 euros.

-D. Vicente : 85.757,70 euros.

-D.ª Angustia : 73.331,10 euros.

-D. Jose Luis : 174.825 euros.

- D. Jose María y D.^a Azucena : 77.331,91 euros.
- D. Jose Antonio y D.^a Bernarda : 77.331,60 euros.
- Mendelevium Division Company S.L.: 159.973,08 euros.

Ninguna de estas cantidades se ingresó en la cuenta abierta por la entidad gestora en Cajacanarias (fundamento de derecho quinto, párrafo penúltimo, de la sentencia recurrida).

1.7. La construcción no llegó a iniciarse y la promotora fue declarada en concurso con fecha 11 de enero de 2010, procedimiento en el que, tras llegarse a un acuerdo entre la promotora y los compradores (docs. 39 a 47 de la demanda), los créditos de estos se incluyeron en el concurso.

2. En octubre de 2011 un total de veinticuatro compradores (entre ellos los diez hoy recurrentes) interpusieron la demanda del presente litigio contra Banca Cívica S.A. y contra Consur pidiendo se declarase la responsabilidad de esta última por infidelidad en la custodia de los depósitos conforme al art. 1766 CC, que se declarase la responsabilidad del banco "por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 57/68, o alternativamente, por responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil", y que se condenara solidariamente a ambas entidades a satisfacer a los compradores las cantidades respectivamente **anticipadas** por ellos más sus intereses al tipo pactado del 6% (que también cuantificaban).

En síntesis, y en lo que ahora interesa, alegaban: (i) que los demandantes eran compradores sobre plano de viviendas en construcción promovidas por la referida UTE con la financiación de Banca Cívica S.A., las cuales no habían sido entregadas por la promotora, declarada en concurso, lo que determinó además que el banco se las adjudicase; (ii) que en todos los contratos se indicaba (cláusula segunda) la obligación de los demandantes de que las cantidades **anticipadas** por ellos a cuenta del precio se ingresaran en la cuenta especial indicada en el contrato a nombre de la gestora, constituyéndose así esta entidad en depositaria de los fondos; (iii) que aun cuando el banco receptor era conocedor de esos ingresos, permitía que en dicha cuenta se ingresaran también otras cantidades "ajenas a dichos conceptos" y que se hiciera un "uso descontrolado" de dichas cantidades por parte de la promotora; y (iv) que, en consecuencia, ambas entidades demandadas debían responder frente a los compradores demandantes, Consur como depositaria, gestora de ventas y administradora de hecho de la UTE, encargada de recibir los anticipos y depositarlos en la cuenta especial prevista en la Ley 57/1968, y el banco por ser quien financiaba la obra, controlaba los depósitos y la línea de garantías y avales, participaba en la oferta de las viviendas con el fin de que los compradores se subrogaran en el préstamo de la promotora y, "en lo que más afecta a este proceso", por ser "responsable de exigir al promotor las garantías a que hace referencia la Ley 57/1968 y la apertura de la cuenta especial "bajo su responsabilidad".

En su fundamentación jurídica citaban los arts. 1766, 1101, 1902 y 1903 CC, los arts. 1, 2 y 7 de la Ley 57/1968, y la d. adicional 1.^a de la LOE 1999.

3. Banca Cívica S.A. se opuso a la demanda alegando, en síntesis: (i) falta de legitimación pasiva por no haber sido parte en los contratos; (ii) falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a la UTE; (iii) declinatoria, por corresponder el conocimiento del asunto al juez del concurso; (iv) cumplimiento íntegro y exacto de todas sus obligaciones; (v) que el banco suscribió línea de aval con la promotora, pero por la promotora no se llegaron a solicitar avales individuales para los compradores demandantes; (vi) que, en todo caso, los intereses debían ser los legales conforme a la LOE; y (vii) a falta de aval individual, responsabilidad exclusiva de la gestora por ser la encargada del cobro y gestión de los anticipos en las cuentas indicadas en los contratos, solo una de ellas abierta en la entidad codemandada.

