

Juzgado de Primera Instancia Nº 3

ORIHUELA

Plaza SANTA LUCIA,S/N
TELÉFONO: 965359567

N.I.G.: 03099-42-1-2018-0000753

Procedimiento: Asunto Civil 000108/2018

SENTENCIA 99/2019

En Orihuela, a 20 de marzo de 2019, vistos por mí, D. Antonio Morente Espinosa, Magistrado del Juzgado de primera instancia nº 3 de esta ciudad y su partido, los presentes autos de juicio ordinario 108/2018, promovidos por el Procurador D. Manuel Martínez Rico, en nombre y representación de D. XXXXX, asistido por la Letrado Dña. Guadalupe Sánchez Baena, contra la mercantil BBVA SA, representada por el Procurador D. Antonio Martínez Gilabert y asistida por el Letrado D. Eloy Ferrández Giménez, y contra la mercantil Banco de Sabadell, representada por el Procurador D, Jorge Manzanaro Salines y asistido por el Letrado D. Manuel Pomares Alfosea, en reclamación de cantidad por sumas entregadas a cuenta para la adquisición de vivienda, procede dictar, en nombre de Su Majestad El Rey Felipe VI de España, lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 30 de enero de 2018 se registró demanda presentada por el Procurador D. Manuel Martínez Rico, en nombre y representación de D. XXXXX, solicitando sentencia estimatoria por la que se condenase a la entidad BBVA al pagode 3.000 euros, y a la entidad Banco de Sabadell al pago de36.870 euros, junto con los correspondientes intereses legalesy costas procesales.

SEGUNDO:Por decreto de 8 de marzo de 2018 fue admitida a trámite la demanda una vez subsanados los defectos apreciados en la misma, siendo emplazadas las mercantiles codemandadas para su contestación.

TERCERO: Por escrito fechado el 6 de abril de 2018 la mercantil BBVA mostró su allanamiento a las pretensiones ejercidas respecto a la misma, admitiéndose dicho allanamiento mediante auto de 7 de noviembre de 2018.

CUARTO: Por la entidad Banco de Sabadell se presentó contestación a la demanda por escrito fechado el 29 de octubre

de 2018, solicitando la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

QUINTO: El 4 de febrero de 2019 se celebró la audiencia previa. Siendo admitida la prueba propuesta por las partes, estas fueron citadas al acto de la vista.

SEXTO: El 18 de marzo de 2019 tuvo lugar el acto de la vista. No compareciendo el testigo citado al acto de la vista, ni solicitándose su declaración como diligencia final, se dio la palabra a las partes para conclusiones, quedando el juicio visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Una vez dictado auto admitiendo el allanamiento manifestado por la entidad BBVA, procede examinar únicamente la pretensión ejercida respecto a la codemandada Banco de Sabadell. Al respecto, señala la parte actora como, con la finalidad de adquirir una vivienda en el complejo residencial Santa Ana del Monte, realizó un adelanto consistente en un ingreso por importe de 36.670 euros en la cuenta 2090 7330 89 00400620-03 el 23 de junio de 2006 mediante cheque, siendo resuelto posteriormente el contrato de compraventa, reconociéndose la existencia del crédito en el procedimiento concursal.

Ante dicha petición la parte demandada alega en primer lugar que la actora carecería de las características necesarias para la aplicación de la ley 57/1968, puesto que el inmueble realmente se habría adquirido a fin de obtener un beneficio económico del mismo, dado que el demandante sería administrador de una sociedad inmobiliaria y no adquirió otra vivienda en el territorio nacional, considerando igualmente que la entidad no podía conocer el destino del ingreso puesto que el mismo fue realizado mediante un cheque abonado por un tercero en el que no se indicaba concepto alguno, y en una cuenta diferente a la indicada en el contrato. Finalmente, considera que existe un retraso desleal en el ejercicio de la acción, así como que el devengo de los intereses debe realizarse desde la primera reclamación y no desde el momento de entrega de las cantidades.

