



Roj: **STS 2636/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2636**

Id Cendoj: **28079110012018100415**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2018**

Nº de Recurso: **1858/2015**

Nº de Resolución: **422/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 422/2018

Fecha de sentencia: 04/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1858/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE ALICANTE. SECC 5.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1858/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 422/2018

Excmos. Sres.

D. **Ignacio Sancho Gargallo**

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 4 de julio de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos



ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alicante. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Banco Popular Español, S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de Javier José Antón Gerona; la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo; la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, representada por la procuradora Blanca Berriatua Horta y bajo la dirección letrada de Manuel Perales Candela; y Adelina , Agapito , Bárbara , Arsenio , Constanza , Bruno , Erica , Damaso , Frida , Emilio , Leonor , Florencio , Heraclio , Natalia y Maximo , representados por el procurador Jesús Aguilar España y bajo la dirección letrada de Guadalupe Sánchez Baena.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador David Giner Polo, en nombre y representación de Carmen , Luis Angel , Genoveva , Amadeo , Leticia , Bartolomé , Casiano , Mónica , Dionisio , Esteban , Rita , Florian , Tatiana , Higinio , Javier , María Inés , Paulino , Amparo , Modesto , Adelina , Agapito , Bárbara , Arsenio , Constanza , Bruno , Erica , Damaso , Frida , Emilio , Leonor , Florencio , Heraclio , Natalia y Maximo , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alicante, contra las entidades Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana (SGR), el Banco Pastor S.A. y el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), para que se dictase sentencia:

«que, estimando íntegramente la presente demanda, declare nulas las cláusulas de las pólizas de fianzamiento, contraaval y de cobertura para límite de garantías bancaria (y, en su caso, sus ampliaciones y/o anexos) suscritas por cada una de estas entidades con la mercantil promotora Herrada del Tollo S.L., que se han acompañado con los documentos número 77 a 80 de la presente demanda, que hacen mención a la limitación del crédito o cuantía máxima garantizada en virtud de las mismas, y establecen una fecha máxima para duración y/o validez, y acuerde su integración en el sentido de que dichas pólizas garantizan la devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas por los actores a la mercantil avalada, que ascienden a un total de un millón cuatrocientos ocho mil quinientos ochenta y seis euros y sesenta y siete céntimos (1.408.586,67 €) más los intereses legales correspondientes, y que las mismas están en vigor en tanto no sean expedidas las cédulas de habitabilidad y resulte acreditada por el promotor la entrega de las viviendas a los compradores de conformidad con lo establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio; condenando asimismo a las demandadas a pagar solidariamente a los actores la cantidad de un millón cuatrocientos ocho mil quinientos ochenta y seis euros y sesenta y siete céntimos (1.408.586,67 €), en la proporción que seguidamente se indica:

- »1. A doña Carmen , y a don Luis Angel , la suma de 43.188,00 € en concepto de principal.
- »2. A doña Genoveva , y don Amadeo , la suma de 105.800,00 € en concepto de principal.
- »3. A doña Leticia , y don Bartolomé , la suma de 95.914,00 € en concepto de principal.
- »4. A don Casiano , la suma de 30.970,00 € en concepto de principal.
- »5. A doña Bárbara , y a don Arsenio , la suma de 67.692,20 € en concepto de principal.
- »6. A doña Mónica , y a don Dionisio la suma de 120.420,00 € en concepto de principal.
- »7. A doña Frida , y a don Emilio , la suma de 206.500,00 € en concepto de principal.
- »8. A doña Leonor y a don Florencio , la suma de 47.885,17 € en concepto de principal.
- »9. A doña Erica y don Damaso , la suma de 19.395,00 € en concepto de principal.
- »10. A don Esteban , la suma de 36.000,00 € en concepto de principal.
- »11. A doña Rita y a don Florian la suma de 59.874,55 € en concepto de principal.
- »12. A don Heraclio la suma de 39.465,00 € en concepto de principal.
- »13. A doña Tatiana , y a don Higinio , la suma de 138.341,25 € en concepto de principal.
- »14. A don Javier , la suma de 49.450,00 € en concepto de principal.
- »15. A doña Adelina , y don Agapito , la suma de 104.974,00 € en concepto de principal.
- »16. A doña Constanza , y a don Bruno , la suma de 38.790,00 € en concepto de principal.
- »17. A doña Natalia , y a don Maximo , la suma de 88.892,50 € en concepto de principal.



