

AUD. PROVINCIAL DE MALAGA SECC. N.7 de MELILLA

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000068 /2022

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 de MELILLA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000374 /2021

Recurrente:

Procurador:

Abogado: DANIEL NAVARRO SALGUERO, DANIEL NAVARRO SALGUERO

Recurrido: CAIXABANK SA

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA n° 56/22

ILTMOS. SRES

Don

Presidente

Don

Don

Magistrados

En Melilla a 28 de julio de dos mil veintidós.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 7ª, de la Audiencia Provincial de Málaga, sede en Melilla, los Autos de Juicio Ordinario 374/21, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n° 5 de Melilla, a los que ha correspondido el Rollo n° 68/22, en los que aparecen como apelantes Don _____ y Doña _____

, representados por el Procurador de los Tribunales Don _____ y asistidos por el Letrado Don Daniel Navarro Salguero y como parte apelada la entidad CaixaBank S.L. representada por la Procuradora de los Tribunales Doña _____ y defendida por la Letrada Doña _____, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Don _____

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En el proceso de referencia y en fecha 27 de abril del presente año recayó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "DESESTIMAR íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. _____ y en nombre y representación de D. _____ y DÑA. _____, contra CAIXABANK S.A. representada por la Procuradora Dña. _____, y en su consecuencia, se ABSUELVE a la demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra, con expresa condena en costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso en tiempo y forma recurso de apelación el Procurador de los Tribunales Don _____ en la representación ya indicada y previo traslado a la parte contraria, que presentó escrito de oposición, fueron remitidos los autos a esta Audiencia a los efectos oportunos, con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Remitidas que fueron las actuaciones y personadas ambas partes, no habiendo sido propuesta prueba, ni aportado nuevos documentos, ni solicitado la celebración de vista, que no fue considerada necesaria por el Tribunal, se señaló día y hora para la deliberación, votación y fallo, tras lo cual pasaron los autos al ponente para redacción de la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso de apelación presentado contra la sentencia desestimatoria de la demanda, contiene un único motivo de impugnación de la misma, fundado en la existencia de error en la valoración de la prueba respecto a la finalidad de la adquisición de la vivienda sobre plano, lo que se puede resumir en que a juicio de los recurrentes, la adquisición de la vivienda tuvo lugar en su condición de consumidores de cara a convertirla en residencia de verano, planteamiento que no comparte la sentencia recurrida y al que se opone la demandada en su escrito de oposición al recurso, afirmando que la adquisición de la citada vivienda tenía una finalidad inversora o especulativa, de modo que no siendo aplicable la Ley 57/68 al no ser los adquirentes consumidores, la acción de reclamación de cantidad contra la entidad bancaria planteada, como responsable solidario de las cantidades entregadas a la promotora a cuenta de la construcción de la vivienda, no podría prosperar.

La sentencia recurrida realiza un excelente resumen de los hechos objeto de la demanda, citando los preceptos legales que serían aplicables y la jurisprudencia que interpreta estos preceptos. Como se puede leer en la propia sentencia, los

demandantes habrían adquirido en virtud de contrato de compraventa celebrado con Promociones Sureric el 16 de junio de 2.006, una vivienda en la localidad de Manilva (Málaga), realizando diversas transferencias dinerarias a favor de la citada promotora, pero como una vez transcurridos los 18 meses previstos en el contrato desde del otorgamiento del acta de replanteo para la entrega de la vivienda, sin que se hubiera procedido a la misma, los adquirente optaron por resolver el contrato, dictándose sentencia de fecha 8 de noviembre de 2.010 por la que se acordaba resolver el contrato de compraventa, reconociendo a los actores un crédito contra la promotora por importe de 49.914,78 euros.

La acción que se ejercita contra la Caixabank se fundamenta en que la misma, respecto a las cantidades recibidas en la cuenta de la promotora en dicha entidad, no exigió a la misma la apertura de una cuenta especial, ni la contratación de un seguro o bien un aval solidario, existiría una responsabilidad subjetiva por culpa "in vigilando", al no haber observado las garantías requeridas por la Ley 57/1.968, de 27 de julio, reclamándose contra la misma la cantidad de 24.957,39 euros, que era la que podía acreditar ingresada por la promotora en Caixabank.

