

Roj: **SAP V 3277/2019 - ECLI: ES:APV:2019:3277**Id Cendoj: **46250370082019100246**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Valencia**Sección: **8**Fecha: **11/09/2019**Nº de Recurso: **383/2018**Nº de Resolución: **425/2019**Procedimiento: **Recurso de apelación**Ponente: **PEDRO LUIS VIGUER SOLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 383/18

SENTENCIA Nº 000425/2019

SECCIÓN OCTAVA ===== Iltmos/as. Sres/as.: **Presidente D. PEDRO LUIS VIGUER SOLER Magistrados/as Dª Mª ANTONIA GAITÓN REDONDO Dª Mª FE ORTEGA MIFSUD**
=====

En la ciudad de VALENCIA, a once de septiembre de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO LUIS VIGUER SOLER, los autos de Juicio Ordinario [ORD] nº 1291/16, promovidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 23 de VALENCIA, por D. Pedro Jesús representado en esta alzada por el Procurador D. JUAN CARLOS MILLAN ZAPATER y dirigido por el Letrado D. AGRON BIRAKU contra CAIXABANK, S.A. representada en esta alzada por la Procuradora Dª. MARGARITA SANCHIS MENDOZA y dirigida por el Letrado D. PEDRO SÉRVULO GONZÁLEZ MORENO y contra SAEZ PROMOCIONES MANISES, S.L., pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Jesús .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1ª Instancia nº 23 de VALENCIA, en fecha 15-2-18 , contiene el siguiente: "FALLO: Que DESESTIMANDO la demanda deducida por D. **Pedro Jesús** , representado por el Procurador D. JUAN CARLOS MILLÁN ZAPATER, contra la mercantil **SÁEZ PROMOCIONES MANISES S.L.**, declarada en rebeldía, y contra la mercantil **CAIXABANK S.A.**, representada por la Procuradora Dª MARGARITA SANCHIS MENDOZA, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a las demandadas de las pretensiones contra las mismas planteadas. No ha lugar a hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO .- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por D. Pedro Jesús , que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 9 de Septiembre de 2019.

TERCERO .- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- **Objeto del recurso.**- El demandante D. Pedro Jesús formuló demanda contra la promotora SAEZ PROMOCIONES MANISES S.L. y CAIXABANK S.A. en la que solicitaba que se declarara la resolución del contrato privado de compraventa celebrado entre el actor y la promotora demandada en fecha 8 de septiembre de 2006 condenando a ésta a restituir al actor de la suma de 126.221,64 € en concepto de sumas entregadas a cuenta, y solidariamente a la entidad bancaria demandada, la suma de 81.855,87 € entregada a la promotora demandada a través de la cuenta bancaria de la entidad demandada, más los intereses legales, y al pago de las costas procesales.



La promotora demandada fue declarada en rebeldía y CAIXABANK S.A. alegó en la contestación a la demanda su falta de legitimación pasiva, la inaplicación en el caso de la Ley 57/68, la caducidad del aval y la inexistencia de responsabilidad de CAIXABANK S.A., así como carecer el actor de la condición de consumidor, la vulneración por éste de la doctrina de los actos propios y el retraso desleal en el ejercicio del derecho, solicitando la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

La sentencia de instancia desestimó la demanda -aunque sin imposición de costas dada la concurrencia de dudas de hecho-, argumentando en síntesis que la vivienda había sido entregada al actor, que la ocupaba desde el año 2012, por lo que no cabría ni la resolución del contrato ni la condena de CAIXABANK S.A., tercera ajena a los pactos entre el actor y la promotora.

El demandante interpuso recurso de apelación alegando en cuanto al fondo, error en la valoración de la prueba, al considerar que no hubo entrega formal de la vivienda con el consiguiente incumplimiento de sus obligaciones de la promotora demandada como vendedora así como el incumplimiento por CAIXABANK S.A. de las obligaciones derivadas de la Ley 57/68, por lo que solicitó la estimación del recurso, la revocación de la sentencia impugnada y la estimación de la demanda, con condena en costas a la parte demandada. También alegó la infracción de normas y garantías procesales e indefensión por al no haber aportado CAIXABANK S.A. la prueba documental solicitada y no haberse practicado la prueba testifical admitida ni siquiera como diligencia final, solicitando la celebración de vista.

La entidad bancaria apelada se opuso al recurso de apelación, considerando que no se había producido ninguna infracción de normas procesales, que la valoración de la prueba en la sentencia impugnada es correcta, que CAIXABANK S.A. no ha incumplido la Ley 57/68 la cual no sería aplicable al haber concluido la edificación y haber sido entregada la vivienda y no haber ingresado el demandante ninguna suma en cuenta alguna de la promotora en CAIXABANK S.A., que por tanto carecía de cualquier capacidad de control, negando de nuevo la condición de consumidor del actor y reiterando la vulneración de la doctrina de los actos propios y el retraso desleal en el ejercicio del derecho por el mismo, solicitando la desestimación del recurso formulado de adverso con imposición de costas al actor, si bien al propio tiempo impugnó la sentencia en cuanto al pronunciamiento relativo a la no imposición de las costas procesales por concurrir dudas de hecho, solicitando en este punto la revocación de la sentencia. Conferido traslado al actor se opuso a dicha impugnación y solicitó su desestimación con imposición de costas a la entidad demandada impugnante. La celebración de vista fue denegada por auto de fecha de junio de 2019.