Consur se opuso a la demanda alegando, en síntesis: (i) falta de jurisdicción y de competencia objetiva por corresponder el conocimiento del asunto al juzgado que venía conociendo del concurso; (ii) falta de acción, porque los demandantes no habían acreditado realidad de los anticipos; (iii) cosa juzgada, o en su caso litispendencia, ya que las cantidades que se reclamaban en este litigio eran las mismas que los demandantes tenían reconocidas en el concurso; (iv) falta de legitimación pasiva, porque la entidad obligada a garantizar la devolución de los anticipos era la promotora, nunca la gestora; y (v) en definitiva, falta de responsabilidad de Consur, dado que no fue depositaria de anticipos ni administradora de la UTE, y no estaba obligada a cumplir la obligación que la Ley 57/1968 impone a la promotora de constituir la cuenta especial debidamente garantizada.

4. La sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda, condenó a Banca Cívica S.A. a abonar a los compradores demandantes (entre ellos los hoy recurrentes) el total de las cantidades que reclamaban (en concepto de anticipos e intereses al tipo del 6%) y desestimó la demanda respecto de Consur, todo ello con expresa condena en costas a Banca Cívica S.A.



En lo que ahora interesa, sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) no existía duda de la responsabilidad directa frente a los demandantes de la UTE promotora; (ii) por el contrario Consur, como gestora, carecía de legitimación pasiva, ya que la responsabilidad *ex lege* incumbía a la promotora "con independencia de las relaciones contractuales entre ésta y aquélla derivadas del contrato de gestión de ventas suscrito entre ellas, que en nada vincula a los actores"; (iii) la legitimación pasiva del banco resultaba de su condición de avalista, en virtud del aval que contrató con la promotora, en el que aparecían como fiadores los administradores de la promotora y que había servido para avalar individualmente a otros compradores de viviendas de la misma promoción; (iv) el banco era responsable frente a los compradores demandantes al haberse acreditado que la promotora incumplió sus obligaciones (en concreto, su deber de entregar las viviendas) y ser un hecho no discutido por el banco que a cuenta del precio de sus viviendas los compradores anticiparon las cantidades objeto de reclamación en este litigio, sin que el banco pudiera limitar su responsabilidad a la cantidad indicada en el aval (1.500.000 euros) porque, según la jurisprudencia, la garantía, sea aval o seguro, cubre todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, aunque en ella se establezca una cantidad máxima inferior.

La sentencia fue aclarada en el sentido de que la condena referida a Banca Cívica S.A. se debía entender referida a Caixabank S.A., y también fue rectificada para incluir en el fallo a dos demandantes omitidos, distintos de los hoy recurrentes.

5. Contra dicha sentencia Caixabank S.A. interpuso recurso de apelación pidiendo la desestimación íntegra de la demanda. Tanto Consur como todos los compradores-demandantes se opusieron al recurso interesando su desestimación.

En lo que ahora interesa, Caixabank S.A. aducía error en la valoración de la prueba porque los anticipos no se habían ingresado en una cuenta especial abierta a nombre de la promotora en dicha entidad, requisito para la responsabilidad legal del art. 1-2.ª de la Ley 57/1968, y porque ni tan siquiera en todos los casos los anticipos se habían ingresado en la cuenta abierta por Consur en dicha entidad, ya que en ocho casos se ingresaron en la cuenta del Banco Popular (esta era, según decía, la situación de los compradores-demandantes hoy recurrentes, tal y como se desprendía de los docs. 18, 22, 26, 28, 29, 31, 32, y 34). También alegaba que en algunos casos no se trataba de compraventas de viviendas con fines residenciales, que no podía fundarse la responsabilidad del banco frente a los compradores en su condición de entidad financiadora de la promoción, que había emitido avales individuales a requerimiento de la promotora en favor de otros compradores de la misma promoción, que la línea de avales suscrita entre el banco y la promotora tenía por finalidad garantizar las entregas a cuenta de los compradores, pero que el banco y Consur no habían mantenido relación alguna, y que no deberían haberse impuesto las costas de la primera instancia de la demanda frente a Consur.