La demandada se opuso a la demanda alegando que la adquisición de la vivienda tuvo finalidad inversora, no siendo aplicable la Ley 57/1.968, planteamiento acogido por la sentencia que concluye que no se ha justificado por los demandantes que la compra de la vivienda tuviera por finalidad dedicarla a segunda residencia de verano, sino que existen indicios de que pudo adquirirse como inversión, por lo que no acreditando la condición de consumidores, no sería aplicable la responsabilidad solidaria que contempla la Ley 57/68.

En definitiva, como muy bien recoge la sentencia, la cuestión a dilucidar es si la vivienda tenía por finalidad su dedicación a segunda residencia de verano o finalidad inversora y en el caso de que se considere que tenía una finalidad residencial, deberá determinarse el importe de los intereses.

El apartado 2 del art. 1 de la Ley 57/68 de 27 de julio, impone a las entidades bancarias o cajas de ahorros, bajo su responsabilidad, la obligación de exigir las garantías establecidas en el apartado 1 del mismo precepto, en el cual se impone a las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, dos obligaciones: 1- Garantizar la devolución de tales cantidades más el interés legal, mediante un contrato de seguro o un aval solidario, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. 2- Percibir dichas cantidades anticipadas a través de una entidad bancaria o caja de ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Una interpretación conjunta de la Exposición de Motivos y de los artículos 1 y 3 de la Ley 57/68, así como de la disposición adicional de la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, no deja lugar a dudas en cuanto a que la intención del legislador es la de proteger a los consumidores e incluir dentro de su ámbito de aplicación exclusivamente la adquisición de viviendas destinadas a residencia familiar.

Como se puede leer en la sentencias de la Sala I 36/20 de 21 de enero y 587/20 de 10 de noviembre, de la jurisprudencia de la Sala se desprende que la aplicación de la Ley 57/1.968 depende, conforme a su art. 1, no de la condición de consumidor del comprador, sino de que la vivienda de que se trata esté destinada a domicilio o residencia familiar (sentencias 360/2.016, de 1 de junio y 420/2016, de 24 de junio), finalidad que debe alegarse en la demanda y, tratándose de una sociedad mercantil como en este caso, probarse debidamente (sentencias 360/2.016, de 1 de junio, 40/2.016, de 24 de junio, 675/2.016, de 16 de noviembre y 161/2.018, de 21 de marzo, entre otras).

En consecuencia, la aplicación de lo dispuesto en la Ley 57/1.968 depende, conforme a su art. 1, no de la condición de consumidor del comprador, sino de que la vivienda de que se trata esté destinada a domicilio o residencia familiar, finalidad que debe alegarse y probarse debidamente. Resulta irrelevante que el adquirente pueda ser un profesional dedicado a la compraventa de viviendas, sino que habrá que atender a la naturaleza de la operación, si actúa como profesional para la inversión o siendo un profesional o un simple particular, realiza la adquisición para su residencia y no como inversión.

SEGUNDO.- El recurso se fundamenta en la existencia de error en la apreciación en la prueba, lo que se concreta, conforme a lo antes expuesto, en que la finalidad de la adquisición del inmueble sería residencial y no de inversión o especulación como considera la sentencia de instancia. Recordar que el artículo 456.1 de la L.E.C. relativo al ámbito y efectos del recurso de apelación, establece que "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación".

Como ha venido reiterando la Sala I del Tribunal Supremo en innumerables ocasiones, el órgano de apelación no tiene que aceptar la valoración de la prueba del Juzgado de 1ª instancia, sino que directamente asume la instancia y es ella la que valora de nuevo la prueba practicada, en cuyo resultado coincidirá o no con el Juzgado; pues el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se le planteen de hecho o de

derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum indicium" (S.T.C. 152/1.998, de 13 de julio). La S.T.S. de 6 de mayo de 2.009 dice que "la apelación coloca al juzgador de segunda instancia en la misma posición del de la primera, con plenitud jurisdiccional para la valoración de la prueba, pero la "revisio prioris instantiae" en que consiste el recurso no le autoriza para prescindir de las apreciaciones del juzgador "a quo" sin dar otras razones distintas, o decir por qué se rechazan." Como se recoge en la sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2.009, "como en infinidad de ocasiones han declarado esta Sala y el Tribunal Constitucional, la apelación es un nuevo juicio, un recurso de conocimiento pleno o plena jurisdicción en el que tribunal competente para resolverlo puede conocer de todas las cuestiones litigiosas, tanto de hecho como de derecho, sin más límites que los representados por el principio tantum devolutum quantum appellatum (se conoce sólo de aquello de lo que se apela) y por la prohibición de la reforma peyorativa o perjudicial para el apelante".

También decir que "es reiterada la jurisprudencia sobre la valoración de esas pruebas en el sentido de que el criterio valorativo de los tribunales de primer grado debe, por regla general, prevalecer, pero que el expresado criterio, en principio prevalente, debe rectificarse en la segunda instancia cuando por parte del recurrente se ponga de manifiesto un evidente fallo en el razonamiento lógico o en el "iter" inductivo del órgano de la primera. (S.T.S. 1 marzo de 1.994, 20 julio de 1.995)".

En consecuencia, resulta procedente valorar y analizar de nuevo toda la prueba practicada en primera instancia, partiendo, en cuanto a la carga de la prueba, de que, siendo la parte actora quien solicita en su demanda la aplicación de la Ley 57/1.968, cuyo ámbito subjetivo está reservado a los compradores de viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar, debe considerarse, en principio, que se trata de un hecho normalmente constitutivo de su pretensión y en el que fundamenta la acción que ejercita, por lo que le incumbe la carga probatoria, de conformidad con el art. 217.2 L.E.C. Sin embargo, esta posición debe matizarse y realizar determinadas consideraciones. No basta con el hecho de que el comprador se dedique eventualmente a la compraventa de viviendas, sino que debe probarse que la finalidad concreta de la compra, era la inversión y no iba a tener un fin residencial. No es la actividad de la persona sino la finalidad de la adquisición la que determina si nos encontramos con una compra para inversión o residencial.

En todo caso, tampoco es bastante con el hecho de que hubiera realizado una operación inmobiliaria previa para lucrarse para considerar que se pensaba destinar el inmueble adquirido a la inversión, habiendo establecido la jurisprudencia, así sentencia de la Sala I 694/18 de 11 de diciembre, que "el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que

realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1.º C.Com. Desde este punto de vista, no consta que los demandantes realizaran habitualmente este tipo de operaciones por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores"

Cuando una persona física adquiere una vivienda a su nombre junto a su pareja, no se puede presumir sin más que vaya a ir destinada a la inversión, sino que corresponde a la demandada acreditar que esa persona se dedica a ese tipo de operaciones para lucrarse de forma habitual y esa habitualidad, desde luego, no se desprende de la prueba practicada, no habiéndose probado que realizara ni una sola operación especulativa previa. Ante la duda, como dice la S.T.S. 224/2.017 de 5 de abril "cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba".

Esta sentencia viene a sentar el principio de inversión de carga de la prueba a favor del consumidor, presumiendo que la persona física actúa en su condición de consumidor mientras no se acredite lo contrario sin que en este caso se haya aportado por la demandada prueba suficiente que desvirtúe esa presunción, más allá de algunos indicios inconsistentes y meras especulaciones. Ciertamente es que el contrato no hace mención a que la adquisición de la vivienda tuviera una finalidad residencial ni se menciona la Ley 57/68 en ningún momento, pero en el expositivo VI del contrato de compraventa de 16 de enero de 2.006, aportado con la demanda, se puede leer que "la parte vendedora, conforme a las disposiciones de legal aplicación, tiene concertada una póliza de aval que garantizara las cantidades que la parte compradora entregue a cuenta del precio de la vivienda, que se ingresarán en la cuenta nº de la oficina de la Caixa".

