

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: N10250

1- UPAD CIVIL, PASEO DE GARAY N° 3, 3ª PLANTA. 30003 MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968229180 Fax: 968229184

Correo electrónico: audiencia.sl.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: AFD

N.I.G. [REDACTED]

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN [REDACTED])

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.º de LORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO [REDACTED]

Recurrente: BANCO SANTANDER SA

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: SALVADOR DIAZ GONZALEZ DE HEREDIA

Abogado: JUAN MIGUEL MURCIA MERLOS

SENTENCIA N° [REDACTED]

Ilmos. Sres.

[REDACTED]
Presidente

[REDACTED]
Magistrados

En la ciudad de Murcia, a 18 de julio de 2022

Firmado por: MIGUEL ANGEL LAROSA Firmado por: FERNANDO LOPEZ DEL Firmado por: CAYETANO RAMON

Minerva

Minerva

Minerva

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario [REDACTED], que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Lorca, entre las partes: como actor D. [REDACTED], representado por el/la Procurador/a D. Salvador Díaz González de Heredia y dirigido por el Letrado D. Juan Miguel Murcia Merlos, y como demandado Banco de Santander SA, representado por el/la Procurador/a D. [REDACTED] y dirigido por el Letrado [REDACTED]. En esta alzada actúan como apelante Banco de Santander SA y como apelado D. [REDACTED].

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. [REDACTED], que expresa la convicción del Tribunal.

HECHOS

Primero: Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Lorca en los referidos autos de Juicio Ordinario nº [REDACTED] se dictó sentencia con fecha 4 de noviembre de 2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Estimando totalmente la demanda presentada por el Procurador D. Salvador Díaz González de Heredia en nombre y representación de [REDACTED] contra el Banco de Santander SA, representados por el Procurador [REDACTED] condeno a la demandada a la paga al actora la suma de veintiún mil euros (21.000 €) , más los intereses legales previstos desde que se produjeron las entregas dinerarias, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada"*.

Segundo: Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por Banco de Santander SA exponiendo por escrito y dentro del plazo legal, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a [REDACTED] emplazándola/s por diez días para que presentara/n escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le/s resultara desfavorable, dentro de cuyo término, se presentó escrito de oposición al recurso. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el nº [REDACTED] que ha quedado para resolución sin celebración de vista, tras señalarse para el día 18 de julio de 2022 su votación y fallo.

Tercero: En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Objeto del recurso de apelación.

1.- Se interpone recurso de apelación por la parte demandada contra la sentencia que estima íntegramente la demanda y le condena al pago de 21.000 €, más los intereses legales de dicha cantidad y costas.

2.- Articula su recurso la parte apelante en torno a los siguientes motivos: a) inaplicación de la Ley 57/1968 a este caso al no justificarse la existencia de contrato ni la condición del actor de socio de la cooperativa; b) falta de prueba del incumplimiento de la cooperativa en relación con la obligación de entrega de la finca; c) carácter especulativo de la relación jurídica; d) imposibilidad de control por parte

de Banco de Santander; y e) incorrecta fijación de los intereses sobre el principal objeto de condena.

3.- Por la parte apelada se opone al recurso solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada, rechazando todos los motivos alegados en el recurso interpuesto.

Segundo: Inaplicación de la Ley 57/1968.

4.- Antes de entrar a resolver sobre los diversos motivos, debe de anticiparse que el recurso de apelación será desestimado, de acuerdo con el criterio ya sostenido de forma pacífica y reiterada en esta Audiencia Provincial al conocer de los diversos recursos de apelación planteados por los diferentes socios de la Sociedad Cooperativa de Viviendas Puerta de Granada. A tal fin se pueden citar las siguientes resoluciones: SSAP Murcia 246/18, de 25 de junio (1ª); 46/20, de 10 de febrero (1ª); 61/21, de 1 de marzo (1ª); 331/21, de 22 de noviembre (1ª); 7/22, de 10 de enero (1ª); 29/22, de 24 de enero (1ª); 167/22, de 17 de febrero (4ª); y 119/22, de 28 de marzo (1ª). En todas ellas ha sido parte el Banco de Santander, a excepción de la 61/21, viniendo a sostener motivos semejantes a los planteados en esta alzada y que han sido desestimados de forma reiterada. Por ello, por coherencia con el criterio ya señalado, es procedente anticipar la desestimación del recurso, sin perjuicio de la respuesta individualizada a cada uno de los motivos.

5.- Comenzando por el primero de los motivos, la parte apelante insiste en que al presente caso no resulta aplicable la Ley 57/1968, básicamente al entender que no se ha acreditado relación contractual alguna entre el actor y la cooperativa, no habiéndose aportado el contrato privado. Igualmente, entiende que no se ha probado la condición de socio de la cooperativa, dado que tal condición no la tenía cuando se realizaron los pagos, considerando que no es aplicable a este caso lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Cooperativas de la Región de Murcia.