6. La sentencia de segunda instancia, estimando en parte el recurso de Caixabank S.A., revocó la sentencia apelada para limitar la responsabilidad del banco únicamente a las cantidades ingresadas en la cuenta abierta en dicha entidad. En consecuencia, desestimó la demanda respecto de los demandantes hoy recurrentes sin imponer a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia y con imposición a los demandantes de las costas de la primera instancia causadas a Consur.

En lo que ahora interesa, la sentencia recurrida razona lo siguiente: (i) Caixabank S.A. tiene en este caso la doble condición de financiadora de la promoción y avalista; (ii) aunque no puede hacérsela responsable por su condición de financiadora de la promoción, sí que procede declarar su responsabilidad por su condición de avalista colectivo, y por el total de las cantidades **anticipadas** más sus intereses, dado que no es oponible el límite establecido en la póliza; (iii) ello es así porque la ausencia de avales individuales no impide que surta efecto la garantía colectiva, dado que la finalidad tuitiva de la Ley 57/1968 determina que no se pueda hacer recaer en los compradores las consecuencias de los incumplimientos del promotor o de la entidad avalista o aseguradora; (iv) no obstante, la citada jurisprudencia ha matizado que la responsabilidad del avalista de la Ley 57/1968, aunque sea colectivo, no implica que deba responder a todo trance de cualesquiera conflictos internos entre compradores y promotores, y que no debe obviarse la capacidad de control del avalista sobre los pagos, lo que en este caso determina que Caixabank S.A. no deba responder "de aquellos pagos efectuados en otra entidad distinta de ella y de los que, por tanto, no podía tener conocimiento de los mismos"; (v) en consecuencia, se desestima la demanda formulada por los compradores hoy recurrentes en casación dado que en sus contratos se designaba una cuenta de otra entidad, que fue en la que se ingresaron las cantidades que respectivamente anticiparon; y (vi) en cuanto a las costas de la primera instancia, al haberse estimado en parte la demanda frente a Caixabank S.A. no ha lugar a imponer las costas de dicha demanda a ninguna de las partes, y al haberse desestimado íntegramente la demanda contra Consur, procede imponer las costas de esta demanda a la parte demandante.

7. Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación tanto los compradores indicados en el encabezamiento como la entidad bancaria codemandada. Cada una de las partes recurrentes ha solicitado la



desestimación del recurso interpuesto de contrario, en el caso del banco tanto por causas de inadmisibilidad como por razones de fondo.

Recurso de casación de los compradores codemandantes

SEGUNDO.- El recurso de casación de los compradores-recurrentes se compone de un solo motivo fundado en infracción de los arts. 1 y 7 de la Ley 57/1968 y de la jurisprudencia "sobre los límites de responsabilidad de las entidades bancarias y la culpa *in vigilando*".

En su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que la única razón por la que se ha desestimado la demanda en cuanto a los hoy recurrentes consiste en que sus anticipos se ingresaron en una cuenta abierta en una entidad distinta; (ii) que, sin embargo, los hechos probados demuestran que los contratos se celebraron con Consur, que en todos ellos se establecía que los compradores debían ingresar las cantidades que anticiparan en una de las dos cuentas bancarias que se indicaban y que todos los recurrentes cumplieron esa obligación; y (iii) que, en consecuencia, la garantía colectiva del banco, suficiente aunque los recurrentes no tuvieran aval individual, comprendía la totalidad de las cantidades **anticipadas** por aquellos con independencia de la cuenta en que se ingresaran, fuera de Caixabank S.A. o de otra entidad, ya que en todos los casos eran cantidades previstas en los contratos y la jurisprudencia hace depender la responsabilidad de la avalista únicamente de que se hayan entregado cantidades a cuenta del precio y de que la construcción no se haya iniciado o no haya concluido, siendo accesoria y en ningún caso oponible a los compradores la cuestión de la cuenta en que debían ingresarse según cada contrato. Para justificar el interés casacional se citan y extractan las sentencias del pleno de esta sala de 30 de abril de 2015 y 21 de diciembre de 2015, y la sentencia de 21 de diciembre de 2016.