»18. A doña María Inés , y a don Paulino , la suma de 112.395,00 € en concepto de principal.

»19. A doña Amparo y a don Modesto , la suma de 2.640,00 € en concepto de principal.

»Asimismo, deberá condenar a las demandadas a pagar solidariamente a los actores, los intereses legales devengados por cada una de las cantidades anticipadas desde la fecha de su pago al promotor hasta su efectivo cobro.

»Alternativamente, y solo para el caso de que se desestime la pretensión anterior, se condene solidariamente a las demandadas a entregar a cada uno de los actores aval solidario que garantice de la devolución de las cantidades que anticiparon a la promotora Herrada del Tollo S.L., a cuenta del precio de sus respectivas viviendas, las cuales coinciden con las expresadas en el petitum anterior en concepto de principal. Este aval deberá prestarse con sujeción a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas en construcción, y la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación .

»Y todo ello condenando a la demandada al pago de las costas generadas, con todo lo demás que resulte del procedimiento».

2. El procurador Juan Navarrete Ruiz, en representación de la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana (S.G.R.), contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«por la que desestimando la demanda, absuelva de la misma a mi representada, con expresa imposición de las costas a los actores».

3. La procuradora Carmen Vidal Maestre, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

«1.- Estime la excepción procesal de falta de legitimación activa de los demandantes, respecto de las dos acciones ejercitadas, declarando en consecuencia la íntegra desestimación de la demanda con expresa condena en costas.

»2.- Que en caso de ser desestimada la excepción procesal anteriormente citada en relación a la acción de reclamación de cantidad ejercitada de forma conjunta por los 34 demandantes, estime la excepción procesal de indebida acumulación subjetiva de acciones de los 24 demandantes, con declaración expresa de que todos ellos deben ejercitar sus acciones de forma separada.

»3.- De forma subsidiaria a lo anterior, dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a los demandantes.

»4.- Y para el caso que la demanda fuese parcialmente estimada, también de forma subsidiaria, dicte sentencia en donde declare que BBVA únicamente está obligada al pago de las cantidades efectivamente ingresadas en la cuenta especial, de los clientes que han obtenido resolución judicial de sus contratos (491.897,85€) o, en su defecto, al pago de las cantidades efectivamente ingresadas en la cuenta especial (631.547,85 €), sin hacer expresa mención a la imposición de las costas».

4. La procuradora Pilar Fuentes Tomás, en representación de la entidad Banco Pastor, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestimen íntegramente los pedimentos formulados de contrario frente a Banco Pastor S.A., con expresa imposición de costas a la parte actora».

5. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alicante dictó sentencia con fecha 25 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Primero.- Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. Carmen y D. Luis Angel , Dña. Genoveva y D. Amadeo , Dña. Leticia y D. Bartolomé , D. Casiano , Dña. Mónica y D. Dionisio , D. Esteban , Dña. Rita y D. Florian , Dña. Tatiana y D. Higinio , D. Javier , Dña. María Inés y D. Paulino , Dña. Amparo y D. Modesto contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA y Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana debo condenar y condeno a las referidas demandadas a que abonen solidariamente a

»Dña. Dña. Carmen y a D. Luis Angel la suma de 43.188 euros.

»Dña. Genoveva y a D. Amadeo , la suma de 105.800 euros.

»Dña. Leticia y a D. Bartolomé la suma de 95.914 euros.

»D. Casiano la suma de 30.970 euros.

»Dña. Mónica y a D. Dionisio , la suma de 120.420 euros.

»D. Esteban la suma de 36.000 euros.

»Dña. Rita y a D. Florian la suma de 59.874,55 euros.

»Dña. Tatiana y a D. Higinio la suma de 138.341,25 euros.

»D. Javier , la suma de 49.450 euros.

»Dña. María Inés y a D. Paulino la suma de 112.395 euros.

»Dña. Amparo y D. Modesto la suma de 2640 euros.

»intereses conforma al fundamento de Derecho sexto. En materia de costas se estará al fundamento de Derecho séptimo.

»SEGUNDO.- Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por la representación procesal de Dña. Adelina y D. Agapito , Dña. Bárbara y D. Arsenio , Dña. Constanza y D. Bruno , Erica y D. Damaso , Dña. Frida y D. Emilio , Dña. Leonor y D. Florencio , D. Heraclio , Dña. Natalia y D. Maximo contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana y Banco Pastor S.A., debiendo absolver y absuelvo a las referidas demandadas de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de costas causadas en relación a la acción entablada por los citados actores a la parte actora, conforme al fundamento de Derecho séptimo».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Carmen y otros, la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana.

