

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2
LORCA**

SENTENCIA: [REDACTED]

PLAZA DEL CAÑO, N° 5-3ª PLANTA
Teléfono: 968461911, Fax: 968468747
Correo electrónico: mixto2.lorca@justicia.es

Equipo/usuario: JHS
Modelo: N04390

N.I.G.: [REDACTED]

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO [REDACTED]

Procedimiento origen: /

Sobre **OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. SALVADOR DÍAZ GONZÁLEZ DE HEREDIA

Abogado/a Sr/a [REDACTED]

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

En la ciudad de Lorca, a veintidós de mayo de dos mil veintitrés, vistos por el Ilmo. Sr. [REDACTED] Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de esta ciudad y su partido, los presentes autos número [REDACTED] de JUICIO ORDINARIO entre las siguientes partes: como demandante [REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales Don Salvador Díaz González de Heredia y asistida por el Letrado Don Santiago José Zunzunegui Lleó, y como demandada la entidad BANCO SANTANDER, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Don [REDACTED] y asistida por el Letrado [REDACTED] ha dictado la presente resolución conforme a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se presentó demanda de Juicio Ordinario por el Procurador de los Tribunales Sr. Díaz González de Heredia, en nombre y representación de Doña [REDACTED] contra la entidad bancaria BANCO SANTANDER, S.A., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de legal y pertinente aplicación, solicitaba el dictado de sentencia por la que se condene a la demandada BANCO SANTANDER, S.A. a abonar a la demandante la suma de 18.007,20 euros, más los intereses legales, y con expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Por Decreto se admitió a trámite la demanda, y se confirió traslado a la demandada para que se personase en las actuaciones y contestase a la demanda.

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales [REDACTED] en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A., presentó escrito de contestación a la demanda en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de legal y pertinente aplicación, terminaba suplicando que se dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la demandante.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación se tuvo por contestada la demanda por la demandada, citándose a las partes al acto de la Audiencia Previa.

QUINTO.- Llegado el día señalado se celebró la Audiencia Previa. Comparecieron en legal forma ambas partes. Se intentó la conciliación. La parte actora se ratificó en su escrito de demanda. La parte demandada se ratificó en su escrito de contestación a la demanda.

Acto seguido, las partes interesaron la práctica de prueba documental y testifical. En último lugar, se resolvió sobre la prueba propuesta por las partes con el resultado que consta en las presentes actuaciones. El acto se registró en soporte audiovisual.

SEXTO.- Al acto del juicio, celebrado el día señalado, comparecieron en legal forma ambas partes. A continuación se practicaron las pruebas propuestas y admitidas. Acto seguido, las partes se ratificaron en sus peticiones iniciales y realizaron las alegaciones que estimaron oportunas, quedando las actuaciones vistas y concluidas para dictar sentencia tras los respectivos informes. El juicio se registró en soporte audiovisual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del caso.

El presente asunto trae causa del "*Contrato de Compraventa Edificio La Torrecilla*" del día 27 de febrero de 2004, firmado entre [REDACTED] y la mercantil [REDACTED] sobre la vivienda a construir por esta última, ubicada en la Carretera de Granada, nº 17, de la localidad de Lorca.

[REDACTED] sostiene que el día 27 de febrero de 2004 celebró con la mercantil [REDACTED] un contrato de compraventa de vivienda en fase de construcción. Añade que, con motivo de dicho contrato, fue ingresando diferentes cantidades a cuenta del precio de la vivienda en las cuentas bancarias que la promotora tenía en la entidad Banco Popular, S.A. (hoy día BANCO SANTANDER, S.A.), hasta alcanzar el importe total de 18.007,20 euros. A la vista de que no se ha llevado a cabo la entrega de la vivienda, la demandante solicita a la entidad bancaria la devolución de las cantidades ingresadas a cuenta del precio de la vivienda.

BANCO SANTANDER, S.A. se opone a la demanda por los siguientes motivos: en primer lugar opone una falta de legitimación pasiva, por cuanto la contratación se llevó a cabo con la mercantil [REDACTED] siendo parte en el contrato la entidad bancaria demandada. En segundo lugar aduce la inexistencia de aval emitido por la entidad bancaria. En tercer lugar alega que no pudo tener capacidad de control sobre las cantidades ingresadas. En cuarto lugar opone la no aplicación de la Ley 57/1968, dado el carácter especulativo de la adquisición. En quinto lugar aduce la inexistencia de resolución contractual. En

último lugar opone la doctrina jurisprudencial del retraso desleal en la reclamación de los intereses.