SEGUNDO .- Del recurso de apelación.- En lo referente al recurso de apelación, conviene señalar, como ha reiterado esta Sala, que dicho medio de impugnación se configura como "*revisio prioris instantiae*" o revisión de la primera instancia, que atribuye al tribunal de la segunda, el control de lo actuado en la primera, con plenitud de cognición, tanto en lo que afecta los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*) y, en este sentido, podemos citar las SSTs de 15 de junio y 15 de diciembre de 2010, 7 de enero y 14 de junio de 2011 entre las más recientes. En definitiva, como señala la STS de 21 de diciembre de 2.009: "el órgano judicial de apelación se encuentra, respecto de los puntos o cuestiones sometidas a su decisión por las partes, en la misma posición en que se había encontrado el de la primera instancia". Criterio reiterado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2011, nº de recurso 1272/2007, Ponente don Francisco Marín Castán y la STS de 14 de junio de 2011 (nº recurso 699/2008).

Además la jurisprudencia tiene declarado que si bien es cierto que la apelación autoriza al juez o tribunal "ad quem" a revisar la efectuada por el juez de instancia, el hecho de que la apreciación por éste lo sea de las practicadas a su presencia y con respeto a los principios de inmediación, publicidad y contradicción, determina, por lo general que la misma deba respetarse, con la única excepción de que la conclusión fáctica a la que así se llegue carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio traído a su presencia, o se demuestre manifiesto error, o cuando se alcancen conclusiones arbitrarias o absurdas (SS. del T.C. 169/1990, 211/1991 y 283/1993, entre otras muchas), ya que como tiene dicho el TS (SS de 18-5-1990, 4-5-1993, 9-10-191996, 7-10-1997, 29-7-1998, 24-7-2001, 20-11-2002, 23-3-2006 y 5-12-2006, entre otras), esa valoración es facultad que corresponde única y exclusivamente al juez "a quo" y no a las partes litigantes.

También es preciso señalar que el proceso valorativo de las pruebas incumbe a los órganos judiciales exclusivamente y no a las partes que litigan, a las que les está vedada toda pretensión tendente a sustituir el criterio objetivo e imparcial de los jueces por el suyo propio, dada la subjetividad de éstas por razón de defender sus particulares intereses, además de que, dentro de las facultades concedidas al efecto a jueces y tribunales, éstos pueden conceder distinto valor a los medios probatorios puestos a disposición e incluso optar entre ellos por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos, debiendo, por tanto, ser respetada la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia



o a las reglas de la sana crítica, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, debiendo únicamente ser rectificado cuando en verdad sea ficticio, bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones, ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador a quo, lo que no sucede cuando la valoración que efectúa el juez a quo resulta correcta en relación al resultado de la prueba practicada y motivada en la argumentación de la sentencia que evidencie el análisis detallado y exhaustivo llevado a cabo, por lo que inicialmente cabrá entender que lo pretendido por el recurrente no es sino sustituir la apreciación imparcial y objetiva del juez por la suya propia que, como es lógico, resulta parcial e interesada y a la vista de la fundamentación de la resolución combatida, entiende que, en estas circunstancias, es de aplicación la doctrina jurisprudencial dimanante tanto del Tribunal Constitucional (SS. del T.C. 174/1987 , 11/1995 , 24/1996 , 115/1996 , 105/1997 , 231/1997 , 36/1998 , 116/1998 , 181/1998 , 187/2000 , 171/2002 y 196/2005), como de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SS. del T. S. de 5-10-1998 , 19-10-1999 , 3-2-2000 , 23-3-2000 , 28-3-2000 , 30-3-2000 , 9-6-2000 , 21-7-2000 , 2-11-2001 , 23-11-2001 , 30-4-2002 , 20-12-2002 , 24-2-2003 , 2-10-2003 , 9-2-2004 , 3-3-2004 y 27-6-2006). Por otro lado el TS permite la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma haya de ser confirmada y precisamente, porque en ella se exponen argumentos correctos y bastantes que fundamentan en su caso la decisión adoptada, de forma que en tales supuestos y cual precisa la SS. del T.S. de 20-10-2007 subsiste la motivación de la sentencia de instancia puesto que la asume explícitamente el Tribunal de segundo grado. En consecuencia, si la resolución de primer grado es acertada, la que la confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir argumentos, pues en aras de la economía procesal (SS.T.S. de 16-10-1992 , 5-11-1992 , 19-4-1993 , 5-10-1998 , 30-3-1999 y 19-10-1999), debe corregir sólo aquello que resulte necesario.