SEGUNDO: La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016 señala que la interpretación de la Ley 57/1968, en el sentido de excluir de su ámbito de protección a quienes son profesionales del sector inmobiliario, y también a quienes invierten en la compra de viviendas en construcción para

revenderlas durante el proceso de edificación, o bien al finalizar el mismo mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor de un comprador diferente, no debe quedar alterada por la referencia a «toda clase de viviendas» en la d. adicional 1.^a de la LOE, pues esta referencia ha de entenderse hecha tanto a las formas de promoción, para comprender así las que «se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa», sin necesidad de ninguna otra norma especial que así lo disponga, cuanto al régimen de las viviendas, para comprender así no solo las libres sino también las protegidas, sin necesidad tampoco de ninguna norma especial. En definitiva, la expresión «toda clase de viviendas» elimina cualesquiera dudas que pudieran reducir el nivel de protección de los compradores por razón de la forma de promoción o del régimen de la vivienda que compren, pero no puede equipararse a «toda clase de compradores» para, así, extender la protección a los profesionales del sector inmobiliario o a los compradores especuladores, pues entonces no se entendería la razón de que el art. 7 de la Ley [57/1968](#) atribuya «el carácter de irrenunciables» a los derechos que la propia Ley [57/1968](#) otorga a los compradores («cesionarios»).

La sentencia de la sección octava de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de noviembre de 2018 expone que “dado que se trata de un presupuesto de la Ley [57/1968](#) cuya aplicación se pretende con la finalidad de reintegro de las cantidades entregadas, es al demandante al que corresponde acreditar la finalidad “residencial” de la adquisición de la vivienda en la población de Campos del Río sin que a tal efecto se haya desplegado por aquél el más mínimo esfuerzo probatorio, a lo que es de añadir que, como señala el Auto del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2018 , entre los medios de prueba admitidos en la Ley, se encuentra la presunción judicial regulada en el art. 387 LEC , indicando que “ este precepto regula cómo el tribunal, a partir de unos hechos admitidos o probados, puede “presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano ”; aplicando dicha doctrina al caso de autos y dado el resultado de las pruebas practicadas no es posible concluir que la adquisición de la vivienda por el demandante tuviera la finalidad residencial prevista en la Ley [57/1968](#) , fuera ésta de temporada, accidental o circunstancial”.

Por su parte, la sección primera de la Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 26 de noviembre de 2018,

considera que la condición de no consumidor, en cuanto hecho obstativo de la demanda, debe recaer sobre la parte demandada.

La sección cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, en sentencia de 26 de septiembre de 2018, apunta que, siendo el comprador una persona física, la **carga de la prueba** de la no condición de **consumidor** corresponde a quien la invoca, y el simple hecho de ser titular de otra u otras viviendas o incluso la intención de arrendar alguna de ellas no bastan para atribuirle la condición de inversor profesional.

En similar sentencia se pronuncia la sentencia de la sección octava de 20 de febrero de 2018, al señalar que la carga de la prueba (art. 217 LEC) de que la compra tuvo finalidad especuladora corresponde a la parte demandada, dada, de un lado, la extraordinaria dificultad que, normalmente, supondrá para el comprador acreditar que el destino de la compra de la vivienda es establecer en ella su domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial.

En las presentes actuaciones no se pueden estimar las manifestaciones realizadas por el Letrado de la parte demandada en el trámite de conclusiones. El hecho de que en el contrato no se haga referencia a la ley 57/1968, o a la existencia de una línea de avales, argumentando la supuesta inclusión en otros contratos similares, pueden llevar a considerar que se esté en presencia de una persona que solo perseguía una finalidad especulativa con la adquisición de la vivienda. Tampoco el hecho de que en la escritura de poder para pleitos se indique que el actor es director de empresa es una hecho con la relevancia pretendida, tanto porque no se indica que tipo de empresa es la que dirige y la razón u objeto social de la misma, así como que no existe impedimento para ser director de una gran multinacional y entrar en el ámbito de aplicación de la ley 57/1968, pudiendo existir un error al intentar señalar que el demandante es en realidad encargado de un establecimiento comercial.