Caixabank S.A. se ha opuesto alegando: (i) que el recurso es inadmisibile por inexistencia de interés casacional ya que, según la doctrina jurisprudencial aplicable a la controversia sin alterar la base fáctica de la sentencia recurrida, el banco no puede ser obligado a responder de aquellos anticipos que no se ingresaron en la cuenta abierta por la gestora en dicha entidad sino en otra entidad distinta; y (ii) que en todo caso el recurso debe ser desestimado porque la jurisprudencia citada como infringida no es aplicable al no existir identidad ni similitud entre este caso y los que se resolvieron con arreglo a dicha doctrina, siendo aplicable al presente caso la doctrina contenida en las sentencias de esta sala de 16 de noviembre de 2016 y 7 de julio de 2016, invocadas en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, que respectivamente aluden a la improcedencia de hacer responsable a la entidad bancaria de los pagos hechos en otra entidad y a la necesidad de diferenciar entre entidad financiadora de la promoción y entidad receptora de los anticipos. También se invocan las sentencias de 16 de enero de 2015, de pleno, 9 de marzo y 1 de junio de 2016, y 19 de septiembre de 2019.

TERCERO.- No se aprecian los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida porque, según la jurisprudencia, es suficiente para superar el test de admisibilidad la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso partiendo del respeto a los hechos probados, requisitos que se cumplen en el planteamiento de la única cuestión jurídica objeto del recurso, consistente en el alcance de la responsabilidad de la entidad avalista colectiva respecto las cantidades **anticipadas** previstas en el contrato y no ingresadas en dicha entidad, pues el problema jurídico se ha planteado con suficiente claridad como para que haya podido identificarse por esta sala, se precisa la norma procesal que habilita para recurrir en casación (art. 477.2.3.º LEC), se cita la norma sustantiva que se considera infringida y se invoca una doctrina jurisprudencial que en principio permite sustentar las pretensiones de la parte recurrente.

CUARTO.- Entrando por tanto a resolver el recurso, este debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) La razón decisoria de la sentencia recurrida para desestimar la demanda de los compradores hoy recurrentes consiste en que, pese a no discutirse que el banco codemandado era avalista colectivo en virtud de una línea de avales suscrita en su día con la promotora, sin embargo solo estaba obligado a responder de las cantidades ingresadas en una cuenta de la gestora Consur en el propio banco, no de las ingresadas en una cuenta de la misma gestora en otra entidad bancaria diferente.

2.ª) Pues bien, partiendo, como es obligado en casación, de esa razón decisoria y del pleno respeto a los hechos probados, y visto el planteamiento del recurso, la jurisprudencia aplicable es la sintetizada en las sentencias de esta sala 447/2020, de 20 de julio, 8/2020, de 8 de enero, 6/2020, de 8 de enero, 298/2019, de 28 de mayo, 503/2018, de 19 de septiembre, y 102/2018, de 28 de febrero, según la cual la entidad avalista o aseguradora, aun cuando falten los avales o certificados individuales, responde de todas las cantidades **anticipadas**, incluyendo sus intereses legales, sin sujeción a los límites cuantitativos del aval o de la póliza de seguro y sin que su responsabilidad respecto de las cantidades **anticipadas** previstas en el contrato dependa de que se ingresen o no en una cuenta bancaria ni del carácter, especial o no, de la cuenta en que se ingresen.



Como puntualiza esa misma jurisprudencia, ni siquiera podría exonerarse de responsabilidad al banco avalista por la circunstancia de que los pagos se hubieran hecho en metálico y no se ingresaran en cuenta alguna de la promotora, salvo que se hubiera probado que, por tratarse de pagos de cantidades no previstas en el contrato, "ni siquiera con la entrega de copia de los contratos podía la avalista evitar que escaparan a su control".