SEGUNDO.- Normativa aplicable y condición de consumidora de la demandante.

BANCO SANTANDER, S.A. aduce que la Ley 57/1968 no resulta aplicable. Hace descansar dicha afirmación en que la demandante no es consumidora, no habiendo acreditado el destino de alojamiento familiar de la vivienda adquirida.

Siendo la demandante una persona física, la carga de la prueba para acreditar el carácter especulador de la adquisición correspondía a la parte demandada. Era BANCO SANTANDER, S.A. quien debía acreditar que la vivienda se adquiría con una finalidad especulativa. Pues así se desprende de la reiterada doctrina emanada del Tribunal Supremo.

En este sentido, la sentencia de nuestra Audiencia Provincial de Murcia, Secc. 1ª, de fecha 1 de marzo de 2021 (Sentencia nº 61/2021) establece:

“5.- Comenzando por lo que constituye el principal motivo de apelación, por la demandada se impugna la condición de inversor del demandante, lo que le excluiría del ámbito de protección del artículo 1 de la Ley 57/1968 (RCL 1968, 1335). A dicha cuestión dedica la sentencia apelada el apartado 2º de su fundamento de derecho segundo, llegando a la conclusión de que no concurre tal condición de inversor, conclusión que debe de ser aceptada en esta alzada. Como recuerda la STS 36/2020, de 21 de enero (RJ 2020, 94) “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)...”. En consecuencia con lo señalado, y como recuerda la STS 582/17, de 26 de octubre (RJ 2017, 4788) “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...”.

6.- 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 compraventa 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 finalidad no de 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 impositivo de la demanda, esto es, a la demandada, conforme a las reglas generales de la carga de la prueba del artículo 217 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

7.- En este caso estamos ante una persona física y la entidad de crédito demandada no ha logrado probar que se trate de un inversor. Parte en la defensa en el recurso de dicha posición de un hecho no discutido, esto es, la reserva por D. Salvador en agosto de 2006 dentro de la promoción desarrollada por la Sociedad Cooperativa de Viviendas Residencial Puerta de Granada, que es la que es objeto de este proceso (documento nº 2 de la demanda). Y de estas dos compraventas no puede considerarse probado que el actor se dedicase a la inversión especulativa, como parece presumir sin pruebas la parte apelante. Debe destacarse que la parte apelante no ha realizado ningún esfuerzo para acreditar la conclusión pretendida dado que no aportó documento alguno en la contestación que justificase la condición de inversor, más allá del hecho de que adquiriese dos viviendas, ni propuso prueba en tal sentido. Tampoco en el recurso se desarrolla argumento alguno que justifique la condición de inversor. En consecuencia, no probado este hecho por quien tiene la obligación de acreditarlo, sólo puede ser confirmado el pronunciamiento de la primera instancia.”

Para justificar la finalidad inversora de la adquisición, la parte demandada se limita a afirmar que “la adquisición de esa vivienda pudo llevarse a cabo con finalidad inversora ante una situación económica radicalmente diferente a la actual y en plena burbuja inmobiliaria” (hipótesis). Es decir, sin aportar prueba alguna que permita corroborar el carácter especulador de la adquisición, se limita a afirmar la

posible finalidad especulativa de la adquisición, ante la no acreditación por la parte actora de la finalidad residencial.

Y con estos mimbres no pueden prosperar las pretensiones de la parte demandada. Pues son contrarias a las reglas sobre la carga de la prueba anteriormente expuestas. Así, siendo [REDACTED] una persona física, se invertiría la carga de la prueba. Es decir, no corresponde a la demandante acreditar el fin residencial de la vivienda adquirida, sino a la parte demandada acreditar el fin especulativo de la adquisición. Y no se trataría de una prueba diabólica consistente en acreditar un hecho negativo (no fin residencial de la vivienda adquirida), sino que la parte demandada debía acreditar un hecho positivo (fin especulador o inversionista de la vivienda adquirida).