La parte demandante, tras el requerimiento practicado en el acto de la audiencia previa, aportó documentación en la que se señala como el actor no está relacionado con el sector inmobiliario, siendo solo nombrado representante de una comunidad de propietarios.

Tampoco el hecho de no haber adquirido una segunda vivienda en España es relevante. Si bien hay que reconocer el

esfuerzo del Letrado de la parte demandada al argumentar que, teniendo en cuenta el dinero invertido y el descenso del precio de la vivienda, con la cantidad que el actor pretendía invertir podría haber adquirido una vivienda, dicho argumento no es suficiente, en cuanto que, siendo viviendas que pueden estar destinada a una segunda residencia, el demandante pudo desistir de su deseo dados los problemas que se estaban generando, sin que se haya solicitado su interrogatorio a fin de poder ser cuestionado con mayor profundidad sobre los motivos de la compra.

Por lo expuesto, no puede considerarse que la parte demanda haya acreditado suficientemente la condición especulativa de la venta, siendo este un hecho impeditivo de la demanda que le correspondía probar.

TERCERO: Continuando con la posible responsabilidad de la entidad demandada, debe traerse a colación la sentencia dictada por la sala de lo civil del Tribunal Supremo el 19 de septiembre de 2018, sentencia que revocó las dictadas en las anteriores instancias en las que se daba la razón a los demandantes en sus reclamaciones contra entidades bancarias por las cantidades anticipadas para la compra de viviendas. Señala dicha sentencia:

1.^a) La doctrina aplicable a la presente controversia (responsabilidad de la entidad de crédito con base en el art. 1.2.^a de la Ley 57/1968 , esto es, por recibir anticipos de los compradores y no garantizar debidamente su devolución mediante aval) ha sido sintetizada por esta sala en la reciente sentencia 102/2018, de 28 de febrero :

«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 , 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 blindaría 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) (en realidad 5.^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 [...]».

2.^a) Los argumentos de la parte recurrente acerca de que su responsabilidad legal depende de que la cuenta sea especial y no ordinaria o, en este segundo caso, de que la entidad de crédito depositaria sea además avalista, no se ajustan a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, ya que su responsabilidad como depositaria nace del incumplimiento de su deber de control sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor, no siendo por tanto lo relevante ni la falta de garantía ni el carácter especial o no especial de la cuenta en que se depositen los anticipos, sino si conoció o tuvo que conocer la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen, lo que tiene lugar, según declaró la sentencia 636/2017, de 23 de noviembre, «en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas».

3.^a) Sin embargo, sí tiene razón la recurrente cuando cuestiona la inferencia de la sentencia recurrida de que conoció, o al menos no podía desconocer, que las cantidades ingresadas en la cuenta corriente abierta en dicha entidad a nombre de Eurohouse 2010 S.L. se correspondían con anticipos de los correspondientes compradores a cuenta del precio de sus viviendas. Se trata de una conclusión que, aunque parta de los hechos probados, infringe la jurisprudencia porque atiende únicamente al dato de que la titular de la cuenta fuese una entidad dedicada a la promoción inmobiliaria y prescinde de otros no menos relevantes como que la cuenta de CRC no fuese la indicada en los contratos (en los que se indicó una de otra entidad) o como que tales ingresos se llevaran a cabo por un tercero, la mercantil Olé Mediterráneo S.L., sin dar razón suficiente de que los mismos verdaderamente se correspondieran con anticipos de compradores de viviendas protegidos por la Ley 57/1968. Por tanto, la falta de justificación aparente para prescindir de la cuenta indicada en el contrato y para que los pagos se hicieran en una cuenta distinta, y además por una sociedad limitada y no por los propios compradores de las viviendas en construcción, que de este modo no podían ser identificados por la hoy recurrente como tales (es decir, como titulares de los derechos irrenunciables de la Ley 57/1968),

son razones bastantes para excluir la responsabilidad legal fundada en el art. 1. 2.^a de la Ley 57/1968 .