La jurisprudencia ha venido a considerar que existe una finalidad de inversión cuando, por ejemplo, la compra se realiza por una persona jurídica, se adquieren simultáneamente dos o más viviendas o se recoge una cláusula que permite ceder los derechos por el comprador a un tercero. Por ejemplo, como se puede leer en la S.T.S. 587/20 de 10 de noviembre, la sentencia 161/2.018 de 21 de marzo recuerda que, a la hora de apreciar la existencia de finalidad inversora, "la sentencia 360/2016 consideró ajeno al ámbito de protección de la Ley 57/1.968 a un promotor inmobiliario inglés que invertía en España comprando viviendas de futura construcción en la provincia de Granada, la 420/2.016 ponderó que el comprador

había omitido cualquier referencia al destino de las viviendas que pretendía adquirir y la 675/2.016 otorgó relevancia, entre otras razones, al hecho de que los compradores "ni tan siquiera explicaran en su demanda para qué compraron dos viviendas de alto precio en un mismo conjunto residencial".

Por el contrario, en la venta que nos ocupa, el comprador no es una sociedad mercantil sino una pareja, Don , ingeniero de profesión y su esposa, Doña , médico especialista. El hecho de que la compra se realice por un matrimonio a su nombre y no por una sociedad, ni tan siquiera en solitario por el marido que sería el que supuestamente se dedica a la inversión inmobiliaria, constituye un elemento de gran relevancia de cara a considerar que nos encontramos con una compra con fines residenciales, una segunda residencia en una localidad turística para la familia y no ante una operación especulativa.

Tampoco el hecho de adquirir una sola vivienda es un indicio que avale la finalidad de inversión. Si se hubiera adquirido más de una, sería más fundado considerar que se trataba de obtener lucro con la posterior venta. Las S.T.S. de 16 de noviembre de 2.016 y 24 de junio de 2.016, confirmaban la desestimación de las demandas debido a que en las mismas no se hacía mención alguna al uso residencial ni en los contratos se citaba la Ley 57/68, pero hay que tener en cuenta que se trataba de la compra de dos y hasta cuatro viviendas de forma simultánea, o en un corto periodo de tiempo, mientras que en el caso que nos ocupa nos encontramos ante un solo inmueble.

En la misma línea, tampoco existe en el contrato, como es usual en las adquisiciones destinadas a obtener lucro, una estipulación que permite la cesión o transmisión fácil a un tercero. Por el contrario, el contrato contiene una estipulación que parece más bien tener el sentido contrario, al recoger en la sexta que "la parte compradora no podrá enajenar ni gravar de modo alguno los inmuebles objeto de este contrato mientras no haya satisfecho íntegramente el precio de esta compraventa sin el consentimiento expreso y por escrito de la parte vendedora".

TERCERO.- Llegados a este punto hay que concluir que nos encontramos ante la compra de una vivienda y plaza de garaje, por un matrimonio, en una localidad turística, sin que del contrato resulte dato alguno que lleve a pensar que se busca una finalidad de inversión, por lo que incumbe a la demandada acreditar que esa era la finalidad de la compra, habiendo aportado una prueba muy reducida al respecto.

Contamos con una serie de indicios que nos llevan a pensar que la adquisición del inmueble y garaje, tenía un uso residencial, tal y como antes se ha mencionado, signos, indicios de los que puede deducirse que el comprador actúa en un ámbito ajeno al empresarial, sin finalidad distinta a la de establecer en la vivienda adquirida su residencia o la de su familia, ya permanente, ya temporal o esporádica. Ya se ha dicho que la vivienda se adquiere por un matrimonio y no por una sociedad, en una localidad turística, sin que se incluya en el contrato ninguna estipulación que autorice que la

escritura de compraventa se otorgue en su día a favor de persona distinta del contratante, sino que por el contrario, se condiciona dicha opción al pago total previo del precio de venta, haciendo mención expresa en el contrato a la condición de "vivienda" del inmueble y referirse implícitamente a la Ley 57/1.968 cuando recoge que "la parte vendedora, conforme a las disposiciones de legal aplicación, tiene concertada una póliza de aval que garantizara las cantidades que la parte compradora entregue a cuenta del precio de la vivienda".

