



Roj: **STS 667/2022 - ECLI:ES:TS:2022:667**

Id Cendoj: **28079110012022100143**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2022**

Nº de Recurso: **5574/2018**

Nº de Resolución: **103/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 1510/2018,**  
**STS 667/2022**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 103/2022

Fecha de sentencia: 07/02/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5574/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Marín Castán**

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 5574/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Marín Castán**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 103/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. **Francisco Marín Castán**, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 7 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada Banco Popular Español S.A. (actualmente Banco Santander S.A.), representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo bajo la dirección letrada de D. Agustín Souviron Schimpf, contra la sentencia dictada el 24 de julio de 2018 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 261/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 147/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Málaga sobre restitución de cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción. Ha sido parte recurrida el demandante D. Patricio, representado por la procuradora D.ª Teresa Garrido Sánchez bajo la dirección letrada de D. Emilio Beltrami Medina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Marín Castán**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 30 de diciembre de 2015 se presentó demanda interpuesta por D. Patricio contra Banco Popular S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"- Se declare la responsabilidad de Banco Popular Español, S.L. de responder de la devolución a mi mandante de las cantidades entregadas por DON Patricio a la entidad **AIFOS** ARQUITECTURA Y PROMOCIONES INMOBILIARIAS, S.A.

"- Se condene a Banco Popular Español, S.A. a reembolsar a mi mandante la cantidad de 69.373,50 €, correspondientes a la cantidad entregada por el Sr. Patricio a la entidad promotora a cuenta del precio de la compraventa y que aún no ha sido devuelta por la entidad demandada.

"- Se condene a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a abonar a mi mandante la cantidad de 31.054,90 euros, correspondientes a los intereses legales devengados desde la entrega de las cantidades hasta la presentación de esta demanda.

"- Se condene a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a abonar a mi mandante los intereses que se devenguen por las cantidades entregadas por éste y referidas en el punto primero y segundo de este suplico, desde la presentación de la demanda hasta la fecha en que se produzca el reintegro de dicho importe por la entidad demandada.

"- Se condene a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. al pago de las costas procesales devengadas en este procedimiento".

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Málaga, dando lugar a las actuaciones n.º 147/2016 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda planteando la excepción de falta de legitimación pasiva, oponiéndose también en cuanto al fondo y solicitando la íntegra desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte demandante.

**TERCERO.-** Celebrada la audiencia previa, como la única prueba admitida fuese la documental, el magistrado-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 21 de noviembre de 2016 con el siguiente fallo:

"Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. la procuradora Sra. Garrido Sánchez en nombre y representación de Patricio contra la entidad mercantil Banco Popular S.A. debo condenar y condeno a la entidad demandada a abonar al demandante la cantidad de 69.373,50 euros como principal, más 31.054,90 euros por intereses devengados desde la entrega de estas cantidades hasta demanda más los intereses legales de ambas sumas desde la demanda incrementados en dos puntos desde la presente resolución. Todo ello con expresa condena a la parte demandada en las costas causadas".

**CUARTO.-** Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante y que se tramitó con el n.º 261/2017 de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, esta dictó sentencia el 24 de julio de 2018 desestimando el recurso y confirmando la sentencia apelada, con imposición de costas a la apelante.

**QUINTO.-** Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandada-apelante interpuso recurso de casación por interés casacional tanto en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala como en la de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, articulado en dos motivos (que son denominados como apartados "Tercero" y "Cuarto" del escrito de interposición) con los siguientes enunciados:

"TERCERO.- MOTIVO DE RECURSO QUE SE ARTICULA CONFORME AL ARTÍCULO 477.2.3º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY 57/1968 Y DE LA



DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL **TRIBUNAL SUPREMO** RELATIVA A LA PROTECCIÓN EXCLUSIVA DE QUIENES COMPREN UNA VIVIENDA DESTINADA A SER DOMICILIO O RESIDENCIA FAMILIAR DE LOS PROPIOS COMPRADORES".