Y de la prueba obrante en autos no puede desprenderse que la demandante hubiera adquirido la vivienda con un marcado carácter especulador. Pues la propia demandante afirma en su demanda que su intención era la de adquirir la vivienda para hacer de ella su domicilio habitual, sin que conste en autos prueba alguna que contradiga tal afirmación. Incluso tampoco consta acreditada en autos la habitualidad referida por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2017 para reputar profesional o empresarial la adquisición. Y además, tampoco consta acreditada la esencialidad y el predominio en la economía de la demandante como fuente de renta de tal actividad relativa a la compraventa de inmuebles (en el poder para pleitos se hace constar que su profesión es la de auxiliar de enfermería, y su vida laboral aportada junto a la demanda así lo corrobora).

Y llegados a este punto conviene traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Secc. 5ª, de fecha 11 de julio de 2018 (Sentencia nº 309/2018). Pues dicha resolución analiza un supuesto similar al de autos, en el que también se alegó la condición de especulador del demandante sin que la misma quedara acreditada. La citada resolución establece:

"Con relación a la aplicación de la Ley 57/68 (RCL 1968, 1335) discrepa el apelante al ser el destino de la compra especulativo, alegando infracción del artículo 217 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), la misma suerte desestimatoria debe correr pues en efecto es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que al interpretar la Ley 58/1967 (RCL 1967, 1435) tiene en cuenta su finalidad protectora o tuitiva de los compradores de viviendas en construcción para un fin residencial, que protege a través de la norma a los compradores de viviendas "para uso residencial" aunque sea de temporada, quedando excluidas las ventas de quienes lo hacen para revenderlas durante el proceso de edificación o bien al finalizar mediante el otorgamiento de escritura a favor de un comprador diferente. La finalidad tuitiva de la Ley 57/1968 se afirman, entre otras, en las sentencias 540/2013, de 13 de septiembre, 778/2014, de 20 de enero de 2015, 779/2014, de 13 de enero de 2015, 780/2014, de 30 de abril de 2015, 781/2014, de 16 de enero de 2015, y 322/2015, de 23 de septiembre, todas de Pleno, y se compendia en la sentencia 142/2016, de 9 de marzo, del siguiente modo: "1.ª) Como dice la antes citada sentencia de Pleno de 20 de enero de 2015 (recurso 196/2013), la doctrina de esta Sala interpretativa de la Ley 57/1968 ha avanzado en la línea de interpretar dicha norma como pionera en la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada, varios años antes de que en 1978 la Constitución proclamara como principios rectores de la política social y económica el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47) y la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51). Según dicha sentencia, esta línea jurisprudencial se ha traducido en atenerse al rigor con el que la propia Ley 57/1968 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido para dotarla de plenos efectos civiles."

Como se desprende de la doctrina judicial expuesta, es la doble condición de ser el adquirente consumidor y adquirirla para un fin que no sea exclusivamente especulativo. Y es precisamente esta doble condición la que se cuestiona ante este Tribunal sobre la base de las apreciaciones contenidas en la Sentencia de instancia y que llevan al Juez a quo a desestimar ese fin especulativo, criterio que esta sala comparte porque no hay prueba bastante para deducir que la adquisición de la vivienda en el año 2005 fuera con finalidad especulativa, entendida ésta como excluyente de la finalidad residencial, de cualquiera clase y que corresponde conforme al artículo 217 de la LEC a la demandada.

En efecto, ningún dato objetivo se aporta para acreditar que la vivienda se adquiría exclusivamente para su reventa o alquiler. No se infiere desde luego porque el adquirente no resida en el

lugar y sea propietario de una vivienda en Orihuela al 50% con su mujer donde vive y un solar que no tiene la categoría de urbano, cuando la vivienda es adquirida, según declara el demandante y su esposa, para residir fines de semana y verano, pues la residencia temporal está amparada por la Ley citada. Tampoco puede presumirse por la titularidad de una empresa patrimonial con su esposa y ser socio de otra mercantil denominada "Entremasa" dedicada a la construcción de la que forman partes otros socios, cuando la vivienda se adquirió a título personal para uso vacacional y con anterioridad a la constitución de dicha sociedad.