TERCERO .- De la resolución del contrato .- Entrando en el fondo del recurso, en primer lugar debe analizarse en esta alzada la impugnación de la sentencia en lo relativo a acción resolutoria ejercitada respecto al contrato privado de compraventa celebrado en fecha 8 de septiembre de 2006 por el que la promotora demandada vendió al actor la vivienda sita en Benaguasil CARRETERA000 , Carrer DIRECCION000 (hoy CALLE000 nº NUM000) de 97,97 m2 finca registral nº NUM001 del Registro de la Propiedad de Benaguasil- (documento nº 1 de la demanda), resolución que solicita el actor alegando el incumplimiento del contrato por parte de la citada vendedora-promotora (en rebeldía en esta litis) al no haber descontando los pagos realizados a cuenta por el demandante por importe de 126.221,64 €, sin que solicitara de la entidad bancaria que redujera la carga hipotecaria del inmueble, por un lado, y además, por no haber adoptado las oportunas garantías para asegurar dichos anticipos conforme establece el art. 1.2º de la Ley 57/68 lo que ha implicado que sin bien ha sido terminada la vivienda no haya podido serle entregada ni tampoco haya recuperado los anticipos entregados. La sentencia dictada en la instancia, niega dicha pretensión resolutoria al estimar en síntesis que la edificación quedó concluida y que al actor se le entregó materialmente la vivienda, que ocupa desde 2012, por lo que no cabría hablar de incumplimiento de la citada ley. Este es fundamentalmente el argumento que lleva a desestimar la demanda en cuanto a la resolución solicitada y que ahora combate el actor apelante.

Pues bien; sentado el objeto del litigio y del recurso, esta Sala no comparte la conclusión a la que llega la juzgadora de instancia, fundamentalmente porque no cabe hablar en este caso de verdadera entrega de la cosa objeto del contrato, es más, la prueba practicada lleva a concluir todo lo contrario, esto es, que la vivienda nunca ha sido formalmente entregada habiendo incumplido la promotora vendedora su esencial obligación derivada del contrato suscrito. Es cierto que el demandado ocupa la vivienda desde el año 2012, si bien se trata de una ocupación meramente material o física, pero no jurídica, porque a pesar de que el comprador ha cumplido sus obligaciones realizando numerosas entregas a cuenta que suman la importante cantidad antes indicada de 126.221,64€, no ha habido verdadera entrega porque no ha sido posible la subrogación en el préstamo hipotecario, ni el otorgamiento de la escritura pública ni la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad a nombre del actor por causas sólo imputables a la promotora codemandada. En realidad se trata de una mera ocupación "irregular" a la que se vio obligado el actor por motivos personales por tener necesidad de residir en la vivienda, siendo de destacar además que el actor ha sufrido numerosas vicisitudes al haberse incoado el procedimiento hipotecario nº 594/2011 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Liria como consecuencia de la acción ejecutiva ejercitada por la entidad bancaria frente a la promotora - que no accedió a la subrogación del préstamo hipotecario a favor del comprador al negarse dicha entidad a aplicar al préstamo hipotecario las sumas entregadas por el demandante, que no reconoce acción que ejercitó precisamente en su condición de entidad que financió la promoción, procedimiento en el que el comprador, como poseedor de la finca, solicitó la nulidad de actuaciones, posteriormente denegada (documentos nº 1 a 4 de la demanda y folios 126 y ss). Finalmente la vivienda ha sido adjudicada a un tercero en fecha 2 de febrero de 2015, si bien en virtud de auto de fecha 10 de octubre de 2016 que obra en autos aportado por la entidad bancaria demandada -folios 162 a 165- el juzgado ha denegado el lanzamiento y autorizado al comprador a ser mantenido en la posesión. Aparte de ello la vivienda ha sido embargada por la TGSS y el comprador se ha visto obligado a plantear una tercería de dominio administrativa (folios 101 a 103) y paralelamente ha formulado querrela contra los administradores de la sociedad demandada (folios 77 a 83), lo que ha dado lugar a la



incoación del procedimiento abreviado nº 120/2014 del Juzgado e 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Quart de Poblet en el que se ha dictado auto de apertura de juicio oral de fecha 23 de febrero de 2015 por delitos de apropiación indebida y estafa (folios 108 y 109).