Ante estos indicios que avalan la finalidad residencial, corresponde a la demandada acreditar, por el contrario, que en realidad nos encontramos ante una inversión. La sentencia recurrida menciona en la parte final del fundamento de derecho tercero los indicios que llevarían a pensar que la compra tenía una finalidad inversora. Se menciona, en primer lugar, que el demandante "según resulta de la consulta realizada a la web www.expansion.com o ha sido un empresario dedicado a la actividad inmobiliaria, con cargo ejecutivo bajo el epígrafe "Agentes de la propiedad inmobiliaria" (doc. 1 contestación, Ac. 28)". El citado documento no aporta más datos, no concretando cuando ha desarrollado esa actividad inmobiliaria, con que sociedad y si compró o vendió algún inmueble. No solo no se pone de manifiesto una venta anterior de inmuebles, una sola actividad de inversión inmobiliaria previa que permite pensar que el actor, con independencia de su esposa también demandante, se dedique habitualmente a la inversión inmobiliaria, a la compra para lucrarse con la posterior venta, sino que, aún en el caso de que así fuera, ello no significa que la compra de la vivienda en Manilva tuviera como finalidad la inversión, pudiendo ser inversor y a la vez, tiene derecho a adquirir para su familia una segunda residencia para su disfrute.

En segundo lugar, se menciona que "otro hermano del actor, D. , también ostenta o ha ostentado cargo ejecutivo en una sociedad, bajo idéntico epígrafe (doc. 4 contestación, Ac. 31). No parece que el hecho de que un hermano del demandante pueda ser administrador de una sociedad dedicada a la actividad inmobiliaria, siendo un tercero ajeno al pleito y a la venta de la vivienda, pueda ser relevante de cara a decir que se iba a destinar a la inversión.

En tercer lugar, se dice que "el domicilio indicado por los actores tanto en el contrato de compraventa como en el posterior requerimiento de pago extrajudicial remitido a CAIXABANK, es el indicado en c/ y (Ac. 3 y 7 del expediente digital). Curiosamente dicho domicilio coincide con el de la mercantil "Anfora 23 S.L", entidad cuyo objeto social comprendía, entre otros, la "construcción completa, reparación y conservación de edificios" (doc. 3 de la contestación, Ac. 30)". Se dice también en la sentencia que "aunque D. , a través del interrogatorio practicado, ha manifestado que ese es su domicilio particular, y que allí constituyó la empresa, no ha justificado dicha circunstancia a través de ningún medio de prueba, lo que podría haber realizado ex art. 265.3 LEC presentando un simple certificado de empadronamiento. Dicha

sociedad tuvo a D. y a D. como administradores, ostentado aquel el cargo desde el 17/10/2009 a 13/06/12, encontrándose actualmente la sociedad extinguida".

Tampoco este elemento parece determinante. Se trata de una sociedad de la que son administradores el demandante y su hermano, que tiene su domicilio en el mismo lugar que se hace constar como el del comprador en el contrato y que esa sociedad tenga relación con la actividad inmobiliaria, no determina, en modo alguno, que la vivienda adquirida fuera a ser destinada a inversión. La sociedad Anfora 23 se constituye, según el documento 3 de los aportados con la demanda, el 23 de septiembre de 2.009, mucho después de la compra de la vivienda en contrato de 16 de junio de 2.006, por lo que no cabe vincular la sociedad con la compra. En cuanto al objeto social, lo constituye "el desarrollo de las actividades siguientes en el marco exclusivo de las ciudades de Ceuta y Melilla, proyectos y trabajos de ingeniería, construcción completa, reparación y conservación de edificios y obras públicas, consolidación y preparación de terrenos, demoliciones". Siendo el demandante ingeniero, parece que se trata de una sociedad para desempeñar su actividad profesional, sin que aparezca en su objeto social la actividad inmobiliaria como tal, la compra y posterior venta de viviendas para lucrarse.

No debe sorprender que el demandante pueda fijar como la dirección social de la empresa su propio domicilio, en mismo que ha hecho constar en este procedimiento, pero en todo caso, no se ha acreditado que dicha sociedad haya realizado ni una sola operación de inversión.