En suma la condición de empresario o profesional inmobiliario del actor está huérfana de toda prueba el requisito de la habitualidad en tal mercado (STS 88/2017, de 15 de febrero) y la esencialidad y predominio en su economía como fuente de renta de tal actividad sea específico y diferente al formalizado con el resto de adquirentes, en modo tal que no cabe excluir, pues no consta lo contrario."

TERCERO.- Ausencia de aval y de resolución contractual.

BANCO SANTANDER, S.A. aduce que la demandante incurrió en negligencia al no haber exigido el correspondiente aval. También opone que el contrato no ha sido resuelto previamente por la demandante.

En este punto deben recordarse los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales sentados por el Tribunal Supremo:

1) La Ley 57/1968 impone al promotor garantizar la devolución de las cantidades entregadas, más el correspondiente interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con entidad aseguradora o por aval solidario prestado por entidad financiera inscrita, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014 y 24 de octubre de 2016).

2) Como principio general, se puede sentar que la omisión del aval o garantía, así como el depósito en una cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el art. 1º de la Ley 57/68, implica una vulneración grave y esencial de lo pactado (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2011, 10 de diciembre de 2012, 5 de febrero de 2013 y 7 de mayo de 2014).

3) Que ello es así porque es doctrina jurisprudencial reiterada que la obligación de garantía es una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2011, 10 de diciembre de 2012, 11 de abril de 2013, 7 de mayo de 2014, 20 de enero de 2015 y 30 de abril de 2015).

4) El artículo 1 de la repetida Ley permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el promotor vendedor y su aseguradora o avalista para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades que se hubieran anticipado, cuando se cumpla el presupuesto legal de no iniciación, no ejecución o no terminación de la obra en el plazo convenido (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2013, 7 de mayo de 2014, 20 de enero de 2015 del Pleno, 22 de abril de 2015, 30 de abril de 2015 del Pleno y 24 de octubre de 2016). No obstante lo anterior, la jurisprudencia también permite dirigirse únicamente contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2013, 7 de mayo de 2014, 30 de abril de 2015 del Pleno y 24 de octubre de 2016).

Así las cosas, constatado el incumplimiento grave que tiene la omisión del aval para resolver el contrato, y no siendo preceptiva la previa resolución del contrato por incumplimiento contra el promotor, las excepciones aducidas por BANCO SANTANDER, S.A. han de tener desfavorable acogida. Pues no puede imputarse a la parte actora el grave incumplimiento de la promotora de haber omitido el aval o garantía, y no es necesaria la previa resolución contractual para accionar contra la entidad bancaria en virtud de la Ley 57/1.968.

CUARTO.- Capacidad de control.

BANCO SANTANDER, S.A. alega que los ingresos se hicieron sin una mínima identificación de su causa, impidiendo a la entidad bancaria conocer que dichos ingresos obedecían a una futura vivienda en construcción, incluso cuestionando que dicho ingreso obedeciera a la adquisición de una vivienda.

Esta alegación tampoco puede ser estimada.

Respecto del nexo causal entre los ingresos y la adquisición de la vivienda, el bloque documental nº 3 acompañado a la demanda acredita los siguientes ingresos bancarios:

1.- El día 28 de agosto de 2003, un ingreso en efectivo en la entidad Banco Popular, S.A., por importe de 2.000 euros. Consta en dicho justificante bancario que la persona que efectúa el ingreso es la propia demandante, y que el concepto es "1ºB/Trastero3 Sótano 1º". Y este concepto se corresponde perfectamente con la vivienda que la demandante adquiriría en virtud del contrato (documento nº 2 de la demanda). En último lugar, se hace constar en el justificante bancario que la cantidad se ingresa en la cuenta bancaria que la mercantil [REDACTED] tenía en tal entidad bancaria.

2.- El día 17 de febrero de 2004, una transferencia bancaria por importe de 10.000 euros. Consta en dicho justificante bancario que la persona que efectúa la transferencia bancaria es la hija de la demandante [REDACTED] y que el concepto es "Entrada de piso". En último lugar, se hace constar en el justificante bancario que la cantidad se transfiere a la misma cuenta bancaria anterior (acabada en 4439) que la mercantil [REDACTED] S.L. tenía en tal entidad bancaria.