6.- El apelado se opone a este motivo al entender que la obligación en base a la cual se reclama a la entidad de crédito no deriva de la existencia de un contrato con la misma, sino que es una obligación de naturaleza legal, habiendo acreditado sobradamente con los documentos aportados con la demanda la condición de socio de tal cooperativa que se niega por la apelante.

7.- La sentencia apelada resuelve sobre esta cuestión en su fundamento de derecho segundo, declarando que, conforme a los múltiples antecedentes de esta promoción tanto ante los Juzgados de Lorca como en la propia Audiencia Provincial de Murcia, no existe duda alguna en la aplicación de la citada Ley 57/1968 a las reclamaciones derivadas de esta promoción.

8.- Planteados en estos resumidos términos las posiciones de las partes, debe de anticiparse que el motivo será desestimado. La parte apelante centra sus alegaciones en la inexistencia de contrato y en la falta de acreditación de la condición de socio del actor. Ambas alegaciones carecen de todo sustento. Es cierto que no se ha aportado contrato alguno, pero es inocuo a los efectos de este procedimiento y ello por dos razones.

9.- El primero de dichos motivos es que, como bien señala la parte apelada en su oposición al recurso, la responsabilidad que se exige al Banco de Santander no deriva de un contrato sino de la falta de control sobre las cantidades ingresadas en cuentas de dicha entidad (en este caso del Banco Popular Español, actualmente absorbido por el Banco de Santander) en cuanto procedentes de cantidades anticipadas a cuenta de una vivienda. Es una responsabilidad de naturaleza legal que tiene su base en el artículo 1.2 de la Ley 57/1968, en virtud de la cual un tercero, la entidad de crédito, responde de forma directa y por título propio, bien en virtud de los avales o garantías prestadas al promotor, o bien en virtud de la responsabilidad que le incumbe de controlar el ingreso de las cantidades anticipadas a cuenta de la construcción de viviendas en los términos señalados por el derogado

artículo 1.2 de la Ley 57/1968 y la copiosa jurisprudencia que lo ha interpretado. Es una responsabilidad por hechos propios, ajena al contrato que la promotora y el comprador hayan podido concertar, con origen en la ley.

10.- Debe de añadirse que, dado el ámbito extenso de protección derivado del artículo 1 de la Ley 57/1968, extendido por la jurisprudencia también a las cooperativas, como bien señala la sentencia apelada, es evidente que dicha protección deriva no tanto de un contrato de compraventa, como parece entender la recurrente, sino de cualquier relación jurídica en virtud de la cual se vaya a adquirir una vivienda destinada a residencia habitual u ocasiona del comprador y en la que se anticipen cantidades a cuenta de la futura vivienda. Normalmente será por la vía de la compraventa, pero esta no es la relación jurídica propia de una cooperativa, la cual se rige por propia normativa, bien la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, o, en el ámbito de esta comunidad autónoma, por la Ley regional 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia. Tal como se establece en el artículo 1 de la LCOOP o en el artículo 2.1 de la LCoopRMU, la relación jurídica propia es la de asociación para la satisfacción de necesidades económicas y sociales. La consecuencia es clara, quien se integre en una cooperativa tendrá la condición de socio, con los derechos y obligaciones inherentes a la misma, y no la condición de comprador, por lo que no es preciso que justifique la existencia de ningún contrato de reserva de vivienda o de otro tipo, siendo suficiente para su legitimación la condición de socio de la cooperativa.

11.-Como segundo motivo, debe destacarse que, de la documentación aportada a las actuaciones en la demanda, se acompañan suficientes documentos para justificar la condición de socio y, por ello, la legitimación activa para poder reclamar al amparo de la Ley 57/1968. En efecto, tanto el documento nº 2 de la demanda, solicitud de inclusión como socio de 18 de diciembre de 2007, como el documento nº 5, certificación de la cooperativa de las aportaciones realizadas por D.

■■■■■ a la cooperativa, se justifica dicha condición. Es cierto que la solicitud, como señala la apelante, se realiza en el mismo día que los ingresos de las dos aportaciones de 15.000 € y 6.000 €, pero en todo caso es aplicable lo previsto en el artículo 23 LCoopRMU, en relación a la admisión de nuevos socios y la presunción de estimación de la solicitud de ingreso en el que caso de que no haya una decisión expresa del Consejo Rector de admisión o no del solicitante. Si lleva a cabo las aportaciones y en el plazo de tres meses no se rechaza su admisión por el Consejo Rector, el solicitante se transforma automática en socio y los efectos de tal condición deben de extenderse al momento de la solicitud, y más si esta coincide con el pago de las aportaciones sociales preceptivas.