A la vista de lo anteriormente expuesto es indudable que la entidad demandada ha incumplido su principal obligación, que era la entrega de la cosa al comprador conforme al art. 1461 Cc , y la no menos importante y complementaria de garantizar al comprador la pacífica posesión de la misma recogida en el art. 1474 Cc ; y en orden a esta primera y esencial obligación de entrega que incumbe al vendedor las SsTS de 17 de abril de 1964 , de 4 de enero de 1.989 y la de 4 de noviembre de 1992 estiman que la obligación de entrega impone a éste no solo dar la cosa vendida, sino que en armonía con el art. 1.462 para que se produzca la real y efectiva entrega jurídica de lo vendido se precisa que el vendedor entregue los títulos de pertenencia y cuantos informes y elementos sean necesarios, que debe tener aquel a su disposición para la eficacia del derecho transmitido e inscripción en el Registro correspondiente. Por lo tanto no sólo a tenor de lo dispuesto en el artículo 1461 del Código Civil en relación con los artículos 1462 y 1464 del mismo texto legal , sino también de los términos acordados en el propio contrato aportado con la demanda se desprende la principal obligación del vendedor de facilitar la subrogación en el préstamo hipotecario y entregar al comprador el inmueble mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública necesaria para que se produzca la real y efectiva entrega jurídica de lo vendido. En suma, la obligación de entrega del promotor-vendedor ha de entenderse en su aspecto no solo físico sino jurídico, permitiendo que la vivienda se adquiera definitivamente y se ocupe "legalmente" por el comprador, que los suministros se contraten de forma regular, y, en definitiva, que éste disponga de la pacífica posesión de la cosa y pueda ejercer sus derechos sobre la vivienda adquirida libremente, sin obstáculos legales y desde luego sin sobresaltos e incertidumbres. En el caso el actor ha entregado cantidades a cuenta que se han perdido, ha tenido que hacer frente a un embargo y un procedimiento hipotecario, y de hecho ha perdido la vivienda, que ya ha sido adjudicada en subasta a un tercero, que es lo más alejado de una pacífica posesión por lo que nos hallamos ante un grave y flagrante incumplimiento por la entidad promotora-vendedora de sus obligaciones ante la ausencia de entrega, ya que como se desprende de los documentos aportados a la demanda, a pesar de que el comprador cumplió sus obligaciones y realizó los pagos a cuenta pactados hasta alcanzar la importante suma de 126.221,64 €, la promotora no descontó los mismos de la responsabilidad hipotecaria, por lo que no ha sido posible la subrogación en el préstamo hipotecario ni el otorgamiento de la escritura pública ni la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad, es decir, no se ha permitido al demandado culminar la adquisición de la propiedad de la vivienda, ya que la entidad demandada no reconoce dichos pagos a cuenta, cantidades que indudablemente el demandante ha perdido ante la insolvencia de la promotora demandada.

Por otro lado, la entidad vendedora incurrió en otro incumplimiento grave al no haber asegurado o avalado las cantidades entregadas a cuenta por el comprador demandante garantizando su reintegro en caso necesario, incumpliendo la obligación que le incumbía con arreglo al art. 1.2º de la Ley **57/68** , ni haber abierto la cuenta especial a que se refiere dicho precepto, obligación que según ha señalado reiteradamente la jurisprudencia tiene no tiene carácter accesorio sino "esencial", y entre otras cabe citar la STS de 2 de febrero de 2017 a la que alude la sentencia recurrida, que a su vez cita las SsTS de 25 octubre 2011 , 10 de diciembre de 2012 , 5 de febrero , 11 de abril y 19 julio de 2013 y 29 de enero de 2014 , 6 y 20 de enero , 30 de abril y 15 de septiembre de 2015 y 12 de julio de 2016 . El hecho que la promoción haya terminado no impide llegar a dicha conclusión pues como ya se ha indicado la vivienda no ha sido formalmente entregada ni el actor ha podido culminar la adquisición de la propiedad pese a los pagos a cuenta realizados, vivienda que ha perdido precisamente por no haber sido garantizados en su momento con arreglo a la Ley **57/68**.

En suma, ante el grave incumplimiento por parte de la empresa vendedora-promotora demandada no cabe sino concluir que se dan todos los requisitos para que prospere la acción resolutoria, a saber: 1) La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2) La reciprocidad en las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; 3) El incumplimiento grave por la parte demandada -en este caso vendedora- de las obligaciones que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este comportamiento incumplidor al libre arbitrio judicial; 4) La existencia de una conducta que de modo indubitado, definitivo e irreparable lo origine, conducta que tradicionalmente se definía como deliberadamente rebelde; 5) Que se trate de obligaciones esenciales, no carácter accesorio o complementario, con relación a las prestaciones y contraprestaciones que constituyan el objeto principal del contrato; y 6) El cumplimiento por el demandante (en el caso el comprador) de las obligaciones que le concernían contractualmente, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior de su contratante, pues la conducta de este es lo que motiva el derecho resolutorio de su adversario y lo libera de su compromiso - TS 1ª SS de 21 de marzo de 1986 , 29 de febrero de 1988 , 28 de febrero de 1989 , 16 de abril de 1991 , 4 de junio de 1992 , 22 de marzo y 3 de junio de 1993 , 21 de marzo de 1994 , 27 de diciembre de 1995 , 16 de mayo y 30 de octubre de 1996 , entre otras muchas-, de manera que de producirse la resolución contractual se debe volver al estado jurídico preexistente,