3.- 24 ingresos en efectivo efectuados entre los días 6 de marzo de 2004 y 7 de septiembre de 2007, por importe de 250,30 euros cada uno de ellos. Consta en dichos justificantes bancarios que la persona que efectúa los diferentes ingresos es la propia demandante, y que las cantidades se ingresaban en dos cuentas bancarias que la mercantil [REDACTED] tenía en la entidad bancaria Banco Popular, S.A. (terminadas en 5-63 y 3-34).

Entrando ya en los concretos motivos de oposición aducidos por la mercantil demandada, tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2017 (Sentencia nº 420/2017), *"La sala primera del Tribunal Supremo ha reiterado que la entidad garante no puede oponer como una excepción al pago que los ingresos se hayan hecho en una cuenta ordinaria y no en una cuenta especial, porque el ingreso en la cuenta especial no es un elemento necesario para que surja la obligación de la entidad de prestar la garantía por las cantidades anticipadas ingresadas en otra cuenta de la entidad (sentencias 174/2016, de 17 de marzo, 142/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 955), 733/2015, de 21 de diciembre, 779/2014, de 13 de enero de 2015, con cita de otras anteriores): «las cantidades objeto de protección por mor de la citada Ley 57/1968, son todas aquellas que fueron anticipadas por el comprador mediante el correspondiente ingreso en una cuenta bancaria, sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor-vendedor y la entidad bancaria como cuenta ligada a la línea de avales», y que "la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda -bien generalmente esencial para la vida-, que está en fase de planificación o construcción", por lo que, "para su aplicación, únicamente se exige como condición indispensable, que se hayan entregado sumas determinadas en concreto y que la construcción de la vivienda no se inició o no se concluyó, siendo accesorias y propias de dilucidar las otras cuestiones planteadas, entre el asegurador y el constructor"*».

De acuerdo con esta doctrina, incluso, 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 las cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad (sentencias 142/2016, de 9 de marzo, 733/2015, de 21 de diciembre (RJ 2015, 5403))."

Además, tampoco puede obviarse que la entidad bancaria conocía (o al menos debía conocer) que la promotora [REDACTED] era una mercantil que tenía por objeto la promoción de viviendas. Pues su propia denominación social así lo deja ver. E igualmente era conocedora de las entregas efectuadas por la demandante en las cuentas bancarias de la promotora (vid. bloque documental nº 3 acompañado a la demanda). Debe recordarse en este punto la reiteradísima jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo sobre el control que las entidades bancarias deben llevar sobre las cuentas bancarias aperturadas a quienes se dedican profesionalmente a la construcción de viviendas (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 21 de diciembre de 2015, 9 de marzo de 2016, 29 de junio de 2016 y 4 de julio de 2017, entre otras).

Así las cosas, el bloque documental nº 3 acompañado a la demanda refleja que la mercantil [REDACTED] tenía abiertas unas cuentas bancarias en la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. Por otro lado, la propia entidad demandada reconoce en el Hecho Segundo de su escrito de contestación a la demanda que no tiene suscrita ninguna línea de avales con la mercantil [REDACTED].

Todos estos datos reflejan:

- a) Que la entidad bancaria demandada conocía que la mercantil [REDACTED] tenía unas cuentas abiertas en su entidad.
- b) Que conocía (o al menos debía conocer) que la mercantil [REDACTED] era una mercantil que tenía por objeto la promoción de viviendas. Pues su propia denominación social así lo deja ver.
- c) Que era conocedora de las entregas efectuadas por la demandante en las cuentas bancarias de la promotora (vid. bloque documental nº 3 de la demanda).
- d) Que era conocedora del enorme trasiego de cantidades que se iban ingresando por la demandante en las cuentas bancarias pertenecientes a la mercantil [REDACTED]. Pues del bloque documental nº 3 aportado con la demanda se desprende que se efectuaron 26 ingresos por la demandante (entre ingresos en efectivo y transferencias) entre los meses de agosto de 2003 y septiembre de 2007 en las cuentas bancarias que la mercantil [REDACTED] tenía en la entidad bancaria demandada.
- e) Que, a pesar de todo lo anterior, no tenía suscrita ninguna línea de avales con la mercantil [REDACTED].

