

# Juzgado de Primera Instancia N° 3

## ORIHUELA

Plaza SANTA LUCIA,S/N  
TELÉFONO: 965359567

N.I.G.: 03099-42-1-2018-0001922

**Procedimiento: Asunto Civil 000269/2018**

### **SENTENCIA 196/2019**

En Orihuela, a 11 de junio 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 269/2018, promovidos por el Procurador D. Manuel Martínez Rico, en nombre y representación de D XXXXXXXXXX, contra la entidad Banco de Sabadell, representada por el Procurador D. Jorge Manzano Salines y asistida 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 22 de marzo de 2018 se registró demanda presentada por el Procurador D. Manuel Martínez Rico, en nombre y representación de D XXXXXXXXXXXXX, solicitando sentencia estimatoria por la que se condenase a la demandada al pago de un principal de 22.594,80, intereses y costas procesales.

**SEGUNDO:** Por decreto de 10 de abril de 2018 fue admitida a trámite la demanda, siendo emplazada la parte demandada para su contestación.

**TERCERO:** Por escrito fechado el 31 de octubre de 2018 se presentó contestación a la demanda, solicitando la desestimación de la misma con imposición de costas a la parte actora.

**CUARTO:** El 28 de febrero de 2019 se celebró el acto de la audiencia previa. Siendo admitida en dicho acto la prueba propuesta por las partes, estas fueron citadas a la vista.

**QUINTO:** El 17 de abril de 2019 tuvo lugar la vista tras la suspensión del anterior señalamiento. Tras la celebración de la misma, se acordó la práctica de nuevas diligencias de

prueba en base a lo expuesto en el auto de 17 de abril de 2019, siendo practicadas las mismas el 10 de junio de 2019, quedando el juicio visto para sentencia tras dar la palabra a las partes para conclusiones.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** La parte actora reclama en el presente procedimiento el importe de las cantidades ingresadas por la misma a fin de proceder a la adquisición de una vivienda en el Complejo Residencial Santa Ana, ingresos que se hicieron mediante cheques el 29 de junio y el 25 de julio de 2004, siendo el contrato de compraventa resuelto en el procedimiento concursal instado contra la entidad promotora.

Ante dicha petición, alega la parte demandada que la actora no adquirió la vivienda con una finalidad residencial, por lo que quedarían al margen de la aplicación de la ley 57/1968, no siendo tampoco responsable la entidad al realizarse el pago de forma que impedía a la misma conocer que el dinero era abonado por particulares y para la adquisición de una futura vivienda, siendo el pago realizado mediante entrega de cheque por un tercero intermediario. Finalmente, considera que el devengo de intereses debe ser computado desde la fecha de primera reclamación y no desde la entrega de cantidades, considerando aplicable la doctrina sobre el retraso desleal.

**SEGUNDO:** Comenzando con la supuesta falta de legitimación activa de los demandantes al no adquirir la vivienda con fines residenciales, 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 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.

La sentencia de la sección quinta de la Audiencia Provincial de Alicante de 10 de abril de 2019 expone que “se debe partir de que es es doctrina jurisprudencial asentada - sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016, n.º 360/2016 - la que sostiene que la aplicación de la Ley 57/68 debe tener como base o punto de partida su finalidad protectora o tuitiva de los compradores de viviendas en construcción para un fin residencial, lo que supone que su aplicación debe efectuarse desde la perspectiva del derecho del consumidor. Y tal afirmación es relevante porque sitúa la adquisición de una vivienda residencial, lo que incluye las de temporada, en el marco de la normalidad o, lo que es lo mismo, en la regla o presunción de que la adquisición de una vivienda destinada a la habitabilidad es adquirida con el fin que le es propio por aquél que la adquiere, salvo que se acredite lo contrario, lo que nos deriva, desde el punto de vista de la carga de la prueba , al caso del párrafo 3º del artículo 217 antes mencionado conforme al cual corresponde al demandado probar los hechos que impidan o enerven la eficacia jurídica de los promovidos como base de la pretensión frente a él deducida, siendo por tanto prueba a cargo de la entidad

demandada la de acreditar que la adquisición por el demandante de una única vivienda en la promoción de que se trata tenía finalidad especulativa o empresarial o profesional y no habitacional, lo que desde luego no ha tenido lugar porque no consta que los adquirentes tengan relación alguna con este tipo de operaciones inmobiliarias, especulativas o de mercado ni se ha probado dato o indicio alguno desde el que presumir tales circunstancias modificativas de la finalidad ordinaria de la compra de una vivienda residencial que es, por tanto, lo que no podemos sino concluir, desestimando la impugnación formulada sobre la aplicación de la ley en base al interpretado como error en la valoración de la prueba."