Finalmente, no se acredita que dicha sociedad haya llevado a cabo una sola operación de compraventa de inmuebles.

Finalmente, se dice en la sentencia que "en el Registro de la Propiedad consta que a fecha 5/11/21, D.

es titular de tres bienes inmuebles en la localidad de Fuengirola, Málaga y Melilla, habiendo sido titular en Melilla de otro inmueble en el corto espacio de tiempo entre 22/04/2004 y el 15/12/2004 (doc. 2 contestación, Ac. 29), lo que podría ser indicio de una posible actividad inversionista". No cabe compartir este planteamiento. Del hecho de que el actor que tenga a su nombre tres inmuebles, sin más datos, no se puede concluir que se dedique la inversión inmobiliaria pues no parece un número excesivo de inmuebles a su nombre que llame la atención, habiendo sido necesaria una mayor actividad de la parte demandada desde el punto de vista probatorio de cara a acreditar que el actor se dedica a la inversión inmobiliaria, más allá del resultado muy genérico y carente de detalles, de la consulta al Índice Central, sin que sea admisible que se le atribuya al demandante la carga de justificar que esos bienes los adquirió por herencia. Corresponde a la demandada acreditar que el actor se dedicaba a la inversión inmobiliaria, para lo cual única y exclusivamente una adquisición y venta en Melilla en el año 2.004, resulta claramente insuficiente.

En consecuencia, cuando una matrimonio compra una vivienda sobre plano, sin que el contrato tenga ninguna estipulación peculiar, el simple hecho de que el actor tenga tres inmuebles a su nombre o vinculación con una sociedad creada tres años después relacionada con temas inmobiliarios, siendo ingeniero como profesión, en modo alguno nos puede llevar a pensar que la compra tenía como finalidad la inversión, no habiéndose aportado por la demandada ni una sola prueba de que el actor haya llevado a cabo una sola operación de inversión inmobiliaria o de especulación a lo largo de su vida, por lo que debemos concluir que la finalidad de la compra era adquirir una vivienda como segunda residencia, con plena aplicación al adquirente, como consumidor, de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 57/68 de 27 de julio.

CUARTO.- Llegados a este punto, el recurso debe ser estimado y la demanda debe prosperar. Hay que añadir que la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1.999, de 5 de noviembre, vigente en el momento de la firma del contrato, establecía que "la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1.968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:

a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.

b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley.

c) 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 su parte, el artículo 1 de la Ley 57/68 de 27 de julio establecía que "las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

Primera.- Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Segunda.- Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior".

Como se puede leer en la sentencia de la Sala I de 9 de julio de 2.019, interpretando el art. 1.2.^a de la Ley 57/1968, la Sala "ha fijado y reiterado, en sus sentencias 733/2015, de 21 de diciembre (de pleno), 142/2.016, de 9 de marzo, 174/2016, de 17 de marzo, 420/2.016, de 24 de junio, 468/2016, de 7 de julio, 459/2.017, de 18 de julio, 502/2.017, de 14 de septiembre (de pleno), 636/2017, de 23 de noviembre, 102/2.018, de 28 de febrero y 503/2018, de 19 de septiembre, la siguiente doctrina jurisprudencial:

En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1.968 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".

Para que exista responsabilidad de la entidad bancaria, esta tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción y tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada y si no lo hace, incurriría en la responsabilidad específica que establece el artículo 1.2 Ley 57/68.

No es objeto de controversia y se acredita por la documental acompañada a la demanda, que los compradores realizaron tres transferencias en la cuenta n° a favor de Promociones Sureric S.L. en la entidad demandada, trasferencias de fecha 10 de abril de 2.006 por importe de 6.000 euros y otras dos el 19 de junio de 2.006, de 8.957,39 y de 10.000 euros, lo que suponen los 24.957,39 euros reclamados en la demanda. También consta acreditado que el día 8 de noviembre de 2.010 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Melilla por la que se acordaba resuelto el contrato de compraventa reconociendo a los ahora demandantes un crédito contra la promotora por importe de 49.914,78 euros.