Con todos estos mimbres resulta conveniente traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 2016 (Sentencia nº 142/2016). Pues dicha resolución condena incluso a una entidad bancaria distinta a aquella cuyo número de cuenta figuraba en el contrato, y en la que el comprador efectuó ingresos a cuenta de la vivienda. La mencionada sentencia establece, en lo que aquí interesa, que:

"3.ª) En cuanto a la exigencia de cuenta especial y la relevancia que ha de darse a su omisión, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de Pleno de 13 de enero de 2015, recurso 779/2014, y 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 2017), recurso 520/2013 -con cita de una anterior de 8 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2731)-) ha concluido que «las cantidades objeto de protección por mor de la citada Ley 57/1968, son todas aquellas que fueron anticipadas por el comprador mediante el correspondiente ingreso en una cuenta bancaria, sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor-vendedor y la entidad

bancaria como cuenta ligada a la línea de avales», y que «la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda - bien generalmente esencial para la vida-, que está en fase de planificación o construcción», por lo que, «para su aplicación, únicamente se exige como condición indispensable, que se hayan entregado sumas determinadas en concreto y que la construcción de la vivienda no se inició o no se concluyó, siendo accesorias y propias de dilucidar las otras cuestiones planteadas, entre el asegurador y el constructor».

4.ª) Definiendo aún más la responsabilidad de los bancos y cajas de ahorro a que se refiere la condición 2.ª del art 1 de la Ley 57/1968, la STS 21 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5403) (recurso 2470/2012), dictada en un caso muy similar al presente, fija 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.»

Así las cosas, la entidad bancaria recibió los ingresos de la demandante en las cuentas bancarias que la mercantil [REDACTED] tenía abiertas, sin exigir a esta última mercantil la apertura de la correspondiente cuenta especial y garantía. Por ello, debe responder frente a la demandante de las sumas por ella depositadas. Todo ello con independencia de las acciones que posteriormente pueda ejercitar la entidad bancaria contra la mercantil [REDACTED].

En este mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Secc. 1ª, de fecha 21 de noviembre de 2016 (Sentencia nº 454/2016), establece:

“Sin embargo a pesar de ello la Caixa admitió dichos ingresos y por ello permitió que quedaran fuera del control propio de la cuenta especial, quedando en una posición especialmente cómoda pues ingresaba capital, permitía a su cliente disponer libremente del mismo a pesar de conocer de su origen y destino, no prestaba ningún tipo de aval o garantía y, en definitiva, se desentendía de dichas cantidades en claro perjuicio de los consumidores que compraban, por lo que puede decirse que colaboraban, cuando menos pasivamente, en el incumplimiento por parte del promotor de las obligaciones derivadas de la Ley 57/1968 (RCL 1968, 1335), lo que los hace responsables de los ingresos aceptados en la cuenta ordinaria titularidad de la promotora.”

En definitiva, el motivo de oposición aducido por la mercantil demandada debe ser desestimado.

QUINTO.- Falta de legitimación pasiva y doctrina del retraso desleal.

BANCO SANTANDER, S.A. alega falta de legitimación pasiva, considerando que la contratación se llevó a cabo entre la demandante y la mercantil [REDACTED] no siendo parte en el contrato la entidad bancaria demandada.

Este motivo de oposición también debe correr igual suerte desestimatoria. Con independencia de que la entidad bancaria formara parte o no del contrato, la acción contra ella dirigida en el presente procedimiento estriba en el depósito de unas cantidades en unas cuentas bancarias abiertas en su entidad. Para el éxito de esta acción no se precisa que la entidad bancaria formara parte del contrato, ni que el concreto número de cuenta apareciera en el contrato. Basta con que la entidad bancaria permitiera a los diferentes compradores ingresar las cantidades en la cuenta de la promotora.

Así, deben darse por reproducidos los razonamientos contenidos en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 2016 (Sentencia nº 142/2016). Por ello, la omisión del aval o garantía, así como el depósito en una cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el art. 1º de la Ley 57/68, implica una vulneración grave y esencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2011, 10 de diciembre de 2012, 5 de febrero de 2013 y 7 de mayo de 2014).