12.- En definitiva, la Ley 57/1968 es aplicable en este caso, en atención a la fecha en la que se llevaron a cabo las aportaciones a la sociedad cooperativa, estando amparada la reclamación por dicha norma.

Tercero: Incumplimiento de la cooperativa de la entrega de la vivienda.

13.- El segundo motivo de apelación radica en la denuncia de la falta de prueba sobre el incumplimiento de la Cooperativa de su obligación de entregar la vivienda objeto de las aportaciones cuya devolución se reclama en este proceso. Básicamente, se alega que dado que no se ha aportado el contrato se desconoce las fechas en las que debería de haberse producido la entrega, por lo que mal puede hablarse de incumplimiento.

14.- La insustancialidad de dicho argumento no ofrece duda alguna a la vista de las pruebas practicadas. Es cierto que, conforme al artículo 3 de la derogada Ley 57/1968, es requisito imprescindible para la aplicación de esta norma tuitiva la expiración del plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar. Pero de lo que no ofrece duda alguna, exista o no

contrato, o se haya fijado o no una fecha concreta de inicio de las obras o de fin de la construcción, es que la imposibilidad de ejecutar tales obras por el mero transcurso de un plazo de tiempo prolongado equivale al cumplimiento de la citada exigencia del artículo 3 Ley 57/1968. Y ello es lo que ocurre en este caso.

15.- La obra que constituía el objeto de la sociedad cooperativa de viviendas Puertas de Granada no llegó ni siquiera a solicitar la licencia de obra y su estado es de total paralización hasta el punto que puede, razonablemente, entenderse que no se ejecutará la obra una vez que ha pasado un tiempo razonable. En efecto, el documento nº 8 de la demanda, certificación de los arquitectos autores del proyecto, señala como última actuación, la aprobación provisional por el Ayuntamiento de Lorca, con fecha 7 de octubre de 2011, del proyecto de urbanización, quedando pendiente de la subsanación de los defectos apreciados en el mismo. Por ello, concluyen los citados técnicos, no se ha llegado a construir ningún bloque y ni siquiera se ha solicitado la licencia de obra. Es más que evidente que existe una total paralización, a la que hay que añadir la situación de concurso de acreedores de la cooperativa, de manera que el fin constructivo debe entenderse totalmente frustrado y, en consecuencia, abierta la vía a cada uno de los socios para reclamar la devolución de las aportaciones, bien a la cooperativa en virtud de la obligación de la misma o bien a la entidad de crédito que recibió las cantidades entregadas a cuenta de la futura construcción. Por ello, se desestima este motivo.

Cuarto: Carácter especulativo de la relación jurídica.

16.- El tercer motivo de apelación es el relativo a la consideración de la adquisición por el actor de la condición de socio con un carácter puramente especulativo, por lo que quedaría excluido de la protección de la Ley 57/1968, pues no adquirió para fines residenciales, tal como constante jurisprudencia viene estableciendo. Parte de que la carga de la prueba corresponde a la parte actora y que

se ha probado, por los documentos acompañados a la contestación, que el actor es propietario de 9 fincas, 8 en Lorca y 1 en Águilas, así como que, tal como se señaló en la demanda, había adquirido tres viviendas en la misma cooperativa.

17.- Tal pretensión especulativa es rechazada por la parte apelada, recordando que la referencia a tres viviendas fue un error corregido en la audiencia previa; que la vivienda se adquirió para uso propio, tal como se señaló en la propia demanda; que habrá que estar al momento del ingreso en la cooperativa para determinar el alcance de las fincas de su propiedad y que sólo la vivienda de Águilas, segunda residencia, era de su propiedad en dicho momento.

18.- La sentencia apelada resuelve dicho extremo en el fundamento de derecho sexto, negando tal finalidad inversora, considerando que la carga de la prueba de dicho extremo corresponde a la parte demandada, no existiendo indicios que justifique tal finalidad inversora.