Basta con examinar el extracto aportado para comprobar la ausencia de control sobre la cuenta y sus movimientos por parte de Caixabank, cuenta en la que incluso se dispone de un crédito hipotecario al promotor, de modo que con una mínima diligencia exigible se habría verificado que las transferencias y otros ingresos que aparecen en la cuenta, solo podían ir dirigidos al pago de la adquisición de una vivienda.

Es la ausencia de control de la entidad bancaria la que genera su responsabilidad, conociendo que los compradores

estaban realizando ingresos en concepto de entregas a cuenta para la adquisición de viviendas, no ejerció control alguno mientras, lo que permitió que se eludiera con facilidad el sistema protector de la Ley 57/68.

Como señala la S.T.S. n° 623/2.019 de 14 de noviembre, lo relevante no es ni la falta de garantía, ni el carácter especial o no especial de la cuenta en que se depositen los anticipos, sino si la entidad bancaria 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 636/2.017, de 23 de noviembre "en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas" .

QUINTO.- Todo lo expuesto supone que la demanda debe ser condenada al pago de la suma reclamada, 24.957,39 euros y en cuanto a los intereses, la parte actora solicita el pago del interés legal desde cada uno de los pagos mientras que la demanda pide que se limiten a los fijados en la sentencia de 8 de noviembre de 2.010 dictada en el incidente concursal número 2 del concurso 350/19, que es el el interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación extrajudicial, el 9 de abril de 2.008, hasta la fecha de la declaración de concurso.

La jurisprudencia ha resuelto que, en estos casos, el banco debe abonar intereses legales desde la fecha de cada pago y hasta la devolución (S.T.S. 274/2.019 de 21 de mayo y S.T.S. de 18 de mayo de 2.020 y auto de 27 de mayo de 2.020). El hecho de que la promotora esté en concurso y que la sentencia que declara resuelto el contrato limite los intereses conforme al artículo 59 de la Ley Concursal, no exime de responsabilidad a la entidad demandada del pago total de los intereses hasta su completa devolución.

La naturaleza de la obligación, si es la misma de la promotora como deudor principal, tal y como sostiene la demandada o si resulta independiente y autónoma, como alega la actora, determinará la fecha final del devengo de intereses. En la contestación a la demanda se cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de marzo de 2.020, reiterada en otras, como la de 16 de noviembre de 2.021, en el sentido de que existe una correspondencia entre el ámbito de la obligación de la entidad bancaria al pago de intereses y el de la correlativa obligación del deudor principal, de modo que si esta fue declarada en estado legal de concurso cesa el devengo de intereses a cargo de la entidad bancaria que, de esta forma, no vendrá obligada a pagar unos intereses superiores a aquellos que son exigibles a la promotora.

Por el contrario, una posición jurisprudencial distinta defiende que la obligación de la entidad bancaria es autónoma e independiente de la promotora y no puede verse beneficiada del estado de concurso de esta, en perjuicio del consumidor. En este sentido, como se puede leer en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2.022, que reitera lo previsto en las de la misma Audiencia de 19 de noviembre y 29 de junio de 2.018 y 17 de noviembre de 2.017,

declarada la obligación de reintegro de cantidades ingresadas a cuenta, como es el caso, el devengo de intereses se produce por disposición legal siendo los derechos que otorga la Ley 57/68, de aplicación al caso, irrenunciables según expresamente recoge su artículo 7, sin que sea obstáculo para ello que la promotora (una cooperativa), haya sido declarada en concurso de acreedores, "pues lo relevante a los efectos aquí analizados, como ya hemos expuesto, es el incumplimiento de la obligación de construcción y entrega de la vivienda y la obligatoria garantía de devolución de las cantidades anticipadas por los cooperativistas para el caso de que no llegue a entregarse, que es la situación que se ha acreditado en el procedimiento, por lo que no impide el devengo de los intereses legales, en el marco de la acción de responsabilidad que se dirige frente a la entidad financiera y que se estima, el que la Cooperativa haya sido declarada en concurso de acreedores y los demandantes tengan allí reconocido un crédito contra la misma."