En las presentes actuaciones no existen elementos de prueba que lleven a considerar que las viviendas fueron adquiridas con una finalidad meramente especulativas. No ha quedado acreditado que la demandante o sus dos hijos tengan alguna relación con el sector inmobiliario, puesto que la demandante sería enfermera, profesión que ejercería uno de sus hijos, siendo el otro encargado de un aparcamiento, si bien es cierto que los mismos no acudieron a la segunda de las vistas a pesar de estar citados a tal fin.

De la prueba practicada cabe considerar que la mención "properties" que consta en el documento dos de los aportados por el administrador concursal hace en realidad referencia a que eran varios los propietarios, o, más bien, las propiedades que se adquirirían, no a la existencia de una mercantil o estructura societaria dedicada a tal fin.

Durante su declaración, la demandada indicó como tanto ella como dos de sus hijos tenían intención de adquirir viviendas en el territorio nacional, si bien solo uno de los hijos estaba interesado en adquirir en una de las zonas de costa. La demandante habría adquirido una segunda vivienda en la zona de costa solo porque se le realizó una rebaja sustancial del precio, y, al estar cerca de la zona de Jumilla, vender esta cuarta vivienda si finalmente se construía la que ha dado origen a las presentes actuaciones, obteniendo los fondos para la misma mediante un préstamo garantizado con hipoteca, lo que coincidiría con la nota simple registral aportada a las actuaciones, pudiendo comprobar la compra de la cuarta vivienda se realiza casi dos años después de la que se recoge en el contrato aportado como documento dos de la demanda.

Por lo expuesto no existen indicios o elementos que lleven a considerar que las viviendas, o la vivienda en

concreto, se adquirieron con una finalidad meramente especulativa, por lo que debe considerarse que la ley 57/1968 si es aplicable a las presentes actuaciones.

**TERCERO:** Continuando con la posible responsabilidad de la entidad demandada por ser la entidad en la que se encontraba la cuenta en la que se ingresaron las cantidades reclamadas, debe traerse a colación la sentencia dictada por la sala de lo civil del Tribunal Supremo el 19 de septiembre de 2018. Señala dicha sentencia:

1.<sup>a</sup>) La doctrina aplicable a la presente controversia (responsabilidad de la entidad de crédito con base en el art. 1.2.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>) 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>) 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 blindó 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>) 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 .<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> de la Ley 571968 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.<sup>a</sup>) (en realidad 5.<sup>a</sup>) 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.<sup>a</sup>) 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.<sup>a</sup>) 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.

En las presentes actuaciones, es evidente que ha existido una manipulación del cheque aportado como documento 3.2 del escrito de demanda, por lo que debe valorarse la documentación presentada por al administrador concursal, no teniendo en cuenta las anotaciones manuscritas que puedan aparecer en la misma en cuanto que no se tiene constancia de la identidad de la persona que realizó las mismas y si se trataba de una información que realmente llegó a conocimiento de la entidad demandada.

Igualmente, debe señalarse como se aportó por la administración concursal documento firmado por Dña. María del Carmen Gálvez indicándose el abono por parte de la demandante de 2.996,50 euros el 29 de junio de 2004 y 19.598,30 euros el 28 de julio de 2004, siendo dichos pagos computabilizados en el previo procedimiento concursal.

En la referida documentación remitida por el administrador concursal, consta un abono por compra de cheque extranjero de fecha 28 de julio de 2004 por importe de 19.583,80 euros, y otro el 29 de junio de 2004 por la suma de 14.982,49 euros.