Al no ser la responsabilidad legal de la entidad de crédito depositaria 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» (sentencia 502/2017, de 14 de septiembre), esta sala ha descartado su responsabilidad en casos como este en que los pagos del comprador al vendedor se hagan al margen del contrato y sin posibilidad alguna de control por parte de la entidad bancaria (por ejemplo, sentencias 420/2016, de 24 de junio , 436/2016, de 29 de junio , y 675/2016, de 16 de noviembre , además de la ya citada 102/2018, de 28 de febrero . Esta solución es además coherente con la decisión de inadmitir por auto de 23 de noviembre de 2016 el recurso de casación n.º 272/2015, interpuesto por los compradores en un litigio sobre viviendas en construcción promovidas también por Eurohouse 2010 S.L. y en el que la sentencia entonces recurrida desestimó la responsabilidad de la misma entidad de crédito hoy recurrente por haberse constatado que los anticipos no fueron depositados por los entonces compradores sino por la misma mercantil Olé Mediterráneo S.L.

En definitiva, el art. 1.2.^a de la Ley 57/1968 impone unos rigurosos deberes de control a las entidades de crédito para proteger a los compradores de viviendas en construcción, pero en ningún caso ampara a quienes, como los compradores recurridos, contratan por medio de una sociedad, prescinden de la cuenta indicada en sus contratos para el ingreso de los anticipos y, en fin, los ingresan por medio de otra sociedad en una cuenta diferente y una entidad de crédito distinta. Basta con recordar que en ningún caso la Ley 57/1968 ampararía a la sociedad limitada que hizo los ingresos, pues la compra masiva para fines comerciales queda al margen de dicha ley, para comprobar que no puede ser precisamente la entidad de crédito demandante-recurrente la que deba responder frente a los demandantes-recurridos.

La cuantía reclamada por la parte actora, como se ha indicado en el fundamento de derecho primero de la presente sentencia, tiene su origen en el efecto bancario abonado el 23 de junio de 2006 en la cuenta abierta a nombre de la promotora con el número 2090 7330 89 004000620-03. En dicho pago, que aparece recogido en el documento 3.2 de la demanda, consta como concepto n 68 OPSA 7, debiendo recordarse como en el contrato,

en los datos de la transferencia bancaria, se indicanº 68 R-7, aunque bien es cierto que para la transferencia al BBVA. Continuando con dicho pago, aparece en el mismo el número 0049 2613 78 2794990143, cuenta que el Banco Santander ha certificado que figura a nombre del actor.

Cierto es que en el medio de pago no aparece el nombre del actor, pero también lo es que se trata de un ingreso en la cuenta abierta por una promotora y en el que, a la vista de la contestación remitida por la entidad actora, aparecía un número que con una mera comprobación se podía conocer que pertenecía a un particular, lo que haría a la entidad demandada, si hubiese actuado con la diligencia debida, ser consciente de que estaba recibiendo anticipos por la adquisición de viviendas.

La parte demandada, mediante la comprobación del titular de la cuenta, podía conocer que se trataba de un particular haciendo ingresos a una promotora, además, indicando un concepto que de por sí podría llevar a deducir, o al menos sospechar, la posibilidad de que fuese para la futura adquisición. Aunque el ingreso se hiciese por medio de un cheque en el que no conste el nombre del demandante, la entidad demandada tenía la posibilidad, con una diligencia mínima, de conocer que se trataba del pago por parte de un particular, por lo que las alegaciones de la entidad sobre este aspecto deben ser desestimadas.