19.- Dicho motivo será desestimado, tras el examen de la prueba practicada en estas actuaciones. Siguiendo lo ya dicho en las SSAP Murcia (1ª) 46/20, de 10 de febrero (demandado Banco de Santander en sucesión de Banco Popular Español); y 29/22, de 24 de enero (demandados tanto Banco de Santander como Bankia), debemos reiterar que, como recuerda la STS 36/20, de 21 de enero, *"De la jurisprudencia de esta sala se desprende que la aplicación de la Ley 57/1968 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 360/2016, de 1 de junio, y 420/2016, de 24 de junio) ..."*. Como señalan las SSTS 857/21, de 10 de diciembre y la 27/22, de 18 de enero: *"Sobre la no aplicación de la Ley 57/1968 a los que compran con finalidad no residencial, la referida sentencia 385/2021, citada por la 573/2021, recuerda que:*

"Es jurisprudencia constante, reiterada recientemente por las sentencias 623/2020 y 460/2020, de 3 de septiembre (con cita de las sentencias 161/2018, 33/2018, 582/2017,

675/2016, de 16 de noviembre, 420/2016, de 24 de junio, 360/2016, de 1 de junio, y 706/2011, de 25 de octubre), que la Ley 57/1968 no es aplicable a quienes adquieran la vivienda con finalidad no residencial, sean o no profesionales.

Las razones en que se funda esta jurisprudencia las resume la también citada sentencia 623/2020 (igualmente mencionada por la 573/2021):

"[...] según esta jurisprudencia, tal y como precisó la sentencia 420/2016, la expresión "toda clase de viviendas" empleada en la d. adicional 1.ª de la LOE ha de entenderse en el sentido de que 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")."

20.- En consecuencia, y como recuerda la STS 582/17, de 26 de octubre "la doctrina jurisprudencial verdaderamente aplicable a este litigio es la representada por las sentencias 706/2011, de 25 de octubre, 360/2016, de 1 de junio, 420/2016, de 24 de junio, y 675/2016, de 16 de noviembre, que excluyen del ámbito de protección de la Ley 57/1968 tanto al inversor profesional como al no profesional pero que compre sobre plano o en construcción como inversión o para revender...".

21.- La doctrina jurisprudencial señalada es clara y reiteradamente recordada por los tribunales de justicia, lo que implica que la determinación de si el actor es o no comprador inversor es una cuestión que debe de ser examinada en atención a las circunstancias concretas que se acrediten en cada uno de los supuestos de hecho que se enjuician, bien entendido que la carga de la prueba de la finalidad de la adquisición es diferente según el tipo de persona que contrate. En tal sentido, si fuese una persona jurídica, la ya citada STS 36/20 exige que la condición de no inversión o profesional debe de ser probada por la misma, al señalar que "...finalidad

que debe alegarse en la demanda y, tratándose de una sociedad mercantil como en este caso, probarse debidamente (sentencias 360/2016, de 1 de junio, 40/2016, de 24 de junio, 675/2016, de 16 de noviembre, y 161/2018, de 21 de marzo, entre otras)". Por el contrario, si se trata de una persona física, la carga de probar la condición de inversor corresponde a la parte que la alega como hecho impeditivo de la demanda, esto es, a la demandada, conforme a las reglas generales de la carga de la prueba del artículo 217 LEC. Ello implica, por tanto, un examen individualizado de cada caso concreto en atención a las pruebas que hayan podido practicarse en las actuaciones.

22.- Tal carácter esencialmente casuístico es fácil de apreciar en el resumen de las soluciones jurisprudenciales dadas a múltiples supuestos que se contiene en las citadas SSTs 857/21 y 27/22, en las que se parten de algunos elementos de valoración, tales como el lugar de residencia, el número de viviendas objeto de compra, la superficie o precio de las mismas, la falta de indicación del destino residencial de dicha compra, la inclusión de cláusulas en los contratos que permitían ceder su posición jurídica, entre otros elementos a valorar, pero sin fijar, en ningún caso criterios estrictos o cerrados. Desde esta perspectiva debe de examinarse el presente caso.

23.- Este tribunal, tras el examen conjunto de la prueba practicada, debe anticipar que comparte las conclusiones alcanzadas por la sentencia apelada, considerando que la adquisición de la Residencial Puerta de Granada tenía una finalidad residencial, lo que anticipa que entendemos aplicable el régimen de protección de la Ley 57/1968 en atención a la jurisprudencia señalada en el fundamento de derecho anterior.

24.- Lo primero que hay que señalar es que la intención de los contratantes es algo que pertenece a la subjetividad de las partes y, por ello, no suele haber una prueba directa de tal intención inversora o residencial, sino que la misma debe de deducirse del resultado de la actividad probatoria. Como es habitual en las

contestaciones de Banco de Santander, esta entidad ha realizado el esfuerzo probatorio que se le exige para justificar la alegada condición de inversor del actor. Ahora bien, el examen de dicha documentación no permite alcanzar las conclusiones pretendidas por la parte apelante. La parte demandada aportó como documentos 1 a 9 de la contestación nueve notas simples registrales relativas a las fincas que constan inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre del actor. Sin embargo, el análisis de dichas notas simples no permite concluir que, a la fecha en la que se integró como socio en la cooperativa, tuviese un patrimonio inmobiliario que permitiese hacer uso del mismo como vivienda residencial y que justifique la finalidad inversora.