Según lo manifestado por la actora en su declaración, los pagos se habrían realizado conjuntamente por ella y sus dos hijos con cargo a una cuenta en la que se habría depositado el capital recibido por la actora de la herencia de su padre, motivo por el que las cantidades recogidas en la documentación superarían algunas de las indicadas en la demanda, como la referente al 29 de junio de 2004, si bien debe destacarse como no existe constancia de que las cantidades reclamadas por la actora en este procedimiento se hayan reclamado en otros procesos, quedando en su caso los futuros procedimientos afectados por la eficacia de la cosa juzgada desde el momento en el que exista sentencia firme en las presentes actuaciones. Por ello, debe considerarse que existe acreditada la existencia de los pagos, así como que la propia mercantil promotora habría imputado los mismos a los pagos que se debían realizar por la parte demandante de conformidad con lo establecido en el Art. 1172 CC.

Considerada acredita la entrega del dinero, debe examinarse si existen elementos suficientes para poder considerar que la mercantil demandada tuvo o pudo tener conocimiento de que dichos pagos eran para la adquisición de inmuebles.

Y en este punto, el aspecto más relevante es el documento elaborado por la propia mercantil demandada, en aquella época Caja de Ahorros del Mediterráneo. En dichos documentos, según aparecen en la documentación remitida por la administración concursal, y al margen de anotaciones manuscritas, lo cierto es que consta con toda claridad en el apartado "cod. cesión" la expresión inversión inmuebles, así como la indicación "a cta varias vvdas", si bien esta última no aparece en el pago de 29 de junio de 2004. Se trata de una serie de indicaciones que, incluso para el común de la ciudadanía, aunque no se dediquen a la actividad bancaria o tengan una mínima o nula relación con dicha actividad, claramente hacen referencia a ingresos para la adquisición de viviendas. Quien lea dichas indicaciones puede conocer sobradamente cual era el destino de esas cantidades, máxime cuando se trata de una entidad bancaria que, además, es la que elabora el propio documento. Es la propia parte demandante quien emite un documento en el que deja constancia de que la finalidad del pago es la adquisición de una vivienda, por lo que, ante dicho conocimiento, asumía la obligación de garantizar esas cantidades, debiendo exigir a la promotora que el ingreso se hiciese en cuenta especial o que estuviese garantizado con el correspondiente aval.

La entidad demandada conocía sobradamente la finalidad de los

pagos, por lo que debe responder de las cantidades entregadas.

**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 ejercitará. 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:

1<sup>a</sup> 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 al 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).

2<sup>a</sup> 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.

3<sup>a</sup> 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 (SSTS 17 marzo 1992 y 2 febrero 2001)".

4<sup>a</sup> 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 1<sup>a</sup>) 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, dictada también como consecuencia de un contrato de compraventa con la mercantil Herrada del Tollo SL, 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 devengo 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 base lo expuesto, viéndose la parte demandada obligada a acudir en primer lugar al procedimiento concursal, no existen elementos para poder aplicar la teoría del retraso desleal

**QUINTO:** Respecto del devengo de intereses, la citada sentencia de la sección decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de febrero de 2018 indica que 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 similar sentido se pronuncia la sentencia de la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de septiembre de 2016 explicando que, es cierto que la Ley aplicable al caso, dado que la derogación es posterior a la firma de la compraventa, es la Ley 57/68, norma que contiene su propio y específico régimen en materia de intereses, fijando en su art. 3 ° el tipo de interés adeudado de las cantidades entregadas -6% anual-. La referencia a la DA 1ª de la LOE , que debemos entender, anterior al 1 de enero de 2016 -Ley 20/2015-, es equívoca pues lo cierto es que dicha disposición establece que la devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución. Y tras la reforma dada por la Ley 20/2015, lo que se dice en la nueva DA 1ª LOE es que la suma asegurada incluirá, además del total anticipado, los impuestos aplicables y el interés legal desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor. Como se observará, en cualquiera de las versiones, la norma es tajante al comprender en la garantía el interés fijando como dies a quo la fecha de entrega del anticipo sin exigir condición de mora o requerimiento previo. De nuevo conviene recordar el carácter tuitivo de la norma para comprender adecuadamente el alcance de la disposición legal. Es por ello que entendemos que resulta procedente estimar el recurso formulado por los demandantes a fin de fijar como dies a quo en el devengo de los intereses legales la fecha de entrega de las cantidades a cuenta del precio de la venta.