CUARTO: En referencia a un posible retraso desleal en el ejercicio de la acción, la sentencia de 3 de noviembre de 2017 de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona recuerda como la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2017 determina que la aplicación de la doctrina jurisprudencial del **retraso desleal** o *verwirkung*, como plasmación de un acto típico de ejercicio extralimitado del derecho subjetivo que supone una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), requiere de la concurrencia de diversos presupuestos. Así, en el plano funcional, su aplicación debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate. En el plano de su fundamentación, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito. Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del

acreedor (SSTS 300/2012, de 15 de junio y 530/2016, de 13 de septiembre).

La sección sexta de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de enero de 2017 explica que la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2010 recoge la doctrina sobre el **retraso desleal** en el ejercicio de los derechos. Se considera que son características de esta situación de **retraso desleal** (Verwirkug): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercerá. En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Primera se ha pronunciado sobre este retraso, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SSTS de 16 febrero 2005, 8 marzo y 12 abril 2006, entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988, 21 diciembre 2000 y las que cita), no siendo aplicables ninguna de ellas en el presente caso.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2011 se recopila la doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho al proceso, señalando que la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas sentencias acerca de la concurrencia del abuso en el ejercicio de acciones ante los tribunales, siendo las reglas interpretativas que pueden deducirse de las mismas las siguientes:

1ª La regla general consiste en que quien usa de su derecho, no ocasiona daño (qui iure sui utitur neminem laedit), aunque no obtenga una solución positiva a su demanda. Esta regla está relacionada con el derecho constitucional a la tutela judicial, de modo que esta Sala ha manifestado en diversas ocasiones que el abuso del derecho en relación con el proceso debe ser cuidadosamente examinado para no coartar el ejercicio de acciones (STS 905/2007 y las sentencias allí citadas, así como las SSTS 1229/2004, de 29 diciembre y 769/2010, de 3 diciembre).

2ª Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que se pueda producir un uso abusivo del proceso, que ocasione daños que deben ser objeto de reparación, teniendo en cuenta que algunas veces los litigantes perjudicados han utilizado para fundar sus demandas el art. 1902 CC y otras el art. 7.2 CC, que es el que se considera más adecuado en la STS 1229/2004, de 29 diciembre.

3ª En cualquier caso deben concurrir los requisitos que

se han exigido para que se constate la concurrencia de abuso o ejercicio desleal, con cita de la STS de 769/2010, de 3 diciembre, y de la STS 905/2007 que dice que "la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición del litigio debe probarse por el demandante (en cierto sentido, la sentencia de 21 diciembre 2005)(...). Por lo tanto, para que exista daño que genere una obligación de indemnizar, quien litiga debe hacerlo de forma temeraria o caprichosa (STS de 6 julio 1990), o bien de forma abusiva (SSTS17 marzo 1992 y 2 febrero 2001)".

4ª Para que concurra este abuso o ejercicio desleal debe actuarse o bien de forma dolosa o bien con manifiesta negligencia, entendiendo la STS 905/2007 , que "la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que significa la intención de dañar no existirá "cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima qui iure sui utitur neminem laedit salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa causa litigantis (...)".

Asimismo, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 19 septiembre 2013 que declara: "La doctrina del [retraso desleal](#) considera contrario a la buena fe (artículo 7 Código Civil) un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo. Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible".

Y más recientemente la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2015, en la que se expone que "el [retraso desleal](#), que opera necesariamente antes del término del plazo de prescripción extintivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código Civil). De forma que para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación

del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor a tal efecto (STS de 15 de junio de 2012, núm. 399/2012)." Entiende el Tribunal Supremo que al margen de apurar al máximo el plazo de prescripción de la acción, es necesaria una muestra clara de actos propios del acreedor en orden a la condonación de la deuda pendiente, que el caso que se le sometía no aprecia.