"CUARTO.- MOTIVO DE RECURSO QUE SE ARTICULA CONFORME AL ARTÍCULO 477.2.3° DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY 57/1968, POR INTERÉS CASACIONAL, AL EXISTIR JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DE AUDIENCIAS PROVINCIALES RESPECTO AL DESTINO DE EXPLOTACIÓN Y NO RESIDENCIAL DE LOS APARTAMENTOS TURÍSTICOS".

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes, el recurso fue admitido por auto de 24 de marzo de 2021, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso solicitando su desestimación por causas de inadmisión, con imposición de costas a la parte recurrente.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 21 de enero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 2 de febrero siguiente, en que ha tenido lugar por el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación se interpone por el banco demandado, condenado en segunda instancia como avalista colectivo al pago de los anticipos efectuados por el demandante para la compra de un apartamento tipo suite perteneciente a un conjunto inmobiliario en construcción que, como cada uno de sus elementos, estaba específicamente destinado a un uso turístico (hotelero), reduciéndose la controversia en casación a si dicha compraventa se encuentra o no comprendida en el ámbito de protección de la Ley 57/1968 en virtud de la existencia de un acuerdo expreso de las partes compradora y vendedora en tal sentido, el cual fue determinante para que la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, considerase aplicables las garantías de la Ley 57/1968 a los efectos de condenar al banco hoy recurrente pese a no haber constituido aval individual en favor del comprador.

A tenor de lo declarado probado en la sentencia aquí recurrida y conforme a los antecedentes tomados en consideración por la sentencia de esta sala 857/2021, de 10 de diciembre, sobre otro apartamento de la misma promoción, son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

### 1. Hechos probados o no discutidos:

1.1. Con fecha 16 de diciembre de 2003 **Aifos**, Arquitectura y Promociones Inmobiliarias S.A. (en adelante **Aifos** o la promotora), suscribió con Banco Pastor S.A. (luego Banco Popular Español S.A., en adelante BP, y actualmente Banco Santander S.A., en adelante BS) una "Póliza de contraaval" por un importe máximo de 4.000.000 euros (folios 55 a 57 de las actuaciones de primera instancia).

1.2. Con fecha 9 de junio de 2004 D. Patricio , de nacionalidad irlandesa y residente en 43 Carrigcourt Carrigaline Co. Cork (folio 43 de las actuaciones de primera instancia), suscribió -mediante representante- con dicha promotora un contrato privado de compraventa que tuvo por objeto la suite en Nivel 1, letra E, del edificio "Peonía", perteneciente al "Complejo Hotelero" en construcción del conjunto residencial "Hacienda Casares", sito en el término municipal de Casares (Málaga). El apartamento tenía una superficie construida aproximada de 149,88 m<sup>2</sup> "sin incluir parte proporcional de zonas comunes".

1.3. En lo que ahora interesa, según el pliego de condiciones particulares (doc. 1 de la demanda, folio 43 de las actuaciones de primera instancia) el precio del apartamento era de 198.966,50 euros, IVA incluido, y a cuenta del mismo la compradora debía anticipar 10.500 euros en el momento de la firma del contrato, 130.165 euros en el momento de subrogarse en el préstamo hipotecario de la promotora y 58.301,50 euros mediante la aceptación de nueve letras de cambio, las primera por importe de 64.77,98 euros y vencimiento el 9 de septiembre de 2004, y las ocho siguientes por importe de 6.477,98 euros y vencimientos trimestrales desde el 9 de diciembre de 2004.

1.4. En lo que ahora interesa, las condiciones generales del contrato ("Pliego de cláusulas generales", también doc. 1 de la demanda) decían lo siguiente:

a) Las obras debían iniciarse como máximo el 1 de noviembre de 2004 (estipulación sexta) y finalizar en un plazo de 20 a 22 meses desde la firma por el arquitecto del acta de replanteo (estipulación cuarta).

b) Según la estipulación sexta:



"Para el caso de que se instase la resolución de este contrato por las causas previstas en el Art. 3 de la Ley 57/1968 de 27 de julio, las cantidades recibidas le serán devueltas al adquirente en unión de sus intereses legalmente correspondientes".

c) Según la estipulación novena:

"[...]