25.- En efecto, del conjunto de dichas notas simples se pueden obtener los siguientes datos:

a. Inmuebles propiedad del actor antes del 18 de diciembre de 2007:

1. Finca registral 31.366 del Registro de la Propiedad de Águilas, vivienda de la que el actor es titular del 100 % de la propiedad. Se desconoce la fecha de su adquisición (documento nº 1).

2.- Finca 28.376 del Registro nº 1 de Lorca: titular de la nuda propiedad de un local comercial en Lorca, adquirido por donación con fecha 5 de junio de 1987 (documento nº 2)

3.- Finca 27833 del Registro nº 3 de Lorca: propietario de un trozo de tierra con vivienda adquirido por compraventa de 11 de marzo de 1998 (documento nº 3).

4.- Finca 27115 del Registro nº 3 de Lorca: titular de la nuda propiedad de un trozo de tierra rústico, adquirida por donación de 7 de octubre de 1999 (documento nº4).

5.- Finca 31424 del Registro nº 3 de Lorca: titular de la nuda propiedad de un terreno rústico adquirido por donación de 7 de octubre de 1999 (documento nº6).

6.- Finca 34566 del Registro nº 3 de Lorca: titular de la nuda propiedad de un terreno rústico adquirido por donación de 7 de octubre de 1999 (documento nº7).

7.- Finca 28.374 del Registro nº 1 de Lorca: titular de la nuda propiedad de un local adquirido por donación de 5 de junio de 1987 (documento nº8).

8.- Finca 30375 del Registro nº 3 de Lorca: titular de la nuda propiedad de un terreno rústico adquirido por donación de 30 de junio de 2006 (documento nº 9).

b.- Inmuebles propiedad del actor adquiridos después del 18 de diciembre de 2007:

1.- Finca 58310 del Registro nº 3 de Lorca: titular de la nuda propiedad de una vivienda en Lorca adquirida por donación de 9 de enero de 2018.

26.- Como puede apreciarse del examen de todos estos documentos, el actor sólo era propietario de una finca en Águilas, localidad costera y, por ello, residencia estacional, y otra finca rústica con vivienda en Lorca, sin que conste el estado de dicha vivienda ni sí la misma constituía su domicilio. El resto de las propiedades son locales o trozos de tierra rústicos, inhábiles por ello para poder ser habitados, en los que, además, el actor tenía la condición de nudo propietario, adquirida por donación, correspondiendo el usufructo de dichos inmuebles a sus progenitores en todos los casos. En consecuencia, se trata de un patrimonio que deriva, fundamentalmente, del patrimonio familiar que viene siendo donado con reserva de usufructo y sobre el que no tenía, al no ser titular de dicho usufructo, derecho alguno al uso del mismo, aparte de que no era apto para ser utilizado como residencia. A ello hay que añadir que el trozo de tierra con vivienda, al que se refiere el documento nº 3 de la contestación, está localizado en una diputación del campo de Lorca y la vivienda que pretendía adquirir estaba situada en la misma ciudad de Lorca. De todo ello no se desprende finalidad alguna inversora en la adquisición de

una sola vivienda en la cooperativa Puerta de Granada. Por todo ello, se desestima el presente motivo.

Quinto: Cumplimiento por Banco de Santander de sus deberes de vigilancia. Capacidad de control.

27.- El siguiente de los motivos de apelación es el relativo a la alegada imposibilidad de control por Banco de Santander del destino como cantidad entregada a cuenta de los veintiún mil euros ingresados por el actor en una cuenta en dicha entidad de la que era titular la Sociedad Cooperativa. No existe discusión ni del ingreso en la cuenta (documentos nº 3 y 4 de la demanda) ni de la titularidad de dicha cuenta por parte de la cooperativa (documento nº 5 de la demanda). Por tanto, la discusión se centra en si debe de responder la entidad demandada de lo ingresado a cuenta de la vivienda. El juzgador de instancia dedica a esta cuestión los fundamentos de derecho 4º y 5º, llegando a la conclusión de que Banco de Santander conocía, o estaba en condiciones de conocer, que el dinero ingresado en dicha cuenta era destinado a la adquisición de una vivienda en la cooperativa titular de la misma.

28.- La reiterada doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la responsabilidad de la entidad de crédito en la que se hizo por el comprador el ingreso de las cantidades a cuenta de la adquisición de una vivienda aparece sistematizada en la STS 645/19, de 28 de noviembre en la que se indica que *"En la interpretación del artículo 1.2. de la Ley 57/1968, esta sala ha fijado y reiterado, en sus sentencias 733/2015, de 21 de diciembre (de pleno), 142/2016, de 9 de marzo, 174/2016, de 17 de marzo, 420/2016, de 24 de junio, 468/2016, de 7 de julio, 459/2017, de 18 de julio, 502/2017, de 14 de septiembre (de pleno), 636/2017, de 23 de noviembre, 102/2018, de 28 de febrero, y 503/2018, de 19 de septiembre, la siguiente doctrina jurisprudencial:*

"En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968, 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".