Por su parte, la sentencia de la sección novena de la Audiencia Provincial de Alicante de 1 de diciembre de 2017, exponía que este motivo fue resuelto por la sentencia 373/17, de 10 de octubre, en la que se reitera el razonamiento de la SAP. Alicante (Sección 8ª) de 7 de abril de 2017, según la cual: "No accederemos a ello porque, con los referidos intereses, según los artículos 2.a) y 3 de la Ley [57/1968](#), lo que se pretende es resarcir el perjuicio sufrido por la parte compradora como consecuencia de haber dispuesto de unas cantidades que no le ha reportado ningún beneficio al no haber recibido la vivienda pactada. Así pues, el término inicial de la obligación del pago de los intereses legales debe fijarse en la fecha en que se produjo cada una de las entregas a cuenta, porque desde esas fechas tales cantidades se integraron en el patrimonio del promotor, privando a la compradora de obtener cualquier rentabilidad, de modo que relegar la fecha de inicio del plazo del [devenido de intereses](#) a la de presentación de la demanda (o a otro distinto de aquél) impediría el resarcimiento íntegro del perjuicio causado. Abunda en este criterio: i) la literalidad del art. 1 Ley [57/68](#): "La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución", por lo que no fija como 'dies a quo' el día de la reclamación extrajudicial; ii) el hecho de que la póliza preveía la restitución de las cantidades anticipadas y el pago de intereses; iii) la reciente STS. de 17 de marzo de 2016, que razona: "Y condenar a esta demandada a pagar a los demandantes la cantidad de... euros incrementada con los intereses legales vigentes desde que se hicieron los ingresos en la entidad demandada hasta su efectivo pago".

Esta doctrina ha sido ratificada en resoluciones posteriores de la misma Sección 8ª, de 6 de julio de 2017, y de la Sección 6ª, de 5 de mayo de 20147.

Y respecto del [retraso desleal](#), no concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos al efecto. Y es que, como pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2011, "se considera que son características de

esta situación de **retraso desleal** (Verwirkug): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará". Y la STS de 22 de marzo de 2013 indica que " el **retraso desleal** , como contrario a la buena fe, es apreciable cuando el derecho se ejercita tan tardíamente que se torna inadmisibile porque la otra parte pudo pensar razonablemente que ya no se iba a ejercitar, exigiéndose para poder apreciar tal retraso que la conducta de la parte a quien se reprocha puede ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia del derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible".

Y, en este caso, no se aprecia que la conducta de los demandantes permitiera a la Sociedad de Garantía Recíproca pensar que no iban a ejercitar la reclamación o que consentían la pérdida de las cantidades anticipadas para la compra de la vivienda, ni por supuesto que renunciaban a sus derechos, debiendo tenerse en cuenta a tales efectos la situación de concurso voluntario de acreedores en que incurrió "Herrada del Tollo, S.L." en virtud de auto de 19 de mayo de 2008 del Juzgado Mercantil nº 1 de Alicante (documentos nº 3-1 y 3-2 de la demanda).

En definitiva, como señala la sentencia de esta Sección de 10 de octubre de 2017, "no puede hablarse de **retraso desleal** (...) máxime tras el periplo de los actores para recuperar las cantidades que destinaron a la compra de vivienda que no constata voluntariedad en el retraso".

La sección decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 28 de febrero de 2018, recoge que los intereses legales que conforme a la Ley 57/68, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, modificado en cuanto a la cuantía por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (Disposición Adicional Primera), debe abonar la aquí demandada respecto de las cantidades entregadas por la demandante como adelanto del precio de la adquisición, deben computarse desde la fecha de cada una de las aportaciones. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en Sentencias de fecha 13 de septiembre de 2013 y 17 de marzo de 2016, y lo hace ahora el último de los textos legales, en la redacción dada al mismo por la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que

aunque no aplicable a supuesto de autos, establece en el apartado dos, apartado 1 b) "La suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el [interés legal](#) del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor".