retornando al estado anterior, con reintegro por cada parte contratante de las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, o lo que es lo mismo, los efectos de la resolución contractual se producen "ex tunc" - T.S. 1ª S. de 10 de julio de 1998 -, a todo lo cual debemos añadir como la resolución sólo puede solicitarla el que ha cumplido por su parte - TS 1ª SS. de 19 de febrero de 1969, 3 de junio de 1970, 5 de junio de 1981, 22 de marzo, 25 de junio y 22 de octubre de 1985, 17 y 31 de marzo, 14 de abril y 30 de junio de 1986, 3 de febrero de 1989, 20 de marzo y 20 de diciembre de 1993, 10 de enero y 9 de mayo de 1994, 24 de noviembre de 1995, 24 de septiembre de 1997 y 6 de febrero y 5 de julio de 1999 -, debiendo entenderse que el problema del cumplimiento o incumplimiento es de orden fáctico - T.S. 1ª SS. de 12 de junio de 1986 y 8 de noviembre de 1997 -, resaltándose por la reciente jurisprudencia que la resolución a la que alude el artículo 1124 del Código Civil no requiere una actitud dolosa al incumplidor, bastando simplemente con que haya un incumplimiento inequívoco y persistente resistencia al cumplimiento, y bastando con que al incumplidor pueda atribuírseles una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, siendo aconsejable la resolución cuando quede frustrado el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del interesado contratante, marcando el requerimiento practicado el momento en que nace la resolución - T.S. 1ª SS. de 7 de julio de 1987, 3 de octubre y 20 de diciembre de 1989, 21 de julio de 1990 y 15 de febrero, 11 de marzo, 7 de junio y 2 y 16 de julio de 1991 y 2 de junio de 1992 -. La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 resume la doctrina jurisprudencial sobre la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega, señalando que el incumplimiento que constituye el presupuesto de la resolución de contratos con obligaciones recíprocas (art. 1124 CC), de acuerdo con la jurisprudencia más reciente (SSTS de 14 de junio de 2011 y 21 de marzo de 2012) ha de ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento, pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte (STS de 9 de julio de 2007, 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006 y 22 de diciembre de 2006), cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 (2.b)) cuando se "priva sustancialmente" al contratante, en este caso, al comprador, "de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato", y en el caso de la compraventa, cuando se priva al comprador de recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, en el estado que se hallaba al estipularse el contrato (artículo 1468) y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza, pues, no en vano, y como ya se ha indicado, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC en relación con el artículo 1445 CC).

Por todo lo expuesto procede estimar la acción resolutoria ejercitada por el demandante comprador frente a la entidad vendedora-promotora, ya que ésta incumplió gravemente sus obligaciones, considerando esta Sala que el hecho que el demandante haya entrado en la posesión "de facto" de la finca ante los problemas y vicisitudes que ha generado la compraventa de autos y que se hayan sido sucediendo e incluso incrementando con el tiempo no impide que dicho incumplimiento exista y persista, sea grave y haya determinado en definitiva que el actor no haya podido subrogarse en el préstamo hipotecario, ni recibir la pacífica posesión de la cosa al no haberse otorgado la escritura pública pertinente ni haber sido inscrita la vivienda en el Registro de la Propiedad perdiendo los anticipos realizados al no haber cumplido la promotora su obligación de adoptar las oportunas garantías de la Ley 57/68. En suma y en este concreto punto el recurso de apelación debe ser estimado.

CUARTO .- De la responsabilidad de la entidad bancaria codemandada conforme a la Ley 57/68.- La segunda pretensión la formuló el comprador frente a la entidad bancaria codemandada CAIXABANK S.A. en su demanda desestimada, ahora objeto de apelación, alegando que dicha entidad tampoco cumplió las obligaciones que le incumbían ex art. 1.2º Ley 57/68 y jurisprudencia que lo interpreta, al considerar que no había garantizado las sumas entregadas a cuenta por los compradores en la promoción en la que se halla la vivienda de autos, de modo que ni avaló las referidas sumas ni controló dichos anticipos ni abrió la cuenta especial y separada a que se refiere el precepto, debiendo responder solidariamente con la promotora vendedora de las cantidades anticipadas con arreglo a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sin perjuicio de otras sentencias posteriores que se pronuncian en el mismo sentido (STS 20-9-2018 y 7, 21 y 28-5-2019 entre otras) la doctrina jurisprudencial aplicable a la presente controversia, esto es, a los supuestos en los que se reclama de la entidad de crédito con base en el art. 1.2.a de la Ley 57/1968 por recibir anticipos de los compradores y no garantizar debidamente su devolución mediante aval, ha sido sintetizada en la STS de 19 de septiembre de 2018 que a su vez se remite a la STS de 28 de febrero de 2018, y a tal efecto señala esta última:

"2. Como recuerda la sentencia 436/2016, de 29 de junio, el cuerpo de doctrina interpretativo de la Ley 57/1968 "no admite, por regla general, que recaigan sobre el comprador las consecuencias del incumplimiento por el promotor de sus propias obligaciones, como tampoco las derivadas de los incumplimientos imputables a las



entidades bancarias en que el promotor tenga abiertas cuentas en las que los compradores ingresen cantidades anticipadas".

Según esta sentencia, el carácter tuitivo de la dicha Ley ha sido remarcado por una jurisprudencia en la misma línea protectora del comprador, según la cual:

Si existe garantía, los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial sino en otra diferente del promotor pero en la misma entidad bancaria (sentencias de Pleno 779/2014, de 13 de enero de 2015 , y 780/2014, de 30 de abril de 2015).