Y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la Ley 57/1968, dicha garantía (sea seguro o aval, y en este último caso aunque no se haya llegado a extender un aval individualizado, según el criterio fijado por la sentencia de pleno 322/2015, de 23 de septiembre) subsiste mientras la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido, de manera que la falta de entrega de la vivienda en plazo, conforme al art. 3 de dicha ley, permite al cesionario optar por la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta y exigir dicha devolución directamente a la entidad garante.

En último lugar, BANCO SANTANDER, S.A. cuestiona el devengo de intereses, invocando la doctrina del retraso desleal en el ejercicio del derecho por la demandante.

Y este motivo de oposición ya ha sido examinado y desestimado por nuestra Ilma. Audiencia Provincial de Murcia (Secc. 1ª) en su sentencia nº 29/2022, de 24 de enero. Dicha resolución establece:

“28.- El siguiente motivo planteado, ya de forma exclusiva por Banco de Santander, es el relativo a la pretensión de aplicar en este caso la doctrina del retraso desleal en el ejercicio del derecho, al considerar que existe una apariencia de no reclamar la cantidad anticipada a cuenta, al haber pasado diez años desde el ingreso hasta la presentación de la demanda, además de no haber resuelto el contrato.

29.- Para apreciar la existencia de un retraso desleal, como señalábamos en la SAP Murcia (1ª) 116/19, de 25 de marzo, es precisa la concurrencia de los siguientes elementos:

a.- En primer lugar, se exige que haya transcurrido un periodo de tiempo. Dicho periodo de tiempo debe ser ponderado en relación a las circunstancias del caso, y en función de la clase de derecho y a la intensidad de la confianza suscitada. En el presente caso, el contrato de reserva de la vivienda se firmó en el año 2006 y no consta reclamación extrajudicial alguna hasta 2019 (documento 11 de la demanda). La demanda se presentó en 2020. Por tanto, ha transcurrido un periodo de trece años desde el pago a la reclamación extrajudicial. No obstante, este hecho, por sí solo no permite apreciar la doctrina del retraso desleal, pues deben concurrir los otros dos requisitos que se examinan a continuación.

b.- En segundo lugar, se exige una inactividad del deudor en la omisión del ejercicio del derecho, a los efectos de generar la confianza que constituye la tercera de las exigencias legales. Y este requisito no puede entenderse como cumplido en este caso. No podemos dejar de lado que estamos ante una cooperativa y que, en el año 2006, cuando se firma el contrato de reserva el propio inicio de la promoción estaba condicionado al cumplimiento de las condiciones suspensivas prevista en el apartado 6º de dicho contrato: suscripción de un convenio urbanístico con el Ayuntamiento de Lorca y realización de al menos 200 reservas. Ello implica que hasta que no se cumpliesen dichas condiciones, para lo que se fijó el 9 de mayo de 2007, no se perfeccionaba la reserva ni se adquiría la condición de socio de la cooperativa. No obstante, aunque no se sabe si se cumplieron dichas condiciones, lo cierto es que la cooperativa siguió en funcionamiento y el actor adquirió la condición de socio. El ejercicio de las acciones contra la entidad de crédito sólo podría llevarse a cabo cuando fuese imposible el cumplimiento del fin propuesto por la cooperativa, esto es la construcción de la promoción de viviendas, constando en las actuaciones certificación del año 2019, de los arquitectos (documento nº 9 de la demanda) sobre la imposibilidad de construir. Además, ha existido un procedimiento concursal previo, iniciado igualmente en el año 2019 (documento nº 2 de la contestación de Banco de Santander), por lo que es en esta fecha cuando ya se alcanza la convicción de la imposibilidad de cumplir el fin social. Por ello, no puede hablarse de retraso alguno en la presentación de la demanda.

c.- El último requisito implica la existencia de una confianza en el deudor de que el crédito no será ejercitado. Dificilmente puede hablarse en este caso de dicha confianza, pues para ello sería preciso que la entidad de crédito demandada conociese algo que ha negado en su propia contestación, esto es, que las cantidades ingresadas a cuenta no se correspondían a anticipos de contratos de compraventa sino a otro tipo de ingresos en la cuenta. No se puede, seriamente, sostener estas alegaciones y después pretender decir que confiaban en que no se les reclamase cantidad alguna por este concepto. Además, para que se diese dicha confianza sería necesario que hubiese una relación estable entre la apelante y el actor, de forma que aquella pudiese apreciar en la conducta de este una pasividad que generase la creencia de la falta de reclamación en un futuro. Por el contrario, no se da tal relación, limitada exclusivamente al ingreso en efectivo de los doce mil euros, por lo que no puede hablarse de la existencia de tal confianza. Procede, en consecuencia, la desestimación de este motivo.”