"Ambas partes de común acuerdo han convenido que las cantidades entregadas a cuenta por la parte compradora, deberán ser debidamente garantizadas por la vendedora mediante la prestación del oportuno Aval Bancario, emitido por la entidad bancaria Banco Pastor SA, que se someterá al contenido del texto que se indica como Anexo al presente contrato, y cuyo contenido ambas partes manifiestan conocer y aprobar.

"El referido Aval deberá ser entregado dentro del plazo de treinta días desde la fecha de rúbrica del contrato de compraventa suscrito entre las partes, por las cantidades entregadas a cuenta hasta ese momento.

"La cuenta bancaria a través de la cual se harán efectivas las entregas a cuenta será la establecida en las letras de cambio referenciadas en el pliego de condiciones particulares del presente contrato.

"El referido aval (correspondiente tanto a las cantidades aplazadas vencidas como no vencidas a la rúbrica del contrato de compraventa) podrá ser sustituido, a instancias de la parte vendedora, por contrato de seguro de caución otorgado por entidad aseguradora inscrita y autorizada en el oportuno Registro de la Dirección General de Seguros, sin que la parte compradora pueda oponer causa alguna que haga imposible la indicada sustitución.

"Los gastos generados, tanto por la expedición de Aval como por la suscripción del oportuno Contrato de Seguro de Caución, y que tienen por objeto garantizar (a tenor de lo señalado en la Ley 57/68 y Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999) las cantidades entregadas a cuenta, serán satisfechos por la parte compradora hasta un máximo de 600 Euros, pagaderos en dos plazos, uno contra entrega del primer Aval y el restante a la firma de la escritura pública de compraventa".

d) Según la estipulación duodécima:

"La parte compradora queda autorizada a ceder el presente contrato a favor de la persona física o jurídica que designe, si bien para ello será condición imprescindible el pago íntegro del precio señalado a excepción del importe del préstamo. Asimismo se compromete y obliga expresamente a no ceder a terceros el uso de la finca objeto del presente contrato por ningún título, incluido el arrendamiento, hasta el momento en que se haya abonado del precio señalado a excepción del préstamo hipotecario si existe".

e) Según la estipulación decimotercera:

"La parte compradora se compromete y obliga expresamente a mantener a través de las normas de la comunidad establecidas en la división horizontal las instalaciones y servicios necesarias para mantener la categoría de Apartamentos Turísticos de 3ª categoría a tenor de lo señalado en los artículos 36 y siguientes de la Ley 12/99 de 15 de diciembre de Ordenación del Turismo en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza, preservando el uso hotelero del Conjunto como única unidad de explotación indivisible y con una única entidad explotadora, sin poder, en ningún caso, independizar ninguna finca del resto del Conjunto Hotelero en el cual se ubica, ni proceder a la explotación de dicha finca por vía distinta de la entidad explotadora del Conjunto".

1.5. El comprador anticipó a la promotora un total de 63.733,50 euros (docs. 2 a 6 de la demanda), a razón de 4.500 euros con fecha 31 de julio de 2003 (es decir, antes de la firma del contrato de compraventa) por medio de la entidad "Duquesa Estates S.L." y en concepto de reserva-arras penitenciales (doc. 2 de la demanda), 6.572 euros mediante cheque de fecha 5 de julio de 2004 (doc. 4 de la demanda), 12.955,92 euros (importe total de las dos primeras letras con vencimiento respectivo los días 9 de septiembre y 9 de diciembre de 2004) mediante cheque de fecha 16 de diciembre de 2004 (doc. 3 de la demanda) y 45.345,58 euros a partir del 9 de marzo de 2005 mediante siete letras por importe de 6.477,94 euros cada una y vencimiento trimestral (doc. 5 de la demanda). En consecuencia, ni los 4.500 euros de la reserva ni los 6.572 euros del primer pago se correspondían con las cantidades previstas en el calendario de pagos pactado, no constando la entrega de los 10.500 euros que debían abonarse el día de la firma.