Esta doctrina merece dos puntualizaciones, a las que expresamente se refiere la sentencia 408/2019, de 9 de julio: la primera, que "la ley solo responsabiliza a las entidades de crédito no avalistas de los anticipos que se ingresen o transfieran a una cuenta del promotor en dicha entidad, de modo que mientras el garante (avalista o asegurador) normalmente responde de todos los anticipos entregados por los compradores al vendedor, en cambio la entidad de crédito no garante solo responde de las cantidades que se entreguen o depositen en ella"; y la segunda, "que la responsabilidad de las entidades de crédito establecida en el artículo 1.2 de la Ley 57/1968 no depende de que los anticipos se ingresen en la cuenta identificada en el contrato de compraventa, sino, como resulta de la doctrina jurisprudencial fijada por esta sala a partir de la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre, de que se ingresen en una cuenta del promotor en la entidad conociendo esta, o debiendo conocer, que los ingresos se corresponden con anticipos de compradores de viviendas protegidos por dicha ley".

29.- En atención a esta doctrina, en el presente caso, nos encontramos ante una reclamación de cantidad derivada del ingreso en una cuenta titularidad de la promotora abierta en una entidad que crédito de la que no consta en las actuaciones que haya otorgado aval o financiado la construcción proyectada. Por tanto, la base de la responsabilidad de la apelante no es otra que el conocimiento o la posibilidad de conocer que dicho ingreso iba destinado a una compraventa de una vivienda, lo que viene a presumir por conocer la actividad de la Sociedad Cooperativa titular de dicha cuenta.

30.- En relación a supuestos semejantes, recuerda la STS 411/2019, de 9 de julio que "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. 1.2º 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...). En los mismos términos se pronuncia la STS 503/18, de 19 de septiembre. La única vía de eximirse de responsabilidad por estas cantidades entregadas a cuenta es, por un lado, que las cantidades se hayan entregado en efectivo por parte del comprador al promotor, de manera que no sea posible el conocimiento y control de las mismas por la entidad de crédito (STS 436/16, de 29 de junio) o, por otro lado, que la entidad de crédito haya cumplido con las exigencias legales y jurisprudenciales y a pesar de ello la promotora o los compradores no hayan atendido a la misma (STS Pleno 502/17, de 14 de septiembre).

31.- Al igual que ocurre en relación al carácter de inversor al que se ha aludido en el fundamento de derecho anterior, el foco de la discusión debe de centrarse en el análisis del caso concreto y en determinar, a la vista de las pruebas practicadas, si la entidad de crédito demandada conocía o podía conocer el destino de las cantidades. No se puede olvidar que, como señala reiteradamente la jurisprudencia, la responsabilidad de la entidad de crédito se basa 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, debe anticiparse, que este tribunal entiende que sí existe la responsabilidad de la entidad apelante, y ello por las siguientes razones.

32.- En primer lugar, los ingresos de 6.000 € y 15.000 €, realizados con fecha 18 de diciembre de 2007 en la cuenta de Banco Popular Español (documentos nº

3 y 4 de la demanda) indudablemente debe de presumirse guarda relación con la actividad propia de la Cooperativa de Viviendas titular de dicha cuenta, por tratarse de una cuenta titularidad de la misma y en la que se hicieron, por los socios de la cooperativa los ingresos derivados del desarrollo de la promoción.

32.- En segundo lugar, no puede discutirse que la entidad de crédito era plenamente conocedora de la actividad de su cliente. No se trata de una cuenta abierta a una mercantil o una persona jurídica en la que se puede dudar de su objeto social, sino que el titular era la Sociedad Cooperativa de Viviendas Residencial Puerta de Granada, lo que implica que el objeto social de dicha cooperativa era, indiscutiblemente, la construcción de una promoción de viviendas. Este dato no puede ser obviado por la entidad de crédito, de manera que cualquier ingreso que se pueda realizar en dicha cuenta sólo puede ir destinado o estar relacionado con la citada promoción. En consecuencia, dichos ingresos estarían sometidos al régimen de garantía derivado de la Ley 57/1968, lo que debió de alertar a la entidad de crédito para exigir la constitución de la cuenta especial para garantizar las cantidades entregadas a cuenta por los socios de la cooperativa y, al no hacerlo, incurre en responsabilidad en los términos señalados en la jurisprudencia.