2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 5.^a, de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante sentencia de 16 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: 1º.- Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los actores Carmen y D. Luis Angel , Dña. Genoveva y D. Amadeo , Dña. Leticia y D. Bartolomé , D. Casiano , Dña. Bárbara y D. Arsenio , Dña Mónica y D. Dionisio , Dña. Frida y D. Emilio , Dña. Leonor y D. Florencio , Dña. Erica y D. Damaso , D. Esteban , Dña. Rita y D. Florian , D. Heraclio , Dña. Tatiana y D. Higinio , D. Javier , Dña. Adelina y D. Agapito , Dña. Constanza y D. Bruno , Dña. Natalia y D. Maximo , Dña. María Inés y D. Paulino , Dña. Amparo y D. Modesto contra la sentencia dictada con fecha 25 de abril de 2014 en el procedimiento de juicio ordinario nº 211/2012 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alicante , debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución, en el sentido de incluir en su pronunciamiento condenatorio al demandado Banco Pastor, S.A. (hoy Banco Popular S.A.).

»2º.- Se estima también parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana contra la referida sentencia, que se revoca en parte en el sentido de absolver a los demandados de las pretensiones en su contra formuladas por los Sres. Amparo y Modesto .

»3º.- Se confirma la sentencia del Juzgado en los demás pronunciamientos. Y

»4º.- No se hace expresa imposición en ninguna de las instancias de las costas procesales causadas».

TERCERO. *Interposición y tramitación de los recursos de casación*

1. La procuradora Carmen Vidal Maestre, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, que fue inadmitido por auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 22 de noviembre de 2017 .

2. La procuradora Pilar Fuentes Tomás, en representación de la entidad Banco Pastor S.A. (hoy Banco Popular Español S.A.), interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, que fue inadmitido por auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 22 de noviembre de 2017 .

3. El procurador Juan Navarrete Ruiz, en representación de la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, que fue inadmitido por auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 22 de noviembre de 2017 .

4. El procurador David Giner Polo, en representación de Adelina , Agapito , Bárbara , Arsenio , Constanza , Bruno , Erica , Damaso , Frida , Emilio , Leonor , Florencio , Heraclio , Natalia y Maximo , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a.



El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción por aplicación indebida de los arts. 1 , 3 y 7 de la Ley 57/1968 , en relación con los arts. 135 de la Ley Concursal y 1853 del Código Civil ».

5 . Por diligencia de ordenación de 15 de junio de 2015, la Audiencia Provincial tuvo por interpuestos los recursos de casación mencionados y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

6. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente, la entidad Banco Popular Español, S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez; la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo; la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunitat Valenciana, representada por la procuradora Blanca Berriatua Horta; y Adelina , Agapito , Bárbara , Arsenio , Constanza , Bruno , Erica , Damaso , Frida , Emilio , Leonor , Florencio , Heraclio , Natalia y Maximo , representados por el procurador Jesús Aguilar España.

7. Esta sala dictó auto de fecha 22 de noviembre de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Inadmitir los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de las entidades BBVA, SGRCV y Banco Popular Español S.A. contra la sentencia de 16 de marzo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª) en el rollo de apelación 431/2014 , dimanante de los autos de juicio ordinario 211/2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alicante.

»2.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Adelina y don Agapito , doña Bárbara y don Arsenio , doña Constanza y don Bruno , Erica y don Damaso , doña Frida y don Emilio , doña Leonor y don Florencio , don Heraclio , doña Natalia y don Maximo contra la citada sentencia.

»3.º) Imponer las costas de los recursos de casación de las entidades BBVA, SGRCV y Banco Popular Español S.A. a las partes recurrentes, quienes perderán el depósito constituido respecto de dichos recursos».

8. Dado traslado, las representaciones respectivas de las entidades Banco Popular Español S.A. y la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana, presentaron escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

9. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de junio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como dejó constancia de ellos la sentencia de primera instancia.

a) La entidad Herrada del Tollo, S.L. (en adelante HT) realizó una promoción inmobiliaria para la construcción de las viviendas «Residencial Santa Ana del Monte».