En el mismo sentido la sentencia de la misma Audiencia de 4 de noviembre de 2.020 que rechaza que el pago de intereses no pueda extenderse más allá de la fecha de la declaración de concurso, en función de lo establecido en el artículo 59 de la Ley Concursal, citando la sentencia de la Sala I de 14 de septiembre de 2.017 que establece que "el art. 1-2.ª de la Ley 57/1.968, que establece una responsabilidad legal específica de las entidades de crédito ("bajo su responsabilidad"), ha sido interpretado por esta sala en el siguiente sentido: "en las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad" (sentencias 733/2.015, de 21 de diciembre, 142/2.016, de 9 de marzo, 174/2.016, de 17 de marzo, y 420/2.016, de 24 de junio)", "pues la responsabilidad de las entidades de crédito que admitan el ingreso de cantidades anticipadas por los compradores no es una responsabilidad a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino, como establece el art. 1-2.ª de la Ley 57/1.968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que les impone dicha ley".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de noviembre de 2.020 concluye que "la obligación de la entidad demandada es una obligación legal con características propias, independiente y desvinculada de la responsabilidad de la Cooperativa por lo que no puede pretenderse que se extiendan a la misma los efectos de la declaración del concurso"

Esta misma posición la mantiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 25 de junio de 2.019 que concluye que ninguna incidencia puede tener, ni siquiera en materia de intereses, el concurso de acreedores de la promotora. La sentencia explica que el art. 1 de la ley 57/68 permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el

promotor vendedor y su aseguradora o avalista para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas cuando se cumpla el presupuesto legal de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido y que también se permite dirigirse únicamente contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento y por otra parte, el carácter tuitivo de los derechos del comprador que entrega dinero a cuenta de la vivienda pendiente de construir y serle entregada, se manifiesta en el art. 7, que dota a estos derechos el carácter de irrenunciables.

La Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1.999, de 5 de noviembre crea una obligación legal que impone a las entidades bancarias que reciben entregas de dinero por la adquisición de viviendas antes o durante su construcción, de garantizar la devolución de las mismas, lo que comprenderá, conforme al apartado c), "las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución". Se trata de una obligación legal autónoma y no subordinada a la de la promotora, de modo que la entidad bancaria responde no por el incumplimiento de la citada promotora, sino que su obligación y responsabilidad es autónoma e independiente por incumplir sus obligaciones de control".

En definitiva, consideramos que este segundo criterio es el que debe asumirse y hay que concluir que no nos encontramos ante una responsabilidad como garante o subsidiaria de la de la promotora, sino autónoma por una omisión de sus obligaciones de vigilancia y control propia. Ni tan siquiera es necesario para ejercitar esta acción demandar a la promotora, sino que basta dirigirse contra el banco, no siendo la misma cantidad reclamada en este pleito que la que fue objeto de condena en la sentencia contra la citada promotora. Son acciones distintas y con diferentes fundamentos, sin que la finalidad del artículo 59, propiciar la viabilidad del concursado limitando su deuda mediante la suspensión del pago de intereses, deba extenderse a la entidad bancaria.

En todo caso, la Ley Concursal a la suspensión del devengo de intereses, pero no a su extinción, con las consecuencias previstas en el número 2 del artículo 59 de la citada Ley.

En conclusión y por todo lo expuesto, procede estimar íntegramente el recurso de apelación, condenando a la demandada al pago de la cantidad demandada más los intereses legales desde la fecha de cada una de las aportaciones o entregas y hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

SEXTO.- La estimación del recurso de apelación conlleva que no se impongan las costas del recurso a ninguna de las partes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.C. condenando a la parte demandada al pago de las costas de la primera instancia al haber sido estimada íntegramente la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 394.1 de la L.E.C.

Vistos los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos íntegramente el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don _____ y Doña _____ en representación de Don _____ contra la sentencia de fecha 27 de abril del presente año dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Melilla, revocando la resolución recurrida en el sentido de condenar a Caixabank S.A. a pagar a los demandantes la suma de 24.957,39 euros más los intereses legales desde la fecha de cada una de las aportaciones o entregas y hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, condenando a la demandada al pago de las costas de la primera instancia y sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.