1.6. La promotora suscribió con el citado Banco Pastor S.A. otras dos pólizas de contraaval, una con fecha 24 de octubre de 2005 y la otra el 17 de noviembre del mismo año. (doc. 7 de la demanda). Aunque la promotora no entregó al comprador aval individual en garantía de las cantidades anticipadas por este, no obstante sí hizo entrega de avales individuales expedidos por Banco Pastor S.A. a otros compradores de suites de la misma promoción "Hacienda Casares".



1.7. Como la obra no concluyó en plazo, el comprador demandó a **Aifos** por incumplimiento contractual y por sentencia íntegramente estimatoria de la demanda de fecha 2 de enero de 2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Málaga, en autos de juicio ordinario n.º 380/2008 (doc. 6 de la demanda), se declaró resuelto el contrato y se condenó a la promotora a devolver al demandante la suma total anticipada (69.373,50 euros) más intereses (75.429,89 euros en total). Posteriormente la promotora fue declarada en concurso ( autos n.º 947/2009 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga), procedimiento en el que se reconoció al comprador un crédito por el total de lo anticipado más sus intereses (doc. 13 de la demanda, folio 150 de las actuaciones de primera instancia).

2. A finales de diciembre de 2015 el comprador demandó a BP (según decía en el cuerpo de la demanda, como entidad absorbente del Banco Pastor S.A.) interesando su condena al pago de 69.373,50 euros (importe total de los anticipos) más intereses de las cantidades anticipadas desde las fechas de sus respectivas entregas hasta la fecha de interposición de la demanda (que se calculaban en 31.054,90 euros), y más intereses de las cantidades anticipadas desde la demanda hasta su definitivo pago.

En síntesis, y en lo que ahora interesa, alegaba que, al no haber llegado la construcción a buen fin, el banco demandado debía responder como avalista colectivo de la totalidad de las cantidades anticipadas a la promotora más sus intereses. En la fundamentación de la demanda se invocaba expresamente la Ley 57/1968 y se aludía al carácter imperativo y tuitivo de sus normas, pero nada se alegaba sobre la finalidad de la compra.

3. BP admitió ser el sucesor a título universal de Banco Pastor S.A. y se opuso a la demanda alegando, en lo que ahora interesa y en síntesis: (i) que la Ley 57/1968 no era aplicable al caso por tratarse de compraventa con una finalidad no residencial, ya que en el propio contrato se decía que la suite tenía un uso hotelero; y (ii) que en todo caso no podía exigírsele responsabilidad, porque no existía prueba de que lo reclamado se correspondiera con cantidades previstas en el contrato y efectivamente anticipadas a la promotora (en concreto negaba la entrega de los 10.500 euros correspondientes al acto de la firma del contrato de compraventa y oponía que los 4.500 euros que se decían entregados como reserva- señal no tenían correspondencia en el contrato) y porque tampoco era cierto que el banco fuera avalista del comprador, dado que las pólizas de contragarantía "no constituyen un aval a favor de terceros y no obligan al banco a emitir avales".

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó en costas al banco demandado al considerar, en síntesis, que la Ley 57/1968 sí era aplicable al caso en virtud del pacto de las partes en tal sentido a pesar de no existir constancia de que la vivienda se comprara con una finalidad residencial, y que el banco debía responder del total de lo anticipado por el demandante más sus intereses desde las fechas de las respectivas entregas al haberse probado la realidad de los anticipos y ser suficiente con las garantías colectivas en ausencia de aval individualizado.

5. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación el banco demandado interesando la desestimación de la demanda, a cuyo fin reiteraba, en lo que ahora interesa, que la Ley 57/1968 no era aplicable porque la compraventa no tuvo finalidad residencial al ser su objeto una suite destinada, como el complejo al que pertenecía, a un "uso hotelero", y no poder vincular al banco el pacto entre partes compradora y vendedora para someter el contrato a dicho régimen legal.

El comprador-demandante se opuso al recurso alegando, en lo que ahora interesa (págs. 11 y ss. de su escrito de oposición), que la Ley 57/1968 sí era aplicable al caso por "sumisión expresa de la promotora y de la avalista solidaria", dado que esta última conocía la actividad de **Aifos**, financió la promoción, sabía que la promotora recibía cantidades anticipadas de los compradores, suscribió con ella tres avales generales y emitió al amparo de estos multitud de avales individuales en favor de otros compradores, y, además, porque el comprador no era un inversor, pues al hecho de que el banco no hubiera probado como le incumbía que el demandante tuviera esa condición se sumaba la existencia del referido pacto expreso de las partes compradora y vendedora, del que resultaba que fue voluntad de ambas reconocer al comprador la condición de consumidor destinatario final.

6. La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación del banco, confirmó íntegramente la sentencia apelada con imposición de las costas de la segunda instancia al apelante.

Sus razones son, en lo que ahora interesa y en síntesis, las siguientes: (i) según declaró el mismo tribunal sentenciador en el recurso de apelación n.º 989/2016, la Ley 57/1968 es aplicable al caso porque así lo convinieron las partes compradora y vendedora ("el hecho de que las partes pactasen la aplicación de la Ley 57/68 supone necesariamente que el inmueble que se adquiría entraba dentro de las previsiones del art. 1 de la mencionada ley"), no siendo impedimento para ello lo pactado en la estipulación decimotercera de las condiciones generales; y (ii) por todo ello, al haberse probado la entrega por el comprador a la promotora de las cantidades objeto de reclamación en este pleito, la suficiencia de las garantías colectivas otorgadas en su día por el banco demandado determina que este responda frente al comprador del total de dichas cantidades y sus intereses.



7. Contra esta sentencia el banco demandado-apelante ha interpuesto recurso de casación por interés casacional articulado en dos motivos referidos a la misma cuestión de la improcedencia de aplicar la Ley 57/1968 cuando la compra tenga una finalidad de explotación turística, ni siquiera aunque se considerase existente un pacto entre comprador y vendedor para aplicar dicha ley.

El motivo primero se funda en infracción del art. 1 de la Ley 57/1968 y en oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta sala sobre la no aplicación del régimen tuitivo de la misma ley a quienes compren una vivienda con finalidad no residencial, alegándose, en síntesis, que "atendida la previsión expresa en el contrato de que el objeto del mismo era un apartamento turístico en un complejo hotelero y que su finalidad era la de su explotación, dicho contrato queda excluido del ámbito de protección de la Ley 57/1968, sin que la cita de dicha Ley en su clausulado dote de una especial protección a la compradora respecto a las cantidades anticipadas a cuenta del precio de la compraventa", puesto que se trataría de un pacto privado no vinculante para la entidad bancaria demandada.

El motivo segundo aduce existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en torno a dicha cuestión jurídica, aunque solo se citan dos sentencias en sentido contrario al de la recurrida, cada una de ellas dictada por una sección diferente de la Audiencia Provincial de Málaga (una de ellas de la propia sección 4.ª y la otra de la 6.ª).