Herrada del Tollo, S.L. suscribió los siguientes contratos de compraventa de las viviendas pendientes de construcción:

i) Con Carmen y Luis Angel , el 22 de mayo de 2006. Del precio de compra, los compradores anticiparon 43.188 euros (3.000 euros mediante cheque bancario a favor de HT, 19.350 euros mediante cheque bancario a favor de HT, 19.350 euros pagados a la promotora a través de la agencia intermediaria Amba Sun Internacional y 1.488 euros mediante transferencia bancaria a la cuenta abierta en BBVA acabada en 159).

ii) Con Genoveva y Amadeo , el 23 de marzo de 2006. Del precio convenido los compradores anticiparon 105.800 euros: 3000 euros se pagaron mediante cheque bancario a HT (librado por Amba Sun Internacional) y 102.800 euros mediante cheque bancario a favor de HT (librado por Amba Sun internacional).

iii) Con Leticia y Bartolomé , el 23 de marzo de 2006. Del precio convenido los compradores anticiparon 95.914 euros: 3.000 euros se pagaron mediante cheque bancario a HT (librado por Amba Sun Internacional), 91.474 euros mediante cheque bancario a favor de HT (librado por Amba Sun Internacional) y 1.440 euros mediante transferencia bancaria a cuenta abierta a nombre de HT en el BBVA terminada en 159.

iv) Con Casiano , el 1 de septiembre de 2005. Del precio convenido el comprador anticipó 30.970 euros: 3.000 euros en efectivo a la firma del contrato y 27.970 euros mediante transferencia bancaria en una cuenta de BBVA acabada en 159.



- v) Con Bárbara y Arsenio , el 30 de diciembre de 2005. Del precio convenido los compradores anticiparon 67.692,20 euros: 3.000 euros a través de Amba Sun Internacional y 64.692,20 euros por transferencia bancaria en cuenta abierta en la CAM acabada en 2003.
- vi) Con Mónica y Dionisio , 5 de febrero de 2007. Del precio convenido los compradores anticiparon 120.420 euros: 6.914,40 euros se pagaron en efectivo, 113.505,60 euros a través de dos transferencias por importe de 56.752,80 euros cada una de ellas, realizadas a la cuenta de BBVA acabada en 159.
- vii) Con Frida y Emilio , el 26 de diciembre de 2005. Del precio convenido los compradores anticiparon 206.500 euros: 3000 euros mediante un cheque que se abonó en una cuenta de la promotora abierta en CAM, 122.100 euros mediante transferencia a una cuenta abierta en la CAM acabada en 2003 y 81.400 euros pagados mediante transferencia bancaria a cuenta abierta en CAM.
- viii) Con Leonor y Florencio , el 6 de junio de 2007. Del precio convenido los compradores anticiparon 47.885,17 euros: 2.885,17 euros mediante cheque, 45.000 euros mediante transferencia bancaria a la cuenta en BBVA acabada en 159.
- ix) Con Erica y Damaso , 6 de febrero de 2007. Del precio convenido los compradores anticiparon 19.395 euros, mediante dos transferencias a una cuenta abierta en BBVA acabada en 159.
- x) Con Esteban , el 16 de septiembre de 2005. Del precio convenido el comprador anticipó 36.000 euros: 3.000 euros en efectivo a la firma del contrato, 21.000 euros mediante cheque librado a favor de Grupo San José y 12.000 euros mediante otro cheque librado a favor de Grupo San José.
- xi) Con Rita y Florian , el 25 de marzo de 2008. Del precio convenido los compradores anticiparon 59.874,55 euros: 2.874,55 euros mediante cheque, 57.000 euros mediante transferencia bancaria a la cuenta abierta en BBVA acabada en 159.
- xii) Con Heraclio , el 16 de febrero de 2006. Del precio convenido el comprador anticipó 39.465 euros, mediante dos trasferencias a la cuenta abierta en BBVA acabada en 159.
- xiii) Con Tatiana y Higinio , el 23 de agosto de 2007. Del precio convenido los compradores anticiparon 138.341,25 euros: 3.000 euros en efectivo y 135.341,25 euros mediante transferencia bancaria en la cuenta abierta en BBVA acabada en 159.
- xiv) Con Javier , el 22 de noviembre de 2006. Del precio convenido el comprador anticipó 49.450 euros: 3.000 mediante tarjeta de crédito y 46.450 euros mediante transferencia bancaria a la cuenta abierta en BBVA acabada en 154.
- xv) Con Adelina y Agapito , el 13 de febrero de 2007. Del precio convenido los compradores anticiparon 104.974 euros, mediante cheques bancarios a favor de HT a través de Amba Sun Internacional. En este contrato se pactó como número de cuenta para el ingreso del precio la del Banco Pastor acabada en 493.
- xvi) Con Constanza y Bruno , el 6 de agosto de 2007. Del precio convenido los compradores anticiparon 38.790 euros: 3.000 euros en efectivo a la promotora y 35.790 euros mediante transferencia bancaria en la cuenta abierta en BBVA acabada en 159.
- xvii) Con Natalia y Maximo , el 21 de diciembre de 2005. Del precio convenido los compradores anticiparon 88.892,50 euros: 3.000 euros mediante tarjeta de crédito, 2.917,50 euros en efectivo y 82.975 euros mediante transferencia bancaria a la CAM, en la cuenta acabada en 2003.
- xviii) Con María Inés y Paulino , el 20 de febrero de 2006. Del precio convenido los compradores anticiparon 112.395 euros: 6.000 euros a la firma del contrato, 101.618 euros mediante transferencia en una cuenta de BBVA acabada en 159, 4.445 euros mediante transferencia bancaria a la misma cuenta y 332 euros a la firma del acuerdo relativo a los extras.
- xix) Con Amparo y Modesto , el 16 de noviembre de 2006. Del precio convenido los compradores anticiparon 84.915 euros: 3.000 euros en efectivo, 79.275 euros mediante transferencia bancaria a la cuenta de BBVA acabada en 159, y 2.640 euros mediante otra transferencia a la misma cuenta. Estos compradores recibieron un aval de la SGR, quien abonó 82.275 euros. Los compradores reclaman el resto (2.640 euros).
- b) El 9 de julio de 2004, la promotora concertó con Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana (en adelante, SGRCV) una póliza de afianzamiento hasta la suma total de 1.500.000 euros. El 10 de agosto de 2005, se amplió la suma máxima garantizada a 3.500.000 euros. El 30 de octubre de 2006 se amplió la suma garantizada a 6.500.000 euros.