Si no existe dicha garantía (como ha sido el caso), ello no impide que las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía respondan frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad, pues a partir de la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre se fijó como doctrina en relación con la condición 2.ª del art. 1 Ley 57/1968 que "las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad" (doctrina que se reitera en las sentencias 142/2016, de 9 de marzo , 174/2016, de 17 de marzo , 226/2016, de 8 de abril , y 459/2017, de 18 de julio).

3. Como afirma la reciente sentencia 636/2017, de 23 de noviembre , "la razón fundamental de esta jurisprudencia es que las entidades de crédito depositarias de cantidades provenientes de particulares compradores de viviendas en construcción no tienen el carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y promotor-vendedor, sino que deben colaborar activamente con el este último a fin de asegurarse de que cumple sus obligaciones legales (de recibir los anticipos en una cuenta especial debidamente garantizada). En consecuencia, basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que 'supo o tuvo que saber', según dijo literalmente dicha sentencia) que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de viviendas en construcción para que responda por no haber exigido del promotor la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada. No entenderlo así y exonerar de responsabilidad a la entidad de crédito en los casos en que las cantidades se recibieran 'en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones' privaría a los compradores de la protección que les blindo el "enérgico e imperativo" sistema de la Ley 57/1968".

También la ya citada sentencia 459/2017, de 18 de julio , declaró al respecto que es el incumplimiento del deber de control sobre el promotor que la condición 2.ª del artículo 1 Ley 57/1968 impone al banco lo que determina su responsabilidad frente al comprador, de modo que, "siendo el promotor el obligado principal a devolver la totalidad de los anticipos, esta misma obligación es la que asumen los garantes (en caso de que haya aval o seguro) y la entidad de crédito depositaria (en defecto de aquellos)", y esto independientemente de que la cuenta en la que se ingresen tenga o no carácter especial.

4. No obstante, la sentencia 436/2016, de 29 de junio , descartó cualquier responsabilidad de la entidad de crédito, avalista además, respecto de la cantidad entregada al promotor sin posibilidad de conocimiento y control por aquella al no haberse ingresado en la cuenta indicada en el contrato, pues la ley solo la responsabiliza de las cantidades que se ingresan o transfieren a una cuenta del promotor en dicha entidad. En concreto, puntualizó:

"Desde este punto de vista, la mención de la d. adicional 1.ª b) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), en su redacción aplicable al caso por razones temporales, a 'las cantidades entregadas en efectivo' no puede interpretarse, como propone el recurrente, en el sentido de que la garantía se extienda a cualesquiera pagos en efectivo del comprador al promotor a cuenta del precio total, sino, como explicó la ya citada sentencia de Pleno 467/2014, de 25 de noviembre , a la necesidad de llenar el vacío legal existente hasta entonces en relación con las cantidades anticipadas mediante efectos bancarios, pues la Ley 57/1968 solamente se refería a las entregas de dinero".

En definitiva, por 'cantidades entregadas en efectivo' (d. adicional 1.ª b) de la LOE) o por 'entregas de dinero' (art. 1 de la Ley 57/1968) habrán de entenderse, por regla general, las percibidas por el promotor 'a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros' [arts.1-2 .ª a y 2. c) de la Ley 57/1968], ya sea por ingreso directo del comprador en la entidad de que se trate, ya por transferencia, pues ambas modalidades deben considerarse comprendidas en el concepto 'entrega de dinero o en efectivo', lo que no excluye que en cada caso sea preciso ponderar la capacidad de control de la entidad avalista o aseguradora pues, como bien indicó en este litigio la sentencia de primera instancia, en el caso de los seguros colectivos la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968 dispone que los contratos de compraventa han de haberse sometido al previo conocimiento de la entidad aseguradora".



Más recientemente, la sentencia de pleno 502/2017, de 14 de septiembre, descartó la responsabilidad de la entidad de crédito recurrente porque al cumplimiento "de todo lo que le era exigible según la doctrina jurisprudencial" se unía la constancia de que los pagos no se habían realizado ni en la cuenta especial ni en ninguna otra de la promotora en la misma.

Se ha insistido en esta línea también en los casos en que se exigía responsabilidad a la entidad de crédito con base en el art. 1.2.a Ley 57/1968, a falta de aval o seguro, siempre desde la idea de que dicha responsabilidad legal impone la constancia de que la entidad conoció o tuvo que conocer la existencia de ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen.