33.- Por último, fácil le hubiera sido a la entidad de crédito aportar un extracto de los movimientos de dicha cuenta al objeto de poder acreditar que los ingresos que se reclaman se trataban de unos ingresos aislados, lo que hubiera justificado la imposibilidad de control por parte de la entidad de crédito. Es una prueba que estaba en su poder y que al no aportarla permite entender que conocía el destino de los ingresos que se realizaban e incumplió, por tanto, el deber legal de control en los términos desarrollados por la jurisprudencia. De hecho, Banco de Santander fue requerida para que aportase un extracto de dicha cuenta y, a diferencia de otros procedimientos de los que ha conocido este tribunal en relación a la misma Cooperativa Puerta de Granada en los que sí aportó dicho extracto, en este no fue

cumplimentado el requerimiento y pretende justificar en el recurso su no aportación en la falta de obligación de conservar la documentación. En todo caso, lo cierto es que la carga de la prueba de que los ingresos no se habían realizado en una cuenta titularidad de Banco Popular Español, hoy Banco de Santander, corresponde a la parte demandada que niega tal ingreso, no sólo por ser un hecho obstativo a la pretensión de la parte actora (art. 217.3 LEC) sino también por el principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) y más frente al indudable ingreso derivado de los citados documentos 3 y 4 de los presentados con la demanda. El motivo se desestima.

Sexto: Intereses sobre el principal objeto de condena.

34.- Como último motivo, se alega por la entidad de crédito apelante que se ha producido una indebida condena al pago de intereses, con infracción del artículo 59 LC y del artículo 1826 CC, dado que la cooperativa entró en concurso de acreedores y desde dicho momento, tratándose de un crédito concursal, no general intereses dicha deuda.

35.- Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en la SAP Murcia (1ª) 170/21, de 31 de mayo, por lo que seguiremos el criterio ya fijado al respecto, lo que anticipa que este motivo será desestimado y confirmado el pronunciamiento sobre devengo de intereses contenido en la sentencia apelada, conforme al criterio mayoritario de la jurisprudencia menor y de esta misma Audiencia Provincial.

36.- La parte apelante no discute el criterio de la sentencia apelada relativo al pago de los intereses desde la fecha de las entregas a cuenta de la actora. Este criterio está absolutamente consolidado en la jurisprudencia. Como señalábamos en la SAP 170/21, *"Fijar otra fecha diferente supondría vaciar de contenido el fundamento de la protección de la ley 57/68 e impedir que el comprador – consumidor pueda recuperar íntegramente las cantidades entregadas a cuenta debidamente actualizadas. Por ello, la*

doctrina jurisprudencial viene a reconocer el derecho de los compradores a percibir las cantidades más los intereses legales desde la fecha de los respectivos abonos a los efectos de una efectiva y total protección de los derechos e indemnidad de los compradores. Así se puede citar la STS de 17 de marzo de 2016 cuando señala que "...suma total de las cantidades anticipadas e ingresadas en la cuenta del promotor abierta en dicha entidad, incrementada con los intereses legales devengados desde su ingreso...". Este criterio también es seguido por esta Audiencia Provincial pudiéndose citar al efecto las SSAP Murcia (5ª) de 31 de enero de 2012: "...han de ser los intereses legales vigentes desde las fechas de las entregas de las cantidades anticipadas a la parte vendedora..." o la de 23 de mayo de 2016 (1ª): "...exige la cobertura de todas las cantidades entregadas y la integridad de los intereses legales...". Dicho criterio ha sido consolidado en posteriores resoluciones de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como la STS 349/20, de 30 de julio y las que se citan en la misma: "Tampoco el argumento de la parte recurrida sobre el convenio aprobado en el concurso de la promotora-vendedora puede impedir que los intereses se devenguen desde la fecha de cada anticipo..."

37.- La discusión se centra en el alcance del devengo ante la situación de concurso de la promotora y la suspensión del devengo de intereses que se prevé en el artículo 59.1 LC, considerando la apelante que dicha suspensión debe de beneficiarle en virtud de lo previsto en el artículo 1826 CC, de manera que el fiador no puede obligarse a más que el deudor, lo que afectaría incluso a su derecho de repetición contra la promotora. Y respetando el criterio jurídico de la AP de Málaga en el que se apoya la apelante, este tribunal no comparte dichas conclusiones y, de hecho, la postura de dicha Audiencia puede ser considerada como minoritaria dentro de la jurisprudencia menor.