El 23 de febrero de 2003, la promotora concertó con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en adelante, BBVA) una «póliza de cobertura para límite de garantías bancarias», con un límite máximo de 1.000.000 euros. Y el 22 de octubre de 2004 concertaron una segunda póliza con un límite máximo de cobertura de 1.000.000 euros.

El 21 de abril de 2004, la promotora concertó con Banco Pastor (en la actualidad, Banco Popular) una «póliza de contraaval», por un importe de 3.000.000 euros.

c) Con posterioridad, Herrada del Tollo, S.L. fue declarada en concurso de acreedores. En el seno del concurso se alcanzó un convenio en el que se preveía una quita del 35% y una espera de 5 años.

i) Los siguientes compradores, cuyos contratos fueron resueltos en el concurso, en cuanto acreedores de las respectivas cantidades entregadas a cuenta, no votaron a favor de la propuesta de convenio: Carmen y Luis Angel ; Genoveva y Amadeo ; Leticia y Bartolomé ; Casiano ; Mónica y Dionisio ; Esteban ; Rita y Florian ; Tatiana y Higinio ; Javier ; María Inés y Paulino ; Amparo y Modesto .

ii) Los siguientes compradores, que alcanzaron con la promotora un acuerdo de resolución de sus contratos, votaron a favor: Adelina y Agapito ; Bárbara y Arsenio .

iii) Constanza y Bruno no votaron a favor de la propuesta de convenio, pero no instaron la resolución de su contrato de compraventa.

iv) Y los siguientes compradores, que no instaron la resolución de sus contratos hasta la finalización del convenio, votaron a favor de la propuesta de convenio: Erica y Damaso ; Frida y Emilio ; Leonor y Florencio ; Heraclio ; Natalia y Maximo .

2. Estos compradores interpusieron una demanda contra BBVA, SGRCV y Banco Pastor (luego, Banco Popular) en la que, además de pedir la nulidad de las cláusulas de las pólizas de afianzamiento, contra aval y de cobertura, que establecían limitaciones a la cuantía máxima garantizada y a su duración, reclamaron la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, con cargo a las pólizas de garantía y avales prestadas por los demandados. Subsidiariamente, pidieron la condena de las entidades demandadas a entregar un aval que garantizara la devolución de las cantidades entregadas a cuenta.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la pretensión de nulidad de las cláusulas sobre limitación de la cuantía cubierta y duración de la garantía.