3.ª) En atención a lo expuesto, la razón decisoria de la sentencia recurrida, que en definitiva consiste en condicionar la efectividad de la garantía colectiva a que todos los anticipos se ingresaran en una cuenta de la gestora en Caixabank S.A., infringe la referida doctrina, pues en ninguno de los casos que afectan a los compradores hoy recurrentes se ha puesto en cuestión la realidad de los anticipos por el importe que respectivamente reclaman, ni su correspondencia con las cantidades previstas en cada caso en los respectivos contratos como parte del precio ni, en fin, que esas cantidades fueron recibidas definitivamente por la promotora, por más que los ingresos se hicieran en cuentas de la gestora y que una de estas cuentas estuviera abierta en otra entidad diferente de la avalista demandada, puesto que Consur era una mera intermediaria que solo recibía una comisión por cada venta y el banco pudo conocer y controlar dichos pagos pidiendo una copia de los contratos.

Recurso de casación de la parte demandada

QUINTO.- La estimación del recurso de casación de los compradores-recurrentes con fundamento en la responsabilidad del banco como avalista determina por sí sola la desestimación del recurso de casación de la entidad bancaria, centrado en negar su responsabilidad por no haber sido receptor de las cantidades **anticipadas**, es decir, en el ámbito del art. 1-2.ª de la Ley 57/1968.

SEXTO.- En consecuencia, conforme al art. 487.3 LEC, la estimación del recurso de casación de los compradores-recurrentes comporta que proceda revocar la sentencia recurrida en su pronunciamiento desestimatorio de la demanda respecto de ellos y, en consecuencia, confirmar la estimación acordada en primera instancia, incluidos los intereses al tipo del 6% ya que este pronunciamiento no fue apelado por el banco.

SÉPTIMO.- Conforme al art. 398 LEC no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación de los demandantes, dada su estimación, e imponer al banco codemandado-recurrente las causadas por su recurso de casación, dada su desestimación y la oposición al mismo, como recurrida, por la otra parte recurrente.

Conforme al art. 398.2 LEC, procede mantener la no imposición de las costas de la segunda instancia a ninguna de las partes, ya que subsiste la estimación parcial del recurso de apelación del banco en cuanto a las costas causadas a la codemandada Consur, que efectivamente no procedía imponerle.

Y conforme al art. 394.1 LEC procede imponer al banco codemandado las costas de la primera instancia causadas a los demandantes por la acción dirigida contra él, dada su estimación.

OCTAVO.- Conforme a la d. adicional 15.ª LOPJ, apdos. 8 y 9, procede devolver a los demandantes-recurrentes el depósito constituido por ellos y que la codemandada también recurrente pierda el depósito constituido a su vez para recurrir en casación.

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 de casación interpuesto por los demandantes D. Sixto , D.ª Amanda , D. Vicente , D.ª Angustia , D. Jose Luis , D. Jose María , D.ª Azucena , D. Jose Antonio , D.ª Bernarda y la mercantil Mendeleevium Division Company S.L contra la sentencia dictada el 4 de mayo de 2017 (rectificada por autos de 14 y 24 de julio del mismo año) por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación n.º 592/2016.

2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la misma sentencia por la codemandada Caixabank S.A.

3.º- Casar la sentencia recurrida en su pronunciamiento relativo a la demanda de los citados recurrentes para, en su lugar, con desestimación en este punto del recurso de apelación de Caixabank S.A., confirmar en dicho extremo la sentencia de primera instancia.

4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de casación de los referidos demandantes e imponer a Caixabank S.A. las causadas por su recurso de casación.

5.º- No imponer a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia.



6.º- Imponer a la codemandada Caixabank S.A. las costas de la primera instancia causadas a los demandantes por la acción dirigida contra ella y confirmar la sentencia recurrida en su pronunciamiento sobre las costas causadas a la otra demandada.

7.º- Devolver a los demandantes-recurrentes el depósito constituido recurrir en casación y que la codemandada también recurrente pierda el constituido a su vez para recurrir también en casación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