Y en similares términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Secc. 1ª, de fecha 25 de octubre de 2021 (Sentencia nº 292/2021) establece:

“Conforme a la sentencia del Tribunal Supremo nº 274/2019, de 21 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1974), citada “los intereses que deben restituirse legalmente son remuneratorios de las cantidades

entregadas y, por tanto, serían exigibles desde su entrega", p.ej. sentencia 420/2017, de 4 de julio (RJ 2017, 3684)) y "hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, conforme a lo previsto en la normativa aplicable tras la modificación introducida por la d. adicional 1.ª c) LOE (RCL 2006, 910))" (sentencia 636/2017, de 23 de noviembre (RJ 2017, 5067), reiterando lo acordado por sentencia 142/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 955) en cuanto al régimen aplicable en materia de intereses).

No se aprecia el retraso desleal. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo nº 127/2017, de 24 de febrero de 2017 (RJ 2017, 660), "En la sentencia 163/2015, de 1 de abril (RJ 2015, 2362) dijimos que: «(E)l 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 (LEG 1889, 27)). 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 (RJ 2012, 6719))".

La actuación de los demandantes no se considera que sea contraria al principio de la buena fe, ni desleal con relación a la entidad de crédito apelante, no habiéndose acreditado ningún acto de aquellos que pudiese generar en ésta la confianza de que renunciaban a su derecho, no siendo suficiente al respecto el tiempo transcurrido desde la fecha en que debía entregarse la vivienda y la reclamación judicial que ha formulado, por lo que ha de estimarse la demanda y el recurso de apelación interpuesto."

Y aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al supuesto de autos debe concluirse que tampoco debe apreciarse el retraso desleal. Pues la demandante fue efectuando ingresos en las cuentas bancarias de la promotora hasta el mes de septiembre de 2007. El documento nº 7 de los acompañados a la demanda refleja que la promotora [REDACTED] solicitó, en el mes de septiembre de 2010, al Excmo. Ayuntamiento de Lorca la licencia de primera ocupación, sin que la misma conste emitida a fecha 11 de junio de 2020. Y la demanda rectora del presente procedimiento se interpuso el día 13 de noviembre de 2020. Y con estos datos fácticos no puede considerarse que exista un retraso desleal en el ejercicio de sus derechos por la demandante.

En conclusión, la demanda debe prosperar íntegramente por el importe reclamado de 18.007,20 euros, con los intereses legales correspondientes desde las entregas de las cantidades referidas.

SEXTO.- Costas.

El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Descendiendo al supuesto de autos, en aplicación del criterio del vencimiento absoluto, las costas se imponen a la demandada BANCO SANTANDER, S.A.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación

PARTE DISPOSITIVA

SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA formulada por el Procurador de los Tribunales Don Salvador Díaz González de Heredia, en nombre y representación de Doña [REDACTED], contra la mercantil BANCO SANTANDER, S.A.

DEBO CONDENAR Y CONDENO A LA MERCANTIL BANCO SANTANDER, S.A. A INDEMNIZAR A [REDACTED] en la suma de DIECIOCHO MIL SIETE EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS DE EURO

(18.007,20 €). Esta cantidad devengará el interés legal correspondiente, desde las diferentes fechas en que fue depositada en la entidad bancaria.

Se imponen las costas causadas en el presente procedimiento a BANCO SANTANDER, S.A.

Librese y únase testimonio de esta resolución a las actuaciones con inclusión del original en el Libro de Sentencias.

Notifiquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de **veinte días** contados desde el día siguiente de la notificación de aquella. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículos 456.2 y 458 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de **50 euros**, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirse ingresando la citada cantidad en la cuenta de este expediente con número Datos de Órgano Judicial, de la entidad Datos de Órgano Judicial, indicando, en el campo "concepto", la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio, la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones, la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así lo acuerda, manda y firma [REDACTED]
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Lorca.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado, doy fe.

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

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.