En cuanto a la pretensión de condena a la devolución de las cantidades entregadas, el juzgado estimó en parte la demanda respecto de alguno de los demandantes: Carmen y Luis Angel ; Genoveva y Amadeo ; Leticia y Bartolomé ; Casiano ; Mónica y Dionisio ; Esteban ; Rita y Florian ; Tatiana y Higinio ; Javier ; María Inés y Paulino ; Amparo y Modesto , y la desestimó respecto de los otros: Adelina y Agapito ; Bárbara y Arsenio ; Constanza y Bruno ; Erica y Damaso ; Frida y Emilio ; Leonor y Florencio ; Heraclio ; Natalia y Maximo .

El juzgado analizó si las pólizas colectivas de garantía y avales prestadas por BBVA y SGRCV eran suficientes por sí mismas para garantizar la devolución, en su caso, de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de las viviendas, aun cuando no se hubieran emitido las pólizas o avales particulares. Y concluyó que sí, en atención al carácter tuitivo de la ley 57/68, al amparo del cual fueron concertadas por el promotor.

En consecuencia, condenó a BBVA y SGRCV a pagar las cantidades entregadas a cuenta por los siguientes compradores, cuyos contratos de compraventa fueron resueltos en el concurso, y que no votaron a favor de la aprobación de la propuesta de convenio: Carmen y Luis Angel ; Genoveva y Amadeo ; Leticia y Bartolomé ; Casiano ; Mónica y Dionisio ; Esteban ; Rita y Florian ; Tatiana y Higinio ; Javier ; María Inés y Paulino ; Amparo y Modesto .

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda respecto de los restantes demandantes compradores porque o bien votaron a favor del convenio y se ven afectados por él, o bien no instaron la resolución de sus contratos de compraventa hasta finalizado el concurso.

4. La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación de los demandantes y extendió a Banco Pastor (luego Banco Popular), como responsable solidario, el pronunciamiento condenatorio de la sentencia de primera instancia.

También estimó en parte el recurso de SGRCV respecto de la pretensión de los codemandantes Amparo y Modesto . Como consecuencia del acuerdo transaccional alcanzado por estos dos demandantes, a los que sí se les había entregado un aval individualizado, por el que SGRCV les pagó 82.275 euros, esta entidad quedó liberada de cualquier otra obligación derivada de aquella póliza.



Finalmente, la Audiencia confirma la desestimación de la pretensión de restitución de las cantidades entregadas a cuenta por los siguientes compradores: Adelina y Agapito ; Bárbara y Arsenio ; Constanza y Bruno ; Erica y Damaso ; Frida y Emilio ; Leonor y Florencio ; Heraclio ; Natalia y Maximo . La sentencia de apelación entiende que haber prestado su consentimiento al convenio finalmente aprobado en el concurso de acreedores, que incluía una quita del 35% y una espera de 5 años, confiere a las entidades garantes de los créditos por devolución de las cantidades entregadas a cuenta la posibilidad de, conforme al art. 1853 CC , oponer las excepciones propias del deudor principal, entre las que se encuentran en este caso los nuevos términos pactados y las quitas.

5. Frente a la sentencia de apelación se han interpuesto cuatro recursos de casación. Tres de ellos, formulados por BBVA, SGRCV y Banco Popular, han sido inadmitidos. Mientras que sí se ha admitido el formulado por Adelina y Agapito ; Bárbara y Arsenio ; Constanza y Bruno ; Erica y Damaso ; Frida y Emilio ; Leonor y Florencio ; Heraclio ; Natalia y Maximo . El recurso de casación se interpone sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo* . El motivo denuncia «oposición o desconocimiento (...) de la doctrina jurisprudencial fijada por el pleno de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la sentencia 218/2014, de 7 de mayo , lo que a su vez determina la infracción por aplicación indebida de los artículos 1 , 3 y 7 de la Ley 57/1968 , sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en relación con los artículos 135 de la Ley Concursal y 1853 del Código Civil ».

En el desarrollo del motivo se razona que la adhesión al convenio aprobado en el concurso de acreedores del promotor avalado no supone una novación de la obligación del garante, cuando esta garantía se ha concertado al amparo de la Ley 57/1968, en aplicación de la jurisprudencia contenida en la sentencia del Tribunal Supremo 218/2014, de 7 de mayo . Según esta sentencia:

«cuando se demande exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil , debiendo abonar las cantidades debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega, por cualquier causa».