Así, la sentencia 636/2017, de 23 de noviembre, declara que "la responsabilidad legal del banco derivada del art. 1-2.a de la Ley 57/1968 no se funda, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, ni en la connivencia entre banco y promotor ni en el conocimiento por el banco del ingreso de anticipos en una o varias cuentas del promotor, sino en el deber de control del banco sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor para exigirle la apertura de la preceptiva cuenta especial, debidamente garantizada, en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas". Y precisamente porque consideró documentalmente probada la existencia de ingresos de los demandantes en una cuenta de la promotora-vendedora por la compra de viviendas en construcción, siguió el criterio de la sentencia 174/2016, de 17 de marzo, de considerar que en esas circunstancias (realidad de los ingresos) no podía descargarse en los compradores "una responsabilidad de control sobre las cuentas del promotor que, legalmente, corresponde a la entidad de crédito en la que el promotor tenga una o varias cuentas"

Por último, debe recordarse que desde la sentencia de pleno 781/2014, de 16 de enero de 2015, en un caso en que eran distintas la entidad que financió la construcción y la que percibía las cantidades anticipadas en una cuenta de la cooperativa de viviendas, y en el que no se había cumplido la exigencia legal de cuenta especial y de aval, es doctrina reiterada (sentencias 126/2016, de 9 de marzo, y 468/2016, de 7 de julio) que no cabe exigir responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones legales a la primera, en tanto que no fue quien recibió directamente las cantidades anticipadas por los cooperativistas".

Pues bien; en el presente caso el comprador apelante realizó numerosos anticipos que fue entregando a la promotora demandada -y que finalmente ha perdido- lo que verificó en sucesivas entregas mediante cheque o pagaré o atendiendo los recibos domiciliados que le giraba la misma (documentos nº 3 y 4 de la demanda) sumas que la promotora ingresaba en la cuenta que el mismo tenía en la oficina nº 4087 de CAIXABANK en la localidad de Manises, como evidencian las múltiples pruebas practicadas a la que se hará referencia, entregas que en total ascienden a 81.855,87 € (y ello sin contar las compensaciones de los trabajos realizados por la empresa EDELCA S.L. que regenta el demandante, que por cierto, también era cliente de CAIXABANK S.A. según reconoce ésta en sus escritos). De la prueba practicada se desprende que no es cierto que la entidad bancaria careciera de posibilidad de control sobre los anticipos, como la misma alega, ya que antes al contrario, era evidente la estrecha y permanente relación de la entidad bancaria con el comprador y la promotora-vendedora, y conoció o debía conocer que se estaban realizando dichos anticipos en la cuenta de ésta, máxime al haber financiado la promoción mediante préstamo hipotecario (documento 6 de la demanda) pues como señala la STS de 17 de marzo de 2017 "su deber legal de control era difícilmente discutible por ser precisamente la entidad que había concedido a la promotora el préstamo para la construcción", especialmente teniendo en cuenta que según la declaración del Director de la Sucursal de CAIXABANK S.A. de Manises Sr. Nazario que depuso como legal representante de la misma, la relación con la entidad promotora-vendedora "venía de lejos" siendo ésta un cliente de trato preferente, a lo que añadió que se abrió una cuenta del promotor en la que se ingresaban los pagos a cuenta de los compradores y de todas las operaciones relacionadas con la promoción; el referido empleado de la demandada señaló abiertamente que "no se controlaban" dichas operaciones e ingresos salvo que les informara expresamente el promotor, y precisó que se trataba de una cuenta "ordinaria" (no la especial que exige la Ley) y que no se solicitó ningún tipo de garantía de las aportaciones, ya que en realidad no exigían garantía, aval, ni seguro, añadiendo que no le constaba que hubiera avales en esta promoción, hechos que deben tenerse por ciertos en estricta aplicación del art. 316 LEC, por lo que es evidente que a la entidad demandada no le pasaban por alto ni la promoción de la vendedora demandada -que financiaba- ni lógicamente la compraventa de autos y sus pormenores ni las entregas realizadas por el comprador, que conocía perfectamente, lo que a la vista de la valoración conjunta de las circunstancias concurrentes llevan a esta Sala a concluir que efectivamente tal y como se afirma en la demanda los anticipos se ingresaron en dicha cuenta, y así lo apuntan unívocamente todos los indicios (art. 386 LEC) unidos a la declaración del Sr. Nazario, a lo que debe añadirse, por ser dato notoriamente relevante, la resistencia de la entidad bancaria a la hora de aportar la prueba documental propuesta por la actora y admitida por el Juzgado en la audiencia previa (prueba documental "b"), ausencia de prueba que dada la pasividad y falta de colaboración de la entidad bancaria sólo debe perjudicar a la misma con arreglo al principio de facilidad y disponibilidad probatoria que consagra el art. 217.7º LEC, so pena de descargar los



perjuicios de dicha falta de colaboración en el propio comprador causando ello evidente indefensión, sin que sean de recibo las evanescentes y poco convincentes razones esgrimidas por la entidad bancaria para excusar la no aportación de dicha documentación, de todo lo cual cabe concluir que a la entidad demandada -que no hay que olvidar que financió la promoción- incumbía el deber de control de las cantidades anticipadas en la cuenta de su cliente, promotora-vendedora, colaborando con la misma a fin de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones legales, entre otras la apertura de una cuenta especial, lo que no hizo a pesar de que era su responsabilidad según la doctrina jurisprudencial expuesta, según la cual la entidad bancaria en modo alguno ostenta la condición de "tercero ajeno", motivos todos ellos por los que cabe concluir que la entidad bancaria demandada, que financió la promoción, conocía la venta de autos y estaba al tanto de sus pormenores y también conocía perfectamente los anticipos y a pesar de ello incumplió las obligaciones derivadas de la Ley 57/68, desentendiéndose de las cantidades entregadas a cuenta por el actor, que no controló en absoluto, ni garantizó, lo que ha conllevado que el actor haya perdido la vivienda y los anticipos precisamente por no haberse adoptado dichas garantías en su momento, por mucho que la obra haya finalizado, pues los perjuicios causados al actor son evidentes.