38.- En efecto, el criterio contrario es seguido, no sólo en las sentencias de esta Audiencia a las que se aludirá posteriormente, sino también en sentencias de otras Audiencias, pudiéndose citar, con ánimo meramente ejemplificativo las SSAP de Sevilla (6ª) 441/20, de 26 de noviembre; Jaén (1ª) 1070/20, de 17 de diciembre;

Valencia (11ª) 553/20, de 29 de diciembre; Cádiz (2ª) 11/21, de 12 de enero; o Madrid (9ª) 49/21, de 1 de febrero y (8ª) 62/21, de 16 de febrero. En esta última se señala, como resumen del criterio, que *“Dichos intereses se devengarán hasta el momento del efectivo pago de las cantidades adeudadas sin que la declaración de concurso, ni lo dispuesto en el art. 59 de la Ley Concursal, afecten al garante. El artículo 59 de la Ley Concursal establece que desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. A primera vista y dado que el fiador no puede obligarse a más que el deudor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.826 del Código Civil, habría de considerarse que esta suspensión beneficiará también al fiador.*

Ahora bien, del propio artículo 59 de la LC se desprende que la suspensión del devengo de intereses es precisamente eso, una suspensión, no una desaparición o eliminación de los mismos. Dice el apartado segundo de tal precepto: no obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional.

Por tanto, la obligación de pago de intereses sigue teniéndola el deudor aun cuando fuera lo último en pagar (téngase en cuenta que se abonarían tras los créditos subordinados, tratándose de un cobro dudoso pero posible) y es por ello que también el fiador vendrá obligado a abonarlos”.

39.- Además es el criterio sostenido por esta Audiencia Provincial en diversas resoluciones dictadas por las secciones 4ª y 5ª de este tribunal, que asumimos plenamente y reproducidos en esta sentencia, pudiéndose citar al efecto las SSAP Murcia (5ª) 36/21, de 22 de febrero y 38/21, de 23 de febrero y las SSAP Murcia (4ª) 421/18, de 17 de diciembre y 1010/20, de 26 de noviembre. Resumiendo

dicha doctrina se señala en la SAP Murcia (5ª) 36/21 que *“Se ampara la apelante en el artículo 59.1 de la Ley Concursal para sostener la improcedencia del devengo de intereses más allá de la fecha de declaración del concurso de la promotora. Pero esto no puede ser acogido porque: a) la obligación de la entidad bancaria nace de una imposición legal, no convencional, constituyendo una garantía de carácter legal (artículo 1823 Código Civil) al venir impuesta por la Ley 57/1968; b) como hemos dicho, el interés impuesto es acorde con la literalidad de la disposición adicional primera, apartado c), de la Ley de Ordenación de la Edificación vigente al tiempo de la celebración de los contratos litigiosos, la cual contempla el devengo de los intereses legales “hasta el momento en que se haga efectiva la devolución”; c) que el periodo de devengo se limite a la promotora deudora hasta el momento de ser declarada en concurso por aplicación del citado artículo 59.1, no significa que no exista o se extinga tal obligación ni que queden eliminados, sino que, conforme a ese precepto, quedan en suspenso por esa norma especial; y d) tal limitación debe actuarse en el concurso, máxime cuando se ignora el estado actual del mismo y, por ello, si se ha aprobado o no el convenio con las consecuencias inherentes que resultan del artículo 133 de la Ley Concursal y, en consecuencia, si la suspensión del artículo 59 de dicha ley ha dejado o no de ser aplicable y sustituidos los intereses por los que se hayan establecido en el propio convenio”.*

40.- Simplemente debe de añadirse a la doctrina anterior, que se asume y comparte plenamente, que no se produce vulneración alguna del artículo 1826 CC. Es cierto que el fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal, pero la parte apelante parece olvidar que la sanción al pago de los intereses es una obligación propia que debe asumir por aplicación de la Ley 57/1968 al haber aceptado el ingreso de cantidades a cuenta sin obligar a la promotora a la apertura de la cuenta especial. Es una obligación impuesta por la ley a la entidad de crédito, sancionada por la jurisprudencia, independiente de la obligación de la promotora y, por tanto, ajena al propio concurso de esta. Tampoco afecta al derecho de repetición reconocido en el artículo 1838 CC, pues este se mantiene en su integridad,

integrándose como un crédito en el concurso por el importe total que haya sido abonado, sin perjuicio de su calificación concursal o su sometimiento al convenio o liquidación que proceda. En definitiva, procede desestimar este motivo de apelación y el recurso en su conjunto.

Séptimo: Costas de esta alzada.

41.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser desestimado el recurso procede la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander SA contra la sentencia dictada en fecha 4 de noviembre de 2021 por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Lorca, en los autos de Juicio Ordinario nº [REDACTED] debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente la citada resolución y todo ello con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas de esta alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar al mismo el destino que legalmente corresponda.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que, contra la misma, cabe recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que

deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resuelto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal.

2º Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