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo* . Como consecuencia de lo declarado probado y de las cuestiones jurídicas que han quedado resueltas en la instancia, la controversia en casación parte de los siguientes presupuestos: diversos compradores de viviendas sobre plano entregaron dinero a cuenta a la sociedad promotora, cuya restitución al amparo de la Ley 57/1968 estaba garantizada por BBVA, SGRCV y Banco Popular; la promotora, deudora principal de la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta, fue declarada en concurso de acreedores; en el concurso de acreedores se aprobó un convenio que incluía una quita del 35% del importe de los créditos y una espera de 5 años; algunos compradores que ahora recurren en casación, en cuanto acreedores de la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta, votaron a favor del convenio.

No se discute, que conforme al art. 134 LC , estos compradores de viviendas sobre plano, en cuanto acreedores concursales de la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta, se ven afectados por el convenio aprobado, con el consiguiente efecto novatorio de sus obligaciones (por lo que respecta a la quita y los aplazamientos de pago), en virtud de lo previsto en el art. 136 LC .

La cuestión controvertida radica en si estos efectos novatorios se extienden a la responsabilidad solidaria que respecto de la restitución de esas cantidades entregadas a cuenta corresponde a quienes garantizaron esta obligación en cumplimiento de lo prescrito en la Ley 57/1968.

3. El art. 135 LC regula lo que en su rúbrica denomina «límites subjetivos» del convenio. Esto es, en qué medida y cuándo puede oponerse la novación de los créditos contra el concursado objeto del convenio, frente a los terceros fiadores y a los responsables solidarios del cumplimiento de esas obligaciones del concursado.

En cualquier caso, a los acreedores que no hubieran votado a favor del convenio no les será oponible la novación de sus créditos por los terceros responsables solidarios y los fiadores (art. 135.1 LC). Por esta razón, con muy buen criterio, tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia estimaron la reclamación íntegra de algunos compradores que no habían votado a favor del convenio (Carmen y Luis Angel ; Genoveva y Amadeo ; Leticia y Bartolomé ; Casiano ; Mónica y Dionisio ; Esteban ; Rita y Florian ; Tatiana y Higinio ; Javier ; María Inés y Paulino).

En principio, si nos atenemos a lo que fue declarado probado en la instancia, Constanza y Bruno no votaron a favor de la propuesta de convenio, por lo que en ningún caso les era oponible por los demandados lo



aprobado en el convenio, razón por la cual no debían haber sido excluidos de la condena a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. Adviértase que, conforme a la jurisprudencia de esta sala, para hacer efectiva esta reclamación frente a quien avaló o garantizó tal devolución no es precisa la previa resolución de la compraventa.

Según esta jurisprudencia, contenida en las sentencias 133/2015 de 23 de marzo , y 434/2015, de 23 de julio :

«constatado el incumplimiento, y sin perjuicio de la relación entre el comprador y la promotora, en cualquier caso confiere al comprador la facultad de ejecutar el aval o, en este caso, reclamar de la aseguradora el pago de la suma asegurada, consistente en la restitución de la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta, más los intereses».

4. En cuanto a los acreedores que votaron a favor del convenio, el apartado 2 del art. 135 LC dispone lo siguiente:

«La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido».

De este modo, frente a los compradores, acreedores de la promotora concursada del derecho a la entrega de la vivienda y, en su defecto, a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, que votaron a favor del convenio, la responsabilidad de las entidades que garantizaron la restitución de estas cantidades entregadas a cuenta se rige por la normativa aplicable a la obligación asumida. La incidencia que esta normativa aplicable tiene en un caso como este, fue analizada en la sentencia 434/2015, de 23 de julio , cuyos razonamientos reiteramos:

«Esta normativa es la reseñada Ley 57/1968, en cuya virtud fue concedida la garantía. El art. 3 de esta Ley atribuye al contrato de seguro o aval, unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda, carácter ejecutivo "para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley". Y constituye jurisprudencia de esta Sala que el art. 1 permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el promotor vendedor y su aseguradora o avalista para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas cuando se cumpla el presupuesto legal de "que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido" [Sentencias núms. 476/2013, de 3 de julio ; 218/2014, de 7 de mayo y 218/2015, de 22 de abril de 2015]. Esta misma jurisprudencia permite también dirigirse únicamente contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento. Por otra parte, el carácter tuitivo de los derechos del comprador que entrega dinero a cuenta de la vivienda pendiente de construir y serle entregada, se manifiesta en el art. 7, que dota a estos derechos el carácter de irrenunciables (Sentencia 779/2014, de 13 de enero de 2015)».