8. El demandante recurrido se ha opuesto al recurso pidiendo la desestimación de los dos motivos por causa de inadmisión, y alegando, en síntesis: (i) falta de respeto a la base fáctica y a la razón decisoria de la sentencia recurrida, por omitir la recurrente la existencia de avales generales e individuales en favor de otros compradores de la misma promoción, por plantear cuestiones nuevas -al haberse alegado después de interponerse el recurso que el interés casacional no venía determinado por la oposición a la jurisprudencia de esta sala sino por la inexistencia de doctrina jurisprudencial al respecto-, por impugnar la valoración probatoria sin atenerse a los requisitos jurisprudenciales y por incurrir en petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, al obviar el banco las consecuencias jurídicas que la sentencia recurrida extrae de la existencia tanto de avales generales como de avales individuales entregados a otros compradores; y (ii) carencia manifiesta de fundamento por inexistencia de interés casacional dado que las sentencias invocadas para acreditarlo no tienen relación con el caso.

**SEGUNDO.-** No concurren los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida toda vez que la jurisprudencia viene reiterando que para superar el test de admisibilidad es suficiente la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso partiendo del respeto a los hechos probados, y estos requisitos se cumplen en este caso porque la estrecha conexión de los dos motivos permite salvar la omisión de la cita de norma en el encabezamiento del motivo segundo, porque el planteamiento del recurso en su conjunto no suscita duda alguna sobre su interés casacional (que es ya notorio a tenor de lo resuelto por la citada sentencia 857/2021 respecto de un contrato de compraventa sobre otra vivienda del mismo complejo) y, en fin, porque los problemas jurídicos están suficientemente identificados desde sustancial respeto a los hechos probados, ya que el banco recurrente no discute ni la existencia de las pólizas colectivas, ni la entrega de avales individuales a otros compradores distintos del demandante ni la realidad del referido pacto entre comprador y vendedora para someterse al régimen de garantías de la Ley 57/1968, sino que dicho pacto vincule al banco, todo lo cual ha posibilitado que la parte recurrida haya podido oponerse al recurso con pleno y cabal conocimiento de esas cuestiones jurídicas.

**TERCERO.-** El recurso debe ser estimado porque, conforme a lo resuelto por esta sala en su sentencia 857/2021, de 10 de diciembre, relativa también al complejo hotelero de la "Hacienda Casares", la Ley 57/1968 no ampara a los compradores de vivienda para un uso no residencial propio sino comercial, como es el caso de los apartamentos turísticos y resulta con toda claridad de la estipulación decimotercera del contrato de compraventa del presente caso.

En consecuencia, no puede aplicarse en contra del banco la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre la eficacia de los avales colectivos en favor de los compradores sí amparados por la Ley 57/1968.

Finalmente conviene puntualizar que, si bien la citada sentencia 857/2021 se refirió a la ausencia de pacto entre promotor y banco para avalar a todos los compradores del mismo complejo hotelero y a la falta de compromiso del banco para avalar al comprador, se trata de meras consideraciones añadidas a la verdadera razón decisoria que las precede y que después se resume en el párrafo último del mismo fundamento de derecho:

"En definitiva, no tiene sentido imponer al banco demandado derechos irrenunciables del comprador cuando resulta que la razón de ser de esa imperatividad de la Ley 57/1968 no es otra que el destino residencial de la vivienda; no, por tanto, el puramente comercial o de explotación".



**CUARTO.-** La estimación del recurso de casación determina que proceda casar la sentencia recurrida para, en funciones de instancia, estimar el recurso de apelación del banco y desestimar íntegramente la demanda.

**QUINTO.-** Conforme al art. 398. 2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, dada su estimación, ni las costas de la segunda instancia, dado que el recurso de apelación del banco ha sido estimado.

Y conforme al art. 394.1 LEC, procede imponer al demandante las costas de la primera instancia, dado que la demanda ha sido desestimada íntegramente.

**SEXTO.-** Conforme a la d. adicional 15.ª.8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada Banco Popular Español S.A. (actualmente Banco Santander S.A.) contra la sentencia dictada el 24 de julio de 2018 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 261/2017.

**2.º-** Casar la sentencia recurrida para, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por esa misma parte y desestimar la demanda.

**3.º-** No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de la segunda instancia e imponer al demandante las costas de la primera instancia.

**4.º-** Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.