La sentencia de la sección vigesimotercera de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de enero de 2018 recuerda, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016, que la DF 3.2 y 21.1 de la Ley 20/2015 de 14 de julio que entró en vigor el 1 de enero del 2016 sobre la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores y su cobertura que indemnice el incumplimiento de contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, dice que en su aplicación a las viviendas se

modifica, en lo que aquí afecta en el sentido de que la devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

La sentencia de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de enero de 2018 dispone que la finalidad tuitiva de la Ley 57/68, que se reitera en la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 noviembre 1999, que reforma el artículo 3 de aquélla, ponen de manifiesto que lo pretendido por el legislador es que el consumidor quede totalmente indemne. De ahí que la Disposición Adicional Primera apartado Dos b) de la LOE establezca que..." la suma asegurada incluirá la cantidad total de las cantidades anticipadas (...) incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo". Por otro lado el Tribunal Supremo ha mantenido y reiterado dicho criterio interpretativo del momento de devengo de los intereses en la sentencia de 13 Septiembre 2013 y en las sentencias de 9 y 17 marzo 2016. En ellas se fija dicho "diez a quo" en el momento en que se hicieron los ingresos en la entidad demandada y hasta su efectivo pago, y por tanto desde que las citadas cantidades salen de la esfera patrimonial del comprador. Y añaden que ello resulta plenamente concorde con lo dispuesto en la normativa actualmente vigente. Dicho criterio jurisprudencial se reitera en las sentencias de 12 Julio y 24 Octubre 2016 y en las de 11 mayo y 4 Julio 2017.

La sentencia de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Burgos de 29 de diciembre de 2017 manifiesta que, acreditado el incumplimiento por la entidad bancaria de la obligación de exigir la garantía de las cantidades depositadas, su obligación se extiende a los intereses que establece el apartado 1.2 de la Disposición Adicional primera LOE: interés legal de las cantidades aportadas y por tanto desde el momento de su aportación.

La sección novena de la Audiencia Provincial de Alicante, en su sentencia de 5 de octubre de 2018, con cita de la sentencia de 27 de febrero de 2018 de la sección octava, destaca que, con relación a los intereses de las cantidades entregadas a cuenta, hemos de recordar que 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 devengo 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 las líneas de riesgo preveían 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", aclarando su fundamento de derecho cuarto que dicho interés no será el del 6% anual establecido en el art. 3 de la Ley 57/1968 , pues esta norma debe entenderse derogada por la d. adicional 1.<sup>a</sup> c) de la Ley de Ordenación de la Edificación , en su redacción aplicable al caso por razones temporales, anterior por tanto a la derogación de la Ley 57/1968 , que establece que serán "los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución" (la Disposición Adicional Primera de la LOE , en su apartado c), establece que "La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución".

En consecuencia, debe condenarse a la entidad demandada al abono de los intereses legales desde la fecha en la que se realizó el ingreso de cada una de las cantidades reclamadas.

**SEXTO:** De conformidad con el Art. 394 LEC, procede la imposición de costas a la parte demandada, dado que la cuestión referente a la garantía de los pagos para adquisición de vivienda por la entidad en la que se depositan las cantidades ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia, así como que no se puede considerar que existieran dudas en referencia al modo de pago en cuanto que la propia entidad demandada emitió un documento en el que dejaba constancia de que la finalidad era la adquisición de inmuebles.

## **FALLO**

Debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador D. Manuel Martínez Rico, en nombre y representación de D. XXXX XXXX, contra la entidad Banco de Sabadell, condenando a esta al pago de 22.594,80 euro, junto con los intereses en la forma establecida en la presente sentencia, así como las correspondientes costas procesales.

**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 once de junio de dos mil diecinueve .