En el presente procedimiento no puede considerarse que exista un retraso desleal en el ejercicio de la acción. Debe tomarse como punto de partida que la obligación de restituir las cantidades entregadas podía ser exigida tanto a la entidad bancaria como a la mercantil vendedora, o bien a las dos a la vez de modo solidario. La parte actora optó inicialmente por dirigirse contra la entidad vendedora en el correspondiente procedimiento concursal, procedimiento que, de haberse seguido un juicio declarativo independiente, habría impedido acudir a la ejecución de un posible título judicial. Por tanto, la parte actora intentó la satisfacción de sus intereses y derechos en el procedimiento concursal, dirigiéndose contra la entidad demandada cuando era patente que la entidad vendedora no podría hacer frente a la devolución de las cantidades. No puede considerarse un retraso desleal el hecho de que la parte actora se dirigiese en primer lugar contra el deudor principal en el procedimiento concursal, debiendo recordarse los efectos del mismo respecto de otros procedimientos declarativos. No ha existido una dejación de derechos, sino que, al contrario, durante todo este tiempo la parte actora ha intentado hacerlo valer contra el deudor principal.

No existiendo retraso desleal, en base a la jurisprudencia citada, debe considerarse que la fecha del devengo de intereses es la de entrega de las cantidades, debiendo estimar dicha petición a la parte actora, sin necesidad de entrar a valorar en este punto el modo en el que se realizó el requerimiento extrajudicial, puesto que el devengo se hace depender de la entrega y no de la primera reclamación.

QUINTO: De conformidad con el Art. 394 LEC, la parte demandada deberá abonar las costas causadas en el presente procedimiento.

FALLO

Debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador D. Manuel Martínez Rico, en nombre y representación de D.

XXXXX, contra la entidad Banco de Sabadell, condenando a la misma al pago de 36.870 euros en concepto de principal, más los correspondientes intereses desde la fecha de entrega de dicha cantidad, así como al abono de las costas causadas en el presente procedimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALICANTE (artículo 455 LECn).

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Excelentísimo que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en ORIHUELA , a veinte de marzo de dos mil diecinueve .

Juzgado de Primera Instancia Nº 3

ORIHUELA

Plaza SANTA LUCIA,S/N

TELÉFONO: 965359567

N.I.G.: 03099-42-1-2018-0000753

Procedimiento: Asunto Civil 000108/2018

SENTENCIA 99/2019

En Orihuela, a 20 de marzo de 2019, vistos por mí, D. Antonio Morente Espinosa, Magistrado del Juzgado de primera instancia nº 3 de esta ciudad y su partido, los presentes autos de juicio ordinario 108/2018, promovidos por el Procurador D. Manuel Martínez Rico, en nombre y representación de D. XXXXX, asistido por la Letrado Dña. Guadalupe SánchezBaena, contra la mercantil BBVA SA, representada por el Procurador D. Antonio Martínez Gilabert y asistida por el Letrado D. Eloy Ferrández Giménez, y contra la mercantil Banco de Sabadell, representada por el Procurador D, Jorge Manzanaro Salines y asistido por el Letrado D. Manuel Pomares Alfosea, en reclamación de cantidad por sumas entregadas a cuenta para la adquisición de vivienda, procede dictar, en nombre de Su Majestad El Rey Felipe VI de España, lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 30 de enero de 2018 se registró demanda presentada por el Procurador D. Manuel Martínez Rico, en nombre y representación de D. XXXXX, solicitando sentencia estimatoria por la que se condenase a la entidad BBVA al pago de 3.000 euros, y a la entidad Banco de Sabadell al pago de 36.870 euros, junto con los correspondientes intereses legales y costas procesales.

SEGUNDO: Por decreto de 8 de marzo de 2018 fue admitida a trámite la demanda una vez subsanados los defectos apreciados en la misma, siendo emplazadas las mercantiles codemandadas para su contestación.

TERCERO: Por escrito fechado el 6 de abril de 2018 la mercantil BBVA mostró su allanamiento a las pretensiones ejercidas respecto a la misma, admitiéndose dicho allanamiento mediante auto de 7 de noviembre de 2018.

CUARTO: Por la entidad Banco de Sabadell se presentó contestación a la demanda por escrito fechado el 29 de octubre