De tal forma que, como ya hicimos en el citado precedente de la sentencia 434/2015, de 23 de julio , hemos de concluir que «de acuerdo con la normativa que rige la asunción de la obligación de garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, al amparo del art. 1 de la Ley 57/1968 , la adhesión de los compradores beneficiarios de esta garantía al convenio del concurso de acreedores de la promotora no altera el derecho de dichos compradores a dirigirse contra la aseguradora para la restitución garantizada en caso de incumplimiento de la obligación de la promotora».

5. En consecuencia, procede estimar el motivo de casación y modificar en parte la sentencia de apelación, en el sentido de ampliar los beneficiarios de la condena a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta a los siguientes compradores (recurrentes en casación): Adelina y Agapito ; Bárbara y Arsenio ; Constanza y Bruno ; Erica y Damaso ; Frida y Emilio ; Leonor y Florencio ; Heraclio ; Natalia y Maximo .

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC .

2. La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación del recurso de apelación de los demandantes, lo que conlleva confirmar la no imposición de costas respecto de su recurso (art. 398.2 LEC).

3. La estimación del recurso de apelación de los demandantes no altera el pronunciamiento respecto de las costas de primera instancia porque las pretensiones contenidas en la demanda han resultado estimadas en parte (art. 394 LEC).

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 Adelina y Agapito ; Bárbara y Arsenio ; Constanza y Bruno ; Erica y Damaso ; Frida y Emilio ; Leonor y Florencio ; Heraclio ; Natalia y Maximo , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 5ª) de 16 de marzo de 2015 (rollo núm. 431/2014), que modificamos en el siguiente sentido.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación formulado por los demandantes Carmen y D. Luis Angel , Dña. Genoveva y D. Amadeo , Dña. Leticia y D. Bartolomé , D. Casiano , Dña. Bárbara y D. Arsenio , Dña Mónica y D. Dionisio , Dña. Frida y D. Emilio , Dña. Leonor y D. Florencio , Dña. Erica y D. Damaso , D. Esteban , Dña. Rita y D. Florian , D. Heraclio , Dña. Tatiana y D. Higinio , D. Javier , Dña. Adelina y D. Agapito , Dña. Constanza y D. Bruno , Dña. Natalia y D. Maximo , Dña. María Inés y D. Paulino , Dña. Amparo y D. Modesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alicante de 25 de abril de 2014 (juicio ordinario 211/2012), cuya parte dispositiva modificamos en el siguiente sentido.

3.º- Estimar en parte la demanda formulada por los demandantes Carmen , Luis Angel , Genoveva , Amadeo , Leticia , Bartolomé , Casiano , Mónica , Dionisio , Esteban , Rita , Florian , Tatiana , Higinio , Javier , María Inés , Paulino , Amparo , Modesto , Adelina , Agapito , Bárbara , Arsenio , Constanza , Bruno , Erica , Damaso , Frida , Emilio , Leonor , Florencio , Heraclio , Natalia y Maximo y condenar solidariamente a las entidades demandadas Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana (SGR), el Banco Pastor S.A. (hoy Banco Popular) y el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) a realizar los siguientes pagos:

i) A Carmen y Luis Angel , 43.188 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

ii) A Genoveva y Amadeo , 105.800 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

iii) A Leticia y Bartolomé , 95.914 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

iv) A Casiano , 30.970 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

v) A Bárbara y Arsenio , 67.692,20 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

vi) A Mónica y Dionisio , 120.420 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

vii) A Frida y Emilio , 206.500 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

viii) A Leonor y Florencio , 47.885,17 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

ix) A Erica y Damaso , 19.395 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

x) A Esteban , 36.000 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

xi) A Rita y Florian , 59.874,55 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

xii) A Heraclio , 39.465 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

xiii) A Tatiana y Higinio , 138.341,25 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

xiv) A Javier , 49.450 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

xv) A Adelina y Agapito , 104.974 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

xvi) A Constanza y Bruno , 38.790 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

xvii) A Natalia y Maximo , 88.892,50 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .



xviii) A María Inés y Paulino , 112.395 euros, más los intereses previstos en la Ley 57/1968 y el art. 15 Ley 8/2004, de 20 de octubre .

4.º- Absolver a los demandados del resto de las pretensiones ejercitadas en la demanda.

5.º- No hacer expresa condena respecto de las costas ocasionadas en primera y segunda instancia, ni tampoco en casación.

6.º- Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