Por otro lado, tampoco se dan los requisitos para apreciar el retraso desleal en el ejercicio del derecho por parte del actor que alega la entidad bancaria codemandada en su escrito de oposición e impugnación del recurso, porque si bien la formulación de la demanda se ha retrasado en el tiempo y ello es indudable, este retraso está más que justificado dado el devenir de los hechos y los numerosos y complejos avatares por los que ha pasado tanto la promoción como la compraventa de autos, y por tanto no se evidencia una pasividad contraria a la buena fe. Basta realizar un somero análisis cronológico de los hechos: el contrato se celebra el 8 de septiembre de 2006, y el anexo al mismo con una nueva liquidación con las cantidades a cuenta actualizadas se celebra el 9 de junio de 2008; la promoción termina y se solicita la licencia de primera ocupación el 18 de abril de ese mismo año pero no se obtiene hasta mayo de 2011; entretanto el 3 de junio de 2010 el actor comunica a través del ICAV a la promotora demandada su voluntad de resolver el contrato; en 2011 se inicia por la entidad bancaria el procedimiento de ejecución hipotecaria antes reseñado; paralelamente la TGSS embarga la vivienda mediante resolución de 16 de mayo de 2011 y el comprador plantea tercería de dominio mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2012 ocupando la vivienda ese mismo año; por auto de 19 de noviembre de 2015 se resuelve el incidente de nulidad de actuaciones planteado por el actor en el indicado procedimiento de hipotecario y en virtud de auto de 10 de octubre de 2016 el incidente relativo a la ocupación de la vivienda del art. 675 LEC; además el demandante presentó en el juzgado en fecha 16 de mayo de 2013 la querrela antes indicada recayendo auto de apertura de juicio oral de fecha 23 de febrero de 2015; en fecha 29 de octubre de 2015 requirió por burofax a CAIXABANK S.A. formalmente para que le exhibieran el aval de la ley 57/68, presentando finalmente la demanda origen de este pleito el 21 de julio de 2016. A la vista del devenir de dichos acontecimientos en modo alguno cabe hablar de pasividad del comprador -actor y apelante- contraria a la buena fe, ni por ende de retraso desleal en el ejercicio de su derecho, al contrario, ha permanecido activo en todo momento en la reclamación de sus derechos y ha acudido a los tribunales cuando todo apuntaba que la adquisición y entrega formal de la vivienda era una tarea realmente complicada.

Finalmente la entidad bancaria en su escrito de oposición e impugnación del recurso niega también el carácter de consumidor del demandante alegando que no adquirió la vivienda con fines residenciales sino como mera inversión, afirmación que aparte de estar huérfana de toda prueba y basarse en meras conjeturas, contradice el hecho de que el actor adquirió esta única vivienda que habita desde 2012.

Por todo lo expuesto, el recurso de apelación debe ser estimado en su integridad, revocando la sentencia de instancia y condenando a los codemandados al pago de las sumas reclamadas, que devengarán el interés legal desde las respectivas entregas (art. 3 Ley 57/68 en relación con la disposición adicional primera de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación y SsTS 13 de septiembre 2013 , 4 de julio y 23 noviembre 2017 y 25 junio 2019), y todo ello con la consiguiente desestimación de la impugnación formulada por la entidad bancaria demandada.

QUINTO .- Costas procesales.- Dada la estimación del recurso no procede hacer especial imposición de las costas de esta alzada y en cuanto a las de primera instancia, corresponde su imposición a las partes demandadas; las costas derivadas de la impugnación del recurso formulado por la entidad bancaria serán a cargo de la misma (arts. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS



1) Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Pedro Jesús contra la sentencia de fecha 15 de febrero de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Valencia en autos de juicio ordinario nº 1291/16.

2) Revocar la resolución recurrida y estimar la demanda formulada por el referido demandante contra SAEZ PROMOCIONES MANISES S.L. y CAIXABANK S.A. condenando a la primera a satisfacer a la parte actora la suma de 126.221,64 € y a la segunda a responder solidariamente con la primera hasta la suma de 81.855,57 €, cantidades que devengarán el interés legal desde la fecha de las respectivas entregas, y en cuanto a las costas procesales, no ha lugar a efectuar expresa imposición de las causadas en esta alzada, imponiendo a los demandados las causadas en la instancia.

3) Desestimar la impugnación de la sentencia formulada por CAIXABANK S.A. con expresa imposición de las costas causadas como consecuencia de la misma.

Dése a los depósitos constituidos su destino legal (DA 15ª LO 1/2009).

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

Contra la presente no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 477.2.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que en su caso, se habrá de interponer mediante escrito presentado ante esta Sala dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronuncio, mando y